

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les mesures techniques dans la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information

Dusollier, Séverine

Published in:
Legicom

Publication date:
2001

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dusollier, S 2001, 'Les mesures techniques dans la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information: un délicat compromis', *Legicom*, VOL. 25, p. 75-86.

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 MESURES TECHNIQUES DANS LA DIRECTIVE SUR LE DROIT D'AUTEUR DANS LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION : UN DELICAT COMPROMIS

Séverine Dusollier

Maître de Conférences aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur

INTRODUCTION

Dès les premiers documents de l'Union européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information, la protection des mesures techniques s'est invitée à la table de la propriété littéraire et artistique, les titulaires de droit demandant que le contournement des protections techniques qu'ils mettraient en place soit dûment sanctionné par la loi. Que la cryptographie, le *watermarking*, les mots de passe ou autres systèmes contrôlant l'accès à des contenus¹, soient devenus des outils essentiels à la protection des œuvres digitales, cela ne fait plus de doute. Pas plus que le fait que ces dispositifs techniques puissent à leur tour être désamorçés par une autre technique. Il s'agissait donc, selon les auteurs et autres titulaires de droits, d'interdire le contournement des protections techniques ainsi que la commercialisation d'équipements ou moyens permettant ou facilitant ce contournement.

Les Traités de l'OMPI 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 Etats d'adopter une protection juridique *“contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits et qui restreignent l'accomplissement d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi”*².

La directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information, récemment adoptée, a notamment pour but de transposer cette obligation internationale dans l'acquis communautaire. Cela ne fut pas sans mal car entre les Traités OMPI et l'adoption de la directive, l'opposition aux mesures techniques s'est faite grandissante. Le principal point de contention étant la menace que ces dispositifs font planer sur l'équilibre inhérent au droit d'auteur, entre droits des auteurs et exceptions en faveur des utilisateurs et de l'intérêt public. Le spectre d'un monde culturel techniquement cadenassé, dans lequel l'accès à l'information se réduirait à peu de chagrin, le domaine public serait techniquement privatisé et l'exercice d'exceptions légitimes, telles que la parodie ou la citation, serait définitivement entravé, a régulièrement été évoqué. D'une mention anodine dans le Livre Vert de 1995³, la protection des mesures techniques a failli devenir le talon d'Achille des discussions européennes sur cette directive. Ce furent en tout cas les dispositions de cette protection qui occupèrent le plus le Conseil et la Commission et qui, durant les derniers mois, firent l'objet de propositions, contre-propositions et amendements de toutes sortes. Un accord sur une position commune fut

¹ Pour une explication des mesures techniques utilisées dans un but de protection des œuvres, voir S. DUSOLLIER et A. STROWEL, «La protection légale des systèmes techniques : Analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparative», à paraître dans la nouvelle revue de l'I.R.P.I.

² Article 11 du Traité OMPI sur le Droit d'Auteur, TDA ou WCT en anglais. Voir aussi la formulation équivalente de l'article 18 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, TIEP ou WPPT en anglais.

³ Livre Vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, Bruxelles, 19.07.1995, COM (95) final.

finale­ment obtenu à l'arrachée en juin 2000, position sur laquelle ni le Parlement, ni le Conseil ne tentèrent de revenir.

Compromis entre tenants d'une protection des mesures techniques et opposants aux excès de celle-ci, principalement en raison de l'atteinte potentielle de ces dispositifs aux exceptions et limitations au droit d'auteur⁴, le texte de l'article 6 fait figure de solution de la dernière chance. Solution acrobatique, sans doute, car de mémoire de juriste européen, on aura rarement vu de texte si incompréhensible, si opaque, et solution de délégation, car en définitive, c'est aux Etats Membres qu'il reviendra de trouver le remède miracle.

Lire d'une traite les dispositions régissant la protection des dispositifs techniques laisse sans souffle. Voyez plutôt:

«1. Les Etats membres prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif.

2. Les Etats membres prévoient une protection juridique appropriée contre 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, produits ou composants ou la prestation de services qui :

a) font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation, dans le but de contourner la protection ou

b) n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection ou

c) 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.

3. Aux fins de la présente directive, il faut entendre par "mesures techniques" toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil.

Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un 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.

4. Nonobstant la protection juridique prévue au paragraphe 1, en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, les Etats membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national conformément à l'article 5, paragraphe 2, points a), c), d) et e), et à l'article 5, paragraphe 3, points a), b) ou e), puissent

⁴ Sur ce point voir plus généralement, S. DUSOLLIER et M. BUYDENS, «Les exceptions au droit d'auteur : évolutions dangereuses», *Communications — Commerce électronique*, Septembre 2001.

bénéficiaire desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question.

