

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique

BUYDENS, Mireille; Dusollier, Séverine; Poulet, Yves

*Published in:*  
Bulletin du Droit d'Auteur

*Publication date:*  
2000

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

#### [Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*  
BUYDENS, M, Dusollier, S & Poulet, Y 2000, 'Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique', *Bulletin du Droit d'Auteur*, pp. 4-43.

#### 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.

# Bulletin du droit d'auteur

---

Vol. XXXIV, n° 4, 2000

## **Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique**

### **Conventions internationales : événements récents**

#### ***Convention internationale sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion***

3 *Adhésion du Nicaragua*

### **Doctrine**

4 Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique, par  
Séverine Dusollier, Yves Pouillet et Mireille Buydens

### **Activités de l'UNESCO**

39 Promotion de l'enseignement du droit d'auteur et des droits voisins à  
l'université : inauguration d'une chaire UNESCO en Jordanie

39 Nouvelle publication : *Guide sur la gestion collective des droits d'auteur*

35 **Bibliographie**

### **Note aux lecteurs**

Ce numéro du *Bulletin du droit d'auteur* étant le dernier à paraître sous forme papier, nous invitons le lecteur à visiter notre site Internet pour consulter la version électronique des prochains numéros :

[www.unesco.org/culture/copyright](http://www.unesco.org/culture/copyright)

## CONVENTIONS INTERNATIONALES : ÉVÉNEMENTS RÉCENTS

### **Convention internationale sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion**

#### **Adhésion du Nicaragua**

Le 10 mai 2000, l'instrument d'adhésion du gouvernement du Nicaragua à la Convention internationale sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, adoptée à Rome le 26 octobre 1961, a été déposé auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Conformément au deuxième paragraphe de son article 25, la Convention entrera en vigueur pour le Nicaragua trois mois après la date du dépôt de l'instrument d'adhésion, soit le 10 août 2000.

L'adhésion du Nicaragua porte à soixante-quatre le nombre total des États qui ont déposé un instrument de ratification, d'acceptation ou d'adhésion visant la Convention précitée.

## **Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique\***

Séverine Dusollier<sup>1</sup>  
Yves Poulet<sup>2</sup>  
Mireille Buydens<sup>3</sup>

### **Introduction**

La société de l'information et de la communication a connu, durant cette dernière décennie, un développement considérable et inattendu qui n'est pas sans poser des problèmes sociaux, économiques et juridiques nouveaux. L'impact des nouvelles technologies sur la recherche, l'enseignement, l'accès à la culture et à l'information, la transmission du savoir, qui sont autant de points clés du mandat de l'UNESCO, est sans précédent.

Un des défis essentiels soulevés par la société dite de l'information est celui de la construction d'un cadre juridique cohérent et équilibré qui encadre le changement de modèle économique et socioculturel, tout en garantissant les libertés et droits fondamentaux dans l'environnement numérique. Le droit d'auteur est une des pierres de cet édifice, probablement une des pierres fondatrices. Le contenu de l'ère numérique sera en grande partie constitué d'œuvres prétendant à une protection par le droit d'auteur.

Or la numérisation et la circulation des œuvres sur les réseaux tels que l'Internet permettent comme on sait une copie rapide, de très bonne qualité et à très faible coût, ainsi qu'une communication des œuvres ainsi copiées à un très grand nombre de personnes au mépris des frontières. Les œuvres numérisées sont en outre facilement modifiées, voire manipulées, ce qui constitue autant de menaces potentielles pour le droit moral des auteurs. Il n'est pas étonnant dès lors que le droit

\* Cette étude a été préparée à la demande du Secteur de communication, information et informatique de l'UNESCO comme un document de travail pour le troisième Congrès international de l'UNESCO sur les défis éthiques, juridiques et de société du cyberspace (Infoéthique 2000) qui s'est tenu du 13 au 15 novembre 2000.

1. Centre de recherches informatique et droit, facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur, Belgique.
2. Professeur de droit à l'université de Namur, Belgique.
3. Professeur de droit à l'université catholique de Louvain, Belgique.

d'auteur soit l'un des premiers domaines qui ait suscité l'attention de la communauté internationale.

Les initiatives tant techniques que législatives n'ont en effet pas tardé à apparaître sur le plan national et international afin de renforcer la protection du droit d'auteur dans ce nouvel environnement<sup>1</sup>. Dès 1996, la communauté internationale se voyait proposer deux Traités conclus sous les égides de l'OMPI dont l'objectif était de répondre aux principales préoccupations des auteurs. Les législateurs nationaux et régionaux ont également adopté des textes dans le même but.

Toutefois, ce renforcement du droit d'auteur risque de provoquer une rupture sans précédent de l'équilibre inhérent à tout système de propriété intellectuelle<sup>2</sup>. Le droit d'auteur repose en effet sur un équilibre, une balance d'intérêts entre la protection de la création et des auteurs et la garantie de l'intérêt public et des libertés fondamentales<sup>3</sup>. Cet équilibre résulte notamment d'un des fondements essentiels du droit d'auteur qui est de promouvoir le progrès des sciences et des arts et la diffusion de la culture. Tout système de droit d'auteur repose généralement sur les fondements et objectifs suivants, même si la pondération de l'un ou l'autre de ces objectifs peut varier selon le système juridique concerné :

- nécessité d'une rémunération des auteurs : le droit d'auteur est la rémunération indispensable du travail de l'auteur, lui permettant de jouir normalement des fruits de son travail que constitue son œuvre ;
- incitation à la création : le droit d'auteur permet en principe de favoriser la production de biens à valeur intellectuelle ajoutée en garantissant aux auteurs une protection des biens qu'ils créent (et ainsi de permettre une rentabilisation, donc une stimulation, des investissements créatifs). Ainsi, l'offre de ce type de biens et leur distribution adéquate sont valorisées ;
- le droit d'auteur est un instrument de politique culturelle dont l'objectif est également de soutenir et de réglementer la diffusion et la circulation des idées et de la culture. À ce titre, les droits des auteurs et les limitations à ces droits constituent les deux leviers de cette politique.

En conséquence, tout régime de droit d'auteur accorde un monopole au créateur sur la base d'un compromis entre intérêts des auteurs et « intérêts de la société qui exige la libre circulation des idées, des informations et des échanges commerciaux<sup>4</sup> ». On retrouve là l'idée d'un contrat social entre l'auteur et la société<sup>5</sup>.

De nombreux principes du droit d'auteur incarnent la recherche de cet équilibre<sup>6</sup>. Ainsi, autant la durée du droit que son étendue sont limitées. Plus fondamentalement, la définition de la notion d'œuvre protégeable par le biais du critère d'originalité constitue un instrument essentiel pour tracer la frontière entre ce qui est protégé et ce qui ressortit au domaine public. La doctrine de la dichotomie entre l'idée et l'expression d'une œuvre, cette dernière étant seule susceptible de protection, est également une conséquence de cette recherche d'équilibre. Enfin sont accordées aux utilisateurs plusieurs exceptions qui traduisent le besoin de sauvegarder des valeurs essentielles telles que la liberté d'expression, la protection de la vie privée, l'accès à l'information et à la culture ainsi que la diffusion du savoir par le biais de l'éducation, de la recherche et de l'accès aux bibliothèques.

Cet équilibre est toutefois menacé par l'évolution technique et législative de la société de l'information. Le droit d'auteur s'étend quant à son objet mais également quant à son champ de protection. La durée du droit a été récemment allongée dans de nombreux pays, notamment en Europe et aux États-Unis d'Amérique, passant ainsi de cinquante ans à soixante-dix ans après la mort de l'auteur. Quant à

l'information brute, traditionnellement hors du champ de protection par le droit d'auteur, elle devient indirectement susceptible d'appropriation grâce au droit *sui generis* sur les bases de données.

Les exceptions et limitations du droit d'auteur, instrument essentiel de définition de l'équilibre, sont susceptibles de se réduire tant par l'effet de la loi que par l'utilisation progressive du contrat et de la technologie dans l'application du droit d'auteur.

Le maintien de l'équilibre entre droit d'auteur et accès à l'information est et restera un défi majeur de la société de l'information. Les menaces sur le transfert du savoir et l'accès aux contenus culturels et informationnels sont grandes. Dans ce débat, l'UNESCO se doit de jouer un rôle essentiel.

Or la matière du droit d'auteur dans la société de l'information est complexe et fait l'objet d'une inflation législative tant à l'échelon mondial que national. L'objectif de cette étude est d'exposer les principaux développements actuels du droit d'auteur et leurs implications sur l'accès à l'information afin que cette analyse constitue un outil de compréhension des enjeux essentiels et des perspectives dans lesquelles l'UNESCO pourrait s'inscrire.

Dans ce cadre, l'étude relève trois principes fondamentaux qui, dans un souci de sauvegarde de l'équilibre évoqué ci-dessus, devraient guider les États dans l'adaptation du droit d'auteur à l'ère numérique :

1. Le droit d'auteur ne doit pas être un instrument pour creuser le fossé entre pays industrialisés et pays en voie de développement. Tout au contraire, la société de l'information étant une opportunité formidable pour ces derniers, les instruments juridiques qui la régulent, au premier plan desquels figure le droit d'auteur, doivent veiller à ne pas priver les pays en voie de développement du bénéfice de l'accès à la technologie et à l'information.
2. L'accès à l'information et au savoir sont les deux principes de base de la création et du développement de la société de l'information et des réseaux électroniques. L'ère numérique ne peut renier ses racines et doit continuer à bénéficier à l'éducation, à la recherche et à la transmission du savoir.
3. La protection des auteurs est déterminante dans la circulation du savoir et de la culture. Dans la mesure où cette protection est menacée sur les réseaux numériques, elle doit être adéquatement prise en compte. Toutefois, il convient de prendre en compte non seulement les intérêts légitimes des auteurs, artistes-interprètes et producteurs, mais également ceux des utilisateurs et de la société dans son ensemble.

## **Évolution du droit de la propriété intellectuelle : le cas de la protection des bases de données**

### *La protection des bases de données par un droit « sui generis »*

Ces dernières années ont vu l'arrivée de nouveaux objets et sujets de droits dans le champ de la propriété intellectuelle. Des droits reconnus aux producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes au droit *sui generis* sur les bases de données, de nouveaux droits connexes au droit d'auteur ont fait leur apparition. Ces nouveaux droits trahissent une inquiétante évolution du droit de la propriété intellectuelle qui,

de système censé protéger les prestations de nature créative, tend à devenir un système de protection de l'investissement. Ainsi, le producteur de phonogramme ou d'une première fixation de film s'est vu reconnaître un droit voisin du droit d'auteur en raison de l'investissement qu'il consacre à la production du disque ou du film. Les organismes de radiodiffusion se sont vu reconnaître un droit semblable en raison de l'investissement nécessaire à la production et à la diffusion de leurs émissions. C'est également l'investissement inhérent à la collecte des informations qui a justifié la reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle spécifique aux producteurs des bases de données.

Cette évolution contredit les fondements mêmes du droit de la propriété intellectuelle et du droit d'auteur en particulier, destinés à protéger une prestation intellectuelle en vue de promouvoir le progrès des sciences et des arts<sup>7</sup>. Les droits voisins et le droit *sui generis* du producteur de bases de données s'écartent de ces fondements, puisqu'il est explicitement admis qu'ils trouvent leur raison d'être dans la volonté de « rémunérer » par un monopole la réalisation d'investissements<sup>8</sup>.

En Europe, la création d'un nouveau monopole sur les bases de données trouve son fondement dans une directive européenne de 1996<sup>9</sup>, qui vient doubler la protection par le droit d'auteur, portant sur l'architecture originale de la base de données, d'une protection du contenu même de celle-ci. En effet, le droit *sui generis* permet au producteur de la base d'empêcher l'extraction et la réutilisation du contenu de celle-ci pendant une durée de quinze ans. Le seul critère de protection est la nécessité d'un investissement substantiel, qu'il soit quantitatif ou qualitatif, dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu de la base<sup>10</sup>. « La mise en œuvre de moyens financiers et/ou d'emploi du temps, d'efforts ou d'énergie<sup>11</sup> » se substitue donc, dans le cadre du droit *sui generis*, au critère d'originalité issu du droit d'auteur. Le seul regroupement d'informations suffit désormais à constituer une base de données monopolisable par un droit de propriété intellectuelle. Le critère de substantialité de l'investissement devra être déterminé par les cours et tribunaux. Il peut en tout cas s'agir de l'engagement de personnel chargé de la réalisation de la base et notamment de la collecte des données<sup>12</sup>.

On remarquera en outre que le nouveau droit ainsi créé, qui permet à son titulaire de contrôler (et donc d'empêcher) l'accès à l'information elle-même, se voit accorder une durée virtuellement perpétuelle puisque la durée de protection initiale de quinze ans à partir de la fabrication se renouvelle à chaque modification substantielle de la base. Il suffit donc de mettre régulièrement à jour la base de données pour bénéficier d'une nouvelle durée de protection de quinze ans<sup>13</sup>.

Les États-Unis d'Amérique discutent également de l'adoption éventuelle d'une telle protection exorbitante du droit d'auteur<sup>14</sup>. L'OMPI a dû renoncer lors de la Conférence diplomatique de 1996 à une protection internationale similaire, notamment en raison de l'opposition des pays en voie de développement<sup>15</sup>.

