

*LE TRAITE DE L'OMPI SUR LE DROIT D'AUTEUR
A L'EPREUVE DES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES*

*Analyse du Traité au regard de la directive du 22 mai 2001
et autres directives sur le droit d'auteur*

Alexandra Combes

**DESS Droit du Multimédia et de l'Informatique
Université Paris II Panthéon-Assas**

SOMMAIRE

<i>INTRODUCTION</i>	3
<i>PREMIERE PARTIE : LE RENFORCEMENT DES PREROGATIVES DES AUTEURS</i>	
.....	7
I- Les prérogatives classiques	9
(A) Le droit de reproduction.....	9
(B) Le droit de communication au public.....	11
(C) Les lacunes du Traité quant aux droits patrimoniaux classiques.....	14
II- Les prérogatives nouvelles	16
(A) Le droit de distribution.....	16
(B) Le droit de location.....	18
(C) L'éclatement de la conception synthétique du droit français.....	20
<i>DEUXIEME PARTIE : LE RECUL DES EXCEPTIONS DERRIERE LA PROTECTION DES MESURES TECHNIQUES</i>	
.....	23
I- Le sort des exceptions au droit d'auteur	24
(A) La raison d'être des exceptions.....	24
(B) Le triple test de l'article 10 du Traité.....	26
(C) Les précisions apportées par la directive du 22 mai 2001.....	28
II- La surprotection des mesures techniques au détriment des libertés	31
(A) Les critères de protection.....	32
(B) Le contenu de la protection.....	36
(C) Les dangers de la protection des mesures techniques.....	38
<i>CONCLUSION</i>	43
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	45

INTRODUCTION

Pendant longtemps, seule la Convention de Berne du 9 septembre 1886¹ régissait véritablement le droit d'auteur tant à l'échelle internationale qu'au sein de la Communauté Européenne². En 1991 cependant, les autorités de l'OMPI³ ont chargé un comité d'experts de « rénover » la Convention afin de l'adapter à l'univers numérique⁴. La même année, une directive communautaire visant à protéger les logiciels « *en tant qu'œuvres littéraires* » était adoptée puis plus tard, en 1995, la Commission promulguait un Livre Vert concernant « *le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information* » ; ce dernier fut rapidement suivi d'une communication en date du 20 novembre 1996 où la Commission constatait, après avoir consulté les représentants des titulaires des droits et des utilisateurs, la nécessité de mesures internationales et européennes complémentaires en matière de droit d'auteur.

La multiplication des supports et la dématérialisation des échanges entamées dans les années 90 ont ainsi entraîné une double prise de conscience - internationale et communautaire - des risques inhérents au développement des nouvelles technologies quant au devenir des droits d'auteurs. Le principal soucis était alors la possibilité donnée au plus grand nombre de reproduire de plus en plus facilement des œuvres, soucis combiné à celui de l'impossibilité matérielle pour les auteurs de contrôler de telles reproductions.

En pratique, les travaux pour réglementer ce qui était alors encore tout nouveau ont été laborieux, ce tant au niveau international qu'au niveau européen, en ce qu'il a fallu adapter en permanence les travaux en cours à l'arrivée jour après jour de nouvelles technologies rendant

¹ Convention révisée et complétée à diverses reprises – la dernière version étant celle adoptée à Paris le 24 juillet 1971.

² La Convention de Genève de 1952 ne devant néanmoins pas être oubliée en ce qu'elle a instauré le fameux symbole © signifiant qu'une œuvre est protégée dans son pays d'origine, et qu'elle doit dès lors l'être dans tous les pays signataires.

³ Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.

⁴ Ce comité s'est réuni en 1991 et en 1992, puis s'est divisé en deux, un groupe se trouvant chargé des questions relatives au droit d'auteur, l'autre devant traiter des droits voisins.

les intérêts des titulaires des droits et ceux des utilisateurs des œuvres de plus en plus difficiles à concilier.

Finally, une Conférence Diplomatique « *sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins* » s'est tenue à Genève du 2 au 20 décembre 1996, et deux traités⁵ dits « Traités OMPI » ont été adoptés⁶: l'un sur les droits d'auteurs, l'autre sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Notre attention se centrera ici uniquement sur le Traité relatif au droit d'auteur. L'Union Européenne, pour sa part, a adopté le 22 mai 2001 une directive « *sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* »⁷, qui se distingue en ce qu'elle constitue le premier texte de portée générale sur les droits d'auteur adopté au sein de l'Union. Cette directive est grandement inspirée des Traités de l'OMPI pour deux raisons : tout d'abord les Traités ayant valeur supra nationale, les Etats se devaient de toutes façons de les appliquer, et il aurait été compliqué que la directive soit en contradiction avec eux – des conflits de loi auraient en effet alors été générés ; d'autre part, la Commission a joué un rôle prépondérant lors des négociations des Traités et attachait de ce fait une importance particulière à ce que ceux-ci soient appliqués et interprétés d'une certaine manière par les Etats membres : il était alors judicieux d'intégrer sa propre interprétation des Traités dans une directive par laquelle les Etats se trouvaient liés.

Dans un cas comme dans l'autre, le projet était ambitieux ; il s'agissait en effet de venir au secours des auteurs menacés par l'ère numérique mais aussi - et surtout sans doute - de toute l'industrie gravitant autour des œuvres. Malheureusement, le Traité et la directive sont incomplets et ne répondent aux problématiques posées que dans un souci de compromis – les intitulés des textes précisant d'ailleurs qu'ils ne s'intéressent qu'à « *certaines aspects* » du droit d'auteur. Les enjeux dépassant encore les Etats eux-mêmes, comment ces derniers pouvaient-ils en effet parvenir à s'entendre entre eux ? Il en ressort un Traité un peu trop succinct dans l'ensemble, conclu en six langues dont aucune n'est désignée pour faire foi en

⁵ Lors de l'élaboration des Traités de 1996, la question s'est posée de savoir s'il fallait réformer la Convention de Berne – comme on l'avait fait lors de l'acte de Paris de 1971 ; cependant il aurait alors fallu adopter un texte à l'unanimité des signataires de la Convention de Berne, ce qui n'était pas évident à obtenir ; on a dès lors privilégié le simple « arrangement particulier » au sens de l'article 20 de la Convention (comme il est précisé à l'article 1er du Traité).

⁶ Genève, le 20 décembre 1996.

⁷ Ou « EUCD », *European Union Copyright Directive*.

cas de conflit d'interprétation⁸, et une directive qui, au contraire, est tellement étoffée de dispositions inutiles que le résultat n'est guère vraiment plus glorieux.

Un bref rappel s'impose sur les deux grands systèmes existant en matière de droit d'auteur au regard des diverses législations des Etats réunis lors de la Conférence Diplomatique, reflétée d'ailleurs dans celles des Etats membres de l'Union Européenne, à savoir le droit d'auteur « à la française » et le *copyright* :

- le système du droit d'auteur « à la française », qui remonte à la révolution et dont le texte fondateur se trouve être la loi Le Chapelier du 19 janvier 1791⁹, protège avant tout l'auteur, qui dispose de droits moraux inaliénables et de droits patrimoniaux extrêmement protégés¹⁰ qu'il peut exercer dès lors que son œuvre consiste en une création de forme originale ;

- le système « à l'anglaise » dit aussi système du « *Copyright* », qui remonte à l'époque plus ancienne du « privilège des libraires », protège pour sa part essentiellement celui qui a investi pour la diffusion de l'œuvre : dès lors qu'il a donné son accord à cette diffusion, l'auteur peut difficilement reprendre le contrôle du devenir de l'œuvre, son droit moral étant beaucoup plus réduit ; d'autre part, alors que dans le système français l'œuvre est protégée en tant que telle, elle doit ici être fixée sur un support matériel pour bénéficier de la protection.

Comme l'avait été la Convention de Berne, c'est dans un esprit de compromis entre les deux systèmes que le Traité OMPI sur les Droits d'auteur ainsi que la directive du 22 mai 2001 ont été adoptés – même si en pratique, la conception des pays du Copyright l'emporte à de nombreux égards (cf. *infra*).

Le Traité relatif au droit d'auteur sera ici examiné à la lumière de son interprétation communautaire, les deux textes ne devant néanmoins évidemment pas être considérés comme équivalents dans leur contenu. Il conviendra par ailleurs de prendre en considération certaines

⁸ Art.24 du Traité.

⁹ « La plus sacrée, la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage, fruit de la pensée de l'écrivain ».

¹⁰ En vertu du Code de la Propriété Intellectuelle français, le droit moral de l'auteur couvre : droit de divulgation, droit de retrait et de repentir, droit à la paternité et droit au respect ; les droits patrimoniaux quant à eux consistent en des droits d'exploitations (droit de représentation et droit de reproduction) et en un droit de suite.

directives relatives au droit d'auteur également promulguées et complétant la directive du 22 mai 2001.

Le Traité s'oriente autour de deux grands axes : le renforcement des prérogatives des auteurs d'une part, que les textes abordent de façon similaire et que nous traiterons dans une première partie ; la mise en œuvre de ces prérogatives et leurs exceptions d'autre part, qu'il convient d'étudier conjointement dans une seconde partie, et pour lesquelles la directive du 22 mai 2001, tout en gardant l'esprit du Traité, constitue une interprétation présentant de grands dangers pour les libertés – le Traité laissant malheureusement la porte ouverte à une telle interprétation.

Première partie

LE RENFORCEMENT DES PREROGATIVES DES AUTEURS

Avant de s'intéresser au contenu des prérogatives reconnues aux auteurs, le Traité précise leur étendue dans un article 2 intitulé « *Etendue de la protection* » qui dispose que cette dernière « *s'étend aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels* ». On peut s'étonner qu'un article avec un tel intitulé ne fasse pas mention de l'originalité, critère pourtant fréquemment rencontré pour déterminer l'étendue de la protection (la Convention de Berne n'y faisait pas référence non plus) ; en réalité, cet article qui ne figurait pas dans la proposition de base est essentiellement destiné à rappeler que les idées ne sont pas protégées par le droit d'auteur¹¹, rappel pertinent¹² au regard des controverses relatives à ce qui est protégeable et ce qui ne l'est pas dans deux nouvelles formes d'œuvre consacrées dans un second temps par le Traité : les programmes d'ordinateur et certaines bases de données.

Déjà consacrés en tant qu'œuvres en droit communautaire depuis la directive du 14 mai 1991 « *concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur* »¹³, les logiciels sont en effet désormais reconnus comme tels également à l'échelle internationale en vertu de l'article 4 du Traité qui dispose : « *les programmes d'ordinateur sont protégés en tant qu'œuvres littéraires au sens de l'article 2 de la Convention de Berne. La protection prévue s'applique aux programmes d'ordinateur quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression* ».

