

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les nouvelles dispositions belges en matière de protection technique du droit d'auteur et des droits voisins

Dusollier, Séverine

Published in:
Auteurs et Media

Publication date:
2005

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Dusollier, S 2005, 'Les nouvelles dispositions belges en matière de protection technique du droit d'auteur et des droits voisins', *Auteurs et Media*, numéro 6, pp. 532-548.

General rights

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

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

Take down policy

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

Les nouvelles dispositions belges en matière de protection technique du droit d'auteur et des droits voisins

Séverine Dusollier, maître de conférences, Université de Namur;
Jean Monnet Fellow, Institut universitaire européen de Florence

I. Introduction

Dix ans. Il aura fallu presque dix ans pour que la protection des mesures techniques achève son parcours et devienne du droit positif belge. Des Traités de l'O.M.P.I. de 1996 qui ont fait de la protection technique du droit d'auteur un des sujets clés de l'adaptation de la propriété littéraire et artistique à l'environnement digital, à la directive européenne du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, texte qui n'a finalement été transposé par notre législateur que quatre ans plus tard, par la loi du 22 mai 2005⁽¹⁾.

Le parcours n'a certainement pas été des plus paisibles. Il fut semé d'embûches, de détours, d'hésitations. Les mêmes débats se sont rejoués cent fois, à chaque échelon législatif, que ce soit sur la définition des actes qu'on entendait interdire, sur la délimitation des dispositifs techniques dont on souhaitait la protection, sur l'effet dommageable qu'une telle protection pourrait avoir sur l'industrie des équipements électroniques et informatiques, mais surtout sur la coexistence entre ces entraves techniques et les libertés d'utilisation garanties par les exceptions légales au droit d'auteur.

La transposition de la directive en droit belge ne clôt probablement pas le voyage. Elle laisse trop de zones d'ombre et instaure suffisamment de règles et solutions nouvelles pour que la jurisprudence ne s'empare pas de ces dispositions contre le contournement et n'en fournisse de plus amples interprétations et, qui sait, n'en déduise de nouvelles règles de droit. Mais ces dispositions de la loi sur le droit d'auteur du 30 juin 1994 ainsi remaniée (ci-après L.D.A.) constituent une étape essentielle. À mi-chemin entre les visées abstraites des Traités internationaux et du texte communautaire et l'application concrète par les tribunaux, elles donnent corps au

désir de protection de la machine par le droit, machine elle-même venue au secours du droit d'auteur dans l'environnement digital.

L'objectif de cet article est de décrire et éclaircir ces nouvelles dispositions du droit d'auteur belge. À titre préliminaire je rappellerai rapidement la *ratio legis* et les antécédents de la protection des mesures techniques, ainsi que l'architecture de celle-ci en droit belge. Ensuite, l'examen des nouvelles dispositions suivra la distinction, héritée des Traités O.M.P.I., entre les mesures techniques de protection et l'information sur le régime des droits.

II. La protection de la technique sécurisant les œuvres en droit d'auteur

Il serait sans doute redondant d'exposer une fois de plus (une fois de trop?) la raison de l'irruption dans la propriété littéraire et artistique d'un objet qui lui est *a priori* aussi étranger, soit les moyens techniques de sa protection, qui reposent généralement sur la cryptographie, des algorithmes mathématiques et d'autres astuces techniques. Disons simplement que de tels dispositifs techniques constituent d'une manière croissante une protection nécessaire des œuvres dans l'environnement numérique, protection contre la copie ou toute autre utilisation non autorisée par les ayants droit. Au rang de ces systèmes électroniques de protection, il faut ranger les mécanismes anticopie des CD ou des DVD, le cryptage des contenus transmis sur les réseaux, digitaux ou hertziens, ainsi que les composants de dispositifs plus complexes, tels les *Digital Rights Management*, qui sécurisent la distribution des contenus en ligne⁽²⁾. Au déploiement de ces

(1) Loi du 22 mai 2005 transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *M.B.*, 27 mai 2005, p. 24997.

(2) Pour une description plus complète des mécanismes techniques de protection, voy. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 39 et s.

mesures de protection des œuvres et prestations ont très vite succédé des tentatives de défaire ces protections nouvelles, de les contourner et d'en ignorer l'opération. L'industrie des œuvres et prestations, à l'origine du développement des techniques de protection, a dès lors demandé aux législateurs de lui donner les moyens de sanctionner ces activités illégitimes susceptibles de favoriser la contrefaçon de leurs produits.

Les Traités de l'O.M.P.I. de 1996 ont ouvert la voie à l'introduction en droit d'auteur de cette protection contre le contournement des mesures techniques utilisées pour protéger les œuvres ou prestations. Les traités demandent aux États d'adopter une protection juridique, d'une part, contre la neutralisation des mesures techniques protégeant le droit d'auteur et les droits voisins et, d'autre part, contre la manipulation des éléments d'identification des œuvres et prestations qui favorisent la gestion et la protection de ces droits⁽³⁾. La directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information du 22 mai 2001 a emboîté le pas et règle la question de la protection des mesures techniques et des informations sur le régime des droits aux articles 6 et 7. Ce sont ces deux articles que le législateur belge a transposé dans la loi sur le droit d'auteur.

La protection technique du droit d'auteur et des droits voisins est désormais articulée de la manière suivante. L'article 79*bis* de la L.D.A., traite des mesures techniques de protection alors que l'article 79*ter* de la L.D.A. s'occupe de l'information sur le régime des droits. Sans oublier l'article 87*bis*, qui relève également des dispositions nouvelles relatives aux mesures techniques de protection et instaure une nouvelle action en droit d'auteur. Ces dispositions de la L.D.A. ne concernent que la protection des dispositifs d'identification ou de protection qui s'appliquent à des contenus protégés par le droit d'auteur ou les droits voisins, ce qui comprend les bases de données originales. La protection technique des bases de données protégées par un droit *sui gene-*

ris trouve sa couverture légale dans les nouveaux articles 12*bis* et 12*ter* de la loi du 31 août 1998 sur les bases de données, ainsi que dans certaines dispositions de la loi du 10 août 1998 pour les aspects procéduraux.

L'ensemble de ce nouveau dispositif de protection exclut toutefois les programmes d'ordinateur⁽⁴⁾, conformément au souhait de la directive de conserver le régime spécifique de protection mis en place par la directive du 14 mai 1991⁽⁵⁾. La sanction des activités de contournement de mesures techniques apposées sur les logiciels devra donc être trouvée dans l'article 10, alinéa 2, de la loi sur les programmes d'ordinateur du 30 juin 1994, qui rend coupables d'un délit les personnes qui «mettent en circulation ou détiennent à des fins commerciales tout moyen ayant pour seul but la suppression non autorisée ou la neutralisation des dispositifs techniques qui protègent le programme d'ordinateur»⁽⁶⁾. Cette protection est plus réduite que la protection générale accordée aux mesures techniques car elle n'interdit que le commerce d'équipements de contournement, et non l'acte lui-même de neutralisation du dispositif de protection, et définit de manière très stricte les équipements qui seront considérés comme illicites. Cette protection réduite contre le contournement n'est pas sans risques, eu égard aux propensions de certains juges à qualifier de nombreuses œuvres multimédia de «programmes d'ordinateur»⁽⁷⁾. Un des effets secondaires de cette contagion des œuvres – et particulièrement d'œuvres multimédia, pourtant candidates idéales à une sécurisation technique – par le programme d'ordinateur serait d'exonérer plus largement certaines atteintes aux dispositifs techniques les protégeant. Il faudra donc être attentif à la question de la qualification des œuvres, telles que les jeux vidéos, au moment d'introduire une action à l'encontre des personnes en ayant manipulé la protection technique. De cette qualification dépendra l'applicabilité des dispositions anticontournement invoquées et l'étendue de la protection qu'elles confèrent.

(3) Articles 11 et 12 du Traité O.M.P.I. du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur, articles 18 et 19 du Traité de l'O.M.P.I. du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

(4) La conservation du régime de protection spécifique pour les programmes d'ordinateur n'est pas mentionnée de manière explicite ni dans la loi ni dans l'exposé des motifs du projet de loi. Elle résulte de l'interprétation de la loi à la lumière de la directive et de l'absence d'une abrogation des dispositions spécifiques de l'article 10 de la L.P.O.

(5) Voy. le considérant 50 qui prévoit que la protection des mesures techniques «n'affecte pas les disposi-

tions spécifiques de protection prévues par la directive 91/250/CEE. En particulier, elle ne doit pas s'appliquer à la protection de mesures techniques utilisées en liaison avec des programmes d'ordinateur, qui relève exclusivement de ladite directive».

(6) Sur cette protection voy. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres...*, op. cit., pp. 71 et s.

(7) Voy. notamment, Civ. Bruxelles, cess., 12 décembre 1995, *I.R.D.I.*, 1996, p. 89; confirmé en appel par Bruxelles, 9^e ch., 11 avril 1997, *A&M*, 1997, p. 265, note V. VANOVERMEIRE (admettant une double qualification, à la fois d'œuvre audiovisuelle et de programme d'ordinateur); Civ. Bruxelles, cess., 28 décembre 2000, *A&M*, 2002, p. 150, note F. BRISON.

III. Les mesures techniques de protection

Les mesures techniques de protection sont principalement visées au nouvel article 79bis de la L.D.A. qui énonce les actes interdits (§ 1^{er}, alinéas 1^{er} à 3), définit les dispositifs protégés (§ 1^{er}, alinéas 4 à 5) et impose aux titulaires de droits de permettre malgré tout le bénéfice de certains exceptions (§§ 2 et 3) ainsi que l'utilisation normale de l'œuvre ou de la prestation techniquement sécurisée (§ 4). L'article 87bis sanctionne ces nouvelles obligations reposant sur les ayants droit en ouvrant aux utilisateurs le bénéfice d'une action particulière.

La loi mentionne également les mesures techniques à l'article 56 relatif à la détermination du montant de la rémunération équitable pour copie privée.