L'adoption d'une protection des bases de données en dehors du droit d'auteur, que ce soit par un droit *sui generis* à l'européenne, ou par tout autre mécanisme dont l'objet porterait sur le contenu de la base, a soulevé de nombreuses critiques. Deux types de reproches peuvent principalement être adressés à l'encontre de ce nouveau droit de propriété intellectuelle : on objectera, d'une part, le fait que le critère ouvrant l'accès à la protection consiste en un investissement économique et non en une prestation de nature intellectuelle et, d'autre part, le fait que le droit sur les bases de données permet une appropriation de fait du contenu informationnel

lui-même, ce qui est susceptible de créer un obstacle à la circulation et à l'accès à l'information.

Ces deux conséquences de la protection des bases de données préjudicient principalement les pays en voie de développement et le secteur éducatif et scientifique, puisque cela signifie concrètement l'instauration d'une barrière économique pour tout accès à l'information.

#### La propriété intellectuelle comme mécanisme de rémunération de l'investissement

La protection de produits tels que les bases de données par un droit de propriété intellectuelle qui ne se fonde plus que sur le seul critère des investissements nécessaires à leur production matérielle constitue une atteinte à la logique fondamentale de la propriété intellectuelle, dont les conditions sont normalement basées sur des éléments qualitatifs tels que (a) la « création » et l' « originalité » en droit d'auteur, (b) l' « invention » et la « nouveauté » en droit des brevets et des dessins et modèles. Qu'un monopole soit accordé sur la seule base d'un investissement et de la prise d'un risque économique bouleverse profondément l'équilibre entre protection et domaine public. Comme l'écrit Pollaud-Dullian : « *La notion de domaine public est consubstantielle à la propriété industrielle et artistique : seuls certains objets, parce qu'ils sont originaux ou nouveaux, peuvent être appropriés, ce qui laisse dans le domaine public un vaste champ d'éléments non protégés qui sont nécessaires aux autres créateurs, inventeurs, scientifiques et industriels. (...) La directive [sur la protection des bases de données], tout en s'efforçant d'opérer une reconnaissance distributive des droits pour tenir compte de ce complexe d'intérêts, s'écarte de ces principes et (...) remet en cause la conception même de la propriété industrielle ou artistique en instituant un droit qui concerne (...) des éléments qui ne peuvent être couverts normalement ni par un droit d'auteur, faute d'originalité, ni par un droit de propriété industrielle, faute d'innovation*<sup>16</sup>. »

Une telle évolution de la propriété intellectuelle « *autour de l'idée que celle-ci et les monopoles qu'elle concède ne sont pas des contreparties à un enrichissement du patrimoine collectif, mais bien une prime donnée par la loi aux entreprises en mesure d'investir largement (ce qui revient à donner un privilège légal en récompense d'un privilège économique de fait)*<sup>17</sup> » est particulièrement inquiétante pour les pays en voie de développement et les entreprises de ces pays qui bien souvent ne disposent pas des moyens nécessaires à de tels investissements.

L'octroi d'un droit privatif sur les investissements, tel que réalisé par cette évolution inquiétante de la propriété intellectuelle, ne peut par contre que renforcer la position économique des acteurs qui disposent déjà des moyens d'investir.

#### La protection des bases de données : un obstacle à l'accès à l'information

Le second argument fondamental qui fut opposé à l'adoption de ce nouveau droit *sui generis*, tant au niveau européen que lors des discussions de l'OMPI, portait sur la constitution de droits exclusifs sur l'information même, en principe non appropriable. En effet, le droit *sui generis* ne porte pas sur une information ou une donnée individualisée dont on pourrait interdire l'extraction ou la réutilisation. L'objet du droit consiste plutôt en la collection, en l'ensemble des données. Strowel et Triaille

précisent qu'il faut entendre par « contenu de la base », qui forme l'assiette du droit *sui generis*, « non pas l'information elle-même, contenue dans la base de données, mais plutôt "la forme non originale" de l'ensemble de ces informations qui, faute d'originalité, n'est pas protégeable par le droit d'auteur et que l'on veut protéger contre une reprise déloyale<sup>18</sup> ».

Il n'empêche que ce droit *sui generis* équivaut en réalité à accorder un monopole sur une simple collection d'informations menaçant par conséquent l'accès du public à ces informations. La menace sera particulièrement réalisée lorsque l'ensemble des données ne peut revêtir d'autres formes que celle attribuée à la base de données par son producteur. Ce sera le cas notamment des horaires de transport en commun, des programmes télévisés<sup>19</sup>, de l'horaire des marées, des bulletins d'information météorologiques, etc. Avoir accès à ces données nécessite d'avoir accès à la base de données proposée par ceux qui les récoltent. Donner à ces derniers un monopole légal sur la base revient à leur octroyer un monopole de fait sur son contenu.

L'instauration d'un monopole sur l'information par le biais du droit *sui generis* sur les bases de données non seulement compromet l'accès des pays en voie de développement aux informations mais également empêche le secteur non marchand de bénéficier de la libre circulation de l'information. Le monde éducatif et scientifique, dont la vie ne se conçoit pas sans un usage permanent des informations disponibles, est particulièrement touché par ce nouveau droit.

### **La protection des bases de données en dehors de la propriété intellectuelle**

La création d'un nouveau droit de propriété intellectuelle protégeant les bases de données est non seulement critiquable, mais aussi juridiquement inutile. Les producteurs de bases de données ne sont pas dépourvus de moyens juridiques pour sanctionner l'éventuelle appropriation de leur travail de collecte et d'agencement des données. Si la base de données présente une originalité dans le choix et la structure des matières, elle sera en effet protégée par le droit d'auteur conformément à la directive européenne de 1996, aux traités OMPI et aux accords ADPIC.

En outre, le droit commun offre certains recours par le biais du droit de la concurrence déloyale. Le recours au droit de la concurrence déloyale comme système de protection des bases de données a été discuté lors de l'élaboration de la directive européenne de 1996. Il était en effet question dans un premier temps de recourir au droit de la concurrence déloyale pour empêcher l'appropriation des efforts et de l'investissement réalisés par le producteur d'une base de données. Cette solution se fonde sur la théorie de la concurrence parasitaire qui considère comme déloyal le fait, pour un concurrent, d'économiser la charge d'un effort financier en copiant servilement le travail d'autrui et de se créer ainsi un avantage concurrentiel illicite. L'avantage de cette option est de limiter les possibilités d'action aux cas de copie servile et systématique des efforts d'un producteur de bases de données, et de ne conférer en outre de droit d'action qu'à l'encontre des concurrents (et non des utilisateurs). Ce système évite le risque d'un monopole sur l'information.

La création d'un droit de propriété intellectuelle protégeant les bases de données n'est donc pas une nécessité juridique.

### *Recommandations*

1. *La propriété intellectuelle, a fortiori la propriété littéraire et artistique, protège une prestation de nature créative. Il ne s'agit pas de protéger la réalisation d'un investissement.*
2. *La protection des bases de données est suffisamment garantie par le jeu des règles du droit d'auteur et du droit de la concurrence déloyale. La création d'un droit sui generis, dont l'objet ou l'effet est de limiter l'accès des tiers à l'information, est contraire aux principes fondamentaux de la propriété intellectuelle et porte atteinte au droit de la communauté mondiale d'accéder à l'information.*

## **Le sort des exceptions dans la société de l'information**

### *Exceptions et limitations actuelles au droit d'auteur*

Les systèmes d'exceptions aux droits des auteurs diffèrent selon les ordres juridiques. On peut toutefois conclure de leur examen qu'ils sont généralement de deux types : ils sont dits « ouverts » lorsqu'ils instaurent une dérogation générale susceptible de s'appliquer à de nombreuses situations, à l'instar du *fair use* américain, et ils sont dits « fermés » lorsqu'ils sont constitués d'une liste de circonstances strictement définies où les droits des auteurs s'effacent. Ce dernier système se retrouve principalement dans les législations de droit européen continental<sup>20</sup>.

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 protégée<sup>21</sup>. Ce système permet une certaine souplesse dans l'appréciation des exceptions aux droits des auteurs, à défaut de garantir une sécurité juridique et une prévisibilité aux utilisateurs des œuvres.

Par contre, dans les systèmes de droit d'auteur européens ou d'inspiration européenne, principalement les lois d'inspiration française ou allemande, les exceptions forment une liste précise et exhaustive d'actes qui, dans certaines circonstances, échappent au monopole de l'auteur. Les exceptions suivantes sont généralement reconnues<sup>22</sup> :

- exception de copie privée ;
- exception de communication privée, telle que la communication dans le cercle de famille ;
- exception de parodie, pastiche et caricature ;
- exception de citation ;
- exceptions relatives à la copie à des fins scientifiques ou d'enseignement ;
- exceptions en faveur des comptes rendus d'événements de l'actualité ;
- exceptions nécessitées par les besoins de l'administration de la justice et de l'ordre public.

À côté de ces grandes catégories d'exceptions, on peut également retrouver des cas très spécifiques qui répondent à des situations particulières. Citons, par exemple, l'exception belge qui permet à la Cinémathèque royale de réaliser des copies de films pour des besoins de restauration, ou l'exception allemande exemptant la communication d'œuvres lors d'événements liturgiques.

### **Vers une réduction des exceptions dans l'environnement numérique ?**

Adapter les exceptions à l'environnement numérique est un enjeu essentiel. Les titulaires de droits demandent de reconsidérer leur portée et leur champ d'application afin que le passage à la société numérique ne puisse impliquer une atteinte à leurs prérogatives.

Les traités OMPI de 1996 rappellent en ce sens la nécessité de prévoir une limitation générale aux exceptions prévues dans les lois nationales des États parties. L'article 10 du Traité sur le droit d'auteur impose 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'auteur. Il s'agit du principe du « test des trois étapes » figurant déjà dans la Convention de Berne et dans les accords TRIPS ou ADPIC<sup>23</sup>. 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. »

Cette triple condition, destinée à être la pierre angulaire des systèmes d'exceptions et « l'une des clés des constructions à venir<sup>24</sup> », constituera donc un fil conducteur dans l'appréciation des exceptions aux droits de l'auteur.

Ces trois conditions ou « étapes » sont les suivantes : premièrement, seules les exceptions prévues « dans des cas spéciaux » sont admises. Les exceptions généralisées sont donc interdites, telles que, par exemple, une exception générale pour usage privé<sup>25</sup>. Toutefois, il semble que le *fair use*, bien qu'il s'agisse d'une limitation potentiellement large<sup>26</sup>, 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 admise<sup>27</sup>.

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 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 de réduire ou d'étendre la liste des

exceptions dans l'environnement numérique. Ainsi, les États peuvent indiscutablement concevoir de nouvelles exceptions qui seraient adéquates dans la société de l'information<sup>28</sup>. Simultanément, l'article 10 lui-même oblige à une relecture des exceptions existantes à l'aune des trois limites du test<sup>29</sup> en vue de leur transposition à l'environnement digital<sup>30</sup>.

En tout état de cause, la tendance actuelle semble à la réduction de la portée et du nombre des exceptions au droit d'auteur dans le monde numérique. C'était l'idée de la proposition de directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information qui limite les exceptions à quelques cas stricts et exhaustifs dont l'exercice s'accompagnera généralement du versement d'une rémunération équitable à l'auteur. Néanmoins ce projet ambitieux d'harmonisation a manqué son but dans la mesure où la dernière version du texte, alors au stade de la position commune<sup>31</sup>, autorise les États à choisir dans une liste de 22 exceptions (!). Même la copie privée numérique subsiste dans cette longue liste, en dépit de la volonté affirmée des titulaires de droit de supprimer cette possibilité de copie dans l'environnement numérique en raison de la facilité et de la qualité de la copie.

La réduction du champ des exceptions dans l'ère numérique est également la conséquence d'une jurisprudence américaine récente qui limite le *fair use* par le biais des possibilités techniques dont dispose désormais l'auteur. Nous avons vu que le bénéfice du *fair use* dépend 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*<sup>32</sup>, 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.

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 portait 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.

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, est susceptible de bouleverser fondamentalement les exceptions existantes. Certains auteurs<sup>33</sup> prédisent notamment que, en vertu du développement technique qui permet une contractualisation facile des relations sur l'Internet, chaque usage de l'œuvre pourrait être négocié et licencié. Le besoin de garantir les exceptions par la loi devient donc très faible. Imaginons qu'un auteur distribue son œuvre sur l'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 l'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 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 ?

### *Les exceptions en tant que principe fondamental du droit d'auteur*

Les exceptions sont des instruments essentiels dans la réalisation d'un équilibre entre les intérêts des auteurs et l'intérêt public dans le régime du droit d'auteur. Elles ne constituent pas seulement des exceptions aux droits mais traduisent la prise en compte dans le champ du droit d'auteur de libertés fondamentales et d'intérêts majeurs pour la société<sup>34</sup>. La liberté d'expression, la liberté de la presse et le droit à l'information se retrouvent dans certaines limitations du droit d'auteur : ainsi, les exceptions relatives aux utilisations privées visent à protéger la sphère privée de l'individu, tandis que les exceptions en faveur de l'enseignement et de la recherche ont pour but de garantir le droit des peuples au savoir et à l'éducation. Plusieurs conséquences doivent résulter de ce fondement éminent des exceptions au droit d'auteur.