Ce texte est en conformité avec l'article 1er de la directive de 1991 (bien que ce dernier ne mentionne que la *forme d'expression*, et non le *mode*) ainsi qu'avec l'article 2 de la

¹¹ André Françon, cf. bibliographie.

¹² Bien que l'étendue du droit d'auteur soit déjà précisée dans les articles de la Convention de Berne à laquelle le Traité fait référence dans son article 1^{er}.

¹³ Art. 1er al.1 : « Les Etats membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur. »

Convention de Berne et « *les dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC* » comme le précise la déclaration commune relative à l'article 4.

Tout comme les logiciels, les bases de données peuvent aussi bénéficier de la protection accordée par le Traité, néanmoins elles ne sont pas protégées en tant que telles et devront remplir certaines conditions d'originalité - indirectement visée dans l'article 5 sous les termes « *choix et disposition des matières* »¹⁴ : « *Les compilations de données ou d'autres éléments, sous quelque forme que ce soit, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protégées comme telles* ».

Une directive communautaire du 11 mars 1996 « *concernant la protection juridique des bases de données* » a précédé le Traité de quelques mois mais contrairement à lui, ne s'intéresse pas à une éventuelle qualification d'œuvre¹⁵ : il s'agit ici en effet de protéger l'investissement et non un droit d'auteur. Il faut noter à ce sujet que la Conférence diplomatique de décembre 1996 devait se clore par l'adoption également d'un troisième traité concernant les bases de données, traité remis à plus tard en raison d'une mauvaise gestion du temps.

Concernant la durée de la protection, la Convention de Berne s'applique normalement (toute la vie de l'auteur et cinquante après sa mort) si ce n'est une modification apportée par le Traité et sans grand rapport avec l'univers numérique concernant les œuvres photographiques qui peuvent désormais jouir de la même durée de protection que les autres œuvres ; en ce sens, le Traité opère une harmonisation de la durée de protection des œuvres, réformant sur ce seul point la Convention de Berne.

L'étendue de la protection étant précisée, le Traité s'intéresse ensuite essentiellement aux droits d'exploitation, seuls véritablement pertinents dans les pays anglo-saxons. Le droit moral n'est cependant pas complètement oublié : l'article 1er en effet le rappelle implicitement en renvoyant aux articles 1er à 20 de la Convention de Berne où il est affirmé¹⁶,

¹⁴ Les termes « choix et la disposition des matières » évoquent en effet « l'emprunte de la personnalité de l'auteur » qui caractérise l'originalité en Droit français.

¹⁵ L'article 1er al.1 de ladite directive énonce en effet que les bases de données doivent être protégées « quelles que soient leurs formes ». Il s'agit ici de protéger l'investissement et non un droit d'auteur.

¹⁶ Art.6 bis al.1 de la Convention de Berne : « Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre,

et l'article 12 le mentionne subtilement en se référant indirectement à un droit de paternité et un droit au respect de l'œuvre¹⁷; en revanche, la directive du 22 mai 2001 n'en fait mention nulle part si ce n'est dans un considérant 19 renvoyant aux traités internationaux (la Commission partant du principe que le droit moral ne peut ressortir de sa compétence dès lors qu'il ne présente pas d'enjeu économique).

Quatre prérogatives pécuniaires sont reconnues dans le Traité aux articles 1er, 6, 7 et 8 ; les droits de reproduction et de représentation, d'une part, qui constituent des prérogatives classiques connues en droit d'auteur (I), les droits de distribution et de location d'autre part, prérogatives nouvelles instituées par le Traité (II). Tandis que certaines dispositions sont directement inspirées du droit communautaire antérieur au Traité, d'autres sont au contraire reprises dans la directive du 22 mai 2001, de sorte que droit communautaire et Traité se rejoignent fortement.

I- Les prérogatives classiques

Traité et directive reprennent les deux grands droits patrimoniaux connus en droit français, à savoir le droit de reproduction (A) et le droit de représentation ou droit de communication au public (B) ; par contre, et cela est regrettable, aucun de ces textes, dont on attendait tant, n'aborde la problématique liée à la confusion fréquente entre ces deux droits dans l'univers numérique ; quant au droit de suite, il est tout simplement ignoré (C).

(A) Le droit de reproduction

En droit français, on entend par droit de reproduction la possibilité donnée aux auteurs d'autoriser la fixation matérielle de leur œuvre « *par tous procédés qui permettent de la communiquer au public de manière indirecte* »¹⁸ ; en d'autres termes, il s'agit du droit d'autoriser les copies matérielles d'une œuvre quand celles-ci sont destinées au public, le fait d'effectuer de telles copies sans autorisation constituant une contrefaçon. Cette définition ne

préjudiciable à son honneur ou à sa réputation ».

¹⁷ Cf. *infra*.

¹⁸ Art.L122-3 C.P.I..

fait pourtant pas l'unanimité, et la Convention de Berne ne semble pas prendre en compte la destination publique de la copie¹⁹.

✍ Dans le Traité, le droit de reproduction est exprimé de deux manières :

- implicitement d'une part, dans un article 1er al.4²⁰ qui renvoie à la Convention de Berne, celle-ci le reconnaissant dans son article 9.1²¹;
- explicitement d'autre part, dans une « *déclaration commune concernant l'article 1.4* » qui dispose : « *Le droit de reproduction énoncé à l'article 9 de la Convention de Berne et les exceptions dont il peut être assorti s'appliquent pleinement dans l'univers numérique, en particulier à l'utilisation des œuvres sous forme numérique (...)* ».

Les déclarations communes n'ayant pas force juridique, on ne peut véritablement dire que le droit soit à proprement parler « affirmé » ici ; néanmoins, il ne faut pas oublier que le Traité ne fait que compléter la Convention de Berne : dès lors que les parties n'ont pas entendu le modifier particulièrement pour l'adapter aux nouvelles technologies, il n'était pas indispensable de le préciser davantage.

Le droit de reproduction fait en revanche l'objet d'une véritable affirmation dans la directive qui dispose dans un article 2 intitulé « *Droit de reproduction* » : « *Les Etats membres prévoient un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou partie : a) pour les auteurs, de leurs œuvres* ».

La directive étant en effet le premier texte général intervenant à l'échelle communautaire, elle se devait de poser les bases du droit d'auteur dans l'Union Européenne.

¹⁹ Art.9 al.1er de la Convention de Berne : « Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques (...) jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit ».

²⁰ Art.1.4) du Traité : « Les Parties contractantes doivent se conformer aux articles 1er à 21 et à l'annexe de la Convention de Berne ».

²¹ Art.9 al.1er de la Convention de Berne, cf. *supra* note 18.

↳ Concernant l'étendue du droit, l'article 9 de la Convention de Berne et l'article 2 de la directive de 2001 disposent que sont concernées les reproductions faites « *par quelque manière²² et sous quelque forme que ce soit* ».

A ce propos, la déclaration commune de l'art.1.4) du Traité ajoute qu' « *il est entendu que le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction* » ; cette disposition, soutenue par la Commission, s'entend notamment du stockage dans la mémoire d'un ordinateur, la Commission ayant considéré, lors de la Conférence Diplomatique, que devaient être considérés comme tel la numérisation des œuvres, le balayage optique et le téléchargement, que la reproduction soit temporaire (voire éphémère) ou non.

Elle figurait au départ dans le projet de Traité qui comportait alors un article dédié à l'« *Etendue du droit de reproduction* » et précisait les enjeux de ce dernier face à la technique numérique et notamment le stockage et la transmission d'œuvres par le biais des réseaux : selon cet article, les reproductions temporaires devaient être soumises au droit de reproduction, néanmoins des exceptions pouvaient être admises en cas de reproduction temporaire ou accessoire.

En réalité, cette règle n'a pu être adoptée dans le corps du traité car il a été impossible de l'admettre à l'unanimité : elle aurait en effet autorisé un droit de poursuivre les fournisseurs d'accès et de services, et éventuellement les opérateurs de télécommunications, ce qui était inacceptable pour bien des Etats et surtout pour le lobby des fournisseurs et opérateurs (particulièrement actif à l'occasion du traité).

Elle aura finalement été reprise par la directive européenne, occasionnant au préalable de longs débats au sujet des reproductions provisoires nécessaires au bon fonctionnement des réseaux et devant bénéficier d'une exception en vertu de la directive (cf. *infra*).

Le droit de reproduction rappelé, le Traité s'intéresse ensuite au second grand droit patrimonial classique : le droit de représentation, ou droit de communication au public..

²² « *par quelque moyen* » dans la directive.

(B) Le droit de communication au public

Contrairement au droit de reproduction, le droit de représentation est affirmé dans le corps du Traité sous un article 8 intitulé « *droit de communication au public* », ces termes étant ceux utilisés dans la définition du droit de représentation dans le Code de la Propriété Intellectuelle français²³ : « *Sans préjudice des dispositions (...) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.* »

Le Droit de représentation est donc ici consacré :

☞ **quelle que soit la forme de l'œuvre:** le texte étend le droit exclusif de communication au public prévu dans la Convention de Berne à toutes les catégories d'*œuvres littéraires et artistiques*, alors que la Convention ne le reconnaissait que pour certaines, auxquelles renvoie d'ailleurs l'article 8 du Traité²⁴.

☞ **quel que soit le mode de communication :**

- *par fil* , c'est-à-dire par l'intermédiaire d'un câble quelconque,
 - ou *sans fil*, c'est-à-dire par le biais d'un CD-Rom, DVD, réseau hertzien ou satellitaire,
- l'expression « par fil ou sans fil » étant empruntée à la Convention de Berne.

²³ Art .L.122.2 C.P.I.

²⁴ Les dispositions de la Convention de Berne auxquelles l'article 8 fait référence étant :

« Art.11.1)2°) *Les auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser (...) la transmission publique par tous moyens de la représentation et de l'exécution de leurs œuvres.*

Art.11bis1) *Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser : 1°) la radiodiffusion (...) ou la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images ; 2°) toute communication publique soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine.*

Art.11ter1)2°) *Les auteurs d'œuvres littéraires jouissent du droit exclusif d'autoriser (...) la transmission publique par tous moyens de la récitation de leurs œuvres.*

Art.14.1)2°) *Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques ont le droit exclusif d'autoriser (...) la représentation et l'exécution publiques et la transmission par fil au public des œuvres ainsi adaptées ou reproduites.*

Art.14bis1) *Sans préjudice des droits de l'auteur de toute œuvre qui pourrait avoir été adaptée ou reproduite, l'œuvre cinématographique est protégée comme une œuvre originale (...).*».

