

Teil 2 – Interne Beschränkungen

1ter Diskutant – Dr. Jacques de Werra

Je vais me concentrer sur une question qui a fait l'objet des réflexions des deux orateurs précédents. Cette question est celle de savoir si les limites et exceptions au droit d'auteur sont de nature impérative, ou si au contraire, exprimé en d'autres termes, la liberté contractuelle doit prévaloir sur l'exercice de ces exceptions, soit de manière générale, soit dans certains cas particuliers.

Pour aborder cette question, il me semble utile de revenir d'abord à la situation de base, soit à l'essence même et à l'équilibre interne du droit d'auteur, pour voir ensuite comment cet équilibre est menacé de manière particulière dans le monde numérique (B). On examinera sur cette base comment certaines solutions législatives ponctuelles ont été élaborées afin de trancher si les exceptions au droit d'auteur sont ou non de nature impérative (C), pour enfin conclure par certaines pistes de réflexion prospectives (D).

A. L'équilibre interne du droit d'auteur

Il n'est pas inutile de rappeler, à l'heure où les positions ont une certaine tendance à se polariser, que l'équilibre entre le droit exclusif et les exceptions et limitations, a toujours été une composante intrinsèque au régime du droit d'auteur et que le droit d'auteur (tout comme les autres droits de propriété intellectuelle) ne peut pas se concevoir sans que des exceptions et limitations ne soient apportées au droit exclusif (ce qui a été très bien rappelé par Mme Dusollier tout à l'heure).

Sur le plan constitutionnel, le droit d'auteur est (et je crois que c'était très important que le Prof. Schwarz le souligne) protégé par la garantie de la propriété. Néanmoins, cela ne signifie aucunement que ce droit est illimité, mais bien au contraire qu'il doit respecter certaines contraintes qui résultent de l'ordre juridique et en particulier de droits qui viendraient s'opposer à son exercice. Parmi ces limites, on doit bien entendu mentionner certains droits fondamentaux, tels que la liberté d'expression, la liberté de la presse, dont découlent certaines exceptions spécifiques consacrées par le droit d'auteur (liberté de la parodie et des citations). D'autres exceptions sont également consacrées afin de protéger certains intérêts légitimes de tiers qui ont justifié l'introduction dans les législations sur le droit d'auteur de certaines exceptions, comme l'exception de copie privée ou de copie de sauvegarde pour les programmes d'ordinateurs.

Dans ces circonstances, on a pu considérer que la législation sur le droit d'auteur a pour objectif d'instituer et de maintenir un certain équilibre entre les intérêts des titulaires des droits et ceux des utilisateurs et du public au sens large.

B. L'avènement du monde numérique

L'avènement du monde numérique et de l'utilisation numérique des œuvres n'est pas resté sans effets sur cet équilibre. Si l'on prend un exemple concret du mode d'utilisation actuel d'un livre et qu'on passe à un e-book ou bien d'un disque compact (CD) et qu'on passe à la musique en ligne, il me semble qu'on peut constater que deux phénomènes viennent affecter cet équilibre de manière significative. Le premier aspect est celui de la contractualisation progressive des relations. Jusqu'à présent, il n'y avait pas ou peu de relations contractuelles directes liées entre le titu-

laire du droit et l'utilisateur de l'œuvre protégée. Tel est désormais le cas aujourd'hui, tout particulièrement dans l'univers d'utilisation en ligne des œuvres protégées dans lequel l'étendue des droits d'utilisation conférés se définit d'abord sur le plan contractuel. Le deuxième aspect de cette évolution tient dans le recours accru à la protection technologique pour protéger les contenus numériques, qui a pour effet qu'au delà de la protection légale conférée par le droit d'auteur et de la protection contractuelle, il y a désormais une protection technologique du contenu. Cette dernière couche de protection s'est d'ailleurs renforcée par l'introduction d'une nouvelle protection légale contre le contournement des mesures techniques. Les conséquences de cette évolution font que l'on a craint que cela affecte de manière sensible l'équilibre intrinsèque du droit d'auteur.