#### Le maintien nécessaire des exceptions dans l'environnement digital

La question de l'adaptation des exceptions à l'environnement numérique ne peut se résoudre que par une nouvelle analyse du fondement des exceptions. La doctrine<sup>35</sup> relève généralement deux types de considérations fondant l'instauration d'une limitation aux droits de l'auteur : soit l'exception répond à des considérations pratiques ou économiques, soit l'exception est fondée sur des préoccupations d'intérêt général ou sur les libertés et droits fondamentaux. Nous reprendrons ici la distinction tricéphale opérée par Hugenholtz<sup>36</sup> :

- Premièrement, certaines exceptions traduisent en droit d'auteur le souci de garantir des libertés fondamentales<sup>37</sup>, 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. Il va de soi que le fondement de ces limitations ne change pas dans l'environnement numérique. En conséquence, ces exceptions doivent être sauvegardées et préservées.
- La deuxième catégorie d'exceptions se justifie par des besoins d'intérêts publics<sup>38</sup>. 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, les intérêts qui sous-tendent les exceptions subsistent dans l'environnement numérique. C'est particulièrement le cas dans la communauté éducative et scientifique dans la mesure où de plus en plus d'œuvres et d'informations ne sont disponibles que sur l'Internet. Il est donc particulièrement important que les chercheurs, les étudiants et la communauté scientifique bénéficient des mêmes opportunités dans

l'environnement numérique que dans le monde analogique. *A priori*, les exceptions existantes en faveur des bibliothèques, de la communauté scientifique et éducative devraient être maintenues dans l'environnement des réseaux électroniques. Toutefois l'exercice de ces exceptions se réalise dans certains cas de manière totalement différente et est donc susceptible de porter atteinte, de manière nouvelle, à l'exploitation normale de l'œuvre. Les acteurs qui bénéficient de ces exceptions, tels que les bibliothèques ou l'enseignement, endossent des rôles radicalement nouveaux dans la société de l'information<sup>39</sup>. 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 ou distributeur d'informations et d'œuvres 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, ce maintien ne pourra faire l'économie d'une réflexion sur les rôles et les fonctions des bibliothèques et de l'éducation sur l'Internet. Cette réflexion pourrait mettre également au 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 législatif 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. En outre, ces exceptions ne répondent ni à une liberté fondamentale ni à une préoccupation d'intérêt public. Leur existence est donc directement menacée.

Le maintien de l'équilibre inhérent au droit d'auteur plaide à tout le moins pour un maintien des exceptions existantes. Dans certains cas, on peut même soutenir que, face à l'extension des droits exclusifs de l'auteur, la portée des exceptions doit également être élargie afin de rééquilibrer adéquatement la balance<sup>40</sup>. Droits et exceptions sont en effet inextricablement liés dans la définition de celle-ci. Les législateurs n'ont songé jusqu'à présent qu'à l'extension des droits exclusifs de l'auteur. Il est temps de prendre également en compte les intérêts des utilisateurs.

#### La reconnaissance de nouvelles limitations aux droits d'auteur

Il est généralement admis que, compte tenu de leur nature même, les exceptions sont nécessairement d'interprétation restrictive, de telle sorte que non seulement il ne peut en être reconnu d'autres que celles stipulées par la loi, mais encore que ces dernières

sont, quant à leur portée, à interpréter de manière stricte. Par contre, la reconnaissance de ce que les exceptions constituent une dimension essentielle du droit d'auteur, fondée sur une balance des intérêts privés et collectifs, devrait faire admettre que la jurisprudence doit être à même d'étendre la liste ou la portée des exceptions prévues par la loi lorsque se présente une situation mettant en cause cette même balance des intérêts.

Certaines juridictions n'ont d'ailleurs pas hésité à franchir le pas. 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 exhaustive<sup>41</sup>. 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 1999<sup>42</sup>, 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 cela sur la 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 que, 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 européennes<sup>43</sup> 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.

La jurisprudence européenne s'oriente-t-elle vers la reconnaissance implicite de ce que la liste légale des exceptions au droit d'auteur n'est pas exhaustive ? Affirmer ainsi que des limites additionnelles au droit d'auteur peuvent être reconnues lorsque la mise en balance des intérêts de l'auteur et de ceux du public l'exige constituerait une véritable lame de fond jurisprudentielle vers un rééquilibrage du droit d'auteur.

### Le refus injustifié du bénéfice d'une exception

Nous avons vu précédemment que la jurisprudence américaine récente ainsi qu'une lecture trop stricte du « test des trois étapes » des traités OMPI pouvait conduire à refuser le bénéfice d'une exception là où la technologie permet de négocier l'utilisation litigieuse. Dans cette opinion, l'exception ne serait qu'une concession de

l'auteur alors dans l'impossibilité pratique d'exercer son droit (*market failure*). Une certaine doctrine justifie cette disparition de l'exception par le développement d'une infrastructure adéquate pour le commerce électronique qui pourrait d'une manière générale réduire les coûts de transaction relatifs à l'octroi de licences.

Affirmer que l'exception au droit ne se fonde pas sur une *market failure* mais constitue au contraire un instrument essentiel du nécessaire arbitrage entre intérêts privés et intérêt public au sein du droit d'auteur constitue une réponse adéquate et évidente à cette menace. Parce que les limitations des droits exclusifs traduisent l'intérêt de la société face à celui de l'auteur, les évolutions technologiques permettant l'émergence de nouveaux marchés doivent être sans incidence sur celles-ci. En conséquence tant le juge que le législateur, lorsqu'ils jugent de l'opportunité ou de l'admissibilité d'une exception, doivent prendre en considération les fondements essentiels de l'exception et pas seulement la possibilité technique ou économique qu'a l'auteur d'accorder son autorisation à l'usage.

#### *Recommandations*

1. *L'importance des exceptions dans le système du droit d'auteur doit être réaffirmée. Les exceptions sont des instruments essentiels pour la réalisation du nécessaire arbitrage entre intérêts privés et intérêt public au sein du droit d'auteur. Elles ne constituent pas seulement à ce titre des exceptions aux droits mais traduisent la prise en compte dans le champ du droit d'auteur de libertés et droits fondamentaux et d'intérêts supérieurs de la communauté mondiale.*
2. *Les exceptions doivent être maintenues dans l'environnement digital afin de sauvegarder l'équilibre fondamental inscrit dans le droit d'auteur.*
3. *Les exceptions fondées sur des libertés fondamentales ou sur des considérations d'intérêt public doivent subsister dans la société de l'information, voire être adaptées à cet environnement particulier. L'accès à l'information, la recherche et la transmission du savoir et de la culture peuvent fonder l'adoption de nouvelles exceptions et limitations au droit d'auteur ainsi que l'extension d'exceptions existantes.*
4. *Les exceptions relatives à l'éducation et à la recherche doivent être maintenues dans l'environnement numérique. Une réflexion sur le rôle de l'éducation et des bibliothèques dans l'environnement digital doit être lancée. Si nécessaire, les exceptions existantes doivent être étendues, dans les limites du test des trois étapes, afin de permettre à l'éducation à distance et aux bibliothèques numériques de jouer un rôle dans la société de l'information.*
5. *La liste législative des exceptions au droit d'auteur peut être complétée par la jurisprudence sur la base des libertés fondamentales dans des cas spéciaux. Des limites additionnelles au droit d'auteur peuvent être reconnues lorsque la mise en balance des intérêts de l'auteur et de ceux du public l'exige. Cette reconnaissance jurisprudentielle doit toutefois s'effectuer dans le respect du test des 3 étapes des traités de l'OMPI de 1996.*
6. *Le bénéfice des exceptions ne peut être refusé sous prétexte qu'un marché potentiel, notamment mis en œuvre par des mesures techniques, pourrait contractualiser son exercice, particulièrement lorsque le fondement de l'exception repose sur l'exercice de droits fondamentaux tels que la liberté d'expression ou le droit d'accès à l'information.*

## L'utilisation des contrats et des mesures techniques dans la protection du droit d'auteur

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. À 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 techniques<sup>44</sup>.

L'association des contrats et des mesures techniques dans la distribution des œuvres pose une sérieuse menace à l'institution même du droit d'auteur. Certains prédisent que le droit des contrats associé aux mesures techniques pourrait rendre obsolète la loi sur le droit d'auteur<sup>45</sup>.

### Contrat et droit d'auteur

#### L'émergence des licences électroniques

L'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, tels que les compagnies de logiciels ou les producteurs de bases de données, ont déjà développé des *business models* sur la 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 numérique<sup>46</sup>.

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 clic qui marquera simultanément le consentement à un contrat de licence. On parle de contrats « mouse-click », « click-through » ou « click-wrap »<sup>47</sup>.

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 logiciel pourrait ainsi interdire par contrat la réalisation d'une copie de sauvegarde, l'auteur d'un article scientifique pourrait en interdire 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.

#### La question du statut des exceptions

Cette menace pose la question essentielle du statut des exceptions. Les limitations du droit 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 ?

Une disposition légale est dite d'ordre public lorsqu'elle touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité en droit public ou qui fixe, en droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société. La volonté des parties dans un contrat ne peut écarter les dispositions légales d'ordre public. Toute clause qui y dérogerait serait déclarée nulle.

Les dispositions impératives protègent quant à elles des intérêts particuliers. Un contrat ne peut pas non plus y déroger mais la personne dont l'intérêt est ainsi protégé pourra y renoncer. Par contre, un grand nombre de dispositions juridiques sont qualifiées de supplétives dans la mesure où elles se contentent de poser des règles par défaut qui ne s'appliquent qu'en l'absence de clauses contractuelles contraires. Par définition, toute dérogation contractuelle à ce type de règles est admise.

La question essentielle du statut des exceptions commence à être discutée en doctrine<sup>48</sup>. Si, auparavant, de nombreux spécialistes du droit d'auteur n'envisageaient les exceptions que comme de simples concessions accordées par l'auteur sur certains usages<sup>49</sup>, de plus en plus de voix se font entendre pour réclamer que les exceptions soient considérées comme des règles juridiques à part entière<sup>50</sup>, 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. Tout contrat qui y dérogerait est donc nul. 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 voisins<sup>51</sup>.

Une réflexion sur le statut des exceptions devrait être entamée tant au niveau national qu'international. Contrairement à la loi belge, il nous semble que l'ensemble des exceptions ne devrait sans doute pas subir le même sort. Si nous reprenons la distinction que nous avons opérée plus haut entre les différentes sortes d'exceptions, on peut poursuivre la réflexion en reconnaissant à chaque type d'exception un sort différent<sup>52</sup> :

- *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.
- *Exceptions fondées sur l'intérêt public.* Les 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, garantissent des intérêts publics. Ici aussi, il nous apparaît essentiel que la volonté privée ne puisse supplanter l'intérêt public. Toutefois, le droit d'auteur représente également un intérêt public essentiel en tant qu'instrument de promotion

et de diffusion culturelle. À ce titre, il est donc indispensable de procéder à une pesée d'intérêts entre le droit d'auteur et l'intérêt sous-jacent à l'exception en cause afin de déterminer la prééminence de l'un ou de l'autre. Cette évaluation ne débouchera pas nécessairement sur le même résultat d'un État à l'autre. En conséquence, on ne peut trancher définitivement en faveur d'une solution généralisée sur le statut d'ordre public ou non de cette catégorie d'exceptions. Il est toutefois nécessaire de souligner que les intérêts publics de l'éducation et de la recherche méritent une place particulière dans le cadre de la société de l'information et de la connaissance.

- *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 État, de lui reconnaître un caractère supplétif.

#### *Recommandations*

1. *Les États doivent trancher la question du statut des exceptions. Les exceptions traduisant en droit d'auteur le souci de garantir certaines libertés fondamentales sont par essence d'ordre public. En conséquence, un contrat ne peut déroger aux exceptions reconnues par la loi. Le statut des exceptions fondées sur l'intérêt public doit être examiné.*
2. *Les exceptions relatives à la recherche, à l'éducation et à la transmission du savoir, en raison de la place essentielle qu'elles occupent dans une société démocratique, doivent être reconnues d'ordre public.*

## **Mesures techniques et droit d'auteur**

### **La technologie au secours du droit d'auteur**

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<sup>53</sup> ».

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<sup>54</sup>. On peut toutefois regrouper les mesures techniques de protection du

droit d'auteur et des droits voisins en quatre grandes catégories selon le type de fonction principalement poursuivie par ces dispositifs. On peut ainsi distinguer les mesures qui protègent effectivement un acte soumis au droit exclusif de l'auteur, les systèmes d'accès conditionnel, les outils de marquage et d'identification et les systèmes de gestion électronique des droits.

#### Mesures techniques protégeant les droits des auteurs

Il s'agit des outils techniques qui empêchent l'accomplissement de tout acte ou usage soumis aux droits exclusifs des ayants droit, tels que l'impression, la communication au public, la copie digitale, l'altération de l'œuvre, etc. On parle surtout des systèmes anticopie dont la fonction principale est d'empêcher l'accomplissement d'une copie de l'œuvre ou de l'objet protégé, soit uniquement digitale, soit toute copie numérique ou analogique. Par exemple, le *dongle*, utilisé principalement dans le secteur du logiciel, consiste généralement en un élément du hardware<sup>55</sup>, une sorte de clé, qui se branche sur le port série (*serial port*) de l'ordinateur. Tout logiciel protégé par ce système se connecte alors à cette clé pour vérifier quelle est l'étendue des droits de l'utilisateur. Le principe des *dongles* apparaît comme un précurseur de la technologie des « cartes à puces » ou *smart cards* qui autorisent le stockage d'un plus grand nombre d'informations. En outre ces cartes à puces peuvent contenir des unités de paiement préacquittées. Contrairement aux *dongles* dont l'utilisation s'est jusqu'ici limitée aux logiciels d'un coût élevé, les cartes à puces seront sans doute plus fréquemment utilisées pour les logiciels, ainsi que pour d'autres œuvres offertes au grand public. Ces deux technologies poursuivent à la fois un but d'accès et de contrôle des utilisations, notamment de la copie.

