

La protection des mesures techniques: une couche en trop?

Quelques remarques

à propos du texte de Kamiel Koelman

Alain Strowel, professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis et à l'Université de Liège, avocat

Cet article relatif à la protection des mesures techniques se présente comme un commentaire de la contribution de M. Kamiel Koelman au présent numéro. Dans un premier temps, trois écueils sont présentés: une réaction prématurée et «épidermique» au développement des nouveaux systèmes d'échange de fichiers en ligne, une approche exclusivement conçue en fonction des «produits informationnels» et l'opinion que le droit d'auteur ne permet pas de contrôler l'accès. Deux vrais problèmes sont ensuite esquissés: la préservation des exceptions au droit d'auteur et la possibilité de bloquer par le détournement des mesures techniques l'accès à des éléments non protégés.

Dit artikel betreffende de bescherming van de technische maatregelen, is een antwoord op de bijdrage van de heer Kamiel Koelman in dit nummer. Eerst worden drie struikelblokken voorgesteld: een vroegtijdige en oppervlakkige reactie op de ontwikkeling van nieuwe systemen om bestanden on-line uit te wisselen, een aanpak uitsluitend uitgedacht op basis van «informatieproducten» en de mening volgens dewelke het auteursrecht het niet mogelijk maakt om de toegang te controleren. Daarna worden twee reële problemen in hoofdlijnen aangegeven: de bescherming van de uitzonderingen op het auteursrecht en de mogelijkheid om via de technische maatregelen de toegang tot niet-beschermde elementen te beletten.

LA FAMEUSE TROISIÈME COUCHE DE PROTECTION, celle que l'on ajoute à notre pain quotidien (à nous, juristes de *droit d'auteur*) et, surtout, aux multiples techniques qui s'efforcent de contrôler l'accès ou la copie des œuvres protégées⁽¹⁾, semble mal aimée par de nombreux commentateurs⁽²⁾, et certains la considèrent comme une couche en trop.

Dans sa contribution au présent numéro⁽³⁾, K. Koelman offre une remarquable synthèse des critiques adressées à l'article 6 du projet de directive communautaire sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information⁽⁴⁾, intitulé «Obligations relatives aux mesures techniques».

(1) Pour une présentation de ces techniques: voy. par ex. le document de travail réalisé par l'I.V.I.R. (dans le cadre d'imprimatur), *Protection of Technological Measures*, Amsterdam, Institute for Information Law, nov. 1998; A. STROWEL et S. DUSOLIER, «La protection légale des systèmes techniques», Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur et du Traité de l'O.M.P.I. sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, Genève, 6-7 déc. 1999 (document disponible sur le site de l'O.M.P.I.).

(2) Voy. par ex. les contributions de Th. VINJE, «Should We Begin Digging Copyright's Grave?», *E.I.P.R.*, 2000, pp. 555 et s.; P.B. HUGENHOLTZ, «Code as Code, Or the End of Intellectual Property as We Know It», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999, vol. 6, n° 3, pp. 308 et s.; Th. VINJE, «A Brave New World of Technical Protec-

tion Systems: Will There Be Room For Copyright?», *E.I.P.R.*, 1996, pp. 434 et s.

(3) «De derde laag: bescherming van technische voorzieningen», dans le présent numéro de *A&M*, p. 82. Voy. du même auteur, «A hard nut to crack: the protection of technological measures», *E.I.P.R.*, 2000, p. 272.

(4) Dans la suite, nous nous baserons sur le texte de la position commune (C.E.) n° 48/2000 arrêtée par la Conseil le 28 septembre 2000 en vue de l'adoption de la directive 2000/.../CE du Parlement européen et du Conseil du ... sur l'harmonisation de certains aspects de droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, 1^{er} déc. 2000, 2000/C 344/01.

Cette contribution appelle une série de commentaires. L'on commencera par discuter trois points sur lesquels nous ne pouvons suivre Kamiel Koelman.

