

Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique

_____ Droits et exceptions à la lumière des _____
dispositifs de verrouillage des œuvres

Création Information Communication

Préface de André Lucas

Avant-propos de Yves Poulet



PRÉFACE

C'est un travail de pionnier que livre Séverine Dusollier avec sa belle thèse sur les « mesures techniques en droit d'auteur ». Bien sûr, depuis le *Digital Millennium Copyright Act* américain de 1998 et la directive sur la société de l'information de 2001, qui contiennent les premières dispositions sur le sujet, les analyses et commentaires n'ont pas manqué, parfois d'excellente facture. Il en fallait pour tenter de mettre un peu d'ordre dans le maquis de textes souvent abscons. Mais une thèse, une vraie thèse, c'est autre chose. Il faut prendre davantage de recul, mettre du sens là où les lobbies concurrents brouillent la *ratio legis*, et, surtout, tracer des pistes pour l'avenir.

C'est ce que réussit parfaitement à faire Séverine Dusollier, qui reprend les fondations (le pionnier est d'abord un terrassier), pour mesurer l'incidence sur le droit d'auteur du nouvel environnement technique et économique induit par ce qu'elle choisit de désigner de manière générique comme les « mesures techniques », par quoi elle entend à la fois les mesures techniques de protection (permettant de restreindre l'accès aux œuvres ou leur utilisation), dont elle met bien en lumière, d'emblée, la diversité, et les systèmes de gestion numérique des droits.

Plus précisément, constatant que les exploitants traditionnels, médiateurs entre l'auteur et le public, tendent à disparaître et que le verrouillage technique, au secours duquel vole le droit, permet à l'auteur de nouer une relation directe avec l'utilisateur, elle se demande si cette conjonction ne risque pas d'aboutir à un excès de protection. Pour mener à bien cette recherche, elle analyse dans une première partie comment les mesures techniques sont reçues en droit d'auteur avant de discuter, dans une seconde partie, la « légitimité » du « phénomène ». La construction exposait au piège des redites (finalement assez bien déjoué). Elle s'imposait sans doute, compte tenu de la complexité des questions en jeu, pour mieux mettre en valeur la critique.

Car le propos est critique. Séverine Dusollier explique qu'après avoir récusé le principe même d'une protection juridique des mesures techniques, elle a mis de l'eau dans son vin. Mais elle persiste à penser qu'il est dangereux de remettre en cause la « balance des intérêts » en laissant l'auteur imposer à l'utilisateur le tracé de la frontière entre le licite et l'illicite, et elle critique sévèrement, pour cette raison, l'article 6.4 de la directive de 2001, insoucieux des intérêts légitimes garantis par les exceptions au droit exclusif.

Pour autant, elle ne part pas en guerre. Son discours n'est pas celui d'une militante. Elle ne se contente pas de seriner le slogan à la mode du droit du public à l'information pour tempêter contre l'excès de protection résultant de la

directive sur la société de l'information. Son ton est mesuré et sa démarche scientifique, ce qui la conduit à toujours citer les opinions contraires avec beaucoup d'honnêteté. Sa critique est constructive puisqu'elle propose de sauver le système moyennant quelques améliorations. Non seulement la thèse contient des « conclusions générales » substantielles en forme de propositions, qui résument fort opportunément les idées développées tout au long de l'ouvrage, mais ces propositions incluent un « texte idéal » qu'elle substitue à l'article 6 de la directive.

La thèse, avec cela, est rédigée dans un français impeccable rehaussé de quelques formules percutantes qui ajoutent au plaisir du lecteur. Elle s'appuie sur un appareil scientifique impressionnant, notamment en ce qui concerne le droit américain, pourtant fort touffu, que Séverine Dusollier maîtrise avec une aisance rare pour un européen. Il faut dire qu'elle n'est pas, de ce point de vue, à son coup d'essai, ayant déjà, dans de nombreuses tribunes, colloques et revues spécialisées, apprivoisé la matière.

Les raisonnements, bien menés, emportent souvent la conviction. On peut ainsi se laisser séduire par sa critique très décapante du droit de destination ou de l'inclusion des fixations provisoires dans l'orbite du droit de reproduction, par sa démonstration bien argumentée en faveur du non-épuisement du droit de divulgation, par sa transposition, pour analyser la nature des exceptions au droit d'auteur, de la thèse du professeur François Ost sur l'existence d'un « *continuum ininterrompu* » entre l'intérêt et le droit subjectif.

Certes, il n'est pas interdit d'oser des bémols. D'estimer par exemple que les raisonnements prennent trop souvent appui, nonobstant quelques précautions de langage, sur un amalgame entre tous les systèmes, et sur une approche indifférenciée des œuvres. Ou encore de rester sceptique sur l'idée que les mesures techniques aboutissent à la reconnaissance d'un « droit d'accès » envisagé comme « le droit exclusif d'autoriser et d'interdire la jouissance matérielle et la jouissance intellectuelle de l'œuvre », ou sur l'affirmation sans nuance du caractère impératif de toutes les exceptions, difficile à concilier avec l'idée (plus prudemment avancée, il est vrai,) que la technique en elle-même peut permettre de contourner cette restriction à la liberté contractuelle.

Mais tout cela relève du libre débat, auquel contribuera de manière décisive cet ouvrage très innovant. On ne risque pas de se tromper en prédisant qu'il fera date. Déjà, il installe Séverine Dusollier comme une des toutes meilleures plumes de la doctrine européenne du droit d'auteur.