Le *serial copy management system* est un système principalement utilisé aux États-Unis d'Amérique sur les dispositifs d'enregistrement audiodigitaux tels le DAT et les mini-disques. Cette technologie permet à l'appareil de décoder les signaux audio intégrés dans le support et de décoder notamment les données relatives à la protection de celui-ci. Le système autorise la réalisation d'une seule copie digitale à partir de l'original mais empêche toute copie ultérieure.

#### Systèmes d'accès

L'un des enjeux majeurs des réseaux numériques est de sécuriser l'accès à l'information et aux contenus protégés, à la fois pour garantir le paiement d'une rémunération et pour protéger les droits d'auteur sur l'œuvre ainsi « cadennassée ». De nombreux systèmes ont donc été mis au point en vue de garantir et de sécuriser l'accès soit à une œuvre, soit à un ensemble d'œuvres, soit à un service comprenant notamment des œuvres protégées. Désactiver le mécanisme de contrôle d'accès se réalise soit par paiement, soit lorsque les autres conditions de la licence conclue avec les titulaires de droit auront été remplies. Le dispositif d'accès peut ne contrôler qu'un accès initial et ensuite laisser l'œuvre libre de toute utilisation ou vérifier, à chaque nouvel accès, le respect des conditions. L'accès peut également être facilement différencié selon le type d'utilisateurs, ce qui constitue un grand avantage de ces systèmes. Par exemple, une université peut avoir obtenu un accès contre un prix forfaitaire annuel à une œuvre ou une collection d'œuvres pour un certain nombre d'étudiants et pour une durée d'une année. Le système vérifiera dans ce cas l'existence de la clé de décryptage sur les ordinateurs de l'université ou l'utilisation du mot de passe convenu contractuellement, voire l'identité de l'étudiant. À l'inverse, la même technologie peut accorder des accès répétés à un particulier en

échange d'un paiement renouvelé, notamment proportionnel à la fréquence d'utilisation.

Les technologies remplissant cette fonction sont nombreuses : cryptographie, mots de passe *set-top-boxes*, *black-boxes*, signatures digitales, enveloppe numérique<sup>56</sup>. Le procédé de « cryptographie » est bien connu. Il peut être défini, à l'instar de la loi française sur la réglementation des télécommunications comme « la transformation à l'aide de conventions secrètes des informations ou signaux clairs en informations ou signaux inintelligibles pour des tiers, ou à réaliser l'opération inverse grâce à des moyens conçus à cet effet<sup>57</sup> ». Dans le monde numérique le cryptage et décryptage se réalise au moyen d'algorithmes de degré de complexité variable.

Les « signatures digitales » sont une application particulière de la cryptographie réalisée pour certifier et identifier un document<sup>58</sup>. Dans le cadre de la protection du droit d'auteur, cette technologie est principalement utilisée pour sécuriser les transmissions sur les réseaux des œuvres et pour empêcher l'accès à l'œuvre à toute personne non autorisée. La fourniture de la clé de décryptage se réalise moyennant paiement du prix ou respect des autres conditions auxquelles est subordonnée l'utilisation de l'œuvre.

L'« enveloppe digitale » ou « container numérique » est une application de la cryptographie par laquelle une œuvre est « insérée » dans une enveloppe numérique qui contient les informations relatives à l'œuvre et les conditions d'utilisation de celle-ci. Ce n'est qu'en répondant à ces conditions (telles que paiement d'une rémunération, utilisation d'un mot de passe, etc.) que l'enveloppe s'ouvre et que l'utilisateur peut accéder à l'œuvre.

#### Outils de marquage et de tatouage

De nombreuses techniques sont susceptibles de jouer une fonction d'identification et de marquage des œuvres<sup>59</sup>. Les objectifs de ces techniques sont variés : la principale est de servir de support, de manière visible ou invisible, à l'insertion de données relatives à l'œuvre, qu'il s'agisse du titre de l'œuvre, de l'identité de son créateur et du titulaire de droits, ainsi que des conditions d'utilisation.

Cette fonction sera particulièrement protégée dans le cadre de l'article 12 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, article relatif à la protection de l'information sur le régime des droits. On parle ici surtout du procédé de *watermarking* ou « tatouage » qui permet d'insérer en filigrane certaines informations dans le code digital de l'œuvre. Ce marquage est en général invisible et inaudible. Cette inscription invisible est réalisée par la technique de la stéganographie qui peut être définie comme « l'art et la science de communiquer de manière à masquer l'existence même de la communication<sup>60</sup> ». L'utilisation d'encre invisible constitue un exemple de cette science millénaire emprunté au monde analogique. Dans un environnement numérique, le *watermarking* modifie certains bits dits « inutiles<sup>61</sup> » d'une image ou d'un son. À l'aide d'un logiciel approprié, ce code numérique peut être extrait et déchiffré. Le marquage est généralement indélébile et se retrouve, même après une altération ou un découpage de l'œuvre, dans chaque partie de celle-ci.

Pendant, d'autres caractéristiques de ces technologies permettent de protéger plus ou moins directement le droit d'auteur. Tout d'abord, le marquage est dans certains cas parfaitement visible, une marque est alors clairement apposée sur la représentation de l'œuvre, de manière quelque peu similaire à l'apposition du terme « spécimen » sur de faux billets de banque ou autres papiers officiels. Cette pratique,

également appelée *fingerprinting*, est assez répandue dans les agences de photos qui appliquent ainsi leur nom ou leur logo sur un exemplaire d'une photo aux seules fins de promotion et ne communiquent l'image débarrassée de ce marquage que lorsque le paiement de la rémunération prévue a été effectué. C'est le cas également dans certains musées ou archives en ligne dont les reproductions des collections s'ornent du sceau du musée<sup>62</sup>. Ce *watermarking* visible remplit dans ce cas une fonction de protection contre la copie dans la mesure où ce marquage nettement apparent implique une diminution de la valeur de ce qui est gratuitement accessible sur les réseaux.

Chaque exemplaire différent de l'œuvre distribué aux utilisateurs peut en outre intégrer un numéro de série numérique distinct. Dans ce cas, une copie pirate retrouvée par la suite sur le marché peut révéler l'exemplaire originel à partir duquel cette contrefaçon a été réalisée. Cet estampillage de chaque image permet donc de remonter à la source de copies non autorisées de l'image à l'aide d'un fichier reprenant ces numéros de série et les utilisateurs auxquels ces images estampillées ont été licenciées. Ici la fonction essentielle de la technique de protection est d'apporter des éléments de preuve quant à la contrefaçon. Enfin, une dernière fonction utile du *watermarking* est d'authentifier le contenu marqué, notamment en assurant que l'œuvre a conservé son intégrité.

#### Systèmes de gestion électronique

Les outils de gestion électronique sont toutes les technologies qui assurent la gestion des droits sur les réseaux en permettant la conclusion de licences d'utilisation *on-line* et en contrôlant l'utilisation des œuvres. Ces mécanismes réalisent la fusion entre protection contractuelle et protection technique<sup>63</sup>.

D'autres fonctions peuvent également être prises en charge par ces outils : la répartition des droits perçus, la perception des paiements, l'envoi de factures, la réalisation de données de profilage des utilisateurs, etc. À titre d'exemple, les « agents électroniques » ont récemment fait leur apparition sur le marché<sup>64</sup>. Développés pour accomplir de nombreuses fonctions sur les réseaux, certains d'entre eux sont programmés pour négocier et conclure des contrats électroniques<sup>65</sup>. Cette technologie commence à s'appliquer également au droit d'auteur dans la mesure où de tels *contracting agents* accompagnent la diffusion de contenu protégé sur Internet à la fois pour afficher les termes et conditions des licences d'utilisation et pour recevoir et gérer l'acceptation ou le clic des utilisateurs. D'autres agents plus performants gèrent complètement de manière automatisée la distribution et l'utilisation de l'œuvre, notamment en intégrant un système de paiement électronique, en renouvelant les licences d'utilisation, ou en réalisant un compte rendu précis de l'utilisation (quelles œuvres ont été copiées, imprimées, agrandies, téléchargées ? combien de fois ?), à la fois en vue d'une facturation adéquate et proportionnelle à l'utilisation réelle et de marketing ultérieur (quel utilisateur apprécie tel type de musique ?).

On peut également imaginer que la répartition des droits à destination des auteurs et artistes-interprètes et autres titulaires de droits puisse être effectuée en ligne par de tels agents. Lorsque ces agents se contentent de contrôler l'utilisation des œuvres et de dresser la fréquence de consultation des œuvres et des sites Web, voire d'établir des profils précis des utilisateurs, on parle souvent de *metering systems*.

Enfin, les *electronic right management systems* ou *ERMS* sont sans doute les mesures de protection dont on parle le plus, bien qu'il faille se garder d'y voir une

technologie spécifique. Les ERMS (dénommés également *ECMS* pour *electronic copyright management systems*) consistent plutôt en une combinaison de nombreux outils et technologies afin d'exercer plusieurs fonctions<sup>66</sup>. Ainsi, un outil de cryptographie bloquant l'accès à l'œuvre peut être associé à un système anticopie empêchant la reproduction de l'œuvre même par un utilisateur légitime. La technique du *water-marking* (voir *supra*) et un système de licence et de paiement électroniques peuvent également être intégrés dans le même programme informatique. Généralement, la fonction principale des ERMS est de gérer les utilisations et licences des œuvres *on-line*. C'est à ce titre que nous les rangeons dans la catégorie des outils de gestion.

#### Accès à l'œuvre et exercice des exceptions dans le cadre des systèmes techniques

Les systèmes techniques s'embarrassent peu des limites mises au droit d'auteur pour garantir un certain équilibre entre protection et promotion de la culture et du savoir. 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, l'exécution du droit d'auteur s'effectue au-delà même de l'existence et de l'étendue du droit.

Cela implique que les utilisateurs qui souhaiteraient effectuer une reproduction ou une communication au public comprise dans le cadre des limitations aux droits exclusifs 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 traditionnel non numérique<sup>67</sup>, 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-après.

Il nous apparaît 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. 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, à la mémoire de nos sociétés ne serait-il pas mis en péril ? Le problème est similaire en ce qui concerne le respect des exceptions. Si, à la suite de 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.

#### Solutions et discussion

La légitimité de la barrière technique sur du domaine public ou 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 pres-

tations qu'offre le distributeur de contenus culturels que de la protection du droit d'auteur<sup>68</sup>. 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 libre usage devient bien fragile. Ce qui justifie que, si les titulaires de droit sont fondés à utiliser la technologie pour sécuriser leurs œuvres, il convienne simultanément d'apporter des correctifs légaux aux possibles abus de cette utilisation.

Un premier type de correctif peut être trouvé dans le droit commun, et notamment dans le principe de l'abus de droit ainsi que dans les systèmes de protection du consommateur. L'application de ces institutions au droit d'auteur est encore balbutiante<sup>69</sup> mais rien n'empêche pourtant que celui-ci y soit soumis.

Une solution serait de trancher la difficile, et encore assez inédite, 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. Les conditions souvent subjectives posées à l'exercice d'une exception ne peuvent être analysées et reconnues par de telles mesures 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 » ?

De même une exception également impérative est reconnue à l'utilisateur d'une base de données protégée par un droit *sui generis* pour extraire des parties non substantielles. Le système protégeant la base ne pourra toutefois définir ce qu'est une partie « non substantielle », à moins d'être programmé à cet effet par le titulaire de droit, ce qui enlèverait une partie de son sens à l'exception.

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 de grandes catégories d'utilisateurs, tels les bibliothèques, les journalistes, les chercheurs, les enseignants, auxquels sont associées certaines exceptions déterminées. Ces différentes possibilités pénaliseraient les utilisateurs individuels qui ne se verraient pas reconnaître une telle possibilité. Le système des exceptions ne deviendrait plus qu'une affaire de négociation contractuelle entre les ayants droit et quelques utilisateurs qu'on pourrait appeler collectifs.

La proposition de directive européenne impose une solution particulièrement complexe<sup>70</sup>. Les États membres devront en effet prendre les mesures nécessaires pour que les titulaires de droit permettent aux utilisateurs de bénéficier des exceptions. La directive ne précise pas comment cette possibilité sera assurée, outre le cas de conventions conclues entre titulaires de droit et certains utilisateurs. On voit mal comment les auteurs pourraient souscrire à une telle obligation. Toutefois, cette disposition ne s'applique pas aux œuvres mises à la disposition du public sur les réseaux numériques sur base d'un contrat, ce qui réduit considérablement cette disposition.

La loi américaine ne règle pas non plus directement la question. Pendant une période de deux ans, la Bibliothèque du Congrès et le *Register of copyright* examineront l'incidence des mesures techniques sur l'exercice du *fair use*<sup>71</sup>. Toutefois, les conséquences de cette analyse sont assez faibles puisqu'il s'agira alors 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 sera pas remise en cause.

Cette solution 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 à l'échelle globale. L'UNESCO paraît constituer un cadre privilégié pour l'instauration d'un tel organisme.

#### *Recommandations*

1. *L'utilisation de mécanismes techniques pour protéger les œuvres numériques est susceptible d'abus, et il convient d'affirmer la nécessité de réprimer de tels abus. L'apposition de verrous techniques sur des éléments du domaine public met fondamentalement en péril l'accès à ces œuvres et ne peut en principe être acceptée.*
2. *La réflexion sur le statut des exceptions doit examiner les conséquences de ce statut sur l'utilisation de mesures techniques.*
3. *Les mesures techniques ne sont admissibles que pour autant qu'elles tiennent compte et permettent le respect des exceptions et limitations au droit d'auteur.*
4. *Afin de poursuivre leur rôle essentiel de diffusion du savoir dans le monde numérique, les bibliothèques et les institutions d'enseignement doivent bénéficier de copies d'œuvres dépourvues de protection technique empêchant l'accès raisonnable à l'œuvre légitimement acquise.*
5. *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, au domaine public, ainsi que sur l'exercice des limitations du droit d'auteur pourrait être institué sous les auspices de l'UNESCO.*

## **Protection juridique des systèmes techniques**

### **L'article 11 du Traité OMPI et les textes nationaux**

Le développement des mesures techniques apposées sur les œuvres a entraîné la naissance d'un nouveau droit de propriété intellectuelle qui protège cette technologie contre le contournement, l'altération ou la 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 États 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<sup>72</sup>, ni quels sont les actes précis qui devraient être prohibés. Entière liberté est laissée aux États 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 législateurs<sup>73</sup>.