Un Etat membre peut aussi prendre de telles mesures à l'égard du bénéficiaire d'une exception prévue conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b), à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception concernée et conformément aux dispositions de l'article 5, paragraphe 2, point b), et de l'article 5, paragraphe 5, sans empêcher les titulaires de droit d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions conformément à ces dispositions.

Les mesures techniques de protection appliquées volontairement par les titulaires de droits, y compris celles mises en œuvre en application d'accords volontaires, et les mesures techniques mises en œuvre en application des mesures prises par les Etats membres, jouissent de la protection juridique prévue au paragraphe 1.

Les dispositions des premier et deuxième alinéas ne s'appliquent pas 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.

Lorsque le présent article est appliqué dans le cadre des directives 92/100/CEE et 96/9/CE, le présent paragraphe s'applique mutatis mutandis.»

Les deux premiers paragraphes traitent des activités dont l'interdiction devra être réglée par les Etats membres, d'une part l'acte de contournement des mesures techniques, d'autre part, les actes commerciaux liés aux équipements permettant ou facilitant ce contournement (Titre II). Mais une étape préalable et indispensable consiste à déterminer quelles sont les mesures techniques protégées par l'article 6, ce qui fait l'objet du troisième paragraphe (Titre I).

Le 4^{ème} paragraphe aurait pu constituer un article à lui seul. C'est là que réside la solution de compromis envisagée par le Conseil pour sauvegarder l'exercice de certaines exceptions (Titre III).

Certaines règles relatives aux mesures techniques sont énoncées dans les considérants de la directive que nous examinerons également. A moins qu'ils ne relèvent des questions traitées aux premiers points, ils feront l'objet de considérations diverses (Titre IV) sur lesquelles nous terminerons notre étude.

TITRE I : OBJET DE LA PROTECTION

Qu'il s'agisse du contournement ou de la distribution de dispositifs le permettant, les mesures techniques protégées sont définies au paragraphe 3 de l'article 6 comme *“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 le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin (...) ou du droit sui generis (...)”*.

La définition est très large. Elle permet de recouvrir tout outil technique auquel le titulaire de droit a recours pour protéger son œuvre ou la distribution de celle-ci. Tout dispositif qui traduit dans les faits –dans la machine– une absence d'autorisation de l'auteur est couvert, ce qui élargit le champ de protection auparavant envisagé. Le texte initial de la directive parlait des mesures techniques qui

limitaient la violation d'un droit d'auteur ou droit voisin. A première vue, cette définition ne couvrait que les mesures établissant une protection directe des droits de l'auteur, tels les systèmes anti-copie. Désormais, non seulement les mesures techniques empêchant l'accomplissement d'actes relevant du monopole légal des auteurs sont visées, mais également tout dispositif s'opposant à des utilisations qui ne seraient pas souhaitées par le titulaire de droit. Il suffit que l'auteur interdise contractuellement une utilisation pour que la mesure technique qui supporte cette interdiction soit protégée par l'article 6.

Le troisième paragraphe de l'article 6 poursuit en définissant le critère d'efficacité auquel les mesures techniques devront satisfaire. Il s'agit là d'une exigence des traités OMPI de 1996 qui n'accorde de protection qu'aux dispositifs efficaces. Selon le législateur européen : *“les mesures techniques sont réputées efficaces 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.”*

Cette définition de l'efficacité des mesures techniques appelle plusieurs commentaires. Tout d'abord, il peut sembler tautologique de définir l'efficacité de la protection par le fait que le procédé en jeu "atteint cet objectif de protection". Pierre Sirinelli y voit une "faille dans la construction mise en place"⁵. Sans y voir l'exigence d'une protection infaillible, on ne peut qu'admettre que cette définition reste éminemment ambiguë et que le législateur européen n'a vu dans ce critère des traités OMPI que l'occasion de définir plus précisément le type de mesures techniques visées dans les premiers alinéas de ce paragraphe.

Les critères de l'efficacité font appel notamment à l'application d'un code d'accès. Or, l'accès à une œuvre ou à tout autre objet protégé n'est *a priori* pas en soi un acte soumis aux droits exclusifs de l'auteur ou du titulaire de droits voisins⁶.