Je limiterai mon intervention aux dispositions de la L.D.A., l'analyse pouvant bien entendu être transposée *mutatis mutandis* aux modifications nouvelles de la loi du 31 août 1998 sur les bases de données.

A. La définition des mesures techniques

La définition des mesures techniques qui apparaît désormais aux quatrième et cinquième alinéas de l'article 79bis, § 1^{er} de la L.D.A. est reprise *in extenso* de la directive européenne. À l'instar de celle-ci, elle comprend trois éléments: (1) l'objet de la mesure technique doit être une œuvre, prestation ou base de données protégée par un droit d'auteur ou un droit voisin, (2) la fonction du dispositif doit être de contrôler ou d'empêcher la réalisation d'un acte non autorisé par le titulaire de droits et (3) ce dispositif doit être efficace.

1. L'objet de la protection de la mesure technique

a) Les œuvres, prestations et bases de données

Les mesures techniques doivent déployer leur protection «en ce qui concerne les œuvres ou pres-

tations», précise l'article 79bis de la L.D.A. Seuls les dispositifs dont l'objet est de protéger des éléments protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin sont donc visés. Le nouvel article 12bis de la loi sur les bases de données ne s'applique pareillement qu'aux mesures techniques «en ce qui concerne les bases de données». Ces formulations sont certes moins précises que celles de la directive qui parlait d'œuvres et autres objets protégés ce qui excluait clairement les œuvres et prestations dont le terme de protection avait expiré. Mais il faut interpréter la loi belge dans le même sens et conclure que les dispositifs techniques qui enserrent des œuvres, prestations ou bases de données tombées dans le domaine public, ne peuvent plus bénéficier de la protection.

Cette exclusion du domaine public du champ de la protection n'est toutefois que relative. En premier lieu, parce que si le contournement d'une mesure apposée sur un élément du domaine public est licite, il n'en demeure pas moins que cet élément est verrouillé par un mécanisme technique qui en restreint le libre accès et l'utilisation, à tout le moins dans le format ainsi sécurisé⁽⁸⁾. Ensuite, il suffit que l'élément du domaine public soit accompagné par un objet protégé par un droit d'auteur, tel qu'une introduction ou un commentaire, des photographies, pour que le dispositif technique qui couvre l'ensemble bénéficie de la protection contre le contournement. Enfin, il sera difficile de prétendre que les équipements de contournement offerts au public ne visent qu'à neutraliser des protections relatives à des objets relevant du domaine public, si ces mêmes protections sont également apposées sur des œuvres et prestations protégées. Par exemple, un mécanisme électronique, conçu pour empêcher la copie d'*e-books*, sera tout autant utilisé pour protéger une nouvelle édition des pièces de Molière, que le dernier livre d'Amélie Nothomb. Si une personne commercialise des moyens pour désactiver cette protection, elle ne pourra sans doute pas éviter la sanction légale dans la mesure où ces moyens sont susceptibles d'être utilisés pour contourner une mesure technique appliquée à une œuvre protégée, même si le recours à ces moyens peut également être justifié par la nécessité d'accéder à des œuvres relevant du domaine public.

(8) Il y a en effet une différence essentielle entre l'œuvre qui peut être protégée par un droit d'auteur ou être dans le domaine public et les exemplaires qui lui donnent forme qui feront eux l'objet de la protection technique. Ce qui signifie que si les pièces de Molière dans une édition particulière électronique peuvent faire l'objet d'un mécanisme de contrôle et d'accès, il n'empêche que l'œuvre elle-même existe sous d'autres for-

mes non protégées. Cela réduit donc la réalité de l'entrave technique sur les œuvres du domaine public, bien que cette entrave sera bien réelle si l'œuvre n'existe pas sous un autre format ou est difficilement accessible par ailleurs. Sur ce point, voy. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres...*, op. cit., pp. 103 et s.

b) La protection spécifique des programmes d'ordinateur

Nous avons vu précédemment que la directive européenne de 2001 a pris le parti de conserver le régime de protection existant pour les programmes d'ordinateurs, notamment en ce qui concerne les mesures techniques de protection. Il s'ensuit que l'article 79bis de la L.D.A. ne couvre que les œuvres relevant de la loi générale et non les programmes d'ordinateur dont le régime de protection relève de la loi spéciale du 30 juin 1994 (L.P.O.).

2. La fonction de la mesure technique

L'article 79bis, § 1^{er}, alinéa 4, précise qu'on entend par «mesures techniques» «toute technologie, dispositif ou composant qui dans le cadre normal de son fonctionnement est destiné à empêcher ou à limiter (...) les actes non autorisés par les titulaires de droits d'auteur ou de droits voisins». Le critère déterminant est que l'acte entravé par la contrainte technique soit un «acte non autorisé» par le titulaire du droit. La définition de la mesure technique étant identique à celle du texte européen, les critiques que nous avons déjà faites de ce texte peuvent être reprises ici ⁽⁹⁾.

La protection des mesures techniques, troisième couche de protection possible de l'œuvre ou de la prestation, n'est pas calquée exactement sur celle du droit d'auteur ou des droits voisins. Dans la mesure où l'emphase est portée sur la volonté de l'auteur, non sur les droits qui lui sont reconnus par la loi, n'est pas uniquement illicite le contournement des systèmes techniques qui mettent en œuvre un droit exclusif de l'auteur, par exemple, qui réduisent la possibilité de copie ou de communication publique, mais aussi la désactivation de tout dispositif qui traduit techniquement une absence d'autorisation de l'auteur ou du titulaire du droit voisin. Les systèmes techniques qui contrôlent l'exercice des droits des auteurs (tels les systèmes anticopie), mais également ceux qui verrouillent l'accès à l'œuvre, qui veillent à empêcher tout autre acte d'utilisation de l'œuvre, même en dehors du monopole de l'auteur, rentrent dans le champ d'application de l'article 79bis. Il suffit que l'auteur interdise contractuellement ou unilatéralement une utilisation pour

que la mesure technique qui supporte cette interdiction soit protégée par les dispositions anti-contournement de la loi belge.

Ce critère de l'absence d'autorisation n'a toutefois pas beaucoup de sens: si l'auteur appose une mesure technique sur son œuvre, c'est bien parce qu'il entend interdire l'acte empêché par celle-ci. Tout acte techniquement sécurisé devient, du fait de la mesure technique, un «acte non autorisé par le titulaire de droits». Toute mesure technique, du seul fait de son existence et de son utilisation en lien avec une œuvre ou une prestation, devient *ipso facto* protégée par les dispositions contre le contournement. Une telle conséquence n'était pas automatiquement requise par la transposition de la directive européenne. D'autres pays n'ont pas hésité à restreindre la définition des mesures techniques protégées aux seuls moyens mettant en application les droits exclusifs de l'auteur. C'est par exemple le cas au Royaume-Uni qui ne reconnaît aux mesures techniques que le pouvoir d'empêcher ou de restreindre les actes qui ne sont pas autorisés par les titulaires de droits et sont limités par le droit d'auteur ⁽¹⁰⁾. Une telle définition des mesures protégées est plus en phase avec les Traités O.M.P.I. qui recourent au critère des «actes qui ne sont pas autorisés par l'auteur ou permis par la loi» et insistent sur le fait que ces mesures doivent être utilisées «dans le cadre de l'exercice des droits d'auteur ou droits voisins» ⁽¹¹⁾.

La présence de ce critère dans la loi belge a pour conséquence pratique que les mesures techniques qui empêchent la réalisation d'un acte non couvert par un droit exclusif, par exemple un simple acte d'accès ou d'utilisation de l'œuvre, ou un acte exempté du droit exclusif par le jeu d'une exception légale, pourraient également être protégées contre tout acte de contournement. Un lecteur de livres électroniques qui mettrait à néant le mécanisme qui l'empêche de relire un chapitre de l'ouvrage ou d'afficher le texte en grands caractères, serait passible de poursuites même si cet acte de relecture n'est pas en soi couvert par le droit d'auteur ⁽¹²⁾. L'on a vu également aux États-Unis des utilisateurs se plaindre d'un verrou qui les empêchait de «sauter» les publicités entrecoupant un film reçu en ligne dans un système de vidéos à la demande.

(9) Voy. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres...*, *op. cit.*, pp. 130 et s.

(10) Section 296ZF, Copyright and Related Rights Regulation 2003 (SI 2003 No. 2498), qui précise également que l'utilisation d'une œuvre «does not extend to any use of the work that is outside the scope of the acts restricted by copyright».

(11) Sur cette définition, voy. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres...*, *op. cit.*, pp. 125 et 127-128.

(12) Même si cet acte de relecture entraîne nécessairement l'application du droit de reproduction provisoire, elle sera probablement exemptée en tant qu'acte technique qui n'a pas de signification économique indépendante.

Une telle mesure technique qui, l'on en conviendra, n'a que peu à voir avec la protection du droit d'auteur, sera pourtant une mesure protégée par la loi contre le contournement dans la mesure où elle concrétise une absence d'autorisation des ayants droit.

Il en est de même des dispositifs de zonage ou de codage régional, soit des mécanismes qui limitent la région d'utilisation d'un support acheté dans un territoire déterminé. Un tel système est notamment utilisé dans les DVD ou les jeux vidéos et a pour but de diviser le territoire global en zones distinctes de commercialisation. Un DVD acquis en Asie ne pourra normalement pas être lu sur un équipement de lecture européen qui n'est pourvu que de la clé de décryptage relative aux supports acquis en Europe, ce qui permet à l'industrie du film de contrôler les moments de sortie des films en DVD selon les territoires.