Gageons qu'elle saura nous en donner d'autres de la même encre.

André LUCAS
Professeur à l'Université de Nantes

AVANT-PROPOS

À l'heure de conclure, Séverine Dusollier surprend son lecteur. Citant J.L. Borges, elle déclare :

« J'ai déjà dit qu'il s'agit d'un roman policier ... Après sept années, il m'est impossible de rassembler les détails de l'action ; mais en voici le plan général, tel que l'appauvrissent (tel que le purifient) les lacunes de la mémoire. Il y a un indéchiffrable assassinat dans les pages initiales, une lente discussion dans celles du milieu, une solution dans les dernières. Une fois l'énigme éclaircie, il y a un long paragraphe rétrospectif qui contient cette phrase : Tout le monde crut que la rencontre des deux joueurs d'échecs avait été fortuite. Cette phrase laisse entendre que la solution est erronée. Le lecteur inquiet, revoit les chapitres pertinents et découvre une autre solution, la véritable ».

Vous, comme moi, sommes ce lecteur à la recherche de cette protection que l'OMPI souhaite appropriée des mesures techniques ; enjeu d'une partie d'échecs dont la thèse progressivement, par essais et erreurs, identifie les protagonistes et circonscrit l'enjeu et la solution du débat.

Première confrontation : Droit versus technologie. La technologie n'a-t-elle pas mis échec et mat le droit ? Certes, avec l'auteur, on souligne que ce n'est point que le droit ait mis hors la loi la technologie ou se soit mis hors de la loi des technologies de réservation des œuvres dont la thèse esquisse une intéressante typologie. Au contraire, le droit a accueilli et protégé ces technologies, s'en est fait le complice et l'allié. Mais, à terme, le droit ne risque-t-il pas de découvrir tout à coup que cette consécration de la technologie remet en cause ce qui avait légitimé cette consécration, le droit d'auteur ? Le droit d'auteur se meurt, le droit d'auteur est mort.

Faut-il dès lors en réaction condamner la technologie au nom du droit d'auteur ? Si l'auteur l'a un jour pensé, sa thèse a le mérite de dépasser cette vision manichéenne et de tenter de réconcilier les deux protagonistes. Il ne s'agit pas de condamner a priori les mesures technologiques. Bien au contraire, elle en affirme la légitimité, mais cela au sein même du droit d'auteur : « Tout le droit d'auteur, rien que le droit d'auteur ».

Voilà l'auteur renvoyé à un deuxième débat : Qu'est-ce que le droit d'auteur et comment le légitimer ? Sans doute, est-ce un des nombreux mérites de la thèse de croiser et confronter les regards à propos du fondement de ce droit. Ainsi, premier temps, l'auteur rejette les simplifications parfois outrancières des tenants de l'analyse économique du droit d'auteur ; deuxième temps, démontre tout l'intérêt de l'approche de Kant et d'Habermas, auteurs qui voient dans la reconnaissance de la nécessité d'un espace public de discussion le fondement du

droit d'auteur et, troisième temps, valide sa conviction par une approche sociologique des intérêts des acteurs. Citons ce passage de la conclusion de ce débat : *« L'évolution numérique et les menaces qu'elle fait peser sur l'effectivité de la protection des œuvres suscitent une demande, de la part des auteurs et exploitants, d'un renforcement de leurs prérogatives. Cette poussée des intérêts des titulaires de droits, manifeste dans les dispositions anti-contournement, s'explique par la volonté de restaurer la maîtrise de l'exploitation de l'œuvre. Cela étant, la propriété littéraire et artistique, si elle doit peut-être accepter en son sein un certain contrôle de l'accès à l'œuvre, ne peut ignorer l'intérêt corrélatif du public et l'intérêt public. Les pouvoirs de l'auteur ne peuvent être absolus car le droit d'auteur doit également favoriser l'accessibilité des œuvres. Ils ne peuvent davantage prétendre contrôler les exceptions, traductions en droit d'auteur des intérêts particuliers de certains publics et de l'intérêt général ».*

À ces deux premiers débats : « Droit d'auteur versus technologie » et « Fondements économiques versus fondements culturels » du droit d'auteur, l'auteur en ajoute un troisième essentiel : celui qui oppose deux modes de régulation. La question de la légitimité des mesures techniques nécessite que l'on tranche entre deux modes de régulation : celle « publique » versus celle « privée », celle des « private orderings » pour reprendre l'expression de la doctrine américaine.

L'auteur rappelle le contexte dans lequel se place ce débat. Les mesures technologiques accompagnent l'auteur qui, dans un monde digital, n'est plus comme hier confronté à un public indifférent qu'il atteignait via des intermédiaires et un support physique.

Désormais, l'auteur, ou ses ayants droit, est en contact direct avec l'utilisateur. Ce mouvement de désintermédiation et de dématérialisation autorisait hier et encore souvent aujourd'hui toutes les dérives à cet utilisateur, multipliant sans coût et sans contrôle possible les œuvres digitalisées. Pour cet auteur ou ses ayants droit les mesures techniques de protection constituent, déjà aujourd'hui et bien plus encore demain, le moyen sans faille et sans limite de maîtriser tant l'accès que l'utilisation de l'œuvre. Cette maîtrise peut s'opérer bien au-delà des équilibres voulus par le droit d'auteur. Appartient-il au seul titulaire du droit de définir l'étendue de cette maîtrise ?