En vertu de l'article 8, est incluse « *la mise à la disposition du public (...) de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée* » ; en ce sens , sont visées tant les communications passives (on pense au visionnage d'un film au cinéma, par exemple), que les communications interactives (sur Internet, ou par le biais d'un DVD), l'utilisateur pouvant choisir individuellement le moment et le lieu de la communication (dans le cadre de la *mise à disposition du public*).²⁵

La déclaration commune relative à l'article 8 dispose pour sa part qu'« *il est entendu que la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au public au sens du présent traité ou de la Convention de Berne.* » En ce sens, la fourniture d'accès aux réseaux par exemple ne pourra être considérée comme une communication au public des œuvres qui circulent sur Internet, cette disposition intervenant dans un souci de protection des intermédiaires techniques tels que les fournisseurs d'accès et les fournisseurs d'hébergement. La question abordée ici est cruciale, il s'agit de la responsabilité de tels intermédiaires en cas de communication illicite ; la portée de la disposition est néanmoins réduite, dans la mesure où elle figure dans une simple déclaration commune, d'une part, et non dans le corps du Traité, et d'autre part ne s'applique pas aux reproductions illicites : sachant que reproduction et communication sont souvent confondues quand il s'agit de circulation d'œuvres sur les réseaux, il sera aisé d'invoquer la responsabilité des intermédiaires sur le fondement d'une reproduction illicite à défaut.

La déclaration commune ajoute par ailleurs « *que rien, dans l'article 8, n'interdit à une partie contractante d'appliquer l'article 11bis.2)*²⁶ », ce dernier autorisant les parties à recourir à la licence obligatoire dans le cadre de la radiodiffusion.

La directive du 22 mai 2001 reprend dans son article 3 les mêmes termes que le Traité, à quelques nuances près :

²⁵ A ce sujet, la proposition de base du Traité comportait deux paragraphes (10.10 et 10.11) qui précisaient l'article 8 (anciennement article 10) en ajoutant que « *l'acte important est la mise à disposition de l'œuvre en permettant d'y avoir accès* » et que « *la seconde partie de l'article [...] a notamment pour objet de montrer clairement que les modes de communication interactifs et à la demande relèvent de cette disposition. A cette fin, il est confirmé que les actes de communication visés comprennent les cas dans lesquels les personnes du public peuvent avoir accès aux œuvres à des endroits et à des moments différents* ».

²⁶ De la Convention de Berne.

- le champs de l'intitulé s'agrandit et devient : « *droit de communication d'œuvre au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés* » - l'article inclut en fait la question des droits voisins ;
- il s'agit cette fois-ci du « *droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication...* » - ce qui revient en pratique au même ;
- les dispositions de la Convention de Berne auxquelles l'article 8 du Traité renvoie sont reprises et remaniées ;
- elle précise que les droits en question « *ne sont pas épuisés par un acte de communication au public* », ce qui ne figure pas dans le Traité et est pertinent dans la mesure où le titulaire du droit dispose dès lors d'un véritable pouvoir de contrôle sur le devenir de l'œuvre.

La rédaction de ces articles laisse hélas en suspens la notion de « public »; dans ces conditions, des difficultés d'interprétation sont à redouter, la frontière étant souvent difficile à tracer entre communications « publiques » et communications « privées » - par exemple, comment savoir si un groupe de personnes à qui l'on communique une œuvre par le biais d'une mailing list constitue ou non un public ? L'enjeu est important étant donné que dans un cas, l'autorisation de l'auteur sera requise, mais non dans l'autre.

Les textes restent muets, comme ils restent muets sur bien d'autres questions pourtant essentielles liées à l'univers numérique.

(C) Les lacunes du Traité quant aux droits patrimoniaux classiques

On est ravi d'apprendre que les auteurs ne seront privés ni de leur droit de reproduction, ni de leur droit de représentation / communication au public du fait de l'évolution technique. Cela dit, ce n'est pas répondre aux problématiques nouvelles que de tels droits posent que de se contenter de les réaffirmer (1) ; par ailleurs, Traité et directive tournent tout simplement le dos à un troisième droit patrimonial non négligeable : le droit de suite (2).

1/ La confusion fréquente entre les droits en cause

Souvent, dans l'univers numérique, il est difficile de distinguer lequel des deux droits précédents est mis en cause ; alors que la distinction était autrefois aisée, le droit de reproduction étant par exemple exercé lors de l'édition et de la vente d'ouvrages manuscrits, le droit de représentation renvoyant quant à la lui à la représentation d'un film en salle ou encore d'une pièce de théâtre, ces deux droits sont aujourd'hui souvent confondus : le cas de la visualisation d'une œuvre en ligne par un internaute en est une bonne manifestation : l'œuvre en effet est alors *communiquée* à la personne, mais pour ce faire elle doit auparavant être *reproduite* sur son disque dur (même si cette reproduction n'est qu'éphémère).

Ainsi, « la dématérialisation liée aux nouvelles techniques brouille la frontière entre le vecteur qui porte l'œuvre (donnant lieu à l'exercice du droit de représentation) et le support qui la fixe (donnant lieu à l'exercice du droit de reproduction) »²⁷. Or ni le Traité ni la directive ne se penche sur cette question.

D'après une partie de la doctrine²⁸, concernant le droit de communication au public, il ne s'agirait pas dans le Traité d' « imposer à l'ensemble du monde cette qualification dans tous les cas de transmission en réseau, mais simplement de reconnaître aux auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire les transmissions » ; les différents Etats auraient dès lors « la possibilité pour se faire d'opter pour telle ou telle qualification » - celle-ci pouvant tout aussi bien être celle d'un droit *sui generis*.

On n'en demeure pas moins déçu que les textes international et communautaire ne fassent aucune référence au problème et par ailleurs, qu'ils ne règlent pas davantage le sort du droit de suite.

2/ Le droit de suite

Le droit de suite²⁹, instauré par la France en 1920 et repris plus tard par de nombreux Etats Européens, concerne les ventes d'œuvres d'art contemporain et consiste en un droit de

²⁷ A.Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 1994 n°235.

²⁸M.T. Desurmont, document 6/97/F de la CISAC, février 1997.

prélèvement d'une partie du montant de ces ventes au profit des artistes et de leurs descendants.

Le Traité n'y fait aucune référence, pourtant il est aujourd'hui vivement controversé : en effet, alors qu'il fut créé à l'origine pour offrir aux artistes et à leur famille une couverture sociale, son fondement social paraît aujourd'hui dépassé pour une partie de l'opinion publique, la protection des artistes étant aujourd'hui assurée par certaines contributions, notamment des cotisations sociales ; le droit de suite représenterait dès lors aujourd'hui une charge supplémentaire handicapante pour le marché de l'Art³⁰.

Néanmoins la question n'a pas été oubliée par les autorités de l'OMPI qui ont décidé se pencher dessus lors des prochaines réunions du Comité Permanent du Droit d'Auteur et des Droits connexes (SCCR).

La Communauté Européenne a, pour sa part, adopté une directive du 27 septembre 2001 « *relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale* » ; cette dernière ne répond malheureusement pas à la problématique actuelle.

* * *

Ainsi, Traité OMPI et droit communautaire maintiennent la distinction droit de reproduction / droit de représentation dans l'univers numérique où l'on pensait qu'elle était amenée à disparaître ; sous l'influence de la logique anglo-saxonne, ils vont encore plus loin et introduisent deux nouvelles prérogatives dont les partisans du système « à la française » se seraient volontiers passés...

²⁹ Définition donnée par le SCCR : *Le "droit de suite" ou droit à être intéressé aux opérations de revente par la perception d'une redevance est un droit qui permet aux créateurs d'œuvres visuelles de percevoir une redevance à chaque revente de leurs œuvres protégées au titre du droit d'auteur. L'article 14ter de la Convention de Berne prévoit ce droit en ce qui concerne les œuvres d'art originales et les manuscrits originaux. Il s'agit d'un droit facultatif qui peut être appliqué sous réserve de réciprocité, c'est-à-dire que les pays dont la législation reconnaît le droit de suite ne sont obligés de l'appliquer aux œuvres étrangères que si la législation du pays dont l'auteur de ces œuvres est ressortissant le reconnaît également.*

³⁰ Voir le rapport de l'Assemblée Nationale « sur la fiscalité du marché de l'art en Europe », 27 février 2003 (www.assemblee-nat.fr).

II- Les prérogatives nouvelles

Rappelons-le, le Traité international et les textes européens sont le fruit de compromis entre des Etats relevant pour les uns du système traditionnel français, pour les autres du système du *copyright*. Il résulte de ce dernier deux nouvelles prérogatives absentes dans la Convention de Berne qui, bien que déjà connues en droit communautaire, sont pour la première fois expressément affirmées de façon générale dans un texte international : le droit de distribution (A) et le droit de location (B) ; de tels concepts sont cependant mal vus par la doctrine française qui y voit un éclatement de la conception synthétique du droit d'auteur (C).

(A) Le droit de distribution

Le droit de distribution figure à l'article 6 du Traité qui dispose :

« 1) *Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété.*

2) *Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit prévu à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre, effectuée avec l'autorisation de l'auteur ».*

Il s'agit ici en fait d'une sous catégorie du droit de reproduction qui concerne le cas particulier de la mise sur le marché d'œuvres ou exemplaires d'œuvres en tant qu'objets tangibles³¹, conception anglo-saxonne déjà présente dans la directive du 14 mai 1991 sur la protection des programmes d'ordinateur et dans celle du 11 mars 1996 sur la protection des bases de données.

Lors de la Conférence Diplomatique, le principal problème posé par le droit de distribution concernait le sort de son épuisement (1), pour lequel seule la directive de 2001 prend parti (2).

³¹ Comme le précise la déclaration commune relative aux articles 6 et 7.

1/ Le dilemme relatif à l'épuisement des droits

Deux théories ont été confrontées lors des débats à propos de la seconde partie de l'article :

- celle de l'épuisement international, selon laquelle dès lors que l'auteur a consenti à la mise sur le marché de l'œuvre dans un Etat donné, il ne peut plus s'opposer à sa distribution dans un autre pays ; l'inconvénient d'une telle théorie est qu'elle permet l'existence d'importations parallèles échappant à l'auteur et donc faisant obstacle à une rémunération équitable ;
- celle de l'épuisement national ou régional (pour les Etats membres d'une communauté), en vertu de laquelle l'auteur se voit reconnaître un « droit d'importation » consistant à pouvoir contrôler les importations de son œuvre en provenance d'autres pays – mais au détriment des consommateurs.