La légitimité de tels mécanismes techniques de distribution territoriale n'est pas évidente. Le droit de distribution permet en effet à l'auteur de maîtriser la diffusion des exemplaires tangibles de son œuvre mais l'étendue géographique de ce contrôle dépend du type d'épuisement que la loi accole à ce droit. Si l'épuisement du droit de distribution est international, le titulaire de droits ne peut plus, une fois le support mis en circulation avec son consentement, exercer un monopole sur ce dernier. Le système technique qui garantirait un tel contrôle, en fonction de zones géographiques définies, ne le ferait donc pas en vertu d'un droit d'auteur, mais uniquement pour protéger un modèle commercial de diffusion de l'œuvre. À l'inverse, là où l'épuisement est régional, voire national, les codes d'accès qui traduiraient dans la technique le découpage du territoire en zones, découpage qui suivrait les limites de l'épuisement, ne seraient que l'expression d'un droit de distribution non épuisé. Le législateur communautaire, dans la directive de 2001, a tranché pour un épuisement européen et non international. En conséquence, toute technique qui autorise l'accès à l'œuvre en fonction de périmètres différents et plus étroits que l'ensemble du marché intérieur serait établie par l'auteur en violation du principe d'épuisement qui limite son droit de distribution. Néanmoins, le fait que la protection d'un tel dispositif technique use du critère d'acte non autorisé par l'auteur, sans référence aucune à l'étendue légale des droits de ce dernier, pourrait avoir pour conséquence inopportune que le zonage technique serait admis à la protection des dispositions

anticontournement. Il serait certainement plus raisonnable de considérer que le principe d'épuisement limite le droit des auteurs de recourir à des mécanismes de zonage régionaux et d'interpréter la définition reprise à l'article 79*bis* à la lumière de l'ensemble du texte de la directive, en ce compris la règle de l'épuisement du droit de distribution. Les actes non autorisés par le titulaire de droits ne seraient dans ce cas que les actes non autorisés conformément à la loi.

Le juge chargé d'appliquer cette définition des mesures techniques ne pourrait-il pareillement interpréter la notion d'actes d'utilisation non autorisés par l'auteur en référence aux limites légale du monopole de ce dernier? Il pourrait certes s'appuyer sur l'exposé des motifs du projet de loi qui explicite la définition de l'article 79*bis* en précisant qu'elle vise les dispositifs qui «sont destinés à protéger les droits d'auteur et les droits voisins prévus par la loi»⁽¹³⁾. Il semblerait donc que le législateur ait voulu calquer le périmètre de la protection des mesures techniques sur celui des droits exclusifs. Une telle thèse pourrait selon moi être soutenue, ou du moins sa soutenance devrait être tentée. Si elle était acceptée par les cours et tribunaux, la protection des dispositifs techniques serait réduite en conséquence à la seule traduction technique du monopole légal de l'auteur, ce qui serait un moyen de compenser les dommages collatéraux résultant de la définition extensive des mesures techniques dans la directive et le relatif abandon des exceptions.

3. L'efficacité de la mesure technique

Une autre condition s'impose aux mesures techniques pour bénéficier de la protection contre les actes de contournement: elles doivent être efficaces, critère qui résulte des Traités O.M.P.I. et repris par la directive européenne. À la lecture de l'article 79*bis*, § 1^{er}, alinéa 5, qui énonce cette condition d'efficacité, on peut toutefois douter de la réalité de cette condition supplémentaire. Car cet article, à l'instar de celui de la directive qui en est la source, se contente de dire que la mesure est efficace lorsque «l'utilisation d'une œuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection». Le critère du contrôle de l'utilisation, que l'on a déjà rencontré

(13) Exposé des motifs, projet de loi transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du

droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 17 mai 2004, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/001, p. 24 (je souligne).

dans la définition générale des mesures techniques protégées, réapparaît ici suivi d'une énumération de types de procédés susceptibles de répondre à cette définition.

Il semble donc que le critère de l'efficacité ne serve, dans les textes européen et belge, qu'à ériger une présomption d'efficacité au bénéfice des codes d'accès, procédés de protection cryptant ou transformant l'œuvre protégée, et mécanismes de contrôle de copie. On voit mal quels seraient les dispositifs qui échapperaient à cette liste fort générale et partant, à la condition de l'efficacité. Serait efficace, sans que l'auteur n'ait à le démontrer plus avant, toute mesure de contrôle de l'utilisation de l'œuvre, quels qu'en soient la technique ou le mode opératoire. Apparaît toutefois *in fine*, dans l'énoncé de la présomption d'efficacité, la condition que le procédé de protection atteigne «cet objectif de protection». Ce qui paraît renvoyer au sens commun de la notion d'efficacité, soit «ce qui produit l'effet qu'on en attend»⁽¹⁴⁾. Or, l'effet qu'on escompte de la mesure technique est qu'elle contrôle la copie, l'accès ou l'acte non autorisé par le titulaire de droit. Il n'est pas question d'en déduire qu'elle doit se révéler infaillible⁽¹⁵⁾, auquel cas l'élément d'efficacité ainsi compris, n'aurait aucun sens comme condition des sanctions des actes de contournement (si la sanction d'un acte de contournement est demandée, c'est bien que le dispositif technique a pu être contourné et a donc failli). Mais l'intention du législateur belge, ainsi que le résume l'exposé des motifs, est de ne protéger que les mesures de protection «sérieuses», ce qu'il faut entendre comme une condition d'effectivité par rapport à la protection recherchée: la mesure technique doit avoir un effet prouvé quant à la protection des œuvres et ne peut avoir été apposée sur l'œuvre d'une manière légère ou ne poursuivre cette protection que de manière accidentelle et superficielle. Cette interprétation conduit à exiger des ayants droit qu'ils usent de discernement dans leur choix des mesures techniques et qu'ils s'efforcent en tout cas à recourir à des techniques éprouvées. Pour reprendre les termes d'A. LUCAS, cette mention d'efficacité s'explique par «l'idée que le droit n'a pas à venir au secours de celui qui n'utilise même pas toutes les ressources de la technique»⁽¹⁶⁾.

(14) Le *Nouveau Petit Robert*, éd. 1993.

(15) Sur cette interprétation, voy. P. SIRINELLI, «L'étendue de l'interdiction de contourner les mesures techniques protégeant l'accès aux œuvres et les droits des auteurs: exceptions et limitations – Rapport général», in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, actes du Congrès de l'A.L.A.I., 13-17 juin 2001, New York, A.L.A.I.-USA, Inc., 2002, p. 425.

Il faut encore préciser qu'un considérant de la directive liait le critère de l'efficacité au fait que la mesure technique ne perturbe pas «le fonctionnement normal des équipements électroniques et leur développement technique»⁽¹⁷⁾. C'est la formulation de ce qu'on a appelé la «playability», soit le fonctionnement normal des équipements de lecture de l'œuvre, qui fut une exigence de l'industrie électronique dès la négociation des Traités O.M.P.I. Le dispositif de protection ne peut entraver la lecture ou la visibilité autorisée de l'œuvre ni empêcher la bonne marche des magnétoscopes, ordinateurs, lecteurs de CD et autres appareils d'utilisation de l'œuvre. Est donc inefficace la mesure technique qui ne fonctionne pas correctement ou qui interfère avec l'activité normale des équipements de lecture et d'utilisation des œuvres. L'exposé des motifs du projet de loi de transposition fait écho à cette préoccupation⁽¹⁸⁾, même s'il le lie à une autre disposition de la loi⁽¹⁹⁾.

À mon sens, rien n'empêche la jurisprudence de se référer également à ce sens du critère d'efficacité pour déterminer dans quelle mesure un dispositif technique poursuit effectivement et efficacement un tel objectif de protection sans perturber outre mesure le fonctionnement des équipements de lecture.

B. Les actes de contournement illicites

L'acte portant atteinte au verrou technique mis en place par les titulaires de droits est sans conteste le déverrouillage, la neutralisation ou le contournement de celui-ci. C'est également par cet acte que l'utilisation de l'œuvre, que l'auteur entendait soumettre à restriction, est rendue possible. C'est donc principalement cet acte de mise à néant de la protection que les dispositions anticontournement vont poursuivre. Toutefois, parce que la majorité des actes de contournement s'effectueront dans la sphère privée de l'utilisateur de l'œuvre et que seules les personnes possédant certaines compétences ou outils techniques seront à même de les effectuer, il peut être plus effectif et facile de sanctionner les personnes qui mettent à disposition des utilisateurs, des outils permettant ou facilitant l'acte de contour-

(16) A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Droit@Littec, 1999, p. 274.

(17) Considérant 48. Voy. J. REINBOTHE, «Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft», *GRUR Int.*, 2001, p. 741, faisant le lien entre le critère d'efficacité et l'exigence de *playability*.

(18) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 24.

(19) Voy. *infra* la discussion sur l'article 79bis, § 4, de la L.D.A.

nement, complices de la violation du droit d'auteur. La protection des mesures techniques va s'étendre en conséquence aux actes dits préparatoires au contournement – parce qu'ils se situent en amont – soit à la fabrication et à la distribution au public de méthodes, d'équipements ou d'éléments dont l'objectif est de neutraliser la barrière technique. Cette protection bicéphale, sanctionnant d'une part l'acte de contournement, d'autre part le commerce des outils la réalisant, se retrouve dans la loi belge, conformément à ce que prévoyait la directive communautaire.

Il est intéressant de noter que la détermination de l'illicéité de ces activités visant à contourner un dispositif technique de protection n'est formulée que de manière pénale: les actes interdits constituent en effet un délit punissable des peines prévues à l'article 81 de la L.D.A. Il va de soi que de tels actes délictueux sont également des fautes civiles et des atteintes aux droits des auteurs. Un autre choix légistique aurait été d'énoncer que les actes de contournement ou de distribution d'équipements illicites constituent des atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins et de préciser que ces atteintes constituent des infractions pénales sous certaines conditions. Le confinement des dispositions anticontournement à un arsenal pénal, du moins dans leur formulation, n'est pas neutre ainsi que nous le verrons.

1. L'acte de contournement

L'acte de contournement sera illicite s'il répond à plusieurs conditions: l'une concerne la matérialité de l'infraction, il s'agit du fait de contourner une mesure technique efficace, deux autres relèvent davantage de ce qu'on appelle en droit pénal l'élément moral de l'infraction, soit l'intention de l'auteur de l'acte.