Le *Digital Millenium Copyright Act* instaure une triple protection des mesures techniques<sup>74</sup>. 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 anticopie principalement). Le champ des technologies concernées est donc très large puisqu'il couvre aussi bien les mécanismes qui protègent les 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 proposition de directive européenne, actuellement au stade de la position commune, 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 technique, dispositif ou élément qui, dans le cadre normal de leur fonctionnement, sont destinés à prévenir ou à empêcher la violation de tout droit d'auteur ou droit voisin du droit d'auteur tel que prévu par la loi ou le droit *sui generis* ». À première vue, seuls sont ici visés 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.

Par contre, il est précisé, en accord avec le texte des traités OMPI, que seuls seront protégés les dispositifs « effectifs », 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 ou celle d'un autre objet protégé sont contrôlées grâce à l'application d'un code d'accès ou de tout autre type de procédé de protection qui atteint cet objectif de protection de manière opérationnelle et fiable avec l'autorisation des ayants droit ». Tant les technologies d'accès que les systèmes protégeant strictement les droits exclusifs sont visés par la protection.

L'Australie et le Japon ont édicté des protections similaires pour les systèmes de contrôle d'accès aux œuvres<sup>75</sup>.

## L'opportunité d'un troisième niveau de protection

La protection juridique des mesures techniques est parfois présentée comme un troisième niveau de protection des œuvres. Le premier niveau ou la première « couche » est constitué par la loi sur le droit d'auteur qui assure une protection opposable à tous. Les mesures techniques peuvent être comparées à un deuxième niveau de protection ou à une deuxième « couche », 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, puisqu'il instaure une protection 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. L'utilisateur qui accomplit un acte soumis à l'autorisation de l'auteur relativement à une œuvre protégée par un système technique se rend donc 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.

Les conséquences en sont parfois absurdes. Imaginons qu'un utilisateur neutralise la barrière technique qui empêche la copie numérique de l'œuvre. Il peut à ce titre être poursuivi sur la 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.

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'auteur<sup>76</sup>. Lire un livre, voir un film, assister à un spectacle, regarder des œuvres plastiques n'implique généralement aucun acte soumis au droit d'auteur. Par contre, il va sans dire que les autorisations nécessaires à l'exploitation de l'œuvre, telles que l'exposition dans un musée, l'impression d'un manuscrit, la distribution d'un film en salles, la mise en scène d'une pièce de théâtre, ont certainement été dûment sollicitées par l'exploitant en amont de l'utilisation finale de l'œuvre.

L'existence d'une telle protection sur l'accès par le biais des mesures techniques est lourde de conséquences. Par exemple, un jeu vidéo pourrait être vendu sur un CD-ROM intégrant une protection technique d'accès. L'acquéreur tout à fait légitime de ce jeu pourrait ensuite se voir opposer la barrière technique, soit après quelques parties, soit parce qu'il ne joue pas le jeu sur la plate-forme de la même marque, soit parce qu'il n'a pas acheté les mises à jour du jeu. Qu'il tente de désactiver la protection technique, et le voilà passible de poursuites.

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, est-ce bien le droit d'auteur dont l'exercice et l'effectivité se trouvent ainsi renforcés ? Ne protège-t-on pas surtout l'investissement consacré au développement et à l'utilisation des mesures techniques ? N'est-ce pas plutôt la simple distribution de contenus éventuellement protégés par le droit

d'auteur et sa rémunération qui forme l'objet principal de la protection ? Dans l'exemple du jeu vidéo, on peut admettre que le distributeur ou fabricant impose contractuellement des conditions d'acquisition de son produit, telles qu'un prix limité à un certain nombre d'usages ou l'obligation de jouer le jeu sur un certain standard. Cela dit, ces conditions mises à l'achat et à l'utilisation des œuvres n'appartiennent pas au domaine du droit d'auteur. Le passionné de jeux vidéo qui souhaite avoir accès au jeu en vue de son utilisation n'effectue aucun acte soumis au droit de l'auteur, sous réserve d'un acte de reproduction provisoire qui sera généralement couvert par une exception. Si le simple fait de franchir la barrière est prohibé, quels que soient les actes accomplis par la suite, qu'ils soient licites ou non, n'est-ce pas la barrière elle-même qui fait l'objet essentiel de la protection ? Citons Y. Gendreau : « L'évolution a donc été rapide. Elle est aussi paradoxale : alors qu'on ne sait pas encore au juste quels actes sont visés par le droit de reproduction, on élabore déjà dans le cadre du droit d'auteur des systèmes exorbitants du droit d'auteur traditionnel pour les contrôler<sup>77</sup>. »

### Discussion

Chaque niveau de protection des œuvres devrait refléter l'équilibre essentiel entre monopole et accès à l'information. Cet équilibre, présent dans le droit d'auteur, doit également être transposé aux mesures techniques ainsi qu'à la protection légale de ces derniers. D'une manière générale, il nous semble que les conséquences de l'intervention de la technique dans la distribution des œuvres restent incertaines. Le marché n'a pas encore développé de systèmes efficaces et largement utilisés qu'on les protège déjà. N'est-ce pas prématuré ? Ne devrait-on pas d'abord laisser le marché se développer avant de répondre à un besoin de protection peut-être inexistant ? La technologie paraît encore fort balbutiante face à ce besoin précoce de la protéger.

Le droit commun permet en outre une protection raisonnable des mesures techniques par le recours à la criminalité informatique, la concurrence déloyale ou encore par la protection des systèmes d'accès conditionnels à des services audiovisuels. Ce droit commun répond de manière suffisante à la demande des traités OMPI pour une protection juridique efficace. L'OMPI a d'ailleurs confirmé<sup>78</sup> que l'article 11 du Traité n'oblige pas les États membres à instaurer une protection juridique spécifique si le cadre législatif existant satisfait raisonnablement le besoin de protection<sup>79</sup>.

La question doit ici être considérée différemment pour les deux branches de la protection que les États accordent généralement aux mesures techniques dans le cadre du droit d'auteur : d'une part, l'acte de neutralisation, d'autre part, les activités préparatoires telles que la fabrication et la distribution de produits ou services permettant la neutralisation.

#### L'opportunité de l'interdiction de neutralisation

Les mesures techniques de protection des œuvres ont généralement pour but de dissuader les utilisateurs de poser des actes interdits. Les utilisateurs normaux ne tenteront pas de forcer la protection technique, principalement parce que le fait même de ce verrou les dissuade de porter atteinte à l'œuvre. En cas de déverrouillage de la protection technique, l'utilisateur devra répondre, le cas échéant, d'un acte de violation du droit d'auteur. Cette sanction nous paraît suffisante. La doubler d'une sanction spécifique n'apporte rien et relèverait par ailleurs d'un mécanisme de protection de l'investissement qui ne peut, selon nous, se justifier dans le cadre de la propriété intellectuelle.

Le flou entretenu par les législations sur le sort de la neutralisation de mesures techniques dans la seule intention d'effectuer une reproduction soumise à une exception du droit d'auteur soulève des questions d'opportunité. La question de l'interférence des exceptions et limitations au droit d'auteur et de la protection juridique des mesures techniques constitue un des points les plus complexes de la matière. Nous avons vu au point précédent qu'une mesure technique peut restreindre fortement la capacité de l'utilisateur à effectuer des actes permis en vertu d'une exception légale. L'utilisateur peut alors être tenté de déverrouiller l'œuvre pour exercer normalement l'exception dont il bénéficie. S'il le fait, il sera passible de poursuites alors même qu'il n'a accompli aucun acte soumis aux droits de l'auteur. Les traités de l'OMPI semblent limiter la sanction aux cas où une violation du droit d'auteur est accomplie postérieurement à la désactivation de la barrière technique, mais les textes nationaux sont moins clairs sur ce point.

Nous avons vu également que la protection de ces techniques couvre généralement les systèmes d'accès. Les États ou organisations régionales, telles que l'Union européenne, ont généralement introduit ou adopté des textes dont l'objet était non seulement les technologies protégeant strictement les droits d'auteur, mais également les technologies conditionnant et contrôlant l'accès aux œuvres. Cela est manifeste dans les textes américain et australien, et cela ressort également de la définition des mesures techniques reprise dans la proposition communautaire. En conséquence, 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. Il est vrai qu'une grande majorité des systèmes techniques actuellement utilisés pour protéger des œuvres sont des mesures basées sur la cryptographie qui, à titre principal, empêchent un accès non autorisé au contenu crypté. Le simple accès à une œuvre qui aurait nécessité le déplombage d'une barrière technique, sans toutefois qu'un acte soumis au droit de l'auteur ait été accompli postérieurement à l'accès, tomberait sous le coup de la sanction.

Le souci de protéger les technologies relatives à l'accès se comprend parfaitement. Toutefois, 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 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 conditionnel, 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 informatique<sup>80</sup>.

Ces deux points démontrent à suffisance que rendre illicite l'acte de contournement des mesures techniques dans le cadre du droit d'auteur équivaldrait à instaurer une protection nouvelle sur une simple barrière technique, sans égard à la légitimité même des actes accomplis par l'utilisateur postérieurement à ce déverrouillage.

### L'opportunité de l'illicéité des activités préparatoires

Les techniques utilisées pour protéger les œuvres sur les réseaux électroniques ne diffèrent pas d'autres mécanismes de sécurité relatifs à d'autres types de contenu. Par exemple, la cryptographie servira autant à protéger des œuvres que la transmission de programmes télévisés ou la diffusion de données financières ou personnelles. En conséquence, les dispositifs censés les neutraliser le feront également de manière indifférenciée.

Dès lors, une protection des techniques générales d'accès aux contenus numériques pourrait être plus utile qu'une protection spécifique au droit d'auteur. Cette protection existe d'ailleurs dans certains pays dans les législations relatives à l'audiovisuel (dispositions relatives à l'accès conditionnel) ou dans le droit de la criminalité informatique. La protection de l'accès conditionnel nous semble répondre adéquatement au besoin de protection demandé par l'OMPI.

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. Ainsi, 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.

#### *Recommandations*

1. *La protection des mesures techniques doit être recherchée en droit commun, et non dans le droit d'auteur.*
2. *L'acte de neutralisation de mesures techniques ne peut être sanctionné par le droit d'auteur. Les sanctions relatives à la violation du droit d'auteur suffisent dans ce cas pour sanctionner, le cas échéant, l'utilisateur.*
3. *L'interdiction de la fabrication et de la commercialisation de dispositifs permettant la neutralisation de mesures techniques est un dispositif de protection relevant de la sécurité informatique. La sanction de telles activités doit être recherchée dans le droit de la criminalité informatique ou le droit de l'audiovisuel, particulièrement en ce qui concerne les systèmes d'accès conditionnel.*
4. *Tout régime de protection juridique des mesures techniques doit s'effectuer dans le respect de l'accès à l'information et au domaine public, et permettre un exercice légitime des exceptions au droit d'auteur.*

### Conclusions

Dès 1995, les auteurs de la « Magna Carta for an information society<sup>81</sup> » imaginaient deux possibles modèles de développement de celui-ci : le premier dit du « cyberspace » correspondait à la volonté des protagonistes à l'origine de l'Internet. Il s'agissait d'un monde de libre circulation de l'information et de la libre expression. Le second dit des *information superhighways* envisageait le développement

d'outils de contrôle des accès à l'information. Ainsi, la technologie oscille entre deux mondes : celui de la liberté et celui de la propriété.

Certes, le premier modèle est largement utopique et méconnaît le principe même de la propriété littéraire et artistique. Les protections techniques qui s'ajoutent à une extension sans précédent à la fois dans le contenu et dans l'objet des droits de propriété intellectuelle accréditent l'idée que le marché a indiscutablement privilégié la seconde approche.

Notre propos, en conclusion des développements qui précèdent, cherche à (r)établir un équilibre entre, d'une part, la juste et légitime revendication à la protection des intérêts légitimes des auteurs et producteurs de contenus et, d'autre part, le besoin de consacrer les intérêts de chacun et du public en général à bénéficier d'un progrès technologique qui offre l'unique opportunité de permettre à tous un meilleur accès au patrimoine de l'humanité. C'est en ce sens que nous plaidons clairement pour un retour à l'équilibre qui constitue l'essence même du droit d'auteur. « Tout le droit d'auteur, rien que le droit d'auteur », pourrions-nous écrire.