Deux versions de l'article étaient prévues en fonction de la théorie qui « l'emporterait », cependant aucune n'a finalement été adoptée : en effet, la conférence n'a pas su trancher de sorte que pour parvenir à un compromis, il a été décidé de laisser aux Etats toute latitude pour choisir les conditions de l'épuisement du droit, ce qui est regrettable dans la mesure où dès lors, les législations en la matière divergent complètement les unes par rapport aux autres.

La directive remédie néanmoins à cela pour ce qui concerne les pays de l'Union.

2/ La position prise par la directive du 22 mai 2001

La directive reprend dans un article 4 le droit de distribution tel qu'il est prévu dans le Traité en précisant toutefois qu'il s'agit d'un droit d'autoriser « *ou d'interdire* » la distribution au public, et ce « *sous quelque forme que ce soit* », reprenant ainsi la formule consacrée relative au droit de reproduction. Par contre, elle tranche pour sa part le problème de l'épuisement en optant pour la théorie de l'épuisement régional en précisant que « *le droit de distribution dans la Communauté [...] n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement* ». La directive précise par ailleurs dans son considérant 29 que la notion d'épuisement des droits ne s'applique pas dans le cas des services, en particulier quand il

s'agit de services en ligne (pour lesquels une autorisation est donc exigée à chaque fois), car contrairement aux CD-Rom, par exemple, « *pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique* », « *tout service en ligne constitue (...) un acte devant être soumis à autorisation* ».

Ainsi le droit de distribution, qui constitue une sous-catégorie du droit de reproduction, fait lui-même l'objet de régimes différents selon les situations.

Seconde nouveauté d'inspiration anglo-saxonne, le droit de location présente lui aussi des subtilités quant à sa portée.

(B) Le droit de location

Autre nouveauté au regard de la Convention de Berne, le droit de location ne s'applique cependant qu'en présence de types d'œuvres particuliers que sont les logiciels, les œuvres cinématographiques et les œuvres incorporées dans des phonogrammes - article 7 al.1) :

« **Les auteurs** i) *de programmes d'ordinateur*, ii) *d'œuvres cinématographiques* et iii) *d'œuvres incorporées dans des phonogrammes telles que définies dans la législation nationale des Parties contractantes*, **jouissent du droit exclusif d'autoriser la location commerciale au public de l'original ou d'exemplaires de leurs œuvres** »³².

La portée donnée à l'article est cependant complexe et a suscité de grands débats (1) auxquels les textes communautaires n'apportent pas vraiment de réponse (2).

1/ Controverse quant à la portée de l'article

³² L'article 7 al. précisant : « 2) *L'alinéa 1) n'est pas applicable,*

i) en ce qui concerne les programmes d'ordinateur, lorsque le programme lui-même n'est pas l'objet essentiel de la location et,

ii) en ce qui concerne les œuvres cinématographiques, à moins que la location n'ait mené à la réalisation largement répandue d'exemplaires de ces œuvres, qui compromettent de manière substantielle le droit exclusif de reproduction.

3) *Nonobstant les dispositions de l'alinéa 1), une Partie contractante qui appliquait au 15 avril 1994 et continue d'appliquer un système de rémunération équitable des auteurs pour la location d'exemplaires de leurs œuvres incorporées dans des phonogrammes peut maintenir ce système à condition que la location commerciale d'œuvres incorporées dans des phonogrammes ne compromette pas de manière substantielle le droit exclusif de reproduction des auteurs. »*

La portée à donner à l'article 7 est vivement controversée en ce que la proposition de base faisait bénéficier de ce droit « *les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques* » d'une manière générale, et ce « *même après la distribution dûment autorisée par ceux-ci* ». Elle renvoyait ensuite à l'accord sur les ADPIC³³ qui consacre le droit de location à propos des logiciels et des œuvres cinématographiques et l'étendait à tous les « *détenteurs de droits sur les phonogrammes tels qu'ils sont déterminés dans la législation d'un membre* ».

L'article 7 tel qu'il a finalement été adopté semble en fait reprendre la conception seule de l'accord ADPIC : en dehors des auteurs de programmes d'ordinateur et d'œuvres cinématographiques, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques ne sont plus protégés en tant que tels, il faut que leurs œuvres soient « *incorporées dans des phonogrammes* », ce « *telles que définies dans la législation nationale* » des Etats. Certes, comme l'a fait remarquer une partie de la doctrine³⁴, le texte demeure plus protecteur des auteurs en ce qu'il fait directement référence à eux, et non à de vagues « *détenteurs de droits* ». Cependant la déclaration commune relative à l'article 7 dispose qu'« *il est entendu que l'obligation prévue [...] ne consiste pas à exiger d'une partie contractante qu'elle prévoie un droit exclusif de location commerciale pour les auteurs qui, en vertu de la législation de cette partie contractante, ne jouissent pas de droits sur les phonogrammes* ». En ce sens, il semblerait qu'au final le Traité laisse toute liberté aux Etats quant à reconnaître ou non un droit de location aux auteurs³⁵.

Le droit communautaire pour sa part connaissait déjà le droit de location.

2/ La directive du 19 novembre 1992

A l'échelle communautaire, la directive du 22 mai 2001 n'a pas pris la peine de mentionner le droit de location dans la mesure où une directive antérieure du 19 novembre 1992 règle déjà la question ; au regard de cette dernière, l'on constate que l'article 7 du Traité reprend en fait la conception déjà consacrée par la Communauté Européenne, la directive énonçant que « *les*

³³ Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuels qui touchent au Commerce, annexe de l'accord de Marrakech instituant l'OMC (signé le 15 avril 1994).

³⁴ M. J. Reinbothe, membre de la DG XV (E/4) de la Commission des Communautés Européennes.

³⁵ M. T. Desurmont.

Etats membres prévoient [...] le droit d'autoriser ou d'interdire la location et le prêt d'originaux et de copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur »³⁶, et que ce droit appartient « à l'auteur, en ce qui concerne l'original et les copies de son œuvre », mais « au producteur de phonogrammes, en ce qui concerne ses phonogrammes »³⁷.

Concernant les œuvres cinématographiques, le droit de location appartient d'après cette directive « au producteur de la première fixation, en ce qui concerne l'original et les copies de son film »³⁸ et s'agissant des programmes d'ordinateur, elle renvoie à la directive 14 mai 1991 sur les logiciels qui considère comme bénéficiaires de la protection « toute personne physique ou morale admise à bénéficier des dispositions de la législation nationale en matière de droit d'auteur »³⁹. Sur ces deux types d'œuvres, le Traité semble être plus protecteur que le droit communautaire dans la mesure où ce sont les auteurs des œuvres eux-mêmes qui peuvent bénéficier du droit de location.

Le droit de location, tout comme le droit de distribution, est peu apprécié par la doctrine française qui n'y voit qu'une complexification inutile des droits patrimoniaux.

(C) L'éclatement de la conception synthétique du droit français

Finalement, tant pour le droit de distribution que pour le droit de location, une grande liberté est laissée aux Etats dans le Traité de sorte qu'on en arrive à se demander la pertinence de la présence de tels articles qui visiblement n'ont pas pour vocation d'engager les Etats et auraient presque tout aussi bien pu figurer dans des déclarations communes.

Concepts anglo-saxons, la doctrine française les regarde par ailleurs d'un mauvais œil car ils sont contraires à la traditionnelle conception synthétique des droits patrimoniaux, chère au droit français ; cette conception repose en droit d'auteur sur divers arguments (1) et présente des enjeux qu'il ne faut pas négliger (2).

³⁶ Dir. (CE) n°92/100, art.1er al.1er.

³⁷ Dir. (CE) n°92/100, art.2 al.1er.

³⁸ Dir. (CE) n° 92/100, art.2 al.1er.

³⁹ Dir. (CE) n°91/250, art.3.

1/ Théorie du droit de destination et droit des contrats d'auteur

Le droit de distribution tel qu'il apparaît dans le Traité et la directive est en effet déjà appréhendé par le biais du droit de reproduction selon la théorie du « droit de destination »⁴⁰ : prolongement du droit de reproduction, le droit de destination serait « un droit de contrôle [de l'auteur] sur les modalités de commercialisation de son œuvre, ainsi que sur l'usage de son œuvre par les utilisateurs » selon les juridictions françaises⁴¹ ou encore un « droit complémentaire de reproduction mécanique » d'après la Cour de Justice des Communautés Européennes.

Cette théorie n'étant pas admise par tous, la doctrine avance d'autre part que le droit des contrats tel qu'il existe en France en matière de droit d'auteur permet de toutes façons d'appréhender tant le droit de distribution que le droit de location, avec notamment l'obligation de spécifier l'étendue des droits cédés dans les clauses de cessions de droits⁴².

Ces arguments poursuivent un même but, celui d'éviter un « éclatement » du droit d'auteur et par la même occasion, les risques qui lui seraient inhérents.

2/ Les risques liés à la multiplication des prérogatives

« La difficulté est que chaque prérogative de l'auteur a son régime propre, notamment ses exceptions et ses règles d'épuisement ; et que si l'on a non plus deux, mais trois, quatre ou cinq prérogatives... L'analyse devient très complexe, et se perd dans des considérations sectorielles. [...] La multiplication des prérogatives, c'est la faillite de l'esprit de synthèse », avance la doctrine⁴³ qui s'oppose avec véhémence aux deux nouveaux concepts – le cumul des qualifications aboutirait ainsi « à une neutralisation de la plupart des exceptions⁴⁴ ».

⁴⁰ Cf. F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ 1989.

⁴¹ CA Paris, 27/04/1945.

⁴² Art. L.131-3 du C.P.I.

⁴³ Jean-Louis Goutal, cf. bibliographie.

⁴⁴ Ces dernières étant déjà bien affaiblies par le Traité et la directive de 2001, cf. *supra*.

Il convient par ailleurs de rappeler le problème déjà posé par le numérique quant aux difficultés de qualification entre droit de reproduction et droit de représentation (cf. *supra*) ; si déjà il était difficile de distinguer entre ces deux prérogatives, qu'en sera-t-il avec quatre ? « On a pu rêver d'un droit unique d'exploitation sur les réseaux »⁴⁵ ; au contraire, voilà que les droits d'exploitations se divisent et se subdivisent sans qu'on n'en comprenne vraiment l'intérêt.