Le texte initial de la Commission limitait par ailleurs la définition de l'efficacité à l'accès.⁷ L'intervention du Parlement européen a ajouté le critère de l'utilisation, ce qui permet de couvrir plus largement les actes accomplis par l'utilisateur, en ce compris les actes de reproduction et de communication au public soumis aux autorisations des titulaires de droit. Dans le texte définitif, seul subsiste le terme d'utilisation. Ainsi, si sous l'empire du premier texte, on pouvait douter que les systèmes anti-copie bénéficiaient d'une protection, il nous semble à présent que la nouvelle définition permet d'établir plus facilement leur protection. Néanmoins, la protection finalement instaurée est étonnamment large puisqu'elle permet d'englober tous les actes effectués par l'utilisateur (allant de l'accès initial à l'œuvre à tous les actes ultérieurs d'utilisation).

En outre, la définition des mesures techniques n'évoque plus la violation du droit d'auteur mais bien la restriction d'actes non autorisés par l'ayant droit. En conséquence, si l'acte d'accès n'est pas autorisé par l'auteur, quelque soit le statut de l'accès dans la loi sur le droit d'auteur, la mesure technique qui concrétise cette volonté de l'auteur sera protégée.

⁵ P. SIRINELLI, « L'étendue de l'interdiction de contournement des dispositifs techniques de protection des droits et les exceptions aux droits d'auteur et droits voisins », in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Congrès de l'ALAI 2001, New York, 13-17 juin 2001, à paraître, disponible sur <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/home_en.html>.

⁶ S. DUSOLLIER, « Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès en droit européen », in *Le Droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres?*, Cahiers du CRID n°18, Bruylant, 2000, p. 25-52.

⁷ S. DUSOLLIER, « Electrifying the Fence : The legal protection of technological measures for protecting copyright », *E.I.P.R.*, 1999, n° 21/6, p. 285-297.

Enfin, il est précisé que les procédés de protection incluent le cryptage, brouillage⁸ ainsi que toute autre transformation de l'œuvre. La transformation de l'œuvre pourrait selon nous inclure les techniques de watermarking ou tatouage de l'œuvre qui pourtant, ainsi que nous l'avons vu plus haut, ne constituent qu'un mécanisme de protection indirecte de l'œuvre. Ces trois types de procédés ne sont cependant cités qu'à titre d'exemples, ce qui n'exclut pas que des systèmes tels les *dongles* ou autres systèmes empêchant la reproduction de l'œuvre soient également susceptibles d'être visés.

On a également corrigé une erreur de langage. Le texte initial disait en effet que les mesures techniques protégées étaient le décryptage ou la désactivation du brouillage, ce qui était absurde puisqu'il s'agissait là justement des actes de contournement interdits. Désormais, et en toute logique, les mesures techniques sont notamment le cryptage et le brouillage. La technologie visée étant principalement le code d'accès et la cryptographie, il est en tout cas clair que les technologies d'accès sont visées également par la protection.

TITRE II . TYPE D'ACTIVITES ILLICITES ET RESPONSABILITE

2.1. Acte et équipements de contournement

A l'imprécision du texte initial proposé par la Commission qui ne visait vaguement qu'une protection juridique appropriée contre "les activités", ce qui incluait une liste non exhaustive d'activités de distribution d'équipements de contournement mais non l'acte même de déverrouillage de la protection technique, la directive supplante désormais, et ce depuis le texte modifié par le Parlement en 1999, une distinction nette entre la prohibition de l'acte de contournement des mesures techniques et les activités commerciales relatives aux équipements permettant ou facilitant le contournement.

Le premier alinéa de l'article 6 interdit l'acte de contournement des mesures techniques. Deux nouveautés du texte de la position commune sont ici à signaler. Tout d'abord, et cela vaut pour l'ensemble des dispositions relatives aux mesures techniques, le terme de 'neutralisation' est remplacé par celui de 'contournement', notion plus large qui permettra notamment de poursuivre les personnes qui outrepassent la protection technique sans toutefois détruire ou mettre à néant cette dernière.

Ensuite, dans le texte de la proposition modifiée, l'acte de neutralisation devait être non autorisé par les titulaires de droit. Cette condition disparaît de la position commune en dépit de la demande de certaines délégations de conserver cette qualification afin de clarifier qu'il n'est question que de contournement illicite. Il nous semble en effet que le contournement ne peut être poursuivi que s'il est accompli en l'absence de l'autorisation des titulaires de droit. Cette assertion est logique et sans doute un rien tautologique. Toutefois, nous ne voyons pas dans quelle hypothèse le retrait de ces termes revêt une importance pratique pour les titulaires de droit. Enfin, le texte ne spécifie plus que la mesure technique est celle destinée à protéger le droit d'auteur, droit voisin ou droit *sui generis*. Dans la mesure où la définition des mesures techniques de l'alinéa 3 reprend cette précision, le toilettage du texte contribue à sa clarté, sous réserve toutefois des commentaires relatifs au paragraphe 3.