La balance d'intérêts inscrite au cœur du droit d'auteur ne peut, technologie aidant, être soumise à la libre pensée de l'auteur, martèle à juste titre Séverine Dusollier. Ainsi, l'utilisateur n'est pas « légitime » — expression chère à notre législateur communautaire — par la décision de l'auteur mais bien par la vertu de la loi. Les exceptions, hypothèses où les prérogatives de l'auteur cèdent le pas à d'autres intérêts, doivent dans le monde digital continuer à être effectives même si les voies empruntées, pour ce faire, nécessitent le recours à des solutions ingénieuses, et peut-être le recours à une « autorégulation » sans contrôle, comme le propose en des termes obscurs l'article 6 de la directive européenne « société de l'information ».

La thèse s'aventure — c'est la seconde partie — en eaux plus profondes. Souvent les thèses généreuses méritent la critique qui leur est adressée, celle de prendre parti trop vite, de simplifier l'argument qui leur est opposé. Séverine Dusollier — le lecteur s'en convaincra rapidement — a cette qualité infinie que constituent la modestie et le respect de la pensée d'autrui. Ces qualités l'amènent sans cesse à nuancer sa pensée, à refuser jusqu'au bout, sans complaisance y compris vis-à-vis d'elle-même, la critique des discours simplificateurs.

La thèse est belle, ai-je envie de dire, belle parce que la cause qu'elle défend est noble, de par l'idéal qui l'anime. Elle incite à croire que même la loi sur le droit d'auteur peut modeler la technologie au service des intérêts fondamentaux de libre circulation des idées et de promotion de la connaissance.

Si la thèse est belle, que dire que la démonstration ! On souligne d'abord le choix des mots, la phrase jamais pesante, parfois imagée, le rythme d'un discours dont le lecteur à tout moment suit la logique et dont chaque étape se conclut par quelques pages de conclusions où il reprend son souffle, mais qui l'invitent déjà à aller plus loin.

C'est qu'en effet, la thèse de Séverine Dusollier prend au fur et à mesure des pages sa véritable dimension. Elle quitte progressivement les rivages tranquilles de la description, celle, éclairante pour le juriste, des mesures technologiques, celle soignée des législations et jurisprudences à leur égard. En particulier, on admire, avec Jane Ginsburg, membre du jury, la parfaite maîtrise par l'auteur des débats menés outre-Atlantique en la matière.

Quelle belle leçon que sa réflexion, au-delà d'une question « technique » tant au sens figuré que matériel, invite à des conclusions fondamentales :

- le droit d'auteur est une balance d'intérêts divers, qui équilibre intérêts privés et intérêts publics ;
- le législateur doit se préoccuper du maintien de cet équilibre ;
- les solutions à trouver peuvent être innovantes quant au moyen d'obtention de cet équilibre.

Grâce à cette œuvre, Séverine Dusollier rejoint désormais le cercle étroit des personnes qui comptent en droit d'auteur : ses premiers écrits avaient révélé l'auteur ; sa thèse la consacre.

Sans doute, est-ce là parole d'un promoteur. Vous, lecteurs, je le sais, me donnerez en tout cas et sans hésitation, raison.

Y. POULLET

Doyen de la Faculté de Droit des Facultés Universitaires de Namur,
 Professeur ordinaire à la Faculté de droit de Namur et de Liège,
 Directeur du Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID)
 Moxhe, le 15/10/2004

INTRODUCTION

Allons, lis, feuillette-le. Il est à toi, tu l'as bien mérité.

Guillaume rit ; il paraissait plutôt amusé : « Alors, ce n'est pas vrai que tu me crois aussi subtil que ça, Jorge ! Tu ne le vois pas, mais j'ai des gants. Avec les doigts empêtrés de la sorte je ne parviens pas à détacher les feuillets. Je devrais m'exécuter les mains nues, m'humecter les doigts avec ma langue, comme il m'est arrivé de le faire ce matin en lisant dans le scriptorium, alors soudain ce mystère aussi s'est éclairci pour moi, et je devrais continuer à tourner ainsi les feuillets, tant qu'une bonne dose de poison ne serait pas passée dans ma bouche. [...] Je pensais à un mécanisme plus complexe, à un croc empoisonné ou à quelque chose de ce genre. Je dois dire que ta solution était exemplaire, la victime s'empoisonnait toute seule, et précisément dans la mesure où elle voulait lire... » ⁽¹⁾.

1

S'empoisonner dans la mesure même où l'on souhaite lire... Le procédé imaginé par Umberto Eco et son personnage de papier, le moine aveugle Jorge, est particulièrement machiavélique. Il protège le livre inconnu d'Aristote de telle manière que sa consultation, sa lecture devient punissable de mort. Le moyen n'est pas trop faible pour le vieux moine en charge de la bibliothèque, qui redoute l'effet que pourraient avoir, sur ses condisciples, ces écrits sur le rire.

Contre toute attente, Guillaume de Baskerville, le héros du livre, déjoue le piège. Muni de simples gants, il tourne les pages et accède, bien qu'imparfaitement, aux réflexions du philosophe sur la comédie. Des gants contre un poison mortel ; une technique en défit une autre.