* * * * *

Les droits des auteurs ainsi reconnus, survient la question de leur mise en œuvre concrète : en effet, la problématique principale posée par l'univers numérique était, à l'origine, liée non pas aux droits des auteurs, mais plutôt à l'effectivité de leur application. On craignait en effet qu'avec l'arrivée des nouvelles technologies, les auteurs ne perdent en pratique le contrôle des reproductions de leurs œuvres ; pour cette raison, le Traité a encouragé l'apparition de mesures techniques de protection des œuvres, ce en accordant une protection très grande aux dites mesures elles-mêmes ; la directive du 22 mai 2001 est allée dans le même sens. Par ailleurs, il fallait prévoir des exceptions au monopole des auteurs, mais cela en les encadrant de telle sorte qu'adaptées au monde de l'informatique leur caractère « exceptionnel » ne s'inverse pas et qu'elles ne puissent causer du tort aux auteurs.

⁴⁵ Christophe Caron, cf. bibliographie.

Deuxième partie

*LE REcul DES EXCEPTIONS DERRIÈRE
LA PROTECTION DES MESURES TECHNIQUES*

Le préambule du Traité souligne « *l'importance exceptionnelle que revêt la protection au titre du droit d'auteur pour l'encouragement de la création littéraire et artistique* », mais reconnaît également « *la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information* » ; on pourrait évoquer de nombreux autres intérêts en jeu, de l'ordre des libertés individuelles, dont principalement la vie privée des personnes accédant aux œuvres.

Le préambule présente les choses de façon claire et simple, il est court et ne s'encombre pas de précisions superflues. Au contraire, la directive du 22 mai 2001 est dotée, en guise d'introduction, de soixante et un considérants exprimant le contexte, les enjeux, ainsi que des précisions sur le corps du texte qui entraînent finalement plus de confusion qu'autre chose.

Dans les deux cas, la problématique est néanmoins la même : il fallait assurer une mise en œuvre effective de leur droits par les auteurs / titulaires de droits tout en garantissant les libertés individuelles et intérêts publics pouvant se heurter au monopole des auteurs ; concrètement, il fallait permettre une cohabitation entre l'existence de mesures techniques permettant aux auteurs de contrôler leurs œuvres, et celle d'exceptions limitant dans certains cas ce contrôle.

Or, la pratique des mesures techniques étant encore à ses balbutiements à l'époque du Traité, il semblerait qu'on n'en ait pas mesuré l'ampleur à venir et que les rédacteurs du Traité, comme ceux de la directive, aient surprotégé de telles mesures ; s'agissant des exceptions, les

textes traduisent ici plus un sentiment de méfiance à leur égard qu'une véritable volonté de les protéger.

Concernant les droits des auteurs sur leurs œuvres, on l'a vu, Traité et droit communautaire se rejoignent et s'avèrent a posteriori relativement équivalents. S'agissant des mesures techniques et des exceptions, la directive du 22 mai 2001 adopte également la même philosophie que le Traité mais ce faisant, et contrairement à la question des prérogatives pécuniaires des auteurs, elle va beaucoup plus loin, en affaiblissant notamment les exceptions dont l'exercice se trouve sérieusement compromis.

Les mesures techniques permettant aux auteurs l'exercice effectif de leurs droits sont désormais protégées, il est regrettable que celles garantissant aux utilisateurs le bénéfice effectif des exceptions ne le soient pas.

Ainsi les exceptions et limitations se retrouvent soumises à un système de filtrage déjà présent dans le Traité et accentué par la directive (I) tandis que les mesures techniques sont surprotégées et présentent de sérieuses menaces sur les libertés individuelles et intérêts publics, menaces également renforcées par l'interprétation communautaire (II).

I- Le sort des exceptions

Traditionnellement, des exceptions et limitations au droit d'auteur sont présentes dans les législations pour diverses raisons (A) ; craignant cependant qu'elles ne deviennent une menace pour le droit d'auteur en raison de l'évolution technique, le Traité instaure un test en trois étapes destiné à valider l'existence d'une exception (B), système de filtrage repris et précisé par la directive du 22 mai 2001 (C).

(A) La raison d'être des exceptions

Dans le langage courant, on utilise le terme générique d'« exceptions » tant pour parler des véritables exceptions au droit d'auteur – permettant la reproduction et la représentation d'une œuvre sans autorisation – que de ses limitations – qui découlent elles, en revanche, directement des termes de la définition des droits des auteurs.

Ainsi, pour prendre l'exemple du droit positif français, le terme « exceptions » stricto sensu renvoie à la courte citation, la parodie, la revue de presse, tandis que copie et représentation privées relèvent en réalité des « limitations », les reproductions et représentations destinées au public étant seules couvertes par le droit d'auteur en vertu des articles L.122.2 et L.122.3 du C.P.I..

La doctrine distingue trois raisons ayant entraîné l'apparition d'exceptions au droit d'auteur :

- ↳ la volonté de protéger certaines libertés fondamentales, notamment le respect de la vie privée, la liberté d'expression et la liberté de la presse ;
- ↳ certains besoins d'intérêt public, comme la recherche, l'enseignement, l'histoire, la sécurité publique ;
- ↳ l'impossibilité matérielle pour les auteurs de contrôler certains types d'actes, comme la copie privée.

Concernant la copie privée néanmoins, son existence ne peut être considérée comme le fruit d'une seule des raisons évoquées ci-dessus : en effet, on peut justifier son apparition par la difficulté à l'appréhender, certes, de moins en moins manifeste aujourd'hui avec l'apparition des mesures techniques, mais aussi par un soucis de ne pas s'immiscer dans ce que la jurisprudence française nomme « le cercle de la vie privée et familiale ». Par ailleurs, elle résulte en droit français de la définition même du droit de reproduction⁴⁶ qui ne concerne que les copies de l'œuvre par des procédés « qui permettent de la communiquer au public » - et constitue en ce sens une « limitation » plus qu'une exception ; si « l'exception » de copie privée devait disparaître, il faudrait dès lors revoir la définition même du droit de reproduction.

⁴⁶ Art. L.122.3 C.P.I.

S'il peut paraître légitime que les exceptions nées d'un simple souci pratique soient amenées à disparaître, en revanche il en est tout autrement des autres, dont l'existence reflète des libertés fondamentales ou besoins d'intérêt public. Ainsi en est-il par exemple de la reproduction spécifique effectuée « *par les bibliothèques accessibles au public, par les établissements d'enseignement ou par les musées* », exception figurant dans l'article 5 de la directive de 2001 ; ainsi en est-il certainement aussi celle effectuée « *à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique* », ou encore de la « courte citation », exceptions figurant elles aussi dans l'article 5 précité et relevant également de la liberté d'expression et du droit à l'information.

Or, les mesures prises par les autorités internationales et communautaires affaiblissent considérablement le maintien (ou la mise en place) de telles exceptions.

(B) Le triple test de l'article 10 du Traité

Comme l'avait fait avant lui l'accord sur les ADPIC, le Traité instaure une « recette » destinée à valider l'existence d'une exception, le triple test de l'article 10 :

« 1) *Les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du présent traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.*

2) *En appliquant la Convention de Berne, les Parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans ladite convention à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. »*

Encore inconnu en droit français, le triple test a déjà été adopté dans la législation américaine à l'occasion du DMCA⁴⁷ transposant le Traité aux Etats-Unis.

⁴⁷ Digital Millennium Copyright Act, adopté le 20 octobre 1998.

En vertu de l'article 10 al.1 du Traité, les Etats peuvent apporter des exceptions aux droits des auteurs « *dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* », c'est-à-dire si trois conditions sont remplies :

⚡ il faut tout d'abord se trouver dans le cadre d'une *situation spéciale* : en ce sens, l'exception ne peut concerner qu'une situation *exceptionnelle*, non banalisée ;

⚡ ensuite, l'exception en question ne doit pas porter atteinte à *l'exploitation normale de l'œuvre* : elle ne doit pas pouvoir influencer de façon notable les ventes, les représentations publiques, les locations ;

⚡ enfin, elles ne doivent pas causer de préjudice injustifié aux *intérêts légitimes des auteurs* : on pense ici à leur rémunération, leur image, ...

Concernant les deux derniers critères, on imagine qu'en pratique le test se fera au cas par cas, la preuve d'une atteinte pouvant être apportée au juge qui disposera du pouvoir de paralyser ou non l'exception⁴⁸.

L'article 10 al.2 semble pour sa part faire un peu redondance au regard du premier alinéa ; il insiste sur le fait que les exceptions existantes ne pourront être maintenues qu'à condition de respecter le triple test.

Pour reprendre l'exemple de la copie privée, il est peu probable que cette dernière résiste au triple test à moins d'être fortement aménagée :

- en effet, la multiplication des supports et des moyens de reproduction est telle que désormais, la copie privée s'est généralisée au point de ne plus véritablement constituer, à l'heure actuelle, un « cas spécial » ;

- d'autre part, il est un fait que la copie privée a une influence non négligeable sur « l'exploitation normale » des œuvres, nombreuses personnes ne recourant plus qu'exclusivement à la copie ; cela étant dit, il semblerait qu'en pratique, la copie privée soit génératrice de richesse économique et non le contraire car en exposant plus fréquemment les personnes aux œuvres, elles en font des consommateurs potentiel⁴⁹ ;

⁴⁸ Christophe Caron, cf. bibliographie.

⁴⁹ EUCD.INFO « Au secours de la copie privée », cf. bibliographie.

- enfin, la copie privée, en France, est subordonnée au paiement d'une redevance sur les supports que les sociétés de gestion collective répartissent ensuite entre les divers ayants-droits ; cependant, en pratique la somme perçue par les auteurs est infime par rapport à celle qu'il perçoivent par le biais de la vente de supports contenant des exemplaires de l'œuvre ; la copie privée est donc moins rémunératrice des auteurs que l'exploitation normale (cela dit dès lors qu'on considère qu'elle engendre par la suite plus de ventes grâce à un effet de « publicité », on ne peut plus dire qu'elle porte atteinte aux intérêts des auteurs).

Les termes de l'article 10 sont repris dans l'alinéa 5 de l'article 5 de la directive, le triple test constituant la condition nécessaire susceptible de rendre une exception au droit d'auteur légitime. La directive apporte par ailleurs des précisions dont une est louable, les autres n'étant que superflues.

(C) Les précisions apportées par la directive

La directive reprend le principe du triple test et va au-delà en instituant une exception obligatoire nouvelle, l'exception de reproduction provisoire (1), ainsi que tout un catalogue d'exceptions facultatives dont on se demande l'intérêt étant donné que les Etats ne pourront les transposer ou maintenir qu'à la condition qu'elles répondent aux exigences du triple test (2).