S'agissant de l'interdiction de l'acte de contournement, un élément moral a été ajouté dans le but de ne poursuivre que les personnes qui ont effectué un tel contournement du mécanisme technique en connaissance de cause. Le texte parle de "*en sachant ou en ayant des raisons valables de penser qu'elle [la personne] poursuit cet objectif [le contournement*

⁸ Ce qui montre bien ici que ce texte envisage principalement les systèmes de cryptage et d'accès.

non autorisé]”. Il s’agit là d’une condition de connaissance qui n’apparaît pas dans l’infraction parallèle de fabrication d’appareils de neutralisation.

Dans le cas des activités préparatoires, le texte européen est très large puisqu’il vise 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. La prestation de services est également citée. En conséquence, il nous semble que toute activité de commercialisation de ces dispositifs non autorisés est couverte. Le considérant 49 permet aux Etats membres d’autoriser la détention à des fins privées de tels dispositifs.

La liste des activités illicites est similaire à celle contenue dans la directive sur la protection des services à accès conditionnel⁹ et démontre la volonté de penser les deux textes d’une manière globale. Certains dispositifs de protection peuvent en effet être interdits sur la base des deux textes. Il serait illogique de ne pas poursuivre de la même manière les équipements visant à les désamorcer.

2.2. Appareils illicites

L’illicéité des dispositifs et services est quant à elle conditionnée par trois critères alternatifs. Soit le système ou service fait l’objet d’une promotion, d’une publicité ou d’une commercialisation, dans le but de contourner la protection technique; soit la raison commerciale ou l’utilisation de tels dispositifs est principalement le contournement; ou enfin, le système ou service est principalement conçu, produit, adapté ou réalisé en vue de permettre ou de faciliter le contournement.

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.

Ici aussi, et cela est bien normal, la frontière entre systèmes licites et illicites restera floue et sujette à l’appréciation des tribunaux. A titre d’exemple, le logiciel de cryptage principalement utilisé pour décrypter des œuvres protégées sera interdit. Quant au magnétoscope, même si la fonction de neutralisation n’est qu’accessoire, le fait de promouvoir l’appareil dans ce but suffira à le rendre illicite.

2.3. La nature de l’interdiction

En vertu du principe de subsidiarité, la directive laisse une entière liberté aux Etats membres quant à la manière d’inscrire dans leur arsenal législatif l’interdiction de l’acte et des équipements de contournement. Elle n’impose, dans la droite ligne des textes de Genève, qu’une protection juridique appropriée. Rien n’indique une obligation pour les Etats de l’Union d’intégrer l’interdiction du contournement et des équipements destinés à cet effet dans les dispositions relatives au droit d’auteur. Les Traités OMPI n’imposent pas plus une inscription de la protection des mesures techniques en droit d’auteur¹⁰.

⁹ Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d’accès conditionnel, J.O. n° L 320 du 28/11/1998 p. 0054 – 0057. Voir N. HELBERGER, «Hacking BskyB: The legal protection of conditional access services under European law», *Entertainment Law Review*, 1999-5, p. 88; TH. HEIDE, «Access Control and Innovation under the Emerging EU Electronic Commerce Framework», (2000) *B.T.L.J.*, Vol. 15, No. 3, p. 993-1048.

¹⁰ Intervention de KURT KEMPER, Atelier sur la mise en œuvre des Traités OMPI, 6-7 décembre 1999, Genève.

Une limite s'impose toutefois. L'article 8 du texte européen prescrit des sanctions et des voies de recours appropriées contre les atteintes aux droits et obligations prévues par la directive, ceci incluant les dispositions relatives aux mesures techniques. Les Etats doivent notamment faire en sorte que les titulaires de droit puissent intenter une action en dommages et intérêts et demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue. Les équipements de neutralisation doivent également pouvoir faire l'objet d'une saisie. Il est donc indispensable que le régime choisi pour la transposition de l'article 6 relatif aux mesures techniques comporte de telles voies de recours.

TITRE III. LIMITES DU DROIT D'AUTEUR ET PROTECTION.

L'interférence potentielle des verrous techniques sur la jouissance d'exceptions au droit d'auteur est sans aucun doute la question la plus épineuse de l'article 6 de la directive. Elle a déjà fait l'objet de nombreux commentaires¹¹ en doctrine. A la Conférence Diplomatique de 1996 qui a abouti à l'adoption des deux Traités consacrant pour la première fois au niveau international une protection des mesures techniques, de nombreux Etats participants avaient soulevé la menace que l'application technologique du droit d'auteur faisait peser sur le libre exercice des exceptions. Que cet exercice doive être libre est d'ailleurs sujet à discussions¹², discussions que nous n'entamerons pas ici, nous contentant d'exposer la solution retenue par la directive.