1. «Kopieerangst» ou beaucoup de peur pour rien?

L'angoisse est sans doute mauvaise conseillère, et la peur de perdre le contrôle de la dissémination des œuvres, qui semble parfois gagner les responsables des *majors*, ne devrait pas servir de guide à une action législative. Kamiel Koelman a raison de le rappeler. Cela dit, les systèmes dits de «partage»⁽⁵⁾ de fichiers (ou encore de *peer to peer*, «P2P»), à l'instar de Napster et de sa progéniture (Freenet, Gnutella, Free Haven, Swapoo, Aimster, Splodge, iMesh...: la liste est déjà très longue⁽⁶⁾), posent des questions nouvelles, en ce qu'ils constituent des systèmes très ou complètement décentralisés d'échange de fichiers, essentiellement musicaux, mais, de plus en plus souvent, d'images animées⁽⁷⁾. Dans un tel environnement qui permet une distribution massive de fichiers numériques, on est en droit de se poser des questions, de se demander comment assurer un juste retour aux auteurs et une rémunération aux ayants droit. Ce n'est donc pas «pour rien» que des questions nouvelles surgissent.

Kamiel Koelman suggère que c'est avant tout un problème de choix d'un *business model* (comme on dit en français aujourd'hui). Autrement dit, que l'industrie de l'*entertainment* se cramponne à un modèle économique dépassé et néglige de développer un modèle d'avenir pour la distribution de musique (et d'autres contenus). Faut-il abandonner le système d'intermédiation connu actuellement, relativement lourd et coûteux, pour privilégier un système en ligne qui se passe des intermédiaires, et offre donc à moindre prix des contenus aux consommateurs? Kamiel Koelman en est convaincu. Et fait preuve de beaucoup d'optimisme quant à l'effica-

cité et la pertinence d'un tel modèle⁽⁸⁾, qui permettrait de garantir «un bénéfice total plus grand» puisque la baisse des prix devrait automatiquement engendrer une demande plus importante. Le fait que les adeptes de Napster aient réagi très violemment à l'annonce de l'accord conclu fin 2000 avec Bertelsmann, qui, à lire la presse, aurait pour conséquence que l'accès au système d'échanges de fichiers soit subordonné au paiement modique d'un abonnement, en menaçant entre autres de migrer vers d'autres systèmes d'échanges, n'augure pas favorablement de l'avenir de la distribution payante en ligne.

À «l'angoisse de la copie», mauvaise conseillère des producteurs, fait écho un optimisme un peu prématuré de Kamiel Koelman dans les vertus d'un modèle qui doit encore faire ses preuves. Les deux écueils sont à éviter si l'on veut aborder «froide-ment» le problème juridique de la protection des mesures techniques.

2. Ce qui est en jeu: l'accès à des «produits informationnels»?

Le terme de «informatieproducten», ou produits informationnels, revient souvent sous la plume de K. Koelman, qui semble considérer la problématique de la protection des mesures techniques exclusivement à la lumière de ce type d'objet. Ainsi, peut-on encore lire dans son article que, par l'entremise de ces protections techniques, «le contrôle qu'un ayant droit peut exercer sur l'usage de l'information («informatiegebruik») se trouve étendu»⁽⁹⁾. D'après K. Koelman encore, les institutions et dispositions communautaires ont toujours oeuvré à renforcer ce contrôle de l'information («Tot nog toe kwamen uit Brussel alleen regelingen die de controle over het informatiegebruik hebben uitgebreid»). Ne serait-il pas plus correct d'écrire que ces institutions ont toujours renforcé la protection des œuvres? Étendre le contrôle sur l'information et renforcer la protection des œuvres demeurent des

(5) La notion de «partage» donne à penser que ces communautés d'utilisateurs correspondent au meilleur des mondes, un monde où règnent en définitive les bonnes valeurs chrétiennes: méfions-nous de cette vision réductrice du «partage».