L'élément matériel de l'infraction est constitué par l'acte de contournement lui-même. L'objet de ce contournement doit être une mesure technique efficace, ce qui renvoie à la définition de ces termes aux alinéas 4 et 5 de l'article 79bis, § 1^{er}. La notion de contournement elle-même n'est pas explicitée. Contourner une mesure technique signifie la neutraliser, la désactiver, en ignorer la protection, la manipuler ou la transformer pour la rendre inopé-

rante. La loi américaine sur le droit d'auteur qui sanctionne de manière similaire les actes de contournement des dispositifs de protection du droit d'auteur, définit le contournement comme le fait de «descramble a scrambled work, to decrypt an encrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the authority of the copyright owner»⁽²⁰⁾. La jurisprudence a par contre considéré que le fait d'utiliser le véritable mot de passe pour accéder à l'œuvre, même sans autorisation de l'auteur, ne constituait pas un acte illicite⁽²¹⁾. Il y a donc certainement place pour une interprétation de la notion de contournement par les cours et tribunaux belges.

Les éléments moraux qui apparaissent dans la détermination de l'infraction sont plus intéressants. Le premier provient directement de la directive: le contournement ne sera illicite que s'il est effectué en sachant ou en ayant des raisons de penser que l'acte accompli contourne une mesure technique. Il s'agit d'éviter que ne soient poursuivies les personnes qui désactiveraient une protection technique sans en avoir conscience, à la suite d'un dysfonctionnement de leur équipement ou d'une erreur de manipulation.

La loi belge y a ajouté un deuxième élément de connaissance, qui n'apparaissait pas dans la directive et sur lequel les commentaires ne vont certainement pas manquer. L'article 79bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, précise en effet que l'acte de contournement doit être effectué «en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que ce contournement peut faciliter la commission d'infractions visées aux articles 80 et 82». Il semblerait que l'ajout de cet élément moral soit une concession accordée aux parlementaires qui critiquaient l'emprise que les mesures techniques pouvaient avoir sur les exceptions.

Cet ajout appelle plusieurs remarques. La première est que cette violation du droit d'auteur et des droits voisins, conséquence du contournement, n'est pas constituée par toute atteinte, mais uniquement par une atteinte qui vaut délit de contrefaçon, dans la mesure où il est fait référence aux infractions visées aux articles 80 et 82 de la L.D.A.⁽²²⁾. Cela a-t-il pour conséquence que l'acte de contournement ne sera répréhensible, tant péna-

(20) 17 U.S.C. § 1201(a)(3)(A).

(21) *I.M.S. Inquiry Management Systems, Ltd. v. Berkshire Information Systems, Inc.* 2004 U.S. Dist. LEXIS 2673, (S.D. N.Y. 2004), 29; *contra*, *321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc., et al.*, No. C 02-1955 SI (N.D. Cal. 2004) (considérant que l'utilisation d'une clé autorisée est un acte de contournement si cette utilisation n'a pas été permise par le titulaire de droits).

(22) On ne comprend d'ailleurs pas très bien la référence que fait la loi à l'article 82 relatif à la confiscation des recettes résultant des exécutions ou représentation faites en fraude des droits de l'auteur. Il ne s'agit pas d'un autre délit de contrefaçon que celui énoncé de manière générale à l'article 80.

lement que civilement, que s'il occasionne ou facilite une atteinte méchante et frauduleuse au droit d'auteur? Bien sûr, on peut comprendre cette référence aux seules atteintes pénales par le fait que l'illicéité de l'acte de contournement est elle-même érigée en délit. Mais cela démontre combien le choix d'une inscription des dispositions anti-contournement dans le seul cadre pénal est une solution légistique hasardeuse qui mène à des formulations complexes.

Ensuite, la limitation du champ de l'illégitimité de l'acte de contournement qui pourrait résulter de cette condition de connaissance est loin d'être limpide. Signifie-t-elle que si l'utilisateur commet un acte de contournement pour bénéficier d'un accès ou d'une utilisation de l'œuvre que la loi ne lui interdit pas, cet acte de contournement ne sera pas punissable, par l'effet de cette exigence de connaissance des suites contrefaisantes de son action? Il faudrait alors en déduire que les actes de contournement qui sont effectués dans le seul but d'exercer une exception au droit d'auteur ou aux droits voisins seront licites. On pourra toujours y rétorquer que la connaissance doit concerner la *possibilité* d'une infraction au droit d'auteur, favorisée par la profanation du dispositif technique, et non la *réalité* d'une telle atteinte. Et donc, que si la personne qui désamorce le verrou technique ne le fait sans aucune intention de contrefaçon, il n'en reste pas moins que l'œuvre est désormais ouverte à tous les vents et sujette à des actes illicites. Je serais plutôt d'avis que le législateur a bien entendu lié la prohibition du contournement à l'illicéité des actes qui s'ensuivent et à l'intention commune du «contourneur». L'histoire législative de cet ajout le démontre à suffisance. L'auteur de l'amendement⁽²³⁾ dont résulte ce texte précise de manière explicite que celui-ci «porte sur la relation entre l'exception pour copie privée et les mesures techniques»⁽²⁴⁾ et explique que son objectif est de permettre aux utilisateurs de bénéficier de la copie privée, dans l'attente du déploiement de dispositifs techniques qui permettraient la réalisation d'une copie⁽²⁵⁾. Le même amendement a également introduit dans la loi la possibilité de rajouter par arrêté royal la copie privée à la liste des exceptions bénéficiant d'un régime de faveur face aux mesures techniques.

Ce qui ne manque pas de poser la question de la conformité de cette disposition avec la directive

qu'elle est censée transposer. L'on sait que l'article 6 de la directive ne limite pas la sanction de l'acte de contournement aux seuls actes qui sont suivis d'une atteinte au droit d'auteur. En valaient pour preuve l'absence d'un lien entre le champ d'application des mesures techniques et l'étendue des droits exclusifs, notamment par le critère de «l'acte non autorisé» apparaissant dans la définition des mesures techniques protégées, ainsi que la mention que la solution de sauvegarde des exceptions s'applique «nonobstant la protection juridique prévue au paragraphe 1^{er}».

Si l'objectif (la défense des exceptions au droit d'auteur) est louable, la méthode l'est un peu moins. La formulation de la loi est pour le moins ambiguë et ne garantit pas clairement qu'un contournement pour effectuer, par exemple, une copie privée, sera autorisé. Il aurait sans doute mieux valu limiter, ainsi que l'ont fait certains États membres de l'Union européenne, la protection des mesures techniques aux dispositifs qui mettent en œuvre les droits exclusifs de l'auteur.

En outre, cet élément de connaissance de l'infraction au droit d'auteur ultérieure à l'acte de contournement est immédiatement nuancé, dans le texte de l'article 79bis, § 1^{er}, par l'énoncé du fait que l'acte de contournement sera réputé faciliter la commission d'une telle infraction. En d'autres termes, le simple contournement de la mesure technique présente sur une œuvre présupera que son objectif vise à accomplir une atteinte au droit d'auteur et le responsable de cet acte devra prouver qu'il n'en est rien. Cette présomption, qui renverse la charge de la preuve de ce deuxième élément moral de l'infraction de contournement, aurait été un moyen de rassurer les partisans d'une protection forte des mesures techniques, en contrepartie en quelque sorte de la concession qui venait d'être faite au camp adverse, en faveur des exceptions. On reprend d'une main ce que l'on a donné de l'autre en somme. Mais c'est au prix d'une aberration juridique que l'on opère cette faveur en retour. Il faut se souvenir que l'énoncé de l'illicéité du fait de contourner des mesures techniques protégeant des œuvres est celle d'une infraction pénale, ce que semblent avoir oublié les parlementaires. Or, sur le plan pénal, la charge de la preuve des éléments de l'infraction repose fondamentalement sur le ministère public. Un renversement de la charge de la preuve,

(23) Amendement n°142 de Mme Déom et consorts, projet de loi transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 17 mai 2004, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/012.

(24) Rapport fait au nom de la commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation, des institutions scientifiques et culturelles nationales, des classes moyennes et de l'agriculture par M. Guy Hove, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/013, p. 85.

(25) *Ibidem*.

au détriment du prévenu – ce qui est le résultat sans doute involontaire de cette présomption de l'article 79bis – ne peut être établi que de manière exceptionnelle et pour répondre à un objectif précis. Ces circonstances ne nous paraissent certainement pas présentes dans la répression des actes de contournement.

2. Les équipements de contournement

L'alinéa 2 de l'article 79bis, § 1^{er}, de la L.D.A. interdit, conformément à la directive européenne, la fabrication et le commerce d'équipements permettant ou facilitant le contournement d'une mesure technique. Sur ce point, le texte est identique à celui de la directive.

Les activités interdites sont la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location, la publicité en vue de la vente ou de la location, ou la possession à des fins commerciales de dispositifs illicites, ainsi que la prestation de services de contournement. Ces actes seront interdits même s'ils n'ont pas été accomplis à des fins commerciales, hors le cas de la possession. L'établissement d'hyperliens, le référencement de sites proposant des outils de contournement peuvent également être couverts par le terme de «distribution». Par contre, la fourniture d'informations sur les moyens de contournement ne pourrait pas selon moi être comprise dans cette liste dans la mesure où des «informations» ne répondent pas à la définition de «dispositifs, produits ou composants». Peut-être pourrait-on qualifier cette fourniture d'informations de «prestation de services de contournement», mais cela dépendra probablement des cas d'espèce.

Rappelons également que lorsqu'il s'agira de mettre en œuvre la protection des mesures techniques par le droit pénal, les activités interdites devront nécessairement faire l'objet d'une interprétation stricte.

L'illicéité des dispositifs et services est conditionnée par trois critères alternatifs. Sont visés les dispositifs, produits ou composants ou la prestation de services qui :

«1^o font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation, dans le but de contourner la protection d'une mesure technique efficace, ou

2^o n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection de toute mesure technique efficace, ou

3^o sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection de toute mesure technique efficace».