1/ Les reproductions provisoires

Certaines reproductions provisoires inhérentes à l'univers numérique font l'objet d'une exception au sens de l'article 5 al.1 de la directive qui dispose : « **Les actes de reproduction provisoire** (...) *qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre : a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction* (...) ».

a) Pour que l'exception puisse jouer, il faut donc que trois conditions essentielles soient remplies :

☞ la reproduction provisoire doit être :

- soit « *transitoire* »- ce qui semble viser les copies éphémères et nécessaires à la transmission des données⁵⁰ ;

- soit « *accessoire* »⁵¹ – ce qui visiblement renvoie aux stockages temporaires effectués pour des raisons techniques.

☞ elle doit avoir pour finalité :

- soit une transmission « *dans un réseau entre tiers par un intermédiaire* » - peu importe ici l'utilisation finale soit licite ou non, le but étant de dégager les intermédiaires techniques comme les fournisseurs d'accès (qui pourront néanmoins se voir ordonnés par le juge de faire cesser une atteinte déterminée à un droit – considérant 59) ;

- soit une « *utilisation licite* » de l'œuvre – vise en revanche ici toutes les copies effectuées sur l'ordinateur de l'utilisateur, l'utilisation étant licite si le titulaire du droit d'auteur a autorisé la communication au public de l'œuvre.

☞ elle doit être « *partie intégrante d'un procédé technique* » et ne pas présenter de « *valeur économique propre* ».

b) En pratique, il existe quatre modes de reproductions indispensables au fonctionnement des réseaux auxquels il est ici fait allusion :

☞ le *routing* : acheminement des données sur une route sélectionnée par l'intermédiaire de protocoles de transmission qui utilisent plusieurs ordinateurs successifs pour transmettre les informations découpées en paquets ; ceux-ci transitent par différentes machines intermédiaires qui en effectuent alors une copie avant de les orienter vers le « chemin » le plus rapide qui les mènera à l'ordinateur destinataire. Pour reprendre les critères de la directive, le *routing* se

⁵⁰ Vincent Grynbaum, cf. bibliographie.

⁵¹ Vincent Grynbaum, cf. bibliographie

présente comme une reproduction provisoire à la fois *transitoire* et *accessoire* ayant pour finalité une *transmission entre tiers par un intermédiaire*.

☞ le *caching* : stockage temporaire des données consultées sur un disque dur de façon à ce qu'elles soient rapidement accessibles si on les redemande à nouveau dans un temps défini ; il est effectué dans un premier temps chez le fournisseur d'accès dans les serveurs « proxy » (ce qui lui évite d'aller rechercher l'information si un autre abonné la demande peu après), remplissant ainsi le critère de l'*accessoire* et celui de la *transmission entre tiers* ; puis dans un second temps sur le disque de l'abonné dans le dossier « Temporary Internet Files » (reproduction *accessoire* bénéficiant de l'exemption à condition d'une *utilisation licite* de l'œuvre).

☞ le *browsing* : chargement temporaire dans la mémoire « RAM » des informations consultées lors de navigation, il disparaît définitivement une fois la consultation terminée et constitue une reproduction *accessoire* bénéficiant de l'exemption à condition d'une *utilisation licite* de l'œuvre.

☞ le *streaming* : cas particulier du *browsing*, il s'agit ici de consulter les données simultanément à leur téléchargement et en ce sens, d'une reproduction *accessoire* bénéficiant de l'exemption à condition d'une *utilisation licite* de l'œuvre.

L'exception de reproduction provisoire prévue par la directive n'existait pas antérieurement et ne se justifie que par l'environnement numérique en tant que ces reproductions constituent des impératifs techniques. Il s'agit de ne pas brimer l'essor des réseaux.

C'est la seule exception obligatoire instaurée par la directive, à laquelle s'ajoute ensuite toute une série d'exceptions facultatives.

2/ Le catalogue de l'article 5 de la directive

On loue la Commission d'avoir instauré l'exception de copie provisoire, sans laquelle le fonctionnement des réseaux et ordinateurs se serait trouvé bien compliqué. En revanche, il

apparaît regrettable qu'alors même qu'elle reprend à son compte le triple test du Traité, elle reprenne également une à une toutes les exceptions existantes au sein des législations des Etats de l'Union.

L'article 5a.2 et 3 de la directive énumère en effet un catalogue d'exceptions que les Etats membres sont libres de reprendre ou pas, ce à défaut d'avoir pu faire l'objet d'un compromis.

Malheureusement, ce faisant la directive tourne le dos à son objectif initial d'harmonisation des législations de telle sorte que la disposition ne présente aucun intérêt, si ce n'est limiter les exceptions et limitations qui devront en tout état de cause non seulement répondre au jeu du triple test, mais en plus :

- figurer sur la liste, qui certes présente des exceptions facultatives mais est elle-même limitative ;
- répondre à des exigences de compensation équitable, alors qu'elles ne sont pas censées avoir, par nature, de but lucratif propre – s'apparentant finalement non plus à des exceptions à proprement parler, mais à des licences légales⁵².

L'article 10 du Traité avait le mérite d'être clair et précis ; au contraire, l'article 5 de la directive opère une énumération dont on se passerait volontiers.

Certains auteurs ont avancé que cette liste d'innombrables exceptions présentait un véritable risque pour le droit d'auteur⁵³. En réalité, cette énumération ne fait qu'affaiblir les exceptions, qui noyées au milieu des autres perdent de leur valeur et se retrouvent subordonnées à de nouvelles conditions s'ajoutant au triple test.

* * *

Ainsi, les exceptions et par la même occasion, les droits et libertés qu'elles véhiculent, se voient encadrées par tout un système de filtrage sévère, alors que leur mention dans le Traité et la directive n'était prévue, à la base, que pour assurer leur protection et leur conciliation

⁵² Christophe Caron, cf. bibliographie.

⁵³ Pierre-Yves Gautier, lors du Colloque du 22 mai 2002 « Actualités du droit de l'Internet » organisé par le CEJEM (Centre d'Etudes Juridiques et Economiques du Multimédia).

avec les droits d'auteurs. Les mesures techniques, au contraire, sont protégées au point même de constituer des entraves supplémentaires à la survie des exceptions – et à l'exercice de bien d'autres libertés.

II- La surprotection des mesures techniques au détriment des libertés

La protection des mesures techniques constitue, en réalité, la véritable nouveauté apportée par le Traité et la directive sur le droit d'auteur – la directive du 14 mai 1991 sur la protection des logiciels abordant cependant déjà la question, mais pour le cas particulier seulement de la prévention des usages illicites des logiciels.

Il s'agit ici d'accorder une protection très générale à toutes les mesures techniques de protection des œuvres, les DRMS⁵⁴ étant les plus connues.

Le traité OMPI prévoit dans ses articles 11 et 12 deux régimes autonomes qui sont repris par la directive dans ses articles 6 et 7 : le premier concerne les mesures techniques coercitives, le second les mesures techniques d'informations.

Il convient d'étudier dans un premier temps à quoi correspond exactement la notion de mesures techniques tant coercitives qu'informatives et quels sont les critères en vertu desquels elles ont protégées (A), puis le contenu de la protection adoptée par le Traité et la directive (B), avant d'envisager les dangers que représentent une telle protection (C).

(A) L'objet de la protection

En pratique, les mesures techniques existant aujourd'hui sont de deux ordres : les mesures informatives ou « mesures relatives à l'information sur le régime des droits », qui contentent d'informer l'utilisateur (1), et les mesures coercitives, qui « brident » l'utilisation de l'œuvre, soit les mesures techniques stricto sensu au sens du Traité (2).

⁵⁴ Digital Right Management System.

1/ Les mesures techniques informatives

Il s'agit de procédés de marquage (comme le tatouage numérique), qui utilisent la plupart du temps les mécanismes de la stéganographie ; ces procédés consistent en l'insertion, au sein d'une œuvre, d'informations permettant d'identifier l'œuvre, les titulaires de droits sur cette œuvre et l'utilisation qui doit en être faite : ce sont ces informations qui sont visées dans l'article 12 du Traité sous l'appellation « informations sur le régime des droits ».

En vertu du Traité, l'expression « informations sur le régime des droits » désigne 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 de 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 est plus ou moins reprise dans l'article 7 de la directive qui se contente d'y apporter quelques précisions sur la présentation de l'information en question. La directive en revanche va bien au-delà du Traité pour ce qui concerne les mesures techniques coercitives.

2/ Les mesures techniques coercitives

Ce sont la plupart du temps des procédés de cryptographie entraînant le blocage de certaines opérations, eux-mêmes de deux types :

- les uns ne permettent l'accès à l'œuvre qu'au moyen d'un décodeur ou d'un code d'accès⁵⁵ ;
- les autres laissent accès à l'œuvre, mais empêchent certains actes d'utilisation de cette œuvre (comme la copie).

Ce sont ces procédés qui sont visés à l'article 11 du Traité et précisés dans la directive dans un article 6.

a) L'article 11 du Traité

⁵⁵ A titre d'exemple, on peut citer l'ancien *Content Scrambling System*.

Alors que l'article 12 est relativement clair quant à la notion d'*information sur le régime des droits*, l'article 11 du Traité ne donne pas de définition de ce qu'il faut entendre par *mesure technique*, laissant ainsi une large marge de manœuvre aux Etats ; la proposition de base, pourtant, donnait une telle définition ; sans doute ce manque de précision tient-il au fait que la technique évoluant à grande vitesse, la Conférence diplomatique n'a pas voulu prendre le risque d'être trop rapidement dépassée.

L'article 11 énonce en revanche les conditions que doivent remplir les mesures techniques pour être protégées, conditions qui peuvent être regroupées en deux critères :

✦ Les mesures doivent d'une part être *efficaces*. Une grande controverse a vu le jour au sujet de cette notion d'efficacité, une grande partie de la doctrine trouvant absurde l'idée de vouloir protéger des mesures efficaces : en effet, si vraiment elles sont efficaces, cela signifie qu'on ne peut les neutraliser, dès lors elles n'ont pas besoin de protection contre une telle neutralisation.

En réalité, si un tel terme a été utilisé, c'est pour éviter d'avoir à protéger des mesures qui seraient trop facilement amenées à être neutralisées. A notre sens, l'adjectif est certainement mal choisi car l'idée dans le Traité était, en fait, de protéger les mesures a priori *fiabiles* plus que les mesures à proprement parler *efficaces* ; c'est en ce sens que le Traité doit dès lors être interprété, l'idée étant que l'utilisateur moyen ne pourra pas normalement contourner la mesure en question – mêmes si quelques amateurs du « déplombage », eux, y parviennent.