Le texte européen se distingue par le niveau auquel la solution s'applique. D'autres Etats, tels les Etats-Unis ou l'Australie¹³, ont choisi de le faire au niveau de la sanction du contournement. Leurs solutions sont largement différentes mais ces deux pays immunisent l'utilisateur ayant contourné une mesure technique lorsque son objectif était l'exercice légitime de certaines exceptions. Dans cette hypothèse, l'exception étant entravée par un dispositif de protection, l'utilisateur doit déverrouiller le système. La loi ne lui donne pas les moyens pour se faire mais se limite à ne pas le poursuivre du chef du contournement. Le mal –la contrainte exercée sur la libre utilisation de l'œuvre– est fait; mais les moyens d'exercer l'exception en dépit de l'entrave ne constitueront pas une infraction ou un acte illicite. Encore faut-il que le bénéficiaire d'une exception dispose des compétences ou des outils techniques pour surmonter l'obstacle¹⁴. Ce qui rend ce type de solution bien peu satisfaisante.

La directive européenne envisage de favoriser l'utilisateur non au stade de la sanction pour contournement, mais au stade premier de l'exercice de l'exception et de l'entrave

¹¹ P.SAMUELSON, «Intellectual property and the digital economy: why the anti-circumvention regulations need to be revised», *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 14:1 (1999); J. LITMAN, «The exclusive right to read», 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 29 (1994).

¹² A. LUCAS, *Droit d'auteur et Numérique*, Droit@Litec, Paris, 1999, p. 166 et suiv.; JANE C. GINSBURG, «From having copies to experiencing works: the development of an access right in U.S. copyright law», in HUGH HANSEN (ed.), *US Intellectual Property : Law and Policy*, Sweet & Maxwell, 2000.

¹³ Sur les dispositions anti-contournement aux Etats-Unis et en Australie, voir S. DUSOLLIER & A. STROWEL, «La protection légale des systèmes techniques : Analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparative», *I.R.P.I.*, 2001, à paraître; J. DE WERRA, «What is a "technological measure" under the WIPO Treaties, the DMCA, the European Union Directives and other legislations (Japan, Australia) », *R.I.D.A.*, Juillet 2001, à paraître.

¹⁴ K.J. KOELMAN, «The protection of technological measures vs. the copyright limitations», in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Congrès de l'ALAI 2001, New York, 13-17 juin 2001, à paraître, disponible sur <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/home_en.html>.

technique. Le mécanisme qu'elle met en place à ce titre dans l'article 6 § 4, s'il a le mérite d'exister, n'a toutefois pas celui de la simplicité. En outre, le système ne bénéficie qu'à un certain nombre d'exceptions, à savoir la reprographie (article 5 (2) a), les actes de reproduction spécifiques par les bibliothèques et archives (article 5 (2) c), les enregistrements éphémères par les organismes de radiodiffusion (article 5 (2) d), les reproductions par des institutions sociales sans but lucratif (article 5 (2) e) les utilisations à des fins d'illustration de l'enseignement (article 5 (3) a), les utilisations au bénéfice de personnes handicapées (article 5 (3) b) et les utilisations à des fins de sécurité publique (article 5 (3) e). L'exception de copie privée bénéficie d'un régime spécifique et optionnel que nous envisagerons plus loin.

La directive ne précise pas quel fut le critère qui a présidé au choix de ces exceptions ni pourquoi d'autres exceptions énumérées dans la directive à l'article 5 ne bénéficient pas également du même régime de faveur. On a pu entendre qu'il s'agissait d'exceptions qui traduisaient des intérêts fondamentaux. Mais la parodie ou le compte-rendu d'événements d'actualité ne sont-ils pas également des dispositions reflétant des valeurs essentielles telles que la liberté d'expression ou la liberté de l'information et de la presse ? On pourrait également invoquer que dans le cadre des exceptions choisies, les bénéficiaires peuvent être facilement identifiés, ce qui favoriserait l'établissement de relations contractuelles avec les titulaires de droit. Il s'agit en effet des bibliothèques et archives, des organismes de radiodiffusion, des établissements d'enseignement, des institutions sociales, des institutions administratives. L'argument ne convainc pas. Car qu'en est-il de la reprographie dont les bénéficiaires potentiels sont nombreux et indéterminés ? Pourquoi ne pas avoir inclus dans ce cas l'exception pour le compte-rendu d'événements de l'actualité, pour laquelle les bénéficiaires sont les éditeurs de journaux, parfaitement identifiables ?