(6) Nous tirons cette liste de récents articles de journaux (par ex. *Le Soir*, 20-21 janv. 2001 et *Knack*, 17 janv. 2001, p. 64).

(7) S'agissant des *softwares*, il se pourrait bien que la crainte des virus, éventuellement associés à des fichiers de type .exe, freine le développement rapide des sys-

tèmes d'échange, mettant ainsi les producteurs de *software* davantage à l'abri de la «napstérisation» (pour reprendre ce néologisme) qui menace d'autres producteurs de contenus protégés.

(8) Du point de vue des producteurs s'entend, car, du point de vue des utilisateurs, la pertinence économique est plus évidente (si l'on postule, en bon économiste, que l'utilisateur recherche uniquement à maximiser l'usage de ses revenus, donc à payer moins...).

(9) K. KOELMAN, «De derde laag...», *op. cit.*, dans le présent numéro d'A&M, p. 82.

choses différentes⁽¹⁰⁾, n'en déplaie à un courant doctrinal, assez répandu aux Pays-Bas, qui a tendance à confondre les deux.

Il est important de relever ce biais de l'analyse du droit d'auteur en termes d'information.

En effet, s'agissant de ces produits informationnels, il est d'abord probable qu'aucune mesure technique de protection prohibant l'accès ne soit largement utilisée à l'avenir, pour la simple raison que le marché de l'information en ligne commandera la mise en accès direct de ce genre de contenu. À cet égard, on peut partager l'opinion de quelqu'un comme Daniel Gervais⁽¹¹⁾ selon qui le problème de la protection des mesures techniques est largement un faux problème parce que ces techniques peu conviviales ne seront tout simplement pas utilisées sous la pression du marché et des consommateurs. Et le marché qu'il a en tête est celui de l'information.

Pour les autres marchés de contenus en ligne, le point de vue de Daniel Gervais s'avère nettement moins convaincant. Le marché des produits – ou des œuvres – de divertissement n'obéit en effet pas nécessairement à la même logique, en ce sens, premièrement, qu'il existe moins de produits de substitution et que, deuxièmement, les requêtes en termes d'accès libre sont moins fortes, même s'il est clair que les consommateurs sont, par définition, à la recherche de contenus bon marché.

L'objet de la présente remarque est donc de dissiper le malentendu consistant à penser que, dès lors que ces mesures techniques seront légalement protégées contre le contournement, elles se généraliseront tout spécialement dans le secteur de l'information; un tel malentendu risque d'alimenter une angoisse, qui semble être le miroir de celle des producteurs, dans le chef des chercheurs, bibliothécaires et universitaires dont la poursuite des activités dépend largement de la possibilité d'accéder à un coût modique aux sources d'information. S'agissant par exemple du domaine de la recherche qui, par définition, est très ouvert – les acteurs de ce champ étant davantage motivés par la poursuite de la notoriété, que par les rémunérations qu'ils peuvent tirer de leur propriété intellectuelle – beaucoup de contenus scientifiques demeureront accessibles (même si ce n'est pas sous la forme de leur publication définitive), quelle que soit la solution

adoptée en matière de protection des mesures techniques. S'agissant des informations d'actualité, d'autres caractéristiques du marché imposent l'accès direct et gratuit des usagers, la rémunération devant provenir ici de la publicité accompagnant les *news*.

En outre, il faut souligner que si l'on aborde la question de la protection des mesures techniques du point de vue des contenus d'information, les exigences des destinataires en termes d'accès apparaissent non seulement comme plus pressantes (c'est un état de fait), mais comme plus légitimes: s'il est justifié de parler d'un droit à l'information, même si ses limites sont difficiles à circonscrire, il apparaît contestable de considérer qu'un tel droit d'accès vaut à l'égard des contenus de divertissement par exemple. Or, l'on peut s'attendre à ce que ces dispositifs techniques soient essentiellement utilisés pour ce genre de produits numériques. Il ne faut donc pas exagérer l'importance de la question du légitime accès dans le cadre de la discussion relative aux mesures techniques.