Cette formule signifie :

- qu'il importe que le domaine de protection des droits de propriété intellectuelle soit circonscrit aux « créations » ou aux « innovations techniques », mais exclut les investissements et les mesures techniques de leur protection. Toute autre solution préjudicierait aux pays en voie de développement et au secteur non marchand, particulièrement aux bibliothèques et institutions d'enseignement ;
- qu'il est utile de réaffirmer les principes à la base des exceptions à la protection des droits de propriété intellectuelle, de réévaluer à l'aune de ces principes la liste actuelle, voire d'ajouter de nouvelles exceptions et, enfin, de consacrer leur caractère impératif. Il importe en particulier, pour l'UNESCO, que les exceptions aux fins scientifiques, d'éducation et « à des fins de journalisme » soient maintenues ;
- qu'il est indispensable de consacrer le droit d'accès de tous au « domaine public informationnel » qui rassemblerait l'information essentielle au citoyen d'une société démocratique moderne (informations statistiques, réglementaires, de sécurité, environnementales) et dont chaque État doit avoir la maîtrise sans risque de confiscation par des sociétés privées ;
- enfin, que, face au développement des mesures techniques de protection, il est urgent de rappeler que le droit de propriété intellectuelle n'a pas pour fin de légitimer les mesures de contrôle d'accès ; que, si celles-ci doivent être protégées par le droit commun, une protection adéquate peut être trouvée, hors du droit d'auteur, dans la réglementation de la distribution des produits, c'est-à-dire du service d'accès conditionnel à ceux-ci, ne pouvant dès lors remettre en cause l'équilibre voulu entre intérêts des titulaires de droit et intérêts sociétaux ou publics inscrits au cœur des droits de propriété intellectuelle.

## Notes

1. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, traités de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, signés à Genève le 20 décembre 1996 ; *Digital Millennium Copyright Act* (États-Unis d'Amérique), octobre 1998, Pub. L. n° 105-304, 112 Stat. 2860

- (1998) (ajout des par. 512 et 1201-1203 au *Copyright Act* de 1976) ; Proposition modifiée de directive sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, COM (1999) 250 final du 21 mai 1999 ; *JO*, 1999, C180/6.
2. *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, 1995.
  3. P. B. Hugenholtz, « Fierce creatures – Copyright exemptions : towards extinction ? », *Rights, limitations and exceptions : striking a proper balance*, Conférence IFLA/IMPRIMATUR, Amsterdam, 30-31 octobre 1997, disponible sur <http://www.ivir.nl>, p. 5-6.
  4. B. Edelman, « Une loi substantiellement internationale. La loi du 3 juillet 1985 sur le droit d'auteur et les droits voisins », *JDI*, 1987, p. 571.
  5. A. Lucas et H. J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994, p. 41.
  6. P. B. Hugenholtz, *op. cit.*, p. 6.
  7. A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 256 et suiv.
  8. M. Buydens, *La protection de la quasi-crédation*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 559 et suiv.
  9. Directive 96/9 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *JO*, L 77/20, 27 mars 1996.
  10. Article 7, par. 1 de la directive.
  11. Considérant 40 de la directive.
  12. Civ. Bruxelles (cess.), 16 mars 1999, *JT*, 1999, p. 305.
  13. A. Strowel, « La loi du 31 août 1998 concernant la protection juridique des bases de données », *JT*, n° 11, 1999, p. 300.
  14. Les États-Unis d'Amérique discutent de deux textes, l'un instaurant une protection similaire au droit *sui generis* européen, l'autre appliquant la doctrine de la « *misappropriation* » à la protection du contenu de la base de données, H.R. 354, « Collections of Information Antipiracy Act » ; HR 1858, « Consumer and Investor Access to Information Act ». Les deux projets sont discutés par deux comités différents qui ne semblent pas être prêts pour le moment à faire des concessions.
  15. Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins, Genève, 2-20 décembre 1996. Comptes rendus analytiques (séances plénières) établis par le Bureau international, particulièrement nos 417, 426, 435, 461 et 465, ainsi que la position du Groupe africain.
  16. Pollaud-Dullian, « Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données », *Dall. Aff.*, 1996, p. 539. Voir également A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Droit@Litec, 1998, p. 46, n° 89 : « On en est arrivé à ramener le droit d'auteur à un mécanisme de rémunération de l'investissement, au risque de perdre de vue que, même dans une approche objective de l'originalité, le droit d'auteur implique un minimum de créativité. »
  17. M. Buydens, « Le nouveau régime juridique des bases de données », *IRDI*, 1999, p. 9.
  18. A. Strowel et J. P. Triaille, « Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia », *Cahiers du CRID*, n° 11, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 322 ; A. Koumantos, « Les bases de données dans la directive communautaire », *RIDA*, janvier 1997, p. 117.
  19. Voir l'affaire Magill tranchée par la Cour européenne.
  20. 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.
  21. Article 107 du *Copyright Act* de 1976.
  22. 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, Éd. Australian Copyright Council, 1999.
  23. 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. »*

24. P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 6.
25. S. Ricketson, « International conventions and treaties », dans *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, *op. cit.*, p. 10.
26. Voir comptes rendus analytiques de la commission principale lors de la négociation du Traité OMPI.
27. P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 46.
28. A. Francon, « La Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins », *RIDA*, avril 1997, p. 37-39.
29. P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 46.
30. S. Ricketson, *op. cit.*, p. 20.
31. La position commune du 8 juin 2000 est la dernière version du texte de la directive européenne. Ce texte n'est pas publié au moment où nous concluons ce rapport.
32. *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*, 24, 1977, p. 1139 ; L. Pallas Loren, « Redefining the market failure approach to fair use in an era of copyright permission systems », *JIPL*, vol. 5, 1999, disponible sur <http://www.lawsch.uga.edu/~jipl/vol5/loren.html>
33. 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 *NCL Review* (1998), p. 101.
34. *Legal Advisory Board*, voir note 2, p. 32 ; P. B. Hugenholtz, *op. cit.*
35. Sirinelli, *op. cit.* ; A. Lucas, *op. cit.*, p. 175 et suiv. ; J. Spoor, « General aspects of exceptions and limitations : general report », dans *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, *op. cit.*, p. 33.
36. P. B. Hugenholtz, *op. cit.*, p. 10-11.
37. L. Guibault, « Limitations found outside copyright law », dans *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, *op. cit.*, p. 43.
38. *Ibidem*, p. 45.
39. J. Spoor, *op. cit.*, p. 40.
40. *Legal Advisory Board*, voir note 2, p. 32.
41. *Dior v. Evora*, Hoge Raad, 20 octobre 1995, *NJ*, n° 682, 1996.
42. *Dalloz* 1999, 581, note Kamina, *RIDA*, avril 2000, p. 374.
43. « Terroristenbild, Landgericht Berlin, 26 mai 1977 », *GRUR*, 1978, p. 108. Pour une analyse fouillée des décisions européennes concernant le droit d'auteur et la liberté d'expression, voir P. B. Hugenholtz, « Copyright and freedom of expression in Europe », dans Rochelle Cooper Dreyfus, Harry First et Diane Leenheer Zimmerman (dir. publ.), *Innovation policy in an information age*, Oxford, Oxford University Press, à paraître.
44. P. B. Hugenholtz, « Copyright, contract and technology – What will remain of the public domain ? », *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, *Cahiers du CRID*, n° 18, Bruxelles, Bruylant, à paraître.
45. 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 », *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 12, 1997, 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.
46. S. Perlmutter, « Facts and functions of the new media situation », General Report, Journées d'étude de l'ALAI, Stockholm, 18-20 juin 2000.

47. P. B. Hugenholtz, « Copyright, contract and technology », *op. cit.* ; Bernardine Trompe-naars, « Formation and validity of on-line contracts », dans P. Bernt Hugenholtz (dir. publ.), *Copyright and electronic commerce*, London/The Hague/Boston, Kluwer Law International, 2000.
48. 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. JL & Tech.* 2 (1995), <http://www.urich.edu/~jolt/vlil/hardy.html>
49. A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique, op. cit.*, p. 171.
50. P. B. Hugenholtz, « Fierce creatures... », *op. cit.* ; L. Pallas Loren, *op. cit.*, p. 21 ; L. Guibault, *op. cit.* ; Th. Vinje, « Copyright imperilled », *EIPR*, 1999/4, p. 197.
51. 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'Étude 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 », dans *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions, op. cit.*, p. 297 ; « Rapport national : Mexique », *ibidem*, p. 302.
52. P. B. Hugenholtz, « Adapting copyright to the information superhighway », dans *The future of copyright in a digital environment*, Amsterdam, Kluwer, 1996, p. 94 ; voir également L. Guibault, *op. cit.*
53. Ch. Clark, « The answer to the machine is in the machine », dans *The future of copyright in a digital environment, op. cit.*, p. 139-146.
54. 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.
55. Il peut également s'agir d'une disquette que l'on insère dans l'ordinateur lorsque l'utilisateur souhaite utiliser le logiciel. Le logiciel ne fonctionnera alors qu'à condition que cette disquette soit en possession de l'utilisateur.
56. Les *dongles* et cartes à puces (voir *supra*) peuvent également avoir une fonction de contrôle d'accès.
57. Loi 90-1170 du 29 décembre 1990, *JO*, 30 décembre 1990, p. 16439.
58. J. Hubin et Y. Pouillet, avec la collaboration de B. Lejeune et P. van Houtte, *La sécurité informatique, entre technique et droit, Cahiers du CRID*, n° 14, Bruxelles, Story-Scientia, 1998.
59. S. Dusollier, « Le droit d'auteur et son empreinte digitale », *Ubiquité*, n° 2, mai 1999, p. 31-47.
60. R. Leymonerie, « Cryptage et droit d'auteur », *Les cahiers de la propriété intellectuelle*, vol. 10, n° 2, p. 423, 1998 ; voir également D. Guinier, « La stéganographie, de l'invisibilité des communications digitales à la protection du patrimoine multimédia », *Expertises*, juin 1998, p. 186-190.
61. Ces bits sont inutiles en ce sens que les images et les sons comprennent un grand nombre de bits dont la suppression ou la modification n'entraînent aucune conséquence perceptible pour l'auditeur ou le spectateur. Par exemple, dans le cas d'une œuvre sonore, la ligne de code numérique permettant le marquage est insérée dans les bits de fréquence inaudible pour une oreille humaine.
62. Un exemple en est la Bibliothèque vaticane dont les documents précieux ont été numérisés et mis à la disposition du public *on-line*, toutefois recouverts du sceau du Vatican, ce qui empêche toute forme de réutilisation commerciale.
63. P. B. Hugenholtz, « Copyright, contract and technology », *op. cit.*
64. R. Julia-Barcelo, « Electronic contracts. A new legal framework for electronic contracts : the EU electronic commerce proposal », *CLSR*, 06/1999, n° 15/3, p. 147-158.

65. S. Gauthronet et F. Nathan, *On-line services and data protection and the protection of privacy*, étude réalisée pour le compte de la Commission européenne, DG XV, p. 31.
66. M. Ledger et J. P. Triaille, « Dispositions contre le contournement des dispositifs techniques de protection », *Copyright in cyberspace*, Journées d'étude de l'ALAI, Amsterdam, juin 1996, Éd. ALAI, 1997 ; <http://www.droit.fundp.ac.be/espacedroit/textes> ; D. Gervais, *Electronic right management systems (ERMS), the next logical step in the evolution of rights management*, 1997, voir [http://www.copyright.com/stuff/ccms\\_network.htm](http://www.copyright.com/stuff/ccms_network.htm)
67. P. Samuelson, « The copyright grab », *Wired 4.01*, 1996 ; Th. Vinje, « A brave new world of technical protection systems : will there still be room for copyright ? », *EIPR*, 1996/8, p. 431 ; M. Ledger et J. P. Triaille, *op. cit.* ; J. Cohen, « Some reflections on copyright management systems and laws designed to protect them », *Berk. Tech. LJ*, vol. 12, n° 1, 1997, p. 9.
68. S. Dusollier, « Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès en droit européen », dans *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, Cahiers du CRID, n° 18, Bruxelles, Bruylant, à paraître.
69. L. Guibault, « Limitations found outside copyright law », *op. cit.*
70. Article 6 (4) de la position commune du 8 juin 2000.
71. J. Ginsburg, « Chronique des États-Unis », *RIDA*, janvier 1999, p. 147 et suiv.
72. S. Dusollier, « Electrifying the fence : the legal protection of technological measures for protecting copyright », *EIPR*, 1999/6, p. 285-297.
73. 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 œuvre 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.
74. J. Ginsburg, « Chronique des États-Unis », *op. cit.* ; P. Samuelson, « Intellectual property and the digital economy : why the anti-circumvention regulations need to be revised », *Berk. Tech. LJ*, 1999, vol. 14, p. 519.
75. Voir S. Dusollier et A. Strowel, *op. cit.*
76. J. Litman, « The exclusive right to read », *Cardozo Arts & Ent. LJ*, 1994, p. 42 ; S. Dusollier, « Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès en droit européen », *op. cit.*
77. Y. Gendreau, « Le droit de reproduction et Internet », *RIDA*, janvier 1999, p. 55.
78. Intervention de Kurt Kemper, atelier sur la mise en œuvre des traités OMPI, 6-7 décembre 1999, Genève.
79. En ce sens, A. Lucas, *op. cit.*, p. 273 et suiv.
80. P. Samuelson, « Intellectual property and the digital economy : why the anti-circumvention regulations need to be revised », *op. cit.*
81. « Cyberspace and the American dream : a Magna Carta for the knowledge age », *Info-ways*, 1995, p. 2. Voir à cet égard les conclusions de C. Lamouline et Y. Pouillet, *Des autoroutes de l'information à la démocratie électronique*, Rapport au Conseil de l'Europe, octobre 1995, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 75 et suiv. (Nemesis).

## Bibliographie

- ALAI, *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*. Journées d'étude de l'ALAI, 14-17 septembre 1998, Cambridge, Éd. Australian Copyright Council, 1999.
- BELL, T. Fair use v. Fared use : The impact of automated rights management on copyright's fair use doctrine. 76 *NCL Review*, 1998.
- BUYDENS, M. *La protection de la quasi-crédation*. Bruxelles, Bruylant, 1993.
- . Le nouveau régime juridique des bases de données. *IRDI*, 1999.