Une telle histoire est désormais connue en droit d'auteur. Les titulaires de droits déploient maintes techniques et astuces pour contrôler l'usage qui sera fait de leurs œuvres. Et des utilisateurs neutralisent la protection en recourant à d'autres techniques. Mais la comparaison s'arrête là. Car les moyens et les fins du « poison » diffèrent. Il va de soi que les aménagements techniques s'apposant de nos jours sur les œuvres ne sont pas si mortifères ; et l'objectif de la protection n'est ni la sauvegarde de l'orthodoxie religieuse ni la censure. Il ne s'agit que de préserver l'œuvre et les droits des auteurs dans un environnement où ceux-ci sont menacés et où l'auteur perd une part de la maîtrise de l'exploitation de sa création. En outre, ce sont les titulaires de droit d'auteur ou de droits voisins, en vertu de leurs droits, qui entourent leur œuvre ou prestation d'une protection, et non plus le gardien d'une bibliothèque, en vertu d'une quelconque autorité.

(1) U. Eco, *Le nom de la rose*, 1980.

2

Dans l'univers numérique, divers dispositifs techniques protègent les œuvres, en empêchent la contrefaçon ou gèrent les droits des auteurs. Ainsi voit-on de plus en plus des disques compact dont la copie est rendue techniquement impossible. Le nouveau format audiovisuel, le DVD, ne doit son lancement commercial qu'à la condition d'un mécanisme complexe de défense contre la reproduction et de protection des territoires de distribution des films. Même certaines cassettes analogiques sont dotées d'un moyen de limitation de la copie. Des œuvres multimédia peuvent être conçues de manière telle que leur utilisation soit restreinte ou soumise à des conditions précises. Par exemple, les éditeurs scientifiques peuvent munir de systèmes de gestion les exemplaires électroniques de leurs publications, qu'ils fournissent aux bibliothèques universitaires, de telle sorte que les étudiants puissent les consulter en ligne, voire réaliser des copies d'articles utiles à leurs recherches, copies expirant au terme d'un certain délai.

Sur Internet, de nouveaux modèles de distribution des œuvres commencent à se développer, transmettant les contenus dans un mode sécurisé qui gère l'utilisation de l'œuvre et les possibilités de sa reproduction ou de sa communication à autrui. Des services de fourniture d'œuvres à la demande offrent des films au téléchargement en limitant leur vision dans le temps ou en sécurisant l'exemplaire transmis de telle manière qu'il ne puisse être copié, utilisé sur certains équipements ou diffusé sur le web. Des éditeurs de journaux fournissent des copies d'articles publiés, copies dûment estampillées, ce qui permet de retracer ultérieurement leur utilisation. Plus récemment, c'est l'industrie musicale qui s'est lancée dans la danse, tentant de damer le pion aux systèmes d'échange illicite de fichiers musicaux. Elle propose, sous divers modèles, de télécharger des morceaux contre paiement, morceaux qui sont protégés contre la copie et l'utilisation partagée. L'art plastique n'est pas en reste, et les musées rivalisent de trouvailles pour montrer leurs collections à des visiteurs virtuels, de manière permanente ou le temps d'une exposition, tout en prémunissant ces reproductions d'œuvres de toute copie ou utilisation illicites.

La technique ne semble jamais à court d'imagination, pas plus que les titulaires de droits, qui tentent de concevoir de nouvelles manières d'exploiter et de jouir des œuvres de l'esprit. Ils retrouvent de la sorte la maîtrise de l'exploitation de leurs créations, par le contrôle de leur utilisation. C'est principalement la copie de l'œuvre qui devient techniquement réduite ou empêchée ; c'est aussi l'accès à l'œuvre et les modalités de sa jouissance que les ayants droit tentent d'interdire ou de limiter. La technique permet également de gérer et de contrôler toute utilisation de l'œuvre, de conclure des contrats relatifs à cette utilisation et d'en suivre l'exécution.

3

Mais les défenses ainsi édifiées ne sont pas imparables. Et il n'est pas rare qu'un dispositif technique, à peine mis sur le marché, succombe aux coups répétés d'utilisateurs peu scrupuleux. Le droit retrouve alors toute son utilité. Car, avant même que ces protections techniques soient réellement commercialisées ou largement utilisées par les auteurs et autres ayants droit, ces derniers ont réclamé que la loi soutienne leurs efforts en poursuivant les personnes qui désactiveraient les parades mises en place. Il s'agissait d'interdire l'acte de contournement de ces mesures techniques, ainsi que la fabrication, le commerce et l'offre de moyens ou d'équipements permettant ou facilitant ce contournement.

4 L'idée a fait son chemin chez de nombreux législateurs, jusqu'à ce qu'une consécration de cette protection contre le contournement voie le jour sur la scène internationale dans les traités adoptés, le 20 décembre 1996, par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ⁽²⁾. Les deux traités imposent aux États parties de :

« prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi » ⁽³⁾.

Nombreux sont désormais les États qui ont inscrit, dans leur droit d'auteur, des dispositions similaires qui règlent le sort des actes de neutralisation des protections techniques, généralement dénommées « dispositions anti-contournement ». Elles apparaissent dans une des dernières directives européennes en matière de propriété littéraire et artistique, la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information, en date du 22 mai 2001 (ci-après directive « société de l'information ») ⁽⁴⁾. Cette réglementation contre le contournement des mesures techniques est en conséquence vouée à faire partie du paysage législatif du droit d'auteur, en droit belge et dans les autres États membres. Ce sera le cas en Belgique dès l'adoption du projet de loi de mai 2004 qui vise à en transposer les principes dans la loi sur le droit d'auteur du 30 juin 1994 (ci-après, LDA) ⁽⁵⁾.