3. Le droit d'auteur traditionnel: une forme d'exclusivité étrangère à tout contrôle d'accès?

Une critique récurrente relative à la protection des mesures techniques de protection consiste à dire que la législation consacre par ce moyen un droit de contrôler l'accès aux objets protégés, qui va au-delà du monopole légal de l'auteur.

Cette critique semble partir du présupposé que le droit d'auteur n'a jamais touché à la question de l'accès. Dans son exposé des motifs relatif à la position commune en vue de l'adoption de la directive, le Conseil partage ce point de vue: pour justifier la suppression à l'article 6, 3, seconde phrase, du terme «accessibilité à» dans sa définition des mesures techniques réputées efficaces, l'exposé des motifs souligne que «les questions relatives à l'accès aux œuvres ou à d'autres objets protégés ne relevaient pas du domaine du droit d'auteur»⁽¹²⁾.

Et l'on peut effectivement rappeler le faisceau de prérogatives conférées traditionnellement par le droit d'auteur: ce dernier ne contient pas de prérogative tel qu'un «droit d'accès», mais un droit de reproduction et de communication au public, pour ne citer que les deux grandes catégories de préro-

(10) Voir A. STROWEL, «Convergences entre droit d'auteur et copyright dans la société de l'information», in *Internationale Gesellschaft für Urheberrecht* (hg.), *Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 59-75.

(11) Voy. par ex. le compte rendu à paraître d'une *roundtable* tenue à la Columbia Law School en avril

2000, et qui réunissait outre D. Gervais, J. Besek, J. Ginsburg, A. Kaplan, Sh. Perlmutter, S. von Lewinski et moi-même.

(12) Exposé des motifs du Conseil sous la position commune du 28 sept. 2000, n° 45.

gatives. Il ne serait toutefois pas difficile de démontrer que même ces prérogatives anciennes du droit d'auteur opèrent une forme de réservation des objets protégés, permettant d'en exclure l'accès – la démonstration pourrait être faite par exemple à partir du droit de distribution ou de destination, qui confère un droit de contrôle sur les exemplaires des œuvres⁽¹³⁾. À travers d'autres exemples, tirés par exemple de l'application du droit d'auteur aux produits numériques (logiciels par exemple)⁽¹⁴⁾, on verrait que le droit d'auteur, peut-être sans trop le dire, est un mécanisme de contrôle d'accès, et l'a peut-être été depuis longtemps. Si la directive du 14 mai 1991 concernant la protection des programmes d'ordinateur a introduit une exception en faveur de la décompilation, c'est parce que le droit d'auteur appliqué aux logiciels permet, par l'intermédiaire du droit de reproduction, d'empêcher l'accès aux codes sources.

Il faut peut-être plus clairement reconnaître aujourd'hui que le droit d'auteur, en tant que technique de réservation, affecte l'accès aux œuvres. Ce qui veut dire que les problèmes d'accès soulevés par la protection des mesures techniques ne sont en définitive pas si nouveaux qu'on semble le dire.

La protection des mesures techniques confère toutefois plus clairement que jamais un droit de contrôler l'accès.

Comme en matière de distribution et de protection des logiciels⁽¹⁵⁾, des exceptions spécifiques doivent s'ajouter aux règles conférant un contrôle d'accès. En matière de protection des mesures techniques, il y a à la fois les exceptions à la protection (par ex. en faveur de la recherche sur la cryptographie; voy. considérant 48) et «l'obligation de facilitation» à charge des États membres qui doivent garantir que les bénéficiaires d'exceptions au droit d'auteur en bénéficient réellement.

* * *

Ces trois réserves faites à l'égard de l'optique adoptée par Kamiel Koelman, il faut reconnaître que deux questions délicates subsistent, la première étant partiellement prise en compte par le projet de directive.