- CLARK, Ch. The answer to the machine is in the machine. *The future of copyright in a digital environment*. Amsterdam, Kluwer, 1996.
- COHEN, J. Some reflections on copyright management systems and laws designed to protect them. *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 12, n° 1, 1997.
- Cyberspace and the American dream : a Magna Carta for the knowledge age. *Info-ways*, 1995.
- DUSOLLIER, S. Le droit d'auteur et son empreinte digitale. *Ubiquité*, n° 2, mai 1999.
- . Electrifying the fence : the legal protection of technological measures for protecting copyright. *EIPR*, 1999/6.
- . Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès en droit européen. *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, Cahiers du CRID, n° 18, Bruxelles, Bruylant, à paraître.
- DUSOLLIER, S. et STROWEL, A. *La protection légale des systèmes techniques*. Atelier sur la mise en œuvre 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.
- EDELMAN, B. Une loi substantiellement internationale. La loi du 3 juillet 1985 sur le droit d'auteur et les droits voisins. *JDI*, 1987.
- FISHER III, W. W. Property and contract on the Internet, 1998, disponible sur : <http://cyber.law.harvard.edu/ipcoop/98fish.html>
- FRANCON, A. La Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins. *RIDA*, avril 1997.
- GENDREAU, Y. Le droit de reproduction et Internet, *RIDA*, janvier 1999.
- GERVAIS, D. *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.
- GINSBURG, J. Chronique des États-Unis. *RIDA*, janvier 1999.
- GOLDSTEIN, P. Preempted state doctrine, involuntary transfers and compulsory licenses : testing the limits of copyright. *UCLA Law Review*, 24, 1977.
- . « Copyright and its substitutes », The Kastenmeier Lecture. *Wisconsin Law Review*, 1997.
- GUIBAULT, L. 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.
- . Limitations found outside copyright law. *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*. Journées d'étude de l'ALAI, 14-17 septembre 1998, Cambridge. Éd. Australian Copyright Council, 1999.
- HUBIN, J. et POULLET, Y., avec la collaboration de B. LEJEUNE et P. VAN HOUTTE. *La Sécurité informatique, entre technique et droit*. Cahiers du CRID, n° 14, Bruxelles, Story-Scientia, 1998.
- HUGENHOLTZ, P. B. Adapting copyright to the information superhighway. *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer, 1996.
- . Fierce creatures - Copyright exemptions : towards extinction ? *Rights, limitations and exceptions : striking a proper balance*. Conférence IFLA/IMPRIMATUR, Amsterdam, 30-31 octobre 1997, disponible sur <http://www.ivir.nl>
- . Copyright and freedom of expression in Europe. Dans : R. C. Dreyfus,

- H. First et D. L. Zimmerman (dir. publ.), *Innovation policy in an information age*. Oxford, Oxford University Press, à paraître.
- . Copyright, contract and technology – What will remain of the public domain? *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, *Cahiers du CRID*, n° 18, Bruxelles, Bruylant, à paraître.
- JULIA-BARCELO, R. Electronic contracts. A new legal framework for electronic contracts : the EU electronic commerce proposal. *CLSR*, 06/1999, n° 15/3.
- KOUMANTOS, A. Les bases de données dans la directive communautaire. *RIDA*, janvier 1997.
- LAMOULINE, C. et POULLET, Y. *Des autoroutes de l'information à la démocratie électronique*. Rapport au Conseil de l'Europe, octobre 1995. Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 1996.
- LEDGER, M. et TRIAILLE, J. P. Dispositions contre le contournement des dispositifs techniques de protection. *Copyright in cyberspace*. Journées d'étude de l'ALAI, Amsterdam, juin 1996. Éd. ALAI, 1997.
- 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, 1995.
- LESSIG, L. The zones of cyberspace. *Stanford Law Review*, 1996.
- LEYMONERIE, R. Cryptage et droit d'auteur. *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, vol. 10, n° 2, 1998.
- LITMAN, J. The exclusive right to read, *Cardozo Arts & Ent. LJ*, 1994.
- LUCAS, A. *Droit d'auteur et numérique*, Droit@Litec, 1998.
- LUCAS, A. et LUCAS, H. J. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. Paris, Litec, 1994.
- MERGES, R. P. The end of friction? Property rights and contract in the « newtonian » world of on-line commerce. *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 12, 1997.
- PALLAS LOREN, L. Redefining the market failure approach to fair use in an era of copyright permission systems, *JIPL*, vol. 5, 1999, disponible sur <http://www.lawsch.uga.edu/~jipl/vol5/loren.html>
- PERLMUTTER, S. Facts and functions of the new media situation. General Report. Journées d'étude de l'ALAI, Stockholm, 18-20 juin 2000.
- PERRIT, Jr. Reinventing government through information technology. *L'accès à l'information publique : une clé pour la croissance économique et la démocratie électronique*. Actes de la Conférence organisée par la Commission européenne à Stockholm les 27 et 28 juin 1996.
- POLLAUD-DULLIAN. Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données. *Dall. Aff.*, 1996.
- REIDENBERG, J. Lex informatica : the formulation of information policy rules through technology. *76 Texas Law Review*.
- RICKETSON, S. International conventions and treaties. *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*. Journées d'étude de l'ALAI, 14-17 septembre 1998, Cambridge. Éd. Australian Copyright Council, 1999.
- SAMUELSON, P. The copyright grab. *Wired* 4.01, 1996.
- . Intellectual property and the digital economy : why the anti-circumvention regulations need to be revised. *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 14, 1999.
- SIRINELLI, P. 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.

- SPOOR, J. General aspects of exceptions and limitations : general report. *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*. Journées d'étude de l'ALAI, 14-17 septembre 1998, Cambridge. Éd. Australian Copyright Council, 1999.
- STROWEL, A. *Droit d'auteur et copyright*. Bruxelles, Bruylant, 1993.
- . La loi du 31 août 1998 concernant la protection juridique des bases de données. *JT*, n° 11, 1999.
- STROWEL, A. et TRIAILLE, J. P. *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*. Cahiers du CRID, n° 11, Bruylant, 1997.
- TROMPENAARS, B. Formation and validity of on-line contracts. Dans P. B. Hugenholtz (dir. publ.), *Copyright and electronic commerce*. London/The Hague/Boston, Kluwer Law International, 2000.
- TROTTER HARDY, I. Contracts, copyright and preemption in a digital world, 1 *Rich. J. L. & Tech.* 2, 1995, <http://www.urich.edu/~jolt/v1i1/hardy.html>
- VINJE, Th. A brave new world of technical protection systems : will there still be room for copyright ? *EIPR*, 1996/8.
- . Copyright imperilled, *EIPR*, 1999/4.

**Promotion de l'enseignement du droit d'auteur  
et des droits voisins à l'université :  
inauguration d'une chaire UNESCO en Jordanie**

En mars 2000, le Directeur général de l'UNESCO et le Président de l'Université d'Amman ont signé un accord portant sur la création d'une chaire UNESCO du droit d'auteur et des droits voisins à la faculté de droit de cette université. La chaire a été solennellement inaugurée le 10 mai 2000.

La cérémonie d'inauguration a été suivie par la projection de la cassette de l'UNESCO *Qu'est-ce que le droit d'auteur* dans laquelle intervient le célèbre mime français Marcel Marceau, et par un séminaire auquel ont participé les professeurs de droit et les étudiants de la Faculté de droit ainsi que des représentants de divers milieux professionnels concernés par la protection du droit d'auteur et des droits voisins et la production d'œuvres intellectuelles. Deux communications ont été présentées aux participants, l'une sur le rôle du droit d'auteur dans le développement économique et culturel et la société de l'information, par S. Abada, directeur de la Section de la créativité et du droit d'auteur de l'UNESCO, et l'autre sur la protection du droit d'auteur et des droits voisins par les lois nationales de la Jordanie, par M. B. Talhauni, titulaire de la chaire UNESCO.

Le représentant de l'UNESCO a doté la nouvelle chaire d'un ensemble complet de documents et de publications traitant du droit d'auteur et des droits voisins, y compris le premier manuel international sur les *Droit d'auteur et droits voisins*, de D. Lipszyc, publié par l'UNESCO et de nombreux exemplaires de numéros du *Bulletin du droit d'auteur* de l'UNESCO.

**Nouvelle publication :**  
**Guide sur la gestion collective des droits d'auteur.**  
**Publication UNESCO, 108 pages (avec les annexes),**  
**en français (original) et anglais**

L'UNESCO vient de publier un *Guide sur la gestion collective des droits d'auteur*. La gestion collective du droit d'auteur est généralement utilisée pour faciliter l'exercice effectif de ces droits par les auteurs eux-mêmes et favoriser l'exploitation licite des

œuvres et prestations culturelles. Elle s'est révélée, dans la société moderne, un des moyens les plus appropriés pour garantir le respect des œuvres exploitées et la juste rémunération de l'effort créateur de la richesse culturelle, tout en facilitant l'accès rapide du public à une culture vivante en constant enrichissement.

Les pays industrialisés l'ont largement utilisée, notamment dans le domaine de la musique, et les pays en développement et en transition vers l'économie de marché s'attachent de plus en plus à la mettre en œuvre et à la promouvoir.

L'UNESCO a régulièrement encouragé les États membres, notamment des pays en développement, à organiser et à promouvoir la gestion collective des droits par les auteurs et autres titulaires de droits, comme un élément essentiel de construction d'un système national moderne de protection du droit d'auteur, capable de concourir efficacement à la dynamique du développement culturel.

Son assistance a notamment porté sur la création de structures adaptées de gestion des droits, la formation de cadres spécialisés et la fourniture de l'expertise conduisant à l'organisation performante des différentes activités techniques d'administration des droits. La formation de spécialistes a été régulièrement menée en coopération avec la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC), dont la vocation est de promouvoir la gestion solidaire et efficace des droits de tous les auteurs dans le monde avec la disposition de favoriser la diffusion universelle licite des œuvres de l'esprit.

Le but de ce guide est de donner à cette assistance une continuité dans le temps. La gestion collective a besoin de se développer dans le monde pour jouer efficacement son rôle de soutien endogène à la création continue des œuvres de l'esprit et de facteur dynamique de promotion des échanges culturels entre les nations.

Il vise à contribuer à l'amélioration de l'administration technique des droits tout en éclairant les rapports de cette activité avec les pouvoirs publics et les autres partenaires sociaux au service du développement culturel.

Il informe utilement les membres des organes statutaires et les cadres des jeunes sociétés d'auteurs des conditions favorables à la création statutaire des sociétés d'auteurs, selon la nature des droits à gérer et les données locales liées à la densité de l'activité culturelle. Il explique aux techniciens les mécanismes d'organisation de différentes activités de perception, de documentation, de répartition et de gestion administrative et comptable, et les modalités de leur accomplissement technique. Il peut être à cet effet un outil bien utile aux cadres bénéficiaires du programme de formation lors de la préparation de leur stage pratique à l'étranger et quand il s'agira pour eux de consolider et d'améliorer les connaissances acquises afin d'être à leur tour des personnes ressources au service du perfectionnement des structures locales de la gestion collective. Le guide rappelle aussi les normes de saine gestion qui assurent à la gestion collective, la considération et le respect des auteurs, des exploitants des œuvres, des pouvoirs publics et du public en général.

Le guide résume par ailleurs utilement les fonctions politiques, culturelles, économiques et sociales de la gestion collective et son rôle dans le développement culturel. À cet égard, il fournit opportunément l'éclairage susceptible d'inspirer utilement la politique des pouvoirs publics d'encadrement juridique de cette activité et de détermination des règles de surveillance et de contrôle des différents rouages de fonctionnement de l'administration des droits.

La mise en évidence du caractère coopératif de l'autogestion des droits par les auteurs et sa finalité non lucrative sont des données objectives qui rappellent le besoin d'éviter une mise en œuvre de la législation antitrust et des règles habituelles

de la concurrence qui gêne inutilement le bon fonctionnement de cette mission d'intérêt général.

La surveillance par les pouvoirs public du bon fonctionnement des organes statutaires et de l'application des règles de saine gestion apparaît comme un besoin et un gage essentiel pour le succès de la gestion collective. Elle appelle d'être organisée avec précision et menée avec continuité et objectivité dans le strict respect des compétences statutaires.

Le guide donne opportunément des informations sur les conditions de communication des œuvres protégées au public. Les producteurs et les diffuseurs des biens et services culturels sont renseignés utilement sur les conditions d'exploitation licite des œuvres protégées. Leur coopération étroite avec les services de la gestion collective apparaît comme un moyen utile et efficace de renforcement de la sécurisation de leur investissement contre la piraterie, en plus de la protection efficace de leurs propres droits quand ils sont les cessionnaires légitimes de droits gérés.

Enfin, le public en général peut noter le travail de précision et l'effort persévérant que la gestion collective accomplit constamment pour que les redevances payées par les usagers en contrepartie de l'utilisation licite des œuvres protégées arrivent aux auteurs et autres titulaires de droits et rémunèrent justement leur travail afin qu'ils continuent à pourvoir la société en biens et services culturels dont elle a besoin.

Le guide a été rédigé, à la demande de l'UNESCO, par Mme Paula Schepens, juriste belge ayant une grande expérience pratique en matière de gestion collective des droits d'auteur, sur la base d'un plan élaboré par le Secrétariat de l'UNESCO, avec un style pédagogique visant à rendre cette matière, plutôt technique, accessible aux techniciens comme à un large public.

Les aspects techniques de la problématique sont reflétés dans les dix annexes auxquelles le texte fait référence au fur et à mesure des développements. Ces annexes représentent les principaux documents de base que toute structure de gestion collective performante doit régulièrement utiliser ou produire.