En quelque sorte, sont visés les services et dispositifs qui poursuivent clairement une fonction de neutralisation des mesures techniques, que celle-ci se révèle dès sa conception, par la publicité qui se réalise autour de ce produit, par sa fonction principale ou par l'utilisation qui en est faite. À titre d'exemple, un vendeur de lecteurs DVD dont il aurait désactivé la protection anticopie pourrait être poursuivi pour le simple fait qu'il a adapté ces magnétoscopes afin de favoriser le contournement de la protection propre au DVD. Mais même si le vendeur n'est pas lui-même responsable de cette adaptation, la publicité qu'il ferait pour annoncer cette caractéristique spécifique de ses produits suffirait pour pouvoir le sanctionner. Quant au critère du «but commercial limité ou utilisation limitée autre que le contournement», qui n'est pas plus défini dans la loi que dans la directive, ce sera à la jurisprudence d'en tracer les contours. Il va de soi qu'un équipement qui dissimule sa fonction principale de contournement derrière une autre utilisation tout à fait accessoire n'échappera pas à l'application de l'article 79bis. D'autres équipements multifonctions pourraient poser plus d'hésitations.

C. Sanctions

L'énoncé de l'illicéité des actes de contournement par lequel s'ouvre l'article 79bis de la L.D.A. dispose que la personne qui accomplit ses actes se rend coupable d'un délit sanctionné conformément aux articles 81 et 83 à 86 de la L.D.A. L'acte de contournement et les activités préparatoires à celui-ci, à savoir la fabrication et la commercialisation d'équipements qui le permettent, sont donc constitutifs d'une infraction pénale. Il en résulte automatiquement que ces actes sont également des fautes civiles, susceptibles d'une action classique en dommage et intérêts. L'article 81 de la L.D.A. qui précise quelles sont les peines du délit de contrefaçon, a également été modifié pour y inclure les actes illicites prévus à l'article 79bis.

Le texte de la loi ne précise pas de manière explicite que les actes de contournement répréhensibles peuvent faire l'objet d'une action en cessation, ce qu'il faut regretter. Mais l'exposé des motifs de la loi confirme que «tout intéressé, une société de gestion des droits ou un groupement professionnel a en outre la possibilité d'introduire une action à l'encontre de ces actes, conformément à l'article 87 de la loi du 30 juin 1994»⁽²⁶⁾. L'action en cessation devrait pouvoir être ouverte non seulement aux ayants droit qui ont apposé sur leurs œuvres et prestations une mesure technique de protection mais également aux concepteurs ou distributeurs de

(26) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 24.

ces dispositifs. Ces derniers ont en effet un intérêt à pouvoir mettre fin aux activités qui peuvent mettre en péril la sécurité de leurs systèmes de protection et en réduisent donc l'intérêt commercial. L'exposé des motifs va en tout cas dans ce sens⁽²⁷⁾.

Les articles 83 et 86 relatifs à l'affichage des jugements, à la responsabilité civile des personnes morales pour les infractions commises par leurs organes et préposés et à la confiscation des recettes et objets résultant de l'infraction s'appliquent au délit de contournement et de distribution de moyens de contournement, ce qui répond à l'exigence de l'article 8 de la directive qui entendait que la saisie des équipements interdits soit possible.

D. Mesures techniques et exceptions

Sur le plan de l'interface entre les mesures techniques et les exceptions, la directive laissait un plus grand champ de manœuvre aux États membres, la solution qu'elle proposait à l'article 6(4) étant loin d'être limpide ou directement applicable. Rappelons que les dispositifs de protection dont usent les titulaires de droit sont susceptibles d'empêcher sans discernement tout acte de reproduction ou de communication d'une œuvre et donc également les actes couverts par une exception légale aux droits de l'auteur. Les consommateurs ont déjà eu l'occasion de se plaindre de cette emprise nouvelle que l'exercice du droit d'auteur peut avoir sur leur liberté de reproduire l'œuvre dans le cadre de la copie privée⁽²⁸⁾. Afin de préserver certaines exceptions au jeu des contraintes techniques apposées sur les œuvres, la directive encourage d'une part les titulaires de droits à prendre des mesures volontaires pour permettre à l'acquéreur légitime d'un contenu protégé, d'effectuer certains actes d'utilisation de celui-ci et impose d'autre part aux législateurs des États membres de suppléer à l'absence de réaction des titulaires de droits⁽²⁹⁾.

La nouvelle loi sur le droit d'auteur qui résulte de la transposition du texte européen donne corps à cette admonestation en offrant aux utilisateurs bénéficiaires d'exceptions la possibilité d'agir en justice contre les titulaires de droits qui ne prendraient pas les mesures adéquates. Ce régime de sauvegarde de certaines exceptions se dissocie entre l'article 79*bis*, § 2, de la L.D.A. qui énonce l'obligation imposée aux ayants droit et l'article 87*bis* de la L.D.A. qui instaure un recours judiciaire au profit des utilisateurs lésés.

1. Les mesures volontaires devant être prises par les titulaires de droit

a) Le champ d'application des mesures volontaires

À l'instar de la directive, seules certaines exceptions sont couvertes par ce régime de sauvegarde. La directive reprenait sept exceptions de manière obligatoire et autorisait les États à étendre le bénéfice de la solution à la copie privée. Le législateur belge a transposé la liste des exceptions de l'article 6(4) de la directive aux hypothèses reconnues en droit belge, à savoir l'exception de reprographie, les exceptions relatives à l'enseignement (la confection d'une anthologie et l'utilisation d'une œuvre à des fins d'illustration de l'enseignement ou de la recherche), l'exception accordée aux bibliothèques et autres institutions à des fins de conservation et d'archivage, les enregistrements éphémères effectués par les organismes de radiodiffusion, la nouvelle exception au bénéfice des personnes souffrant d'un handicap, ainsi que celle reconnue aux institutions sociales. L'article 79*bis* énumère les différents articles de la loi sur le droit d'auteur qui prévoient ces hypothèses d'exceptions, que ce soit en matière de droit d'auteur général, de droit d'auteur sur les bases de données ou de droits voisins. S'y ajoute l'exception particulière au droit d'auteur sur les bases de données qui exonère les actes de reproduction et de communication effectués à des fins de sécurité publique ou dans le cadre d'une procédure administrative ou juridictionnelle (article 22*bis*, § 1^{er}, 5^o, de la L.D.A.).

S'agissant du droit *sui generis* sur les bases de données, le nouvel article 12*bis*, § 2, de la loi du 31 août 1998 instaure une solution similaire à l'égard des producteurs de bases de données en ce qui concerne les exceptions prévues à l'article 7, alinéa 1^{er}, 2^o et 3^o, relatives à l'extraction d'une base de données non électronique à des fins privées, l'extraction à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche, à des fins de sécurité publique ou dans le cadre d'une procédure administrative ou juridictionnelle.

Quelques erreurs matérielles subsistent malheureusement dans le texte adopté par le Parlement et perturbent quelque peu la cohérence des listes des exceptions prévues aux articles 79*bis* et 87*bis*. À l'article 79*bis* qui délimite l'obligation reposant sur les titulaires de droits de prendre les mesures néces-

(27) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 24.

(28) Bruxelles, 9 septembre 2005 et Paris, 22 avril 2005, *R.D.T.I.*, 2005, n^o 23, p. 71, note S. DUSOLLIER.

(29) Sur le système de la directive, voy. S. DUSOLLIER, «Droit d'auteur et protection des œuvres...», *op. cit.*, p. 163.

saires, n'apparaît pas l'exception des articles 22, 13^o et 46, 12^o, de la L.D.A. relative aux institutions sociales alors que ces deux articles, l'un relatif à l'exception au droit d'auteur, l'autre à celle des droits voisins, sont bel et bien mentionnés à l'article 87bis qui sanctionne cette obligation. Techniquement, un recours judiciaire peut-il être ouvert pour contraindre les titulaires de droits à exécuter une obligation que la loi ne leur impose pas par ailleurs? Une loi interprétative ou adaptative de ce texte serait utile sur ce point. Un autre oubli, tant à l'article 79bis qu'à l'article 87bis cette fois, concerne la communication d'œuvres ou de prestations à des fins d'illustration de l'enseignement, couverte par deux nouvelles dispositions de la loi, l'article 22, § 1^{er}, 4^oquater et l'article 46, 3^oter. Cette communication pédagogique des œuvres est englobée dans les actes exemptés par l'article 5, § 3, a, de la directive, lui-même repris dans la liste des exceptions «préservées» de l'article 6(4) et aurait donc dû se retrouver dans le système belge. Sur ce point la loi belge ne me semble pas conforme au texte européen.

Quant à la copie privée, le législateur a décidé de l'exclure de la liste des exceptions pouvant accéder à ce statut privilégié et être opposées à l'usage de mesures techniques, et ce en dépit d'une forte demande du public et de certains parlementaires. Toutefois, cette exclusion ne sera peut-être que provisoire dans la mesure où un arrêté royal délibéré en conseil des ministres pourra revenir sur celle-ci, ainsi que le prévoit l'article 79bis. On ne peut s'empêcher de voir là une entourloupe législative permettant de refiler à un autre échelon du pouvoir un dossier délicat et encombrant. Cela augure également d'une reprise des négociations et du *lobbying* auprès de l'exécutif.