4. Les exceptions au droit d'auteur: remises en cause par les mesures techniques?

La question de la préservation des exceptions au droit d'auteur au vu du développement des mesures techniques est au cœur des débats communautaires sur la protection des mesures techniques. La solution communautaire se trouve à l'article 6, 4 qui instaure un mécanisme complexe, trop complexe sans doute pour être transposé et mis en œuvre aisément dans tous les pays de l'Union. Mais il a le mérite d'exister.

La solution consiste à «encourager les mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris la conclusion et la mise en œuvre d'accords entre titulaires de droit et d'autres parties concernées, pour permettre d'atteindre les objectifs visés par certaines exceptions ou limitations prévues par le droit national» (considérant 51). À défaut de mesures volontaires (*first best solution*), les États membres doivent dans certains cas, ou, plus exactement, pour sept exceptions⁽¹⁶⁾, adopter les mesures appropriées pour assurer que les titulaires de droits fournissent aux bénéficiaires des exceptions les moyens d'en bénéficier (par exemple, suggère le considérant 51, en modifiant une mesure technique mise en œuvre). S'agissant de l'exception pour copie privée de l'article 5, 2, *b* de la directive, les États membres ont la simple faculté d'intervenir «si, dans un délai raisonnable, aucune mesure volontaire destinée à permettre la reproduction pour usage privé n'a été prise» (considérant 52).

(13) Certes, l'existence d'un droit de contrôler l'accès aux exemplaires (droit de distribution) peut conceptuellement être distinguée de celle d'un droit de contrôler l'accès aux œuvres elle-mêmes (mesure technique conditionnant l'accès). Mais l'on a tendance à penser que ces deux types de contrôle d'accès posent ici des problèmes largement similaires du point de vue des usagers.

(14) Voy. par ex. J. GINSBURG, «From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right», in *US Copyright Law*, 2000, disponible à l'adresse <http://papers2.ssrn.com/paper.taf?ABSTRACT_ID=222493>; A. STROWEL, «Droit d'auteur et accès à l'information: de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements

récents», *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 12, oct. 1999, pp. 185-208.

(15) Pour le droit de distribution, on peut songer aux règles d'épuisement; pour la protection des logiciels, à l'exception de *reverse-engineering*.

(16) Il s'agit des exceptions pour 1) reprographie, 2) certains actes d'institutions culturelles (bibliothèques, archives, etc.), 3) enregistrements éphémères par les radiodiffuseurs, 4) reproductions d'émissions réalisées par des institutions sociales, 5) usages à des fins d'enseignement ou de recherche, 6) certains usages par les personnes affectées d'un handicap et 7) usages à des fins de sécurité publique ou dans le cadre de procédures.

En d'autres termes, la directive ne résout pas directement la question (une solution radicale, et difficilement défendable, eût été de prévoir des exceptions d'ordre public, comme l'a fait le législateur belge par la loi de 1998), mais s'en remet en premier lieu au marché et aux mesures volontaires adoptées par les parties. Ce n'est que dans un second temps qu'elle oblige ou habilite les États membres à intervenir, mais sans trop préciser de quelle manière ou dans quel délai. L'absence d'échéance imposée aux États membres a déjà fait l'objet de critiques⁽¹⁷⁾.

L'adoption de ce mécanisme de suivi par les États membres montre bien que, pour le législateur communautaire, la question n'est finalement pas mûre⁽¹⁸⁾. On ne peut lui reprocher de se limiter à mettre en place un mécanisme de veille. On aurait toutefois préféré que ce soit un organisme communautaire qui soit chargé du suivi de la question, à l'instar du Copyright Office aux États-Unis qui a déjà procédé à un *rulemaking* en la matière⁽¹⁹⁾. La solution communautaire, dont la complexité est certes à critiquer, a donc le mérite de laisser largement la place à un ajustement futur en fonction de l'évolution des marchés, ou en d'autres termes à un mécanisme d'équilibrage entre les intérêts des ayants droit et des usagers.