Un Etat membre peut-il aller plus loin que les exceptions prévues à l'article 6(4) ? D'autres exceptions peuvent-elles également bénéficier de ce régime de faveur ? Nous verrons que l'initiative d'un traitement spécial de certaines exceptions revient aux titulaires de droit et à l'Etat. Certes, les titulaires de droits pourraient élargir leur magnanimité à des hypothèses non couvertes par l'obligation de la directive, et ce en vertu de l'autonomie contractuelle et du principe de "qui peut le plus, peut le moins". Que le législateur dispose d'une liberté similaire au-delà de la directive nous semble moins sûr.

Par contre, le régime de faveur doit bénéficier, dans les limites déterminées par la directive, aux exceptions tant au droit d'auteur qu'aux droits voisins ou au droit *sui generis* sur les bases de données.

Le premier principe du 4^{ème} paragraphe de l'article 6 est de confier aux titulaires de droit le soin de concilier le recours aux mesures techniques avec une garantie des exceptions. L'intervention de l'Etat n'est en effet que subsidiaire en l'absence de "mesures volontaires prises par les titulaires de droit". Sur ce que recouvre l'expression "mesures volontaires", la directive est muette si ce n'est la référence explicite à des accords entre auteurs et autres parties concernées. On peut imaginer que les dispositifs de protection aménagent dans leur fonctionnement même des espaces de liberté pour l'utilisateur bénéficiaire d'exceptions, que les distributeurs d'œuvres fournissent à certains utilisateurs des exemplaires déverrouillés ou leur accordent des conditions spéciales et des tarifs préférentiels. Plus que la garantie des exceptions, c'est la liberté contractuelle des ayants droit qui est ici privilégiée, l'exception devenant matière à négociation et donc essentiellement matière à exercice du droit exclusif. On n'est pas très loin de la solution préconisée par certains auteurs américains qui invitaient à considérer le "fair use" comme un "fared use"¹⁵ et de transformer chaque exception en un acte payant et sujet à négociation avec le titulaire de droit.

¹⁵ TOM W.BELL, «Fair use v. fared use : the impact of automated rights managements on copyright's fair use doctrine», 76 *N. Carolina L. Rev.* 557 (1998), p. 558-618.

Ce n'est qu'à défaut de telles mesures prises par les titulaires de droit que les Etats membres devront prendre les "*mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions (...) puissent bénéficier desdites exceptions dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question*". L'intervention des Etats sera obligatoire si, à l'expiration d'un certain délai que les lois de transposition devront établir, les auteurs eux-mêmes n'ont pas mis en place certaines mesures. Il ne s'agira bien sûr que de prendre des mesures dans le cas des exceptions définies par la directive qui existent dans le droit de l'Etat en question. Par exemple, l'exception bénéficiant aux institutions sociales sans but lucratif n'existant pas en droit français –ce qui ne devrait pas, selon toute probabilité, changer lors de la transposition du texte européen– aucune mesure de garantie de cette limitation ne devra être adoptée.

La directive n'impose pas un accès à l'œuvre dans le but d'exercer les exceptions. Elle ne vise qu'à permettre aux personnes qui disposent déjà d'un accès licite à l'œuvre de pouvoir exercer les exceptions dont ils sont bénéficiaires. C'est tout autre chose. L'hypothèse est celle d'un utilisateur qui acquiert légitimement une œuvre mais se voit entravé 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 sous quelque prétexte que ce soit.

Le troisième alinéa de l'article 6(4) prescrit une solution similaire pour l'exception de copie privée, mais ici, l'intervention de l'Etat n'est que facultative. Préférence est ici aussi donnée aux initiatives des titulaires de droit qui peuvent notamment mettre en place des mécanismes autorisant la réalisation d'une seule copie. La directive impose aux Etats de respecter l'adoption de ce type de mesures.

L'adoption de ce statut privilégié, quoique facultatif pour la copie privée, tranche singulièrement avec le considérant 39 qui dispose que l'exception en la matière ne doit pas faire obstacle ni à l'utilisation de mesures techniques ni à la répression de tout acte de contournement. Ce considérant date des premières versions de la directive et visait à affirmer la caractère subsidiaire de l'exception de copie privée qui s'effacerait devant un dispositif de protection et une sanction de son contournement. Or, la logique désormais adoptée par le deuxième alinéa de l'article 6(4) accorde un statut bien plus important à la copie privée. La présence de ce considérant nous paraît par conséquent quelque peu anachronique.

Toutes les mesures techniques qui sont appliquées dans le cadre des mesures adoptées soit par les ayants droit soit par les Etats bénéficieront de la protection juridique contre le contournement. La précision n'est pas inutile si l'on souhaite éviter une interprétation rigide de la notion de mesures techniques. Certains pourraient en effet imaginer que, puisque le dispositif de protection a pour objectif de permettre l'exercice de certaines exceptions, il ne répond pas strictement à la définition de mesures techniques empêchant des actes non autorisés par le titulaire de droit.