Les autres exceptions de la loi n'étant pas reprises dans la liste de l'article 79bis, l'utilisateur ne pourra en bénéficier si la mesure technique entrave la réalisation d'une copie ou d'une communication de l'œuvre qui serait nécessaire pour exercer l'exception. Aucun recours ne paraît offert à l'utilisateur dans ce cas. Si l'on admet l'interprétation selon laquelle l'acte de contournement ne sera pas punissable s'il est effectué pour bénéficier d'une exception⁽³⁰⁾, il pourra toujours neutraliser la protection technique mais encore faut-il qu'il dispose de la compétence requise. J'ai déjà dit ailleurs combien cette discrimination entre différents types d'exception n'était pas justifiée, particulièrement en ce qui

concerne la citation, seule exception explicite de la Convention de Berne et qui traduit la prise en compte de la liberté d'expression dans la propriété littéraire et artistique⁽³¹⁾.

b) Les conditions d'application des mesures volontaires

Le bénéficiaire des exceptions reprises à l'article 79bis ne peut exiger du titulaire de droits qu'il adopte les mesures nécessaires pour qu'il puisse exercer les libertés qui lui sont garanties par les exceptions que s'il dispose d'un accès licite à l'œuvre ou à la prestation sur laquelle s'applique la mesure technique encombrante. C'est une condition qui était exigée par la directive elle-même qui n'impose donc pas aux auteurs de faciliter l'accès à l'œuvre au profit de l'exercice des exceptions. Il ne s'agit que de permettre aux personnes qui disposent déjà d'un accès licite à l'œuvre de pouvoir exercer les exceptions dont ils sont bénéficiaires. L'hypothèse est celle d'un utilisateur qui acquiert légitimement une œuvre mais se voit importuné dans sa capacité d'effectuer certains actes de reproduction ou de communication de l'œuvre en vertu d'une exception. Par exemple, une bibliothèque qui acquiert une base de données dont la reproduction, notamment pour des raisons d'archivage dans le cadre d'une exception admise par la loi, serait impossible en vertu d'un dispositif de protection. Il n'est donc pas question d'autoriser les utilisateurs à accéder librement aux œuvres. En un sens, cela peut signifier que les seules mesures techniques que l'on prie de s'effacer face à l'exception sont celles qui restreignent l'accomplissement d'actes relevant du monopole de l'auteur, soit principalement des actes de reproduction et de communication. La contrainte des mécanismes de contrôle d'accès resterait, par contre, absolue.

La notion d'accès licite n'est définie ni dans la directive ni dans la loi belge. Sans doute peut-on se référer à la notion d'utilisation licite mentionnée dans l'exception de reproduction provisoire qui est elle définie dans la directive comme toute utilisation autorisée par le titulaire du droit ou non limitée par la loi⁽³²⁾. C'est aussi la définition que la loi belge donne de l'utilisateur légitime, bénéficiaire des exceptions en matière de base de données. Mais la transposition de cette définition au critère de l'accès licite en matière de mesures techniques n'est pourtant pas évidente car un mécanisme de contrôle

(30) Voy. *supra*.

(31) S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres...*, op. cit., p. 166, n^o 210.

(32) Considérant 33, *in fine*. Sur la notion d'utilisateur légitime, voy. S. DUSOLLIER, «L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur?», *Communications - Commerce électronique*, novembre 2005, pp. 17-20.

d'accès peut déterminer la légitimité de l'accès d'une personne à un contenu. La satisfaction de la condition d'accès licite pourra en effet s'apprécier au regard des conditions contractuelles ou techniques posées par l'auteur. Si les exceptions obérées par le jeu d'un dispositif technique ne sont garanties qu'aux acquéreurs légitimes qui peuvent être eux-mêmes définis par l'opération du même ou d'un autre mécanisme, le pouvoir du titulaire de droit sur l'effectivité du bénéfice de ces exceptions s'accroît dangereusement⁽³³⁾.

Il est nécessaire de signaler que l'intervention du titulaire de droit est requise non seulement si l'exercice de l'exception est rendu totalement impossible par la présence de la serrure technique, mais également s'il est gêné, entravé ou même s'il est soumis au paiement d'une rémunération. Ces différents effets que peuvent avoir les systèmes de protection sur l'utilisation des œuvres doivent être considérés comme contrecarrant le bénéfice effectif des exceptions.

c) La dérogation au profit de la mise à disposition à la demande

Le troisième paragraphe de l'article 79*bis* de la L.D.A. exclut l'application de ce régime de sauvegarde «aux œuvres ou autres objets protégés qui sont mis à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement». La terminologie de cette disposition renvoie à la définition du droit de mise à la disposition du public qui complète le droit de communication de l'article 1^{er}. Cette exclusion résulte de la directive et vise à permettre aux services de mise à la disposition à la demande de déployer des dispositifs techniques dans toute leur mesure. La justification de ce traitement de faveur serait la volonté de ne pas freiner cette nouvelle forme d'exploitation des œuvres. J'avoue comprendre assez mal en quoi la mise à la disposition des œuvres à la demande diffère d'autres modes d'exploitation dans une mesure telle que permettre le bénéfice effectif de certaines exceptions mettrait à mal le développement économique de tels services. La justification de cette dérogation quant au principe de l'article 79*bis*, § 2, de la L.D.A. semble en conséquence assez faible, tout en ayant une portée potentiellement très large.

En effet, l'étendue de cette dérogation n'est pas clairement délimitée. En raison de l'ambiguïté de la formulation, on peut craindre que celle-ci ne s'applique à tous les actes de mise à la disposition des œuvres sur internet⁽³⁴⁾. Même si l'on restreint le texte aux seules formes interactives d'utilisation en ligne, il n'en demeure pas moins que les services interactifs à la demande couvrent un domaine en extension croissante. L'on songe à la consultation en ligne du catalogue d'une maison de disques, à la musique ou à la vidéo à la demande, au téléchargement de logiciels ou de tout autre type d'œuvres. Le fait de préciser que les services doivent être mis à la disposition du public selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties ne constitue pas une restriction significative tant la technologie numérique permet désormais la conclusion de contrats en ligne très facilement.

d) La notion de mesures volontaires

La directive encourage les ayants droit qui recourent aux mesures techniques à prendre des mesures volontaires pour garantir le bénéfice des exceptions visées. La notion de «mesures volontaires» est reprise par le législateur belge. Toutefois, ces mesures semblent n'être volontaires que par rapport à leur contenu. On peut effectivement difficilement admettre que le titulaire de droits aurait le choix de ne pas intervenir puisque son inaction l'expose à une injonction judiciaire suite au recours que peuvent intenter les utilisateurs concernés, et ceci même si l'exposé des motifs persiste à considérer que l'adoption des mesures en question doit se faire sur une base volontaire⁽³⁵⁾. Par contre, le titulaire de droits dispose d'une réelle liberté dans la détermination des mesures à adopter.

Cette liberté n'est limitée que par le fait que les mesures doivent être adéquates. C'est un ajout bienvenu par rapport à la directive qui paraissait approuver toute mesure adoptée par les titulaires de droits, quel qu'en soit l'effet véritable sur le bénéfice des exceptions. Il s'agit donc d'un élément d'effectivité qui rappelle le considérant 51 de la directive selon lequel les mesures mises en place par les ayants droit devaient permettre d'atteindre les objectifs poursuivis par les exceptions considérées.

Les mesures doivent également être adoptées dans un délai raisonnable. L'utilisateur ne peut brandir la menace d'un recours devant le tribunal de première instance dès l'entrée en vigueur de la

(33) Sur cette question, voy. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres...*, *op. cit.*, pp. 447 et s.

(34) Dans le même sens, B. HUGENHOLTZ, «Why the copyright directive is unimportant and possibly inva-

lid», *E.I.P.R.*, 2000, p. 500; P. SIRINELLI, *op. cit.*, p. 20.

(35) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 25.

loi; les titulaires de droits disposent d'un certain temps pour mettre en œuvre les solutions de pacification espérées.

La loi belge ne précise pas par contre quelles sont ces mesures volontaires. Comme la directive, elle se contente d'évoquer les accords que les titulaires de droits pourraient conclure avec les parties intéressées. L'on songe à des accords de licence entre ayants droit et grands utilisateurs d'œuvres, par exemple les bibliothèques, qui détermineraient dans quelles conditions les exceptions pourraient être exercées en dépit de la présence d'un dispositif technique sur l'œuvre. De tels accords ont déjà été négociés en Allemagne entre éditeurs scientifiques et bibliothèques. Cela indique à tout le moins que le sort de l'exception peut faire l'objet d'une négociation contractuelle entre le titulaire de droits et les utilisateurs, ce qui ne manque pas de surprendre dans la mesure où l'exception est précisément ce qui doit échapper à l'exercice par l'auteur de son droit exclusif.

Des solutions contractuelles peuvent également être trouvées avec d'autres personnes que les utilisateurs. En effet, les distributeurs des œuvres techniquement protégées, les concepteurs des technologies de protection ou les personnes les mettant en place dans les appareils de reproduction ou de lecture des œuvres peuvent jouer un rôle non négligeable dans la détermination d'un «espace de liberté» pour l'utilisateur.

On peut imaginer que les dispositifs de protection permettent dans leur fonctionnement même une certaine franchise pour l'utilisateur bénéficiaire d'exceptions, que certains actes de reproduction soient possibles pour certains types d'utilisateurs ou que certaines demandes d'utilisation soient reconnues comme faisant partie du bénéfice d'une exception. Lors des discussions parlementaires, des mécanismes permettant une seule copie ou un nombre limité de copies, ce qui permettrait de garantir la réalisation d'une copie privée, ont aussi été évoqués⁽³⁶⁾. Accommoder les exceptions par la conception même de la mesure technique fait cependant la part belle aux titulaires de droits qui disposent du pouvoir technique et réduit encore un peu plus le principe de la détermination de l'exception par la loi, comme une limite au monopole de l'auteur⁽³⁷⁾.

(36) Rapport fait au nom de la commission de l'économie, *op. cit.*, pp. 84 et s.

(37) Pour une critique de cette extension, par la technique et les contrats, du monopole des auteurs, voy. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres...*, *op. cit.*, pp. 177-178 et 204 et s.