Il est essentiel que l'architecture du droit d'auteur au sens large, comprenant la troisième couche, maintienne la possibilité d'un tel ajustement.

5. La protection technique: une possibilité de protéger ce qui ne l'est pas en droit?

Un autre problème résulte de ce que les contrôles d'accès ne peuvent pas aisément tenir compte de ce que les objets ainsi réservés par des techniques d'accès, tout spécialement les bases de données, peuvent contenir des éléments non protégés par le droit.

Imaginons à la suite de J. GINSBURG⁽²⁰⁾ qu'un ensemble d'éléments du domaine public (décisions de jurisprudence, œuvres pour lesquelles le délai de protection a expiré, etc.) soit intégré à un produit comprenant des éléments protégés ajoutés à dessein par l'éditeur (une introduction, un résumé original des décisions, etc.). Les mesures techniques de protection, elles-mêmes protégées par le droit, permettraient de bloquer l'accès à des contenus en principe libres.

Soulignons que ce problème spécifique surgit à propos d'une compilation ou base de données, œuvre qui relève du marché de l'information: si, comme nous l'avons montré ci-dessus, il ne faut pas aborder la question des mesures techniques uniquement sous l'angle des «produits informationnels», travers que nous avons cru déceler chez Kamiel Koelman, en revanche, l'on ne peut laisser de côté les questions tout à fait spécifiques que ce segment du marché pose. La protection des films ou morceaux musicaux ne devrait pas, sauf rares exceptions, poser le même problème, puisque le (nouveau) film ou morceaux musical devrait en principe être protégé dans son intégralité. Mais en matière de compilations d'informations et même d'œuvres, la possibilité de barrer l'accès à des contenus non protégés demeure un vrai problème. On peut se demander s'il ne faudrait pas aborder cette question liée à la protection par des mesures techniques des bases de données.

À cette question particulièrement délicate, la directive n'apporte pas de réponse.

* * *

L'article 6 du projet de directive communautaire sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information est depuis longtemps au centre des débats, et le restera encore lorsqu'il s'agira de transposer la directive en droit interne. Et tant mieux: il s'agit d'une vraie et

(17) Th. VINJE, «Should We Begin Digging Copyright's Grave?», *op. cit.*, pp. 556-557.

(18) Sur ce point, Kamiel Koelman (qui parle de «premature aannames») rejoint l'analyse des instances communautaires, mais sa solution consiste, au vu des incertitudes subsistantes, à ne pas légiférer du tout, donc à ne pas prévoir de protection légale des mesures techniques. La solution communautaire va de l'avant (protection des mesures techniques, de toute façon imposée par les Traités O.M.P.I. de 1996), tout en restant «attentiste» sur le volet de la préservation des exceptions.

(19) Voy. US Copyright Office, «Rulemaking on Exemptions from Prohibition on Circumvention of Technological Measures that Control Access to Copyrighted Works, Recommendation of the Register of Copyrights», 27 oct. 2000, disponible à l'adresse: <<http://www.loc.gov/copyright/1201/anticirc.html>>

(20) Voy. l'article à paraître déjà cité: «From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right», *US Copyright Law, op. cit.*

intéressante question. Il faudrait toutefois éviter que les débats soient polarisés par des angoisses peu ou prou justifiées (de copie ou de contrôle généralisé) ou reposent sur quelques malentendus (par exemple concernant les usages de ces techniques). On a essayé d'en évoquer ici quelques-uns. Sans oublier deux questions, celle de la préservation des excep-

tions et celle de l'accès aux éléments non protégés, qui ne sont pas encore résolues, loin de là, par la directive. Mais appartient-il au législateur communautaire de régler ces questions aujourd'hui, alors que le marché de la distribution des œuvres est en train d'évoluer rapidement?