L'avant-dernier alinéa de ce paragraphe 4 est celui qui risque de ruiner toute cette construction déjà bien fragile. Il prévoit que "*les dispositions des premier et deuxième alinéas ne s'appliquent pas 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 très clairement à la définition du droit de mise à la disposition du public de l'article 3 de la même directive. Si l'on suit la logique de ce dernier, seuls les services de mise à la demande échapperaient à la garantie des

exceptions de l'article 6(4). On songe par exemple à l'hypothèse d'une mise à la disposition d'œuvres musicales pour la durée d'un week-end. L'industrie phonographique a plaidé que, dans ce cas, permettre la garantie des exceptions, et par exemple la copie de la musique ainsi "prêtée", ruinerait son système de distribution d'œuvres à la demande, ce qui a justifié l'adoption de cette dérogation. Certains craignent toutefois que celle-ci ne s'applique à tous les actes de mise à la disposition des œuvres sur Internet. Accepter une telle interprétation signifierait qu'à terme, le système de préservation des exceptions ne couvrirait plus grand chose dans la mesure où la majorité des œuvres seraient distribuées sur les réseaux numériques. C'est pourtant un risque non négligeable et qui dépendra grandement à la fois de l'interprétation de cet alinéa et de l'évolution des modèles économiques de distribution des œuvres.

Une autre disposition de la directive vise à garantir un équilibre entre l'usage d'entraves techniques et l'exercice des exceptions. L'article 12 confie à la Commission le soin d'examiner de manière régulière, l'incidence du recours aux mesures techniques sur des "actes permis par la loi", entendez par là sur les exceptions aux droits exclusifs. Cet examen fera l'objet d'un rapport triennal qui pourrait justifier l'adoption de modifications de la directive.

TITRE IV. DISPOSITIONS DIVERSES

4.1. Exceptions spécifiques aux dispositions anti-contournement

Contrairement au texte américain¹⁶, la directive n'énumère pas une série d'exceptions à l'interdiction de principe du contournement. Toutefois, les considérants de la directive nous apprennent que la protection ainsi instaurée ne pourra faire obstacle à la recherche sur la cryptographie, ainsi qu'à la décompilation et à l'examen du bon fonctionnement des logiciels autorisés par la directive de 1991 en la matière. Resteront donc permis les actes de neutralisation des mesures techniques pour tester l'efficacité de l'algorithme de cryptage ainsi que le fait d'outrepasser une protection pour décompiler le logiciel. Dans ce dernier cas toutefois, il faudra que la décompilation s'effectue dans les conditions strictes posées par la directive sur la protection des programmes d'ordinateur, notamment le fait que la personne soit un utilisateur légitime du programme et que les informations nécessaires à l'interopérabilité ne soient pas disponibles d'une autre manière. Enfin, cette décompilation ne pourra s'exercer, de même que le contournement de la mesure technique effectué à cet effet, que dans le seul but d'arriver à l'interopérabilité du programme.

4.2. Clause de no mandate

Certains dispositifs techniques exigent une reconnaissance par l'appareil de lecture, de téléchargement ou de reproduction. La protection est dans ce cas intégrée au support ou dans le code numérique de l'œuvre qui envoie un signal à l'appareil pour l'empêcher d'accomplir certaines fonctions (copier l'œuvre, l'imprimer, y accéder, etc.). L'industrie des équipements électroniques ou informatiques, redoutant d'être tenue d'inclure dans ceux-ci des mécanismes permettant l'interaction avec ces signaux, a toujours plaidé pour l'insertion claire dans la loi d'une disposition qui les dispense de conformer leurs produits aux mesures techniques. Une telle disposition est généralement qualifiée de clause de "no mandate".

Une telle disposition se retrouve dans la directive au considérant 30 qui prescrit que la protection ne peut "empêcher le fonctionnement normal des équipements électroniques et leur

¹⁶ Voir pour le DMCA américain, J.GINSBURG, «Access to copyrighted works in the "digital millenium"», in *Le Droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres?*, Cahiers du CRID n°18, Bruylant, 2000, p. 54, qui résume ces exceptions sous l'appellation de «fair hacking».

développement technique; qu'une telle protection juridique n'implique aucune obligation de mise en conformité des produits, composants ou services à ces mesures techniques".

L'objectif principal de la Commission est ici d'encourager les négociations entre les titulaires de droit et l'industrie électronique afin de parvenir à une intégration des mesures techniques dans les équipements électroniques et informatiques.