Il est à espérer que, une fois largement diffusé, ce guide aidera particulièrement les pays en développement et les pays en transition vers l'économie de marché à organiser leur système de gestion collective du droit d'auteur avec la performance requise. Il contribuera ainsi à développer le réseau de la gestion collective dans le monde, avec une démarche de coopération solidaire de tous les auteurs. C'est avec cet esprit de soutien solidaire de tous les auteurs et la maîtrise technique des rouages d'accomplissement de sa mission que la gestion collective pourra jouer pleinement son rôle d'outil efficace de promotion constante de la création et de la diffusion des œuvres de l'esprit et de moyen performant de sécurisation et de promotion des échanges culturels entre les nations.

L'UNESCO remercie la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC) pour sa coopération dans la production de ce guide. D'autres versions linguistiques pourront être publiées ultérieurement. Les États qui le souhaitent pourront également publier le guide dans leur langue, sous licence gratuite accordée par l'UNESCO. La demande de licence devra être adressée à la Division des arts et des entreprises culturelles.

## BIBLIOGRAPHIE

EDELMAN, Bernard. *La propriété littéraire et artistique* (3<sup>e</sup> édition mise à jour). Presses universitaires de France, Paris, 1999. 127 p.

Cet ouvrage résume les règles et solutions dans le domaine du droit d'auteur français par la voie de l'exposé logique : « Mieux que de prétendre à l'exhaustivité, écrit l'auteur dans l'introduction à ce petit livre, j'ai préféré faire comprendre ce qu'était en son fond le droit d'auteur. » Dans une première partie, l'auteur définit les concepts fondateurs de ce droit, les catégories fondamentales sur lesquelles s'édifie toute caractéristique juridique (qu'est-ce qu'une œuvre ? l'auteur ? le droit d'auteur ?). Dans une seconde partie, il met l'accent, comme il le précise dans l'introduction, « sur deux points fondamentaux : d'une part, la subversion du concept même d'œuvre de l'esprit par le marché et la technologie, d'autre part, l'influence de plus en plus déterminante des investisseurs, qui se dissimule sous le masque trompeur des "droits voisins" » (chapitre I, « Des œuvres sans esprit » ; chapitre II, « Des auteurs dépossédés »).

FRANÇON, André. *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*. Collection « Les cours de droit », Litec, Paris, 1999. 303 p.

Il s'agit d'un cours de maîtrise qui traite principalement de plusieurs thèmes relatifs aux brevets et dont la troisième partie est consacrée à la propriété littéraire et artistique. Une introduction à cette partie sur la définition, le contenu et l'histoire du droit d'auteur est suivie des chapitres suivants : I : Les œuvres protégées (principes généraux et différentes catégories d'œuvres protégées). II : Les personnes protégées par le droit d'auteur (attribution de la qualité d'auteur, les œuvres ayant plusieurs auteurs). III : Les droits des auteurs (nature juridique du droit d'auteur, droit moral, droits pécuniaires).

LEAFFER, Marshall A. *Understanding of copyright law* (3<sup>e</sup> édition). Matthew Bender, New York, 1999, 544 p.

Cet ouvrage, rédigé par un professeur de droit (Université d'Indiana), présente un panorama de la législation sur le droit d'auteur aux États-Unis d'Amérique. Sa première édition s'organisait autour de la loi sur le droit d'auteur de 1976. Depuis la parution de cette édition, le législateur a considérablement modifié cette loi. En 1990, le Congrès a garanti des « droits moraux » aux artistes auteurs d'œuvres visuelles et assuré une protection aux œuvres architecturales, interdit la location illécite de logiciels et abrogé l'immunité souveraine des États en ce qui concerne les atteintes au droit d'auteur. Une nouvelle législation d'importance a été promulguée en 1992 : le renouvellement de la protection des œuvres est devenu automatique, les moyens de recours au titre de l'usage normal des œuvres non publiées ont été préci-

sés, de nouvelles sanctions pénales ont été établies et des dispositions spéciales ont été prévues en ce qui concerne la reproduction privée d'enregistrements sonores sur des supports numériques. En 1993, le Congrès a abrogé ce qui subsistait encore des licences obligatoires concernant les juke-box et a supprimé le Copyright Royalty Tribunal (tribunal chargé de régler les différends touchant les redevances au titre du droit d'auteur) pour le remplacer par des commissions d'arbitrage spéciales. L'année 1993 a été essentielle en ce qui concerne les relations internationales dans le domaine du droit d'auteur. C'est en effet au cours de cette année que les États-Unis d'Amérique, le Canada et le Mexique ont signé l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et que le cycle d'Uruguay de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) s'est achevé. Ces évolutions au plan législatif et international ont été incorporées dans la deuxième édition de cet ouvrage. La troisième édition s'efforce d'étudier les effets de la technologie numérique sur la législation sur le droit d'auteur (*Digital Millenium Copyright Act* de 1998 [loi sur le droit d'auteur du millénaire numérique]) et examine la *Sony Bono Copyright Extension* (1998 [loi Sony Bono sur la prolongation de la durée de protection]). Elle peut être utilisée conjointement avec les divers recueils de jurisprudence nationale publiés en ce qui concerne le droit d'auteur et, à cette fin, elle présente une liste de précédents jurisprudentiels qui vient s'ajouter à une liste des lois, règlements et traités en la matière, et à un index.

*Recueil des législations sur le droit d'auteur et des traités applicables dans les différents pays du monde* (28<sup>e</sup> supplément). Ce recueil (Copyright Laws and Treaties of the World [CLTW]) était, à l'origine, établi conjointement par l'UNESCO et l'OMPI. À l'heure actuelle, seule l'UNESCO poursuit la tâche entreprise, en ayant parfois recours aux traductions de lois effectuées par l'OMPI. BNA Books, qui est une division du Bureau of National Affairs, Washington, D.C., publie ce recueil depuis 1956.

CLTW est une source d'information exceptionnelle, régulièrement mise à jour, dans laquelle les professionnels peuvent trouver des traductions anglaises officielles de toutes les lois et de tous les grands accords internationaux en matière de droit d'auteur en vigueur dans le monde entier. Le recueil comprend plus 1 000 textes législatifs de 200 pays et territoires et 16 conventions multilatérales qui touchent les domaines suivants : œuvres littéraires (incluant des programmes informatiques), scientifiques, artistiques, musicales et chorégraphiques ; œuvres graphiques et sculptures ; films cinématographiques et œuvres audiovisuelles ; et d'autres œuvres telles que les interprétations ou exécutions, enregistrements sonores et les émissions de radiodiffusion.

Ce 28<sup>e</sup> supplément comprend plusieurs ajouts et révisions d'importance ayant trait à la mondialisation et à la protection de la propriété intellectuelle à l'étranger. Parmi les modifications figurent les révisions des textes de 42 nations et juridictions.

On peut l'acquérir seul (1 084 pages, Looseleaf/ISBN 1-57018-101-2/Commande n° 1101-PRYY, 395 dollars plus taxes, frais d'expédition et de manutention) ou avec le volume principal (1956-99/3 volumes Looseleaf/Commande, n° 1102-PRYY, pour le volume principal, y compris le supplément, 795 dollars plus taxes, frais d'expédition et de manutention) en s'adressant à BNA Books, P.O. Box 7814, Edison, NJ, 08818-7814, États-Unis d'Amérique. Commandes par téléphone au 1 800 960 1220. Commandes par fax au 1 732 346 1624. Pour recevoir gratuitement le catalogue de BNA, appeler le 1 800 960 1220 ou adresser une

demande sur l'Internet : [books@bna.com](mailto:books@bna.com). La page d'accueil de BNA Books, qui comprend un catalogue en ligne, peut être consultée sur le Web à l'adresse suivante : [www.bnabooks.com](http://www.bnabooks.com). Une réduction de 15 % est consentie lorsque la commande est passée à partir de la page d'accueil (les réductions ne sont pas cumulables). On peut aussi contacter Éditions UNESCO, Division de la promotion des ventes, 1, rue Miollis, F-75732 Paris Cedex 15, France. Fax : +33 01 45 68 57 41. E-mail : [publishing.promotion@unesco.org](mailto:publishing.promotion@unesco.org).

SCHACK, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht* [Droit d'auteur et contrats touchant le droit d'auteur]. Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, 546 p.

Les droits d'auteur sont avant tout les droits personnels de l'auteur, la reconnaissance juridique de son travail de création. Même les droits d'exploitation des auteurs sont indissolublement liés à la personne qui a créé l'œuvre. C'est cette conception du droit d'auteur qui est à la base du traité très complet de Haimo Schack. Elle diffère sensiblement de l'approche anglo-américaine sur le droit d'auteur, qui donne priorité à la protection de l'investissement économique. Dans cet ouvrage, qui se compose de neuf chapitres et de 39 sections, l'auteur, professeur à l'Université allemande de Kiel et juge à la cour d'appel du Schleswig-Holstein, traite des sujets de la protection, de la qualité d'auteur d'une œuvre intellectuelle, et du droit contractuel correspondant ; il accorde une attention particulière à la mise en œuvre de la législation sur le droit d'auteur dans le système de droit romain et décrit les infractions au droit d'auteur ; des chapitres entiers sont consacrés aux droits voisins, aux sociétés de recouvrement et aux aspects internationaux de la protection ; l'auteur conclut en évoquant l'avenir du droit d'auteur.

THOMAS, Jeffrey S. et MEYER, Michael. *The new rules of global trade. A guide to the World Trade Organization* [Les nouvelles règles du commerce mondial. Guide de l'Organisation mondiale du commerce]. Carlswell Thomson Professional Publishing, Scarborough, Ontario, 1997, 371 p.

Les 26 000 pages que représentent les textes juridiques de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) fournissent amplement l'occasion de mettre en cause la législation fédérale et provinciale existante. L'ouvrage de J. S. Thomas et M. Meyer en propose une interprétation qui permet de se frayer un chemin dans cet important domaine :

- il indique avec la plus grande précision la manière dont l'OMC régit le mouvement des marchandises, des services et des investissements ;
- il examine article par article les accords de l'OMC, y compris l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC), dont la compréhension est indispensable pour les spécialistes des infrastructures de la propriété intellectuelle, en particulier les hauts fonctionnaires, les juges, les avocats, les professeurs de droit ainsi que les chercheurs et les étudiants en la matière ;
- il étudie avec précision les diverses procédures de règlement des différends de l'OMC, y compris l'examen par les groupes spéciaux et les voies de recours ;
- il analyse de façon très complète l'OMC en tant qu'organisation internationale.

Le *Bulletin du droit d'auteur* est publié quatre fois par an en anglais, en français et en espagnol par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, 7, place de Fontenoy, 75352 Paris 07 SP.

Site web: <http://www.unesco.org/culture/copyright>

En coopération avec la Commission de la Fédération de Russie pour l'UNESCO et le Comité d'État pour la presse, une édition russe est publiée par les Éditions du Progrès, Zubovski Bulvar 17, Moscou GSP-3, 119847, Fédération de Russie.

Une édition chinoise est publiée en coopération avec l'Administration nationale du droit d'auteur de Chine, 85 Dongsi Nan Daijie, Beijing 100703, République populaire de Chine.

Directrice de la publication : Milagros del Corral Beltrán

Rédacteur en chef : Evgueni Guerassimov

Rédactrice en chef adjointe p.i.: Caroline Descombris

Les auteurs des articles sont responsables du choix et de la présentation des faits contenus dans les textes qu'ils signent, ainsi que des opinions qu'ils y expriment ; celles-ci ne correspondent pas nécessairement à celles de l'UNESCO et n'engagent donc en aucune façon la responsabilité de l'Organisation.

Les textes publiés peuvent être librement reproduits et traduits (sauf lorsque le droit de reproduction et de traduction est réservé), à condition qu'il soit fait mention de l'auteur et de la source. Les demandes de reproduction et de traduction d'articles publiés dans le *Bulletin* dont le droit de publication est réservé de même que la correspondance concernant les questions de rédaction doivent être adressées au Rédacteur en chef, *Bulletin du droit d'auteur*, Division de la créativité, des industries culturelles et du droit d'auteur, UNESCO, 1, rue Miollis, 75732 Paris Cedex 15. Les lecteurs sont invités à commenter tous les articles ou autres documents publiés dans le *Bulletin du droit d'auteur*. Les suggestions concernant les sujets qui pourraient y être traités ou les auteurs qui pourraient y publier des articles sont également bienvenues.

*Abonnement annuel* : 150 francs français.

*Prix du numéro* : 60 francs français.

Les demandes d'abonnement doivent être adressées à Jean DE LANNOY, Service des abonnements, 202, avenue du Roi, B-1060 Bruxelles, Belgique. Tél. : (32-2) 538 51 69, fax : (32-2) 538 08 41.

Les agents de vente des publications de l'UNESCO, dont la liste figure à la fin du *Bulletin*, peuvent recevoir les demandes d'abonnement. Les tarifs en monnaies autres que le franc français seront fournis par l'agent de vente du pays dans lequel la demande est faite. Pour faire part d'un changement d'adresse, prière de joindre une enveloppe ou une bande utilisées pour un envoi précédent.

Les publications de l'UNESCO (livres, périodiques et documents), y compris les titres épuisés, sont disponibles sur microfiches. Pour tout renseignement, s'adresser au Service de la micrographie, Section des archives et de la micrographie (DIT/IR/AM), UNESCO, 7, place de Fontenoy, 75352 Paris 07 SP, France.

Composé et imprimé par Presses Universitaires de France, Vendôme (France)

© UNESCO, 2000