5 De ces dispositions anti-contournement, l'on s'est beaucoup ému. C'est qu'elles rajouteraient, à la protection de l'œuvre par le droit d'auteur, une couche de réservation supplémentaire et peut-être surabondante. L'œuvre est susceptible de bénéficier, en effet, de trois couches de protection successives ⁽⁶⁾ : à la couche originelle du droit d'auteur, s'ajoute celle du dispositif technique. La protection est parache-

(2) Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, faits à Genève le 20 décembre 1996.

(3) Article 11 du traité sur le droit d'auteur. Une protection similaire, adaptée au contexte des droits voisins, apparaît dans l'article 18 du traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

(4) Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, L 167, du 22 juin 2001, p. 10.

(5) Projet de loi transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. 2003-2004, n° 1137/1 (ci-après, projet de loi).

(6) Cette multiplication des couches de protection est relevée par l'ensemble de la doctrine, même si certains auteurs distinguent d'autres couches de protection. Voy. notamment, B. HUGENHOLTZ, « Copyright, contract and technology — What will remain of the public domain ? », in *Le droit d'auteur, un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, Cahiers du CRID, n° 18, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 9, qui voit dans la protection juridique des bases de données une quatrième couche de protection ; BECHTOLD, p. 178 et suiv., qui, à l'inverse, concentre son propos sur l'analyse des couches de réservation économique et non juridique, à savoir le contrat, la technologie et les accords entre l'industrie du contenu et l'industrie des équipements, accords réglant les modalités de protection des œuvres par les équipements de lecture ; I. T. HARDY, « Contracts, copyright and preemption in a digital world », *Rich. J.L. & Tech.*, 1995, Vol. 1, p. 2, § 11 (« In sum, copyright owners rely for assurance against unauthorized copying not just on copyright law, but on the aggregate deterrence of all four methods for limiting copying of their works : copyright law, the state of the copying art, special technical devices, and contract law. We can think of these four factors as slices in a pie, where the overall size of the pie represents the publisher's assurance against undue copying. »).

vée par les dispositions anti-contournement, comprenant à la fois la sanction de l'acte de contournement et la réglementation du commerce de certains équipements. En somme, « les mesures techniques qui *protègent* des œuvres *protégées* par le droit d'auteur sont à leur tour *protégées* »⁽⁷⁾. P. Sirinelli le résume parfaitement : « Dans un jeu de miroirs sans fin le droit vient au secours de la technique afin de permettre à celle-ci de venir efficacement au service du droit... !!! »⁽⁸⁾.

Par la conjugaison de ces multiples protections, l'auteur jouit d'une réservation étendue sur l'œuvre. À ses droits exclusifs se rajoutent une maîtrise de fait, par l'outil technique, et de nouvelles prérogatives juridiques, par les dispositions anti-contournement. L'on retrouve ici les différentes manières de réserver un bien immatériel, œuvre, information ou invention, qu'envisageaient J.-M. Mousseron et M. Vivant, dans un article de la fin des années quatre-vingt⁽⁹⁾. Ils y distinguaient deux principaux modes de réservation de l'immatériel, la réservation par le secret, dite réservation intellectuelle, ou la réservation sur un marché, dite réservation économique. La première cache le contenu de l'œuvre, l'« enfouit », comme on pourrait le faire à l'égard de tout bien matériel⁽¹⁰⁾, ou met des entraves à sa divulgation. Le second type de réservation divulgue l'information, l'œuvre, tout en en gardant le contrôle ; elle peut notamment être appuyée par le droit, soit qu'il octroie un droit privatif sur l'information — c'est le droit intellectuel — soit qu'il sanctionne un comportement — c'est le recours à la concurrence déloyale.

Ces deux auteurs rappellent combien l'histoire des droits intellectuels est jalonnée de ces diverses réservations. Si « à l'origine, règne certainement *le secret*, et exclusivement : *sans propriété* »⁽¹¹⁾, dans un deuxième temps, le droit a progressivement accordé « au « maître » de l'information une propriété, et une *propriété sans secret* »⁽¹²⁾. Un droit privatif tel que le brevet ou le droit d'auteur est reconnu sur l'invention ou la création, mécanismes dont la logique est celle de la divulgation intellectuelle. J.-M. Mousseron et M. Vivant considèrent qu'à cette opposition apparemment simpliste entre secret et propriété, l'évolution plus récente du droit sur l'information substitue un système hybride de « cumul entre *propriété et secret* »⁽¹³⁾ et en donnent pour exemple la protection du programme d'ordinateur que la loi investit d'un droit d'auteur tout en interdisant l'accès au code source.

(7) K. KOELMAN, « Handjeklap in Brussel », *I&I*, 2000-2, p. 2-4, disponible sur <<http://www.ivir.nl/publicaties/overig/koelman/handjeklap.html>> (2 décembre 2004), p. 3 (souligné par l'auteur). Dans la suite du texte, nous citerons en français les auteurs de doctrine en langue étrangère. Les traductions sont soit personnelles, soit empruntées aux traductions existantes, notamment lorsque le texte a été publié dans un ouvrage ou une revue multilingue.

(8) P. SIRINELLI, *Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins*, Rapport présenté à l'Atelier sur la mise en œuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'OMPI sur ses interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Genève, 6-7 décembre 1999, p. 30.

(9) J.-M. MOUSSERON et M. VIVANT, « Les mécanismes de réservation et leur dialectique : Le « terrain » occupé par le droit », *JCP E*, 1989, p. 2-4.