L'établissement de conditions spéciales et de tarifs préférentiels en faveur de certains utilisateurs ne pourrait toutefois pas constituer une mesure adéquate car le bénéfice de l'exception ne serait alors pas libre mais soumis à rémunération à l'inverse de la liberté d'utilisation normalement reconnue par la loi. L'industrie du contenu avance également que le fait que l'œuvre puisse être disponible dans d'autres formats ou supports non techniquement verrouillés devrait suffire à assurer le bénéfice effectif des exceptions. Une telle argumentation n'est pas admissible. Car la solution instaurée par la loi belge concerne l'acquéreur légitime des œuvres qui doit par conséquent pouvoir trouver la source du bénéfice des exceptions qui lui sont reconnues par la loi dans l'exemplaire qu'il a acquis. Il ne peut être question d'imposer à cet utilisateur d'acquiescer un deuxième exemplaire de l'œuvre. Cela irait totalement à l'encontre de l'objectif de l'article 79bis, § 2⁽³⁸⁾.

e) L'utilisation de l'œuvre conformément à sa destination normale

Le législateur belge est allé plus loin que la directive en interdisant aux mesures techniques d'empêcher «les acquéreurs légitimes des œuvres et prestations protégées d'utiliser ces œuvres et prestations conformément à leur destination normale». La solution se trouve inscrite à l'article 79bis, § 4, de la L.D.A. La condition pour revendiquer le bénéfice de cette utilisation normale est d'être un acquéreur légitime de l'œuvre. La source d'inspiration du législateur quant à cet ajout, sorte d'exception à la protection par les mesures techniques, est double. D'une part, l'exposé des motifs indique que la règle est proche de celle qui accorde une exception pour utilisation normale des programmes d'ordinateur⁽³⁹⁾. D'autre part, cette disposition n'est pas sans rappeler la jurisprudence initiée par des consommateurs qui ne pouvaient écouter des disques légitimement achetés sur leur autoradio et réclamaient le bénéfice d'une utilisation normale de l'œuvre par le biais de la doctrine des vices cachés en matière de vente⁽⁴⁰⁾. Cette obligation de non-interférence qui pèse sur les titulaires de droits ayant recours aux dispositifs techniques de protection, est sanctionnée par l'octroi aux utilisateurs

(38) Voy. également en ce sens, Paris, 22 avril 2005, *R.D.T.I.*, janvier 2006, note S. DUSOLLIER.

(39) Exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 25-26.

(40) Trib. gr. inst. Nanterre, 6^e ch., 2 septembre 2003, *C.C.E.*, novembre 2003, p. 33; Bruxelles, 9 septembre 2005, *op. cit.*

d'un recours devant le président du tribunal de première instance, recours que nous examinerons dans un instant.

Le pouvoir de réservation des mesures techniques se trouve donc limité par l'obligation de ménager l'utilisation normale de l'œuvre que le législateur évalue selon le critère de la destination normale de l'œuvre qui «désigne en fonction de la nature de l'œuvre sa lecture, son audition ou sa visualisation par l'acquéreur légitime de celle-ci»⁽⁴¹⁾. Il ne s'agit donc pas de refléter, dans la couche de la protection de l'œuvre par la technique, une exception existant en droit d'auteur, mais bien de créer une véritable limitation à la deuxième strate de protection des œuvres. Il va sans dire que les cours et tribunaux seront confrontés à des difficultés d'interprétation sur ce que constitue cette utilisation conforme à la destination normale de l'œuvre et devront développer cette définition.

2. Les sanctions de l'absence de mesures volontaires et de l'entrave à l'utilisation normale

Pour garantir l'exercice effectif des exceptions et l'absence d'une entrave à l'utilisation normale de l'œuvre, l'article 87*bis* de la L.D.A. ouvre aux utilisateurs le bénéfice d'une nouvelle action spécifique en droit d'auteur, action qu'ils peuvent introduire devant le président du tribunal de première instance. C'est la première fois qu'en droit d'auteur, une action, qui se rapproche fort d'une action en cessation, est octroyée aux utilisateurs d'œuvres. L'existence de cette sanction judiciaire des exceptions devrait également avoir pour conséquence de rendre les exceptions concernées plus proches des véritables droits subjectifs, du moins à l'égard de l'acquéreur légitime des œuvres.

L'action est formée et instruite comme en référé et ne diffère pas sensiblement de l'action en cessation. Le président du tribunal a toutefois pour compétence, non de faire cesser le recours aux mesures techniques, mais d'enjoindre les titulaires de droits soit de prendre les mesures nécessaires pour permettre le bénéfice des exceptions, soit de rendre les mesures techniques conformes à l'utilisation normale de l'œuvre. Le périmètre de son intervention n'est pas davantage déterminé ce qui posera sans conteste de nombreuses questions. Ainsi, le juge peut-il imposer aux ayants droit de configurer d'une autre manière la protection technique dont ils ont usé sur l'œuvre? Souvent les titulaires de droits ont fait appel à un dispositif offert sur le marché et sur

lequel ils n'ont que peu d'emprise. Dans ce cas, l'injonction qui leur sera faite de rendre ces dispositifs conformes à ce qui aura été considéré comme une utilisation normale de l'œuvre risque fort de ne pouvoir être satisfaite qu'avec la collaboration de ces concepteurs de mesures techniques. Faudra-t-il dans ce cas les appeler à la cause afin de pouvoir leur opposer la décision judiciaire? Est-ce seulement recevable et cela ne risque-t-il pas de rendre ces instances encore plus complexes?

Un autre problème résulte de la multiplicité des juges compétents pour régler la question de l'interface entre mesure technique et exceptions. On peut très bien imaginer que des utilisateurs intentent des actions dans divers coins du pays à l'encontre de contenus similaires et que les décisions prononcées diffèrent largement aussi bien sur la constatation de l'atteinte aux intérêts des utilisateurs que sur les mesures qui seront ordonnées. Comment les titulaires de droits pourront-ils tenir compte de ces décisions concurrentes pour un même type d'œuvres et sur un seul marché? N'aurait-il pas mieux valu confier la résolution de ces conflits à une instance unique, de préférence de nature arbitrale ou de médiation, qui aurait eu le mérite de délivrer des opinions par secteur concerné et type de produits, applicables à l'ensemble des utilisateurs d'œuvres?

L'action est ouverte non seulement aux bénéficiaires des exceptions ou à l'acquéreur légitime qui ne peut jouir d'une utilisation normale de son acquisition, tout deux couverts par la notion d'«intéressés», mais également au ministre qui a le droit d'auteur dans ses attributions (en tant que garant de l'intérêt général en quelque sorte), aux groupements professionnels (par exemple une association de bibliothécaires) ou aux associations de consommateurs. L'intervention d'une association de consommateur ne se comprend toutefois qu'en ce qui concerne l'entrave à l'utilisation normale de l'œuvre puisque la copie privée, seule exception «destinée» aux consommateurs n'est pas couverte par ce régime de sauvegarde. On peut également imaginer que des sociétés relevant de l'industrie de l'équipement électronique et informatique puissent recourir à cette action lorsqu'une mesure technique gêne le fonctionnement normal des appareils qu'elle commercialise. Elles le feraient alors soit à titre individuel en qualité d'intéressés, soit par le biais d'une association professionnelle. Ce n'est toutefois pas explicitement prévu par la loi et la jurisprudence devra sans doute confirmer l'applicabilité de cette procédure garantissant l'utilisation normale de l'œuvre dans une telle hypothèse.

(41) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 26.

E. L'incidence des mesures techniques dans la rémunération pour copie privée

L'utilisation de mesures techniques empêchant ou conditionnant la réalisation de copies de l'œuvre bouleverse l'économie du régime de licence légale en matière de copie privée et du droit à rémunération qui lui est assorti. Dans certains cas, l'utilisateur ne peut effectuer de copie en vertu d'un tel mécanisme technique ou se voit contraint de payer le prix de cette copie, alors qu'il a sans doute déjà rémunéré l'auteur par le biais de la redevance perçue sur le support vierge ou l'équipement⁽⁴²⁾. Dans ce dernier cas, à supposer que le développement des mesures techniques permette une gestion des droits de copie de l'œuvre, il y aurait un double paiement, l'un résultant de la redevance, l'autre en contrepartie de la licence techniquement gérée et contrôlée.

Pour résoudre cette contradiction, le législateur belge, conformément à la directive, modifie l'article 56 de la L.D.A., qui renvoie la fixation de la rémunération pour copie privée à un arrêté royal, en précisant qu'il devra «être tenu compte lors de la fixation de cette rémunération de l'application ou non des mesures techniques visées à l'article 79bis aux œuvres ou aux prestations concernées».

De nombreuses questions restent en suspens. En premier lieu, si on a pu hésiter sur le moment exact de la transition d'un monde où la copie privée est autorisée moyennant rémunération équitable à un monde où la copie est techniquement gérée ou interdite, en raison d'une multiplicité des formules utilisées par la directive⁽⁴³⁾, la loi belge a le mérite de n'utiliser que la formule de l'application ou non de mesures techniques. Ce qui paraît indiquer que la commission chargée de la détermination du montant devra vérifier dans la réalité si l'appareil permettant la copie est généralement doté de mécanismes anticopie ou si les supports qu'il lit sont majoritairement protégés. Toutefois, l'examen de l'application des mesures techniques ne sera sans doute pas toujours aussi évident et la mise en pratique de cette règle risque d'être malaisée.

(42) Il est entendu que la perception d'une redevance ne constitue pas la rémunération directe de l'auteur de l'œuvre copiée par l'utilisateur, tant les mécanismes de perception et de répartition des redevances sont complexes et largement indépendants des copies réellement effectuées. Mais c'est en tout cas ainsi que le perçoivent les utilisateurs.

(43) Voy. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT et S. VAN GEFFEN, *The Future of Levies in a Digital Environment*,

Ce choix de la sortie du régime de droit à rémunération pour la copie privée n'est pas non plus des plus satisfaisants pour les auteurs et artistes interprètes. En principe, le retour au droit exclusif ne peut que les réjouir, leur assurant en théorie un contrôle plus effectif sur l'utilisation de leurs œuvres et prestations. Néanmoins, le droit à rémunération équitable s'est révélé être une source de revenus stable et assurée, bien que moindre en toute probabilité que celle que pourrait produire un plein exercice du droit exclusif. Que la copie privée retourne dans le giron du droit exclusif par le biais du pouvoir technique désormais offert aux ayants droit, signifie que la rémunération de l'exercice du droit exclusif, généralement cédé aux titulaires dérivés, exploitants économiques des œuvres et prestations, échappera peut-être complètement aux artistes individuels. La transition prétendument technique du sort de la copie privée augure certainement d'un changement d'économie d'une partie de la rémunération des auteurs et artistes interprètes. C'est là un débat que devraient ouvrir les sociétés de gestion collective généralement chargées de la perception et de la répartition de cette rémunération.