Dans ces circonstances, la question de savoir dans quelle mesure les exceptions et les limites posées au droit d'auteur sont et seront respectées dans ce nouvel environnement devient encore plus pressante.

C. Les solutions législatives adoptées

Certains législateurs ont souhaité trancher (ou à tout le moins tenté de le faire) la question de la nature impérative ou non des exceptions au droit d'auteur.

Ces solutions législatives ont généralement réglementé la question sous l'un des deux angles exposés ci-dessus, soit selon l'aspect contractuel, soit selon l'aspect lié à l'interdiction légale du contournement des mesures techniques de protection.

Concernant tout d'abord l'aspect contractuel, soit la question de savoir si oui ou non on peut déroger aux exceptions au droit d'auteur par contrat, on doit rappeler que certaines dispositions légales règlent ces questions de manière expresse, mais pas de manière uniforme. Ainsi, on peut tout d'abord mentionner la solution prévue dans la Convention de Berne (art. 10bis al. 1), qui permet de déroger contractuellement à l'exercice de l'exception prévue en faveur des compte-rendus de l'actualité[2]. Par contraste, une solution contraire a été adoptée dans la directive européenne sur la protection des programmes d'ordinateurs[3] dans laquelle il est précisément prévu que l'exception de décompilation et l'exception pour les copies de sauvegarde sont de droit impératif[4].

De même, certaines législations ont réglementé - de manière sensiblement plus complexe - la question de la relation entre l'exercice des exceptions au droit d'auteur et l'interdiction du contournement des mesures techniques de protection. Ces législations ont ainsi répondu de manière assez complexe et évolutive à la question de savoir s'il est légal de contourner une mesure technique de protection dans le but d'exercer une exception au droit d'auteur. A titre d'exemple, on peut naturellement se référer à la section 1201 du Digital Millennium Copyright Act américain qui institue en particulier un système de rulemaking permettant d'octroyer des exceptions ponctuelles à l'interdiction de contournement dans certains cas particuliers. De même, l'art. 6(4) de la Directive européenne du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2001/29/CE) institue également un système assez complexe réglementant la relation entre les exceptions au droit d'auteur et l'interdiction du contournement des mesures techniques de protection. Ces réglementations législatives ne sont pas parfaites, et sont d'ailleurs soumises à des mécanismes d'adaptation périodiques (ce qui paraît en soi souhaitable vu l'évolution technologique constante des modes d'utilisation des œuvres).

Ces solutions législatives ponctuelles et/ou évolutives laissent ainsi une certaine liberté pour évoquer certaines pistes de réflexion pour l'avenir.

D. Les pistes de réflexion

Une première piste de réflexion est qu'il semble que l'on doive approcher de manière globale la question juridique du caractère impératif des exceptions au droit d'auteur en la traitant de manière uniforme sous l'angle contractuel et sous l'angle de la légalité du contournement des mesures techniques de protection. Cela n'aurait en effet aucun sens qu'une exception soit déclarée de nature impérative dans le cadre contractuel (soit qu'il ne serait par hypothèse pas licite d'exclure contractuellement l'exercice d'une exception spécifique), sans prévoir également que cette exception devrait prévaloir dans le cadre du conflit entre l'exercice de cette exception et la protection juridique contre le contournement d'une mesure technique de protection. Par conséquent, si solution il doit y avoir (constatant par hypothèse qu'une exception serait si importante qu'elle devrait être reconnue de nature impérative), il faudrait que cette consécration de l'importance fondamentale de l'exception vaille également dans le cadre de la réglementation relative à l'interdiction du contournement des mesures techniques (de sorte que le contournement des mesures techniques en vue d'exercer cette exception ne soit pas déclaré illicite).

Une deuxième piste - et là je m'inscris peut-être moins dans la ligne de Mme Dusollier et davantage dans celle du Prof. Schwarz - et qu'il me semble que la solution qui est notamment celle de la loi belge relative au droit d'auteur et aux droits voisins (art. 23bis), qui prévoit que toutes les exceptions au droit d'