(10) *Ibid.*, p. 2. Voy. également P. GOLDSTEIN, « The Norms of Author's Right », in *Urheberrecht — Gestern — Heute — Morgen — Festschrift für Adolf Dietz*, München, Verlag C.H. Beck, 2001, p. 65.

(11) J.-M. MOUSSERON et M. VIVANT, « Les mécanismes de réservation et leur dialectique... », *op. cit.*, p. 2 (souligné par les auteurs).

(12) *Ibid.* (souligné par les auteurs).

(13) *Ibid.* (souligné par les auteurs).

Un autre exemple de cette réservation hybride peut certainement être trouvé dans les mesures techniques de protection et de gestion. Mélange complexe de réservation intellectuelle et économique, de réservation de fait et de réservation de droit, de droit d'auteur, d'emprise technique et de sanctions de certains comportements, ce cumul de protections est sans doute susceptible d'accorder à l'auteur la maîtrise de l'œuvre la plus étendue dont il puisse rêver.

Et c'est ce qui déplaît et questionne. K. Koelman, par exemple, s'interroge sur le monopole dont bénéficie désormais l'auteur et se demande si, parfois, « le mieux n'est pas l'ennemi du bien »⁽¹⁴⁾. P. Sirinelli admet que « la construction combinant moyens techniques et protection juridique en trois strates : droit — technique au secours du droit — droit au secours de la technique, peut conduire à des surréservations »⁽¹⁵⁾. Il y aurait surréservation dans la mesure où cette alliance de protections permettrait de contrôler tout acte d'accès à l'œuvre, tout acte d'utilisation de celle-ci, d'entraver le bénéfice d'utilisations de l'œuvre que la loi sur le droit d'auteur autorise pourtant par le jeu d'une règle d'exception aux droits exclusifs. Non seulement l'auteur renforcerait l'effectivité de ses droits, mais encore il pourrait protéger ce que la loi ne protège pas et envisager de nouveaux modèles de diffusion des œuvres, dans lesquels la réception de l'œuvre, sa consultation, sa jouissance seraient payantes et contrôlées. La réservation paraît dès lors excessive et illimitée, déclenchant les critiques les plus virulentes. Le mécontentement gronde chez les utilisateurs des œuvres qui réclament plus de liberté, plus d'accès aux œuvres et plus de droits. En Belgique, il s'est récemment exprimé par la voix d'une association de défense des consommateurs, Test-Achats, qui a intenté une action contre les producteurs de disques en vue de leur interdire le recours aux mesures techniques anti-copie, qui entraveraient de manière indue la réalisation d'une copie privée, présentée comme un véritable « droit » du consommateur. L'irritation sourd également dans la doctrine qui a fait du thème des mesures techniques et des dispositions anti-contournement, un des sujets les plus controversés du moment, opposant, souvent de manière réductrice, protection de l'auteur et libertés du public.

6

Au-delà de ce conflit d'intérêts qui démontre probablement une polarisation caricaturale du débat (la protection de l'un doit-elle nécessairement sacrifier la protection de l'autre ?), les mesures techniques de protection de l'œuvre et leur renforcement par les dispositions anti-contournement posent la question de l'étendue de la réservation de l'œuvre. Et la posent dans un environnement qui bouleverse particulièrement l'effectivité de cette protection, celui du numérique et des technologies de l'information et de la communication. Cet environnement digital lance de nombreux défis au droit d'auteur. Il induit une dématérialisation des œuvres ainsi qu'une disparition des intermédiaires traditionnels de la distribution de celles-ci, deux caractéristiques de cet environnement qui modifient les points d'ancrage habituels de l'exploitation des créations. Le numérique accroît également les possibilités de copier l'œuvre, de la manipuler ou de la diffuser.

C'est dans ce contexte que se situe cette recherche. Elle étudie la manière dont l'introduction, en droit d'auteur, des dispositifs de verrouillage, comme moyens de mise en œuvre des prérogatives de l'auteur, altère ce droit et en traves-

(14) K. KOELMAN, « Handjeklap in Brussel », *op. cit.*, p. 3.

(15) SIRINELLI, p. 419-420.

tit la logique. Elle essaie de déterminer si, dans ce « jeu de miroirs » entre le droit exclusif, l'acte techniquement contrôlé et le contournement légalement sanctionné, l'on n'aboutirait pas finalement à une image déformée de la protection de l'œuvre littéraire et artistique. La démarche n'est certainement pas conservatrice ou passiste et ne vise pas à rejeter toute modification du droit d'auteur, quelle qu'elle soit. Il ne s'agit pas de se faire les gardiens d'un temple que plus personne ne visiterait, mais seulement d'envisager quelle devrait être, par le biais de la protection des mesures techniques et dans l'environnement technologique de ce début du 21^e siècle, la protection adéquate de l'œuvre, l'étendue de la maîtrise qu'il faut accorder à l'auteur.

7 La thèse ici défendue est que cette réservation ne peut être absolue. Elle ne peut investir tout acte d'utilisation ou de jouissance de l'œuvre, mais doit, au contraire, suivre les fondements et les principes de la propriété littéraire et artistique qui instituent un équilibre entre protection et liberté, tout en s'adaptant sans cesse à l'évolution technique. Nous montrerons qu'une protection appropriée des mesures techniques est celle qui fait de ces outils les moyens d'un contrôle de l'exploitation de l'œuvre, et non les fins d'un contrôle légitimé par le seul critère de l'impératif technique.