✦ Elles doivent d'autre part avoir pour finalité de restreindre « *l'accomplissement d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi* », le Traité précisant tout de même que les auteurs ne peuvent agir que « *dans le cadre de l'exercice de leurs droits* » ; en ce sens, une double condition est ici requise :

✦ condition relative à la **finalité de la mesure**, celle-ci devant avoir pour unique but d'empêcher la réalisation d'actes de contournement ; n'entrent donc pas dans le champ de la protection les mesures qui auraient d'autres finalités, comme par exemple une finalité indirecte de collecte de données personnelles ;

↳ condition de **sujétion de l'œuvre au droit d'auteur** ; sont ainsi exclues de la protection les mesures qui empêcheraient, par exemple, l'accès à une œuvre tombée dans le domaine public.

Au regard de cette double condition, la **neutralisation d'une mesure technique en vue d'accéder à une œuvre non couverte par le droit d'auteur** et la **neutralisation d'une mesure technique dont la finalité ne serait pas la protection d'une œuvre** sont **licites**.

b) L'article 6 de la directive

La directive reprend la formulation du Traité, en précisant, chose que ne fait pas le Traité, ce qu'elle entend par mesure technique : il s'agit de « 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 (...) » ; elle reprend en fait plus ou moins les termes employés dans la proposition de base du Traité, définissant les mesures au regard de leur but.

↳ Elle tente par ailleurs d'apporter des précisions sur la notion d'efficacité afin de remédier à l'incertitude entourant la notion dans le Traité : « *les **mesures techniques** sont réputées **efficaces** lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée (...) 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 d'un **mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection** ».*

En vertu de cette définition, la mesure technique de protection doit donc, pour être efficace... Atteindre son objectif de protection... A savoir son efficacité. La définition donnée par la directive n'apporte en fait pas grand chose, elle est longue et s'avère finalement totalement tautologique ; il convient dès lors une fois encore de ne pas se perdre dans son analyse et de se concentrer sur la notion de fiabilité en tant qu'interprétation de la notion d'efficacité, elle seule étant susceptible de donner un sens à la formulation tant du traité que de la directive.

✦ La directive d'autre part semble reprendre l'exigence de finalité, ce dans la définition même de la mesure technique, par contre elle ne dit rien quant à la sujétion de l'œuvre à un droit d'auteur, condition pourtant essentielle dans le Traité... Cette absence est d'autant plus frappante que le projet de directive, lui, mentionnait cette condition ; il ne s'agit donc pas d'un simple « oubli » de la Commission. En vertu de la directive, il semblerait donc que même les œuvres tombées dans le domaine public soient protégées et que d'une manière générale, contrairement à ce que disposait le Traité, la **neutralisation d'une mesure technique en vue d'accéder à une œuvre même non couverte par le droit d'auteur** soit **interdite**, interprétation totalement liberticide du Traité.

De surcroît, l'article 6 comporte un alinéa 4 qui va jusqu'à autoriser l'existence d'une mesure technique dans des cas relevant d'exceptions au droit d'auteur dès lors qu'on est en présence d'œuvres mises à la disposition du public à la demande : les exceptions pourront alors être écartées si l'on est en présence d'une distribution à la demande du public, et l'on pense ici essentiellement à tout ce qui relève de la distribution en ligne et qui constitue désormais une part de marché non négligeable (cf. *infra*).

Mais avant de pousser plus loin notre réflexion quant aux dangers que présente la notion-même de mesure technique protégeable, il convient de se pencher sur le contenu de la protection prévue.

(B) Contenu de la protection

Chose curieuse, d'ores et déjà constatée concernant la notion de mesure technique, le Traité aborde en détail le contenu de la protection des mesures informatives (1) mais l'article sur les mesures techniques stricto sensu demeure extrêmement vague (2) ; pour remédier à cette incohérence, la directive a plus ou moins repris le régime des mesures informatives qu'elle applique aux mesures coercitives (3).

1/ Protection des mesures informatives

La protection des mesures informatives obéit dans le Traité à une logique que l'on pourrait qualifier de « pénaliste » ; selon l'article 12, en effet, les parties « *doivent prévoir des sanctions juridiques appropriées et efficaces contre toute personne qui accomplit l'un des actes suivants en sachant, ou, pour ce qui relève des sanctions civiles, en ayant des raisons valables de penser que cet acte va entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte à un droit prévu par le présent traité ou la Convention de Berne :*

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

ii) 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. »

Ainsi, il s'agit de prendre des « sanctions juridiques appropriées et efficaces » contre une personne précise qui accomplit ce qui ressemble fort à une infraction pénale :

- on y trouve en effet un élément matériel, à savoir l'accomplissement de certains actes particuliers que sont la suppression et la modification, sans y être habilitée, de toute « information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique » ;

- mais aussi un élément intentionnel, la conscience de l'illicéité de l'acte, « l'infraction » n'étant constituée que si la personne qui effectue les actes interdits sait ou a des raisons valables de penser ces actes vont « entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte » à un droit d'auteur.

L'article 12 précise donc « contre qui » les sanctions doivent être exercées ; il précise également « quels actes » sont interdits ; enfin, il introduit un élément « intentionnel » aux infractions. L'article 11 sur les mesures techniques coercitives ne précise rien de tel.

2/ Protection des mesures coercitives

Au contraire, et bizarrement, l'article 11 se borne à énoncer que « *les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques* » et dès lors :

- on ne sait pas ce qui est interdit : l'acte de neutralisation ou bien la commercialisation de dispositifs de neutralisation ?

- par conséquent, on ne sait pas non plus contre qui les éventuels recours devront avoir lieu ;

- enfin, aucun élément intentionnel ne figure dans l'article.

On pourrait chercher des précisions dans l'article 14 du Traité, qui porte sur la sanction des droits, cependant il est tout aussi flou que l'article 11 : il faudrait introduire des « *mesures nécessaires pour assurer l'application du (...) traité* », ainsi que des « *procédures destinées à faire respecter les droits* »... afin de « *permettre une action efficace* », ce « *contre tout acte qui porterait atteinte à ces droits* ». Cet article ne nous avance pas plus sur la question de savoir quels actes exactement sont réprimés, ni sur la personne contre qui agir.

La directive tente en revanche de combler cette lacune.

3/ L'interprétation communautaire

Chose que ne faisait pas le Traité, la directive apporte des précisions sur le contenu de la protection, tant au sujet des mesures informatives que des mesures coercitives dont les régimes de protection prévus sont analogues et s'inspirent du régime de l'article 12 du Traité.

Deux types de protection sont en effet prévus dans un cas comme dans l'autre :

↙ protection contre l'acte de contournement lui-même :

- contournement d'une mesure technique stricto sensu ;

- suppression, modification... sans y être habilité de toute information relative au régime des droits ;

↙ protection contre la commercialisation/la distribution :

- de moyens permettant d'effectuer le contournement de mesures techniques stricto sensu;

- d'œuvres dont l'information sur le régime des droits a été modifié.

Par ailleurs, la directive reprend l'élément intentionnel de l'article 12 du Traité.

Ainsi la directive donne aux mesures informatives une protection similaire à celle du Traité, et en déduit par analogie un régime pour les mesures coercitives. L'article 11 du Traité au sujet de ces dernières manquait de clarté ; les précisions données par la directive sont-elles pour autant louables ? Rien n'est moins sûr.

D'une manière générale, tant au regard des critères de protection qu'à celui de la protection elle-même, l'interprétation communautaire présente des dangers qui, s'ils découlaient aussi certes des termes du Traité, sont grandement intensifiés par la directive.

(C) Les dangers de la protection des mesures techniques

Le Traité prenait déjà largement parti en faveur des mesures techniques auxquelles il accordait une grande protection, elle-même accrue par l'encadrement des exceptions par le régime du triple test.

La directive interprète le Traité dans ce sens, mais en allant beaucoup plus loin ; cette interprétation présente de grands dangers pour les valeurs véhiculées par les exceptions (1), mais aussi pour d'autres libertés fondamentales (2) ; par ailleurs, elle présente une sérieuse menace pour les principes mêmes régissant l'économie (3).

1/ Le coup de grâce porté aux exceptions

De nombreuses exceptions ne pourront subsister une fois passées l'épreuve du triple test : ainsi en est-il certainement de la copie privée telle qu'elle existe actuellement, ne serait-ce qu'en vertu de la première condition concernant le caractère exceptionnel que doivent revêtir les exceptions (cf. *supra*).

Or, quand bien même elles y résisteraient, l'article 6.4 de la directive (après avoir rappelé que les Etats devront faire leur nécessaire pour permettre le bénéfice des exceptions malgré l'existence de mesures techniques) autorise les « titulaires des droits » à ne pas les respecter en cas de distribution à la demande. Il dispose en effet : « *nonobstant la protection juridique*

prévue [...relative aux mesures techniques...] les Etats membres prennent les mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues [...] puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations [...] dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre... » puis plus loin : «Les dispositions [...précédentes, relatives aux exceptions...] 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 ».

Si l'expression « mise à disposition du public à la demande » concerne de toute évidence la distribution par le biais d'Internet, on pourrait parfaitement imaginer à l'avenir qu'elle puisse concerner également les modes classiques de distribution ; ainsi, pourquoi les Sociétés de distributions ne mettraient-elles pas en place un système permettant aux acheteurs de demander en magasin des compilations personnalisées ? De telles compilations ne pourraient dès lors pas, en vertu de l'article 6.4, se voir appliquer les exceptions : notamment, les acheteurs ne pourraient en faire de copie privée (si cette exception est maintenue)⁵⁶.

On se retrouve dans une situation où, alors que l'on redoutait que le droit d'auteur ne perde sa raison d'être du fait des nouvelles technologies, ce sont au contraire les exceptions qui se retrouvent ici privées de leur essence dans la mesure où finalement, les voilà soumises à un droit d'accès dans l'article 6.4 qui autorise les titulaires de droit à en imposer un dès lors qu'on est en présence de distribution en ligne, l'article 5 imposant lui-même déjà un droit d'accès pour certaines exceptions qui ne pourront exister qu'« à condition que les titulaires de droit reçoivent une compensation équitable » — ce qui est contraire à la logique traditionnelle de mise en œuvre des exceptions.

En tout état de cause, même hors cas de distribution en ligne, les mesures techniques de par leur nature empêchent toute reproduction, et dès lors que le support d'une œuvre sera pourvu d'un tel dispositif il sera impossible de faire jouer une exception quelconque dessus. D'ailleurs, sont protégées des mesures techniques permettant l'exercice effectif du droit d'auteur alors que les mesures techniques permettant le jeu effectif des exceptions ne le sont

⁵⁶ François Coupez, chargé d'enseignement à l'Université Paris II Panthéon Assas.

pas... Un tel oubli paraît dommage dans un premier temps, puis l'on se rend compte que le mécanisme est tel que non seulement des mesures tendant à l'exercice effectif du jeu des exceptions ne sont pas protégées, mais en plus elles sont prohibées dans la mesure où elles consisteraient nécessairement en la neutralisation d'une mesure technique protégée, quand bien même ce serait dans un but totalement licite⁵⁷.