IV. L'information sur le régime des droits

Le deuxième grand pan de la protection des dispositifs techniques relatifs aux œuvres et prestations apparaît à l'article 79ter de la loi et concerne la protection de l'information sur le régime des droits. Cette notion, nouvelle en droit d'auteur, provient également des Traités O.M.P.I. et a été reprise de manière identique par la directive européenne. La transposition qu'en a fait le législateur belge y est également fidèle. La matière est bien plus simple et moins litigieuse que celle des mesures techniques de protection. On peut donc se permettre de l'exposer plus rapidement et de renvoyer pour le surplus à un précédent article qui traite en profondeur de la question⁽⁴⁴⁾.

L'information sur le régime des droits comprend tous les procédés électroniques qui ont pour objec-

Institute for Information Law, Amsterdam, mars 2003, disponible sur <http://www.ivir.nl/publications/other/DRM%20Levies%20Final%20Report.pdf>; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres...*, *op. cit.*, pp. 186-188.

(44) S. DUSOLLIER, «La protection de l'information sur le régime des droits : un O.V.N.I. dans l'orbite du droit d'auteur», *A&M*, 2002, pp. 14-23.

tif d'identifier l'œuvre, la prestation, ou le titulaire des droits, ainsi que d'apporter des précisions sur l'utilisation qui peut en être faite⁽⁴⁵⁾. Le développement des techniques numériques permet en effet d'apposer sur les œuvres en format digital toute une série d'informations sur celles-ci. Ces données relatives aux œuvres, permettant leur immatriculation, sont dénommées «identifiants» ou «métadonnées» et ont été développées par les sociétés de gestion collective et par les producteurs et distributeurs d'œuvres. Elles peuvent être associées de manière permanente à des supports digitaux et jouent un rôle important dans les mécanismes de protection des œuvres, soit en informant l'utilisateur sur le statut de l'œuvre et les conditions de son utilisation, soit en fournissant les données nécessaires à la gestion des droits. Supprimer ces éléments d'identification des œuvres peut donc nuire à la gestion des droits et contribuer à des actes de contrefaçon ou d'utilisation non autorisée. C'est ce qui justifie la protection de ces éléments par l'article 79^{ter} de la L.D.A.

A. Le champ d'application de la protection de l'information sur le régime des droits

L'article 79^{ter} de la L.D.A. énonce les principes de la protection des informations sur le régime des droits en ce qui concerne le droit d'auteur et les droits voisins, tandis que l'article 12^{ter} de la loi du 31 août 1998 fait de même pour le droit *sui generis* sur les bases de données. Il n'est nulle part précisé si la protection de la L.D.A. s'applique également aux programmes d'ordinateur. Le principe général de la directive est de ne pas affecter les dispositions particulières aux logiciels, notamment en ce qui concerne la protection des mesures techniques pour lesquels un considérant exclut précisément l'application de l'article 6 à ceux-ci. Mais qu'en est-il de l'information sur le régime des droits? Si l'on conclut à la conservation absolue et non modifiée du régime de protection des programmes d'ordinateur, les données identifiant le programme et les conditions de son utilisation ne feront l'objet d'aucune protection, ce qui ne paraît pas souhaitable. Sans doute pourrait-on invoquer le principe établi de l'application générale des dispositions de la loi générale aux programmes d'ordinateur lorsque la loi spéciale ne prévoit pas de

régime spécifique⁽⁴⁶⁾. Puisque la L.P.O. ne contient aucune disposition relative à la protection de l'information sur le régime des droits, contrairement à la protection des mesures techniques, l'article 79^{ter} pourrait s'appliquer aux logiciels.

B. Définition de l'information sur le régime des droits

Les informations relatives au régime des droits sont définies à l'article 79^{ter}, § 2, comme «les informations permettant d'identifier l'œuvre, l'auteur de l'œuvre, le titulaire de tout droit sur l'œuvre ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre, et tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à l'exemplaire d'une œuvre ou apparaît en relation avec la communication d'une œuvre au public». Cette définition vise les éléments d'information ou d'identification de l'œuvre ou de ses ayants droit, éléments qui peuvent être apposés sur l'exemplaire de l'œuvre à la fois pour informer l'utilisateur ou pour permettre aux mesures techniques de reconnaître les œuvres qu'elles gèrent. Sont ainsi couverts les notices de *copyright*⁽⁴⁷⁾, les marques et logos appliqués sur l'œuvre, les identifiants de l'œuvre, ou encore les licences accompagnant la distribution d'une copie. La jurisprudence devra toutefois confirmer l'application de cette définition à ces éléments.

Ces éléments ne sont protégés que lorsqu'ils se présentent sous forme électronique. L'arrachage de la page d'un livre contenant les informations relatives à l'auteur et à la maison d'édition ne pourra donc pas être sanctionné par cette disposition.

L'article 79^{ter} *in fine* prévoit que la protection s'applique lorsque les éléments d'information visés à la définition sont joints à la copie ou apparaissent en relation avec la communication au public de l'œuvre. On vise donc tant les exemplaires de l'œuvre (matériel) que la représentation d'œuvres (immatériel).

C. Les actes illicites

La protection des informations sur le régime des droits est double. L'article 79^{ter} de la L.D.A. sanctionne toute personne qui accomplit l'un des actes suivants:

(45) Sur ces techniques, voy. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres...*, *op. cit.*, n^{os} 32 à 39.

(46) A. STOWELL, «La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur : vers un droit d'auteur *sui generis*?», *R.I.D.A.*, avril 1995, p. 173.

(47) Les notices de *copyright* et autres mentions de réserve sont couvertes par la définition dans la mesure où elle englobe une référence aux informations sur les conditions et modalités d'utilisation des œuvres.

– supprimer ou modifier, sans y être habilitée, toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;

– distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser ou communiquer au public, sans y être habilitée, des œuvres ou des exemplaires d'œuvres en sachant que des informations relatives au régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation.

Ne sont par contre pas couvertes, à l'inverse des dispositions anticcontournement, la distribution ou l'offre d'équipements permettant ou facilitant cette suppression.

La suppression des informations sur le régime des droits ou la distribution de contenus dont ces informations ont été ôtées, ne seront toutefois illicites que si elles ont été effectuées sciemment et sans autorisation et si la personne savait ou devait savoir que, «ce faisant, elle entraîne, permet, facilite ou dissimule une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin». La présence de ce double élément moral (la connaissance de l'accomplissement de l'acte interdit et de la conséquence contrefaisante de celui-ci) a pour objectif de ne sanctionner que les actes de manipulation de l'information sur le régime des droits qui participent de manière patente à un processus de violation du droit intellectuel. Elle réduit aussi grandement la portée de cette disposition et les critiques qu'elle pourrait susciter.

D. Sanctions

L'acte de manipulation de l'information sur le régime des droits est sanctionné de manière identique au contournement des mesures techniques. La loi dispose d'emblée que cet acte constitue un délit punissable conformément aux articles 81 et 83 à 86 de la L.D.A. L'exposé des motifs vient pareillement au secours de l'absence d'une mention explicite dans la loi de la compétence du juge des cessations pour mettre fin à de tels actes et reconnaît l'application de la procédure prévue à l'article 87 de la L.D.A.⁽⁴⁸⁾. Il va de soi également que le titulaire de droits qui aurait subi un dommage suite à la suppression de ces données peut demander réparation de ce préjudice.

V. Conclusion

Le législateur belge n'a assurément pas dissipé toutes les incertitudes de la directive pas plus qu'il

n'a apaisé les craintes de voir le monopole de la propriété littéraire et artistique, proprement délimité par la loi, supplanté par un pouvoir technique illimité et incontrôlé. Les zones d'ombres dont la directive était truffée, se retrouvent dans la loi belge. Quant au compromis que tente d'achever la protection des mesures techniques, il penche toujours fortement, au niveau belge, en faveur des ayants droit. Ceux-ci se voient en effet reconnaître la possibilité d'encadrer leurs œuvres de dispositifs techniques contrôlant et gérant tout acte d'utilisation de leurs œuvres, même au-delà de ce qui leur est traditionnellement accordé par la loi, ainsi que la compétence légale de protéger cette couche de réservation additionnelle de leurs œuvres contre les intrus qui souhaiteraient la désamorcer. Les exceptions au droit d'auteur, qui devraient pourtant constituer des limites naturelles à la maîtrise de l'œuvre, sont laissées au joug technique, si ce n'est pour quelques exceptions dont le bénéfice ne sera néanmoins octroyé que si l'utilisateur dispose d'un accès licite à l'œuvre, critère potentiellement déterminé par les titulaires de droits, et, dans une certaine mesure, aux conditions contractuelles ou techniques que ces derniers mettront en place.

Pour la défense du législateur belge, il faut reconnaître qu'il n'avait pas trop le choix et que les dispositions nouvelles qui protègent les mesures techniques ne sont que le reflet d'un équilibre déjà douteux dans la directive. On peut quand même regretter que la loi belge ne fasse pas preuve de plus d'audace. Elle aurait pu définir plus restrictivement les dispositifs protégés en les alignant sur l'étendue des droits exclusifs ou élargir le régime de sauvegarde des exceptions à toutes les hypothèses prévues par la loi. Le Parlement a bien essayé de rééquilibrer la balance en autorisant du bout des lèvres, et par une formulation hasardeuse et contestable, le contournement d'une mesure de protection lorsque celui-ci n'est pas suivi d'une violation du droit intellectuel.

Les cours et tribunaux auront donc sans conteste un rôle à jouer pour défricher les broussailles du texte de la loi et tenter d'y retrouver les principes de l'équilibre propre au droit d'auteur. Si la matière de la protection juridique des mesures techniques n'était pas somme toute si complexe et, il faut bien l'avouer, parfois ennuyeuse, je me laisserais presque à dire que j'attends les premières décisions d'application de ces dispositions avec impatience.

(48) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 27.