À l'issue du présent travail, les mesures techniques auront repris une place plus modeste, celle d'un instrument et non d'une idole⁽¹⁶⁾. Le créateur, l'auteur, sera toujours au centre de la propriété littéraire et artistique, ce qui légitimera une protection effective des dispositifs techniques contre le contournement ou la neutralisation. Toutefois, le droit d'auteur ne sera plus uniquement au service de ces dispositifs, mais devra intervenir pour en atténuer l'appétit, éventuellement pour les brider et y aménager des espaces de liberté au profit du public et de la société tout entière.

8 Pour parvenir à cette conclusion, il faut revenir à la source de la protection des mesures techniques par le droit, soit aux traités de l'OMPI de 1996. Ils indiquent la route à suivre : la protection que doivent adopter les États doit être « appropriée ». À l'analyse, nous verrons que ce critère renvoie à l'équilibre que connaît tout régime de droit d'auteur et aux nécessités du nouvel environnement d'exploitation des œuvres. Ces deux éléments guideront nos pas dans le régime de la propriété littéraire et artistique.

Ce retour aux textes internationaux justifie également la dimension géographique de l'étude. En raison de cette gestation proprement internationale, bien que largement influencée par les États-Unis et l'Union européenne, les dispositions anti-contournement se sont moulées dans divers régimes nationaux, sans grandes différences, si ce n'est celles qu'inspiraient les dispositions existantes du droit d'auteur. Les législateurs se sont d'ailleurs bien souvent copiés l'un l'autre. Cette inspiration internationale et ce mimétisme législatif expliquent la relative similitude, au-delà des frontières, de ces dispositions. Les questions que pose la protection technique du droit d'auteur sont également fort concordantes.

(16) M. VIVANT, « Le futur des relations entre le droit et les technologies de l'information », in *Variations sur le droit de la société de l'information*, Cahiers du CRID, n° 20, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 69.

C'est ce qui motive que notre réflexion ait cherché à ne pas être inféodée à un système national particulier : elle entend aborder le phénomène des mesures techniques et de ses effets en droit d'auteur dans la perspective la plus large possible. Par pragmatisme, elle s'ancre toutefois dans le droit belge⁽¹⁷⁾ et abordera principalement aux rives françaises et américaines. Françaises, car l'on conviendra que l'influence française est grande sur le système belge de droit d'auteur et que la richesse de sa jurisprudence et de sa doctrine autorise à y puiser des analyses utiles à la compréhension de concepts identiques⁽¹⁸⁾. Américaines, car les dispositions anti-contournement y ont trouvé, depuis plusieurs années déjà, un terreau particulièrement favorable qui a donné naissance à une vaste doctrine et à une jurisprudence déjà émaillée d'applications intéressantes⁽¹⁹⁾. Enfin, l'étude fait la part belle aux instruments communautaires qui fournissent le cadre de la protection des mesures techniques et suscitent une relative harmonisation des questions posées et des réponses que doivent y apporter les législateurs de tous les États membres, en ce compris le législateur belge.

Il faut encore remarquer que la recherche traite surtout du droit d'auteur. L'on pourrait recourir à la formule classique selon laquelle la plupart des observations qui suivent valent également pour les droits voisins, sauf précision contraire, mais ce serait faire preuve d'un raccourci dommageable, particulièrement lorsqu'il s'agira d'exposer les fondements de la propriété littéraire et artistique. Disons simplement, qu'à défaut d'une recherche plus approfondie sur la question des mesures techniques et des droits voisins⁽²⁰⁾, nos réflexions pourront en grande partie servir à délimiter la protection, par la technique et les dispositions anti-contournement, des droits voisins et du droit *sui generis* portant sur les bases de données.

Nous n'avons pas davantage cherché les moyens juridiques de protection des mesures techniques dans des matières distinctes du droit d'auteur, telles que le droit de la criminalité informatique ou la concurrence déloyale⁽²¹⁾. Nous n'avons pas non plus, à l'appui des limites qui devraient être apportées à cette protection, investigué l'abus de droit, le droit de la consommation ou les libertés fondamentales. La réflexion se concentre sur les dispositions anti-contournement en droit d'auteur.

9

Le travail est structuré en deux parties.

La première analyse la réception, par la propriété littéraire et artistique, des mesures techniques protégeant les œuvres et les droits des auteurs. Y seront examinées les couches successives de réservation de l'œuvre, additionnelles au droit d'auteur, que sont ces outils techniques et les dispositions anti-contournement,

(17) À défaut d'une indication contraire, les textes de lois cités et les décisions de jurisprudence relèvent du droit belge. La loi belge du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins sera, par la suite, abrégée en « LDA », et la loi belge du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, sera abrégée en « LPO ».

(18) Le Code de la propriété intellectuelle français sera par la suite abrégé en « CPI ».

(19) L'on fera référence à la loi américaine sur le copyright, qui fait l'objet du titre 17 du Code des États-Unis, par « 17 U.S.C. ».

(20) Notons par ailleurs que les règles relatives aux mesures techniques ne diffèrent pas essentiellement en fonction de l'objet de leur protection, œuvre, prestation ou base de données.

(21) Voy. cependant *infra*, n° 100.

ainsi que leurs effets sur le régime du droit d'auteur, principalement en termes d'étendue de la protection dont l'œuvre est finalement revêtue. S'ensuivra un constat d'une réservation qui n'est plus seulement déterminée par la loi, s'étend à chaque utilisation de l'œuvre et dénie à l'utilisateur le bénéfice des exceptions que la loi lui accorde.