En poussant plus loin la réflexion, on se rend compte que les dispositifs techniques ayant pour seule vocation de permettre l'accès à une œuvre dont les droits ont déjà été acquittés sont également interdits (cf. *infra*)... L'article 6 ne se contente pas de nuire aux seules exceptions.

2/ Les risques d'atteintes à d'autres libertés fondamentales

☒ L'article 6.4 de la directive pose tout d'abord aussi la question du sort des œuvres tombées dans le **domaine public** : les reproductions, adaptations, modifications de ces dernières sont librement commercialisables ; or, dès lors qu'on se trouvera en présence d'une distribution à la demande, des mesures techniques pourront y être appliquées, et certains distributeurs pourront ainsi se réserver un tel commerce.

Par ailleurs, il en sera de même des œuvres légitimement protégées par une mesure technique, mais tombant par la suite dans le domaine public... Une fois « greffées » dessus, les mesures techniques continueront éternellement à en empêcher l'accès.

☒ La **protection des données personnelles et de la vie privée**, d'autre part, est aussi mise en péril par celle des mesures techniques.

Certaines mesures techniques protégées ont en effet pour objet la surveillance des utilisateurs. Ainsi en est-il des procédés de DRMS qui permettent de contrôler l'accès à l'information, empêcher la copie non autorisée de leurs produits, identifier les utilisateurs et les œuvres utilisées et s'assurer de la véracité des informations recueillies sur les utilisateurs.

⁵⁷ Dans ces conditions, quand bien même l'exception de copie privée serait maintenue, la redevance pour copie privée est par contre vouée à disparaître : elle n'a en effet plus aucun sens dans l'univers numérique puisque les titulaires de droits peuvent imposer des droits d'accès qui s'ajoutent à la redevance payée sur le support.

Dans de telles conditions, il est de plus en plus difficile d'accéder à des œuvres par le biais des réseaux sans faire par la même occasion l'objet d'un traçage, à moins d'utiliser des logiciels de type PET⁵⁸ qui permettent de naviguer en conservant son anonymat ; or, si les mesures techniques sont véritablement « efficaces » (et donc protégées) et que l'accès à l'œuvre est subordonné à la collecte de données personnelles, un tel accès sera rendu impossible dans les hypothèses d'utilisation de PET. En outre, un logiciel de ce type permettant d'accéder tout de même à l'œuvre en conservant son anonymat contournerait ce faisant la mesure, et serait dès lors prohibé.

⚡ Le **droit d'accès** enfin est rendu difficile par l'immense étendue de la protection accordée aux mesures techniques. En effet, parmi les mesures techniques susceptibles de protéger une œuvre en existe certaines qui ne permettent l'accès à l'œuvre que par l'utilisation d'un logiciel particulier (on pense ici aux CD et DVD ne pouvant être lus que pour les possesseurs d'un lecteur homologué par le distributeur). Ainsi, une personne ayant acquitté un droit d'accès sur une œuvre se trouvera dans l'impossibilité d'y accéder si elle ne possède pas le matériel adéquat.

3/ Les menaces d'ordre économique

L'exemple du DMCA, qui transpose le Traité aux Etats-Unis, a conduit la doctrine à reconnaître un grand nombre de conséquences économiques néfastes que les rédacteurs du Traité de 1996 ne pouvaient deviner, mais que les autorités européennes auraient dû prendre en considération lors de la rédaction de la directive de 2001.

Ainsi, le cas du droit d'accès précédemment envisagé amène à constater que la protection accordée encourage finalement les ventes liées, la personne ayant obtenu un droit sur une œuvre numérique devant faire l'acquisition du matériel autorisé par l'auteur de la mesure technique qui grève l'œuvre.

⁵⁸ Privacy Enhancement Technologie.

La doctrine avance d'autre part que la surprotection accordée aux mesures techniques encourage les ententes illicites, dès lors que titulaires de droits et auteurs de mesures techniques passent entre eux des accords qui peuvent entraîner un monopole.

Enfin, elle peut empêcher une saine concurrence, les concurrents potentiels ne pouvant concevoir des produits de substitution à ceux protégés sans contourner la mesure de protection dont ces derniers sont équipés : un risque de monopole sur les idées est ainsi à craindre.

CONCLUSION

On redoutait que le développement des nouvelles technologies ne fasse perdre toute son essence au droit d'auteur : ainsi, on craignait que la vitesse avec laquelle les échanges peuvent désormais avoir lieu, l'immatérialité souvent de ces échanges et la multiplication des supports aptes à accueillir les œuvres soient telles que les titulaires de droit ne puissent plus contrôler le commerce gravitant autour de ces dernières ; au contraire, l'apparition des mesures techniques et la protection qui leur est accordée aujourd'hui en vertu du Traité et de la directive sont telles que le droit d'auteur bénéficie désormais d'une protection bien plus grande qu'autrefois⁵⁹, ce d'autant plus que le jeu des exceptions est rendu difficile par les textes.

Est-ce pour autant que les auteurs eux-mêmes seront plus protégés qu'auparavant ?

Il n'est en effet nulle part fait mention de leur rémunération, élément pourtant central en ce qu'elle constitue la concrétisation de leur droits.

D'autre part, et contrairement à l'esprit du Traité, ce ne sont pas les « auteurs » qui bénéficient de la protection des mesures techniques dans la directive, mais les « titulaires de droits » ; cette substitution de termes est bien la démonstration du fait que les textes européens n'interviennent pas pour protéger les auteurs, mais pour favoriser une libre circulation des œuvres dans les meilleures conditions. N'oublions jamais que, pour l'instant encore en tout cas, les interventions de la Communauté ont un but économique, même si elles prônent de plus en plus de libertés autres que purement commerciales : de telles libertés, en effet, ne sont affirmées que pour permettre la libre circulation dans les meilleures conditions possibles. Ainsi, tandis que le Traité entend protéger le droit d'auteur en tant que tel, ce n'est

⁵⁹ « Loin d'assassiner le droit d'auteur, les nouvelles technologies peuvent en assurer non seulement la sauvegarde mais aussi l'expansion. Pour la première fois de toute l'histoire de l'humanité, les réseaux permettent une diffusion considérable des créations. », Christophe Caron, cf. bibliographie.

qu'en raison de son implication commerciale dans la libre circulation au sein de l'Union Européenne que la directive l'aborde.

Les mesures techniques avaient-elles quant à elles vraiment besoin d'être protégées par les textes?

Dès lors qu'elles ne sont pas interdites, il semblerait en effet qu'elles se suffisent à elles-mêmes. On regrette presque que les Etats aient décidé d'intervenir sur la question car sans doute une autorégulation⁶⁰ par les acteurs concernés aurait été moins dangereuse : les dispositifs permettant d'avoir accès aux œuvres quand celui-ci est licite auraient en effet pu dès lors se mettre en place parallèlement aux mesures techniques de protection, de sorte que libertés et droit d'auteur auraient pu trouver un équilibre.

On excuse les rédacteurs du Traité qui n'ont pas mesuré l'ampleur qu'allait prendre la protection accordée aux mesures techniques, et les risques qu'une telle protection allait engendrer. On les excuse également d'avoir multiplié les prérogatives pécuniaires des auteurs alors qu'il aurait fallu pâlir à leur confusion... Leur seul tort étant finalement d'avoir voulu appréhender trop tôt des phénomènes encore tout nouveaux en 1996.

On excuse plus difficilement les autorités européennes d'avoir reproduit les mêmes erreurs cinq ans après l'adoption du Traité et de les avoir accentué en surprotégeant les mesures techniques au lieu de prévoir un aménagement pratique du régime des exceptions⁶¹. Avec l'avènement de ce qu'elle nomme « la société de l'information », la Commission a trouvé une occasion inespérée d'établir des règles européennes avant que les Etats n'aient le temps de légiférer et d'instaurer ce faisant des entraves à l'action communautaire : quel dommage que dans sa précipitation, elle ait mis en place un système à ce point inadapté.

⁶⁰ « L'environnement numérique et l'utilisation du réseau Internet semblent particulièrement se prêter à la voie de l'autorégulation - ou, plus exactement, semblent mal s'accorder avec une réglementation étatique nécessairement nationale, a priori et impersonnelle, pour un monde dit international, décentralisé, hétérogène et virtuel », *Le Droit d'auteur et l'Internet*, rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques présidé par M. Gabriel de Broglie (juillet 2000).

⁶¹ Les conséquences du DMCA ne pouvant tout simplement pas être ignorées.

BIBLIOGRAPHIE

Textes officiels

- Traité de l'OMPI sur le Droit d'auteur adopté à Genève le 20 décembre 1996 / Déclarations communes concernant le Traité de l'OMPI sur le Droit d'auteur.
- Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, telle que modifiée à Paris le 24 juillet 1971.
- Directive (CE) n°2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.
- Directive (CE) n°2001/84 du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale.
- Directive (CE) n°92/100 du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle.
- Directive (CE) n°91/250 du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.
- Directive (CE) n°96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.
- Code français de la Propriété Intellectuelle.

Articles

- Christophe CARON, « La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées de législateur européen », *Communic. Comm.Elec.* 2001, chronique n°13.
- André FRANÇON, « La conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins », *RIDA*, avril 1997, p 3.
- Jacques DE WERRA, « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres », *RIDA*, juillet 2001, p.3.
- Frédéric GOLDSMITH, « Les nouveaux Traités de l'OMPI et l'action législative européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins », *Légipresse* 1997, II, p.26.

- Isabelle GONTHIER, « L'articulation des exceptions au droit d'auteur et des mesures techniques de protection face à l'harmonisation – directive du 22 mai 2001 », www.droit-ntic.com/pdf/dir_da.pdf.
- Jean-Louis GOUTAL, « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », RIDA, janvier 2001, p.67.
- Vincent GRYNBAUM, « Le droit de reproduction à l'heure de la société de l'information », www.juriscom.net/pro/2/da20011213.pdf.
- Jean-Baptiste SOUFRON, « Les limites de la protection technique des données numériques », soufron.free.fr/files/techniques.html.

Sites Internet

- www.europa.eu.int/
- www.wipo.org
- eucd.info/
- www.droitdunet.fr
- www.foruminternet.org
- www.legalis.net
- www.chanson.ca