4.3. Lien avec la directive sur les logiciels.

La directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information prévoit que la protection juridique qu'elle édicte n'affecte en aucune façon les dispositions spécifiques de la directive sur la protection juridique des programmes d'ordinateur qui doivent rester d'application à la protection des mesures techniques utilisées en liaison avec les logiciels¹⁷. En conséquence, les activités de contournement d'un dispositif technique appliqué à un logiciel ne pourra être poursuivi que sur base des dispositions nationales ayant transposé l'article 7(c) de la directive de 1991. Il faut rappeler que cette disposition n'interdisait que les équipements dont la fonction principale était de neutraliser une protection technique. La protection est donc doublement plus réduite, d'une part quant à l'étendue des actes prohibés, l'acte même de contournement n'étant pas couvert, et d'autre part quant à la définition des équipements illicites.

Il semble que l'industrie informatique ait plaidé pour la conservation de ce régime spécifique, notamment parce que son fonctionnement serait satisfaisant. Il faut également reconnaître que cela leur permet d'échapper à l'obligation de garantir l'exercice de certaines exceptions en dépit de barrières techniques.

Toutefois, il serait illogique de conserver ce régime qui instaure une protection limitée aux dispositifs dont le seul but est la neutralisation des programmes d'ordinateur alors que la directive sur le droit d'auteur introduit une protection plus large pour tous les autres types d'œuvres. Qu'en sera-t-il par exemple de l'acte de contournement d'une mesure technique ? Clairement interdit dans la directive sur le droit d'auteur, restera-t-il autorisé si l'acte vise une protection d'un logiciel ? Les conséquences de ce considérant pourraient être absurdes: imaginons un dispositif de protection consistant à crypter l'œuvre. La même clé sert à crypter de nombreux types de contenus, en ce compris des logiciels et des films. Une directive permettrait de poursuivre les personnes qui mettraient à disposition du public la clé de décryptage sans poursuivre de fins commerciales, l'autre ne le permettrait pas. N'aurait-il pas été plus simple que l'article 6 de la directive fasse table rase du passé et protège de manière identique les technologies auxquelles recourent les auteurs, que ce soit pour des programmes d'ordinateur, des bases de données ou d'autres types d'œuvres ? Il ne nous semble pas que la directive de 1991 ait suffisamment vécu ou ait à ce point nourri la jurisprudence pour qu'il s'agisse d'un acquis communautaire indétronable, d'autant plus qu'il s'agirait ici de le détrôner pour une meilleure protection.

CONCLUSION

La protection accordée par la directive européenne du 22 mai 2001 est probablement la plus étendue de toutes celles qui résultent de la transposition des Traités OMPI de 1996. Un large éventail de dispositifs techniques, des mécanismes anti-copie au contrôle d'accès aux œuvres, de la protection technique des droits aux actes non autorisés par les titulaires de droits, bénéficie des dispositions de l'article 6 et tant l'acte de contournement que les activités relatives aux équipements facilitant ce contournement y sont interdits. Ni les Etats-Unis, ni l'Australie, ni le Japon n'ont été aussi loin.

¹⁷ Considérant 50.

Sur la question des exceptions, le législateur européen fait également preuve d'une audace que n'ont pas eu les autres Etats. Loin de se contenter de lever les sanctions lorsque l'exercice d'une exception est en jeu, il aborde de front le problème et tente d'imposer le respect de certaines limitations des droits dans l'application même des entraves techniques. Toutefois, seules certaines exceptions sont concernées et le compromis opéré dans ce but laisse une grande liberté aux titulaires des droits. L'exception devient donc négociable, aux mains des auteurs. Que l'Etat se doive d'intervenir est certes rassurant mais cette obligation n'est que subsidiaire aux mesures entreprises par les titulaires de droits. Rien ne détermine d'ailleurs quels sont les critères qui permettront de définir le défaut des ayant droits et partant la nécessité de l'intervention législative.

Surtout, la dérogation –trop générale– au bénéfice des services à la demande, voire de nombreux services délivrés sur Internet, risque de réduire à néant le fragile équilibre, le délicat compromis mis en place par la directive. Elle augure en tout cas d'une approximation prématurée sur l'avenir de la distribution des œuvres et de l'utilisation de dispositifs techniques de protection qui marque l'ensemble de ce texte. Approximation qui devra être corrigée à la fois par les Etats dans le cadre des mesures appropriées qu'ils devront prendre pour garantir le bénéfice des exceptions et par la Commission dans le cadre du rapport qu'elle élaborera régulièrement sur l'application de la directive.

Septembre 2001.