C'est le droit d'auteur en tant que système qui accueille et assimile cette réservation, c'est aussi en tant que système que le droit d'auteur en ressort affecté. Il s'impose, dès lors, de confronter les changements intervenus à l'architecture de la propriété littéraire et artistique, à ses soubassements et à sa charpente. Ce sera l'objet de la seconde partie, sorte d'enquête sur les fondements et les principes du droit d'auteur et la mesure dans laquelle cette nouvelle protection de l'œuvre que sont les dispositions anti-contournement y déroge ou s'y conforme. La première partie expose le phénomène des mesures techniques — la *quaestio facti* — et en déduit ses conséquences sur le droit d'auteur ; la seconde soulève la question de la légitimité de ce phénomène — la *quaestio juris*.

Cette confrontation sera également l'occasion d'esquisser, sous forme de conclusion du présent travail, les moyens et les règles d'une protection appropriée des mesures techniques. Protection appropriée qui n'est en définitive rien d'autre qu'une protection appropriée de l'œuvre de l'esprit.

PREMIÈRE PARTIE

La réception des mesures techniques en droit d'auteur

Titre 1 • La protection du droit d'auteur par la technique

Chapitre 1 - La technique au secours du droit

Chapitre 2 - Le droit au secours de la technique - La protection légale de la réservation technique

Titre 2 • Les effets des mesures techniques en droit d'auteur

Chapitre 1 - La portée de la réservation de l'oeuvre

Chapitre 2 - L'étendue de la réservation de l'oeuvre

Chapitre 3 - Les mesures techniques et les exceptions au droit

DEUXIÈME PARTIE

La confrontation des mesures techniques au droit d'auteur

Titre 1 • Les fondements du droit d'auteur

Chapitre 1 - La justification du droit d'auteur

Chapitre 2 - L'analyse économique du droit d'auteur

Chapitre 3 - Les intérêts protégés par le droit d'auteur

Chapitre 4 - La nature juridique du droit d'auteur

Titre 2 • L'étendue des droits sur l'oeuvre

Chapitre 1 - L'étendue de la réservation de l'oeuvre par le droit d'auteur

Chapitre 2 - L'étendue de la réservation de l'oeuvre par le droit sur le support

Titre 3 • Les exceptions aux droits de l'auteur

Chapitre 1 - Le régime des exceptions

Chapitre 2 - Les conditions du bénéfice des exceptions

Chapitre 3 - Le fondement des exceptions

Chapitre 4 - La nature juridique des exceptions

Chapitre 5 - La nature impérative des exceptions

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

La protection appropriée des mesures techniques en droit d'auteur

DROIT D'AUTEUR ET PROTECTION DES ŒUVRES DANS L'UNIVERS NUMÉRIQUE

Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres

L'environnement digital constitue certes une menace pour la protection du droit d'auteur mais il y apporte aussi son lot de réponses et d'outils nouveaux. Ont ainsi été développés de nombreux dispositifs techniques visant à protéger les œuvres numériques, en ligne ou non : films, musique, programmes d'ordinateur, peuvent désormais être dotés de mécanismes techniques gérant les droits de l'auteur ou contrôlant la copie, l'accès ou l'utilisation non autorisés de l'œuvre.

Le droit vient au secours de ces mesures techniques de protection : les Traités OMPI de 1996, la directive européenne de 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, récemment suivis par le législateur belge, prévoient de sanctionner la neutralisation de tels dispositifs, ainsi que la fabrication et le commerce de moyens permettant ou facilitant un tel contournement. L'œuvre est donc désormais susceptible de bénéficier d'une triple couche de protection : elle est protégée par le droit d'auteur, protégée par la technique, elle-même protégée par la loi.

Cet ouvrage analyse l'articulation entre ces trois couches de réservation de l'œuvre et examine dans quelle mesure cette multiplication de la protection modifie le droit d'auteur et l'étendue des prérogatives qu'il accorde à son titulaire. L'auteur répond ainsi aux principales critiques qui ont été adressées à ces mesures techniques et aux dispositions anti-contournement, critiques relatives à l'impossibilité de bénéficier des exceptions au droit d'auteur et notamment de la copie privée, ainsi qu'au contrôle de l'accès à l'œuvre permis par ces dispositifs.

Première analyse approfondie de l'introduction des mesures techniques en droit d'auteur, l'ouvrage est également une réflexion d'ensemble sur l'étendue du droit d'auteur, des droits exclusifs d'exploitation aux exceptions et limitations de ces droits, réflexion qui se nourrit aux fondements philosophiques, sociologiques ou économiques de la propriété littéraire et artistique.

Ces développements, qui donnent lieu à une analyse minutieuse et argumentée, permettent à l'auteur de plaider d'une part pour une limitation naturelle du pouvoir de l'auteur aux actes d'exploitation de l'œuvre, soit aux actes permettant une diffusion publique de l'œuvre, excluant ainsi les seuls actes d'accès ou d'utilisation finale de l'œuvre ; d'autre part, pour une préservation nécessaire des exceptions au droit d'auteur à l'encontre des mesures techniques ou de la protection légale de celles-ci.

L'auteur

Séverine Dusollier est docteur en droit et maître de conférences aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur où elle enseigne notamment le droit d'auteur et le droit de la société de l'information. Elle est également en charge du département des droits intellectuels du Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID).



2-8044-1716-6



9 782804 417161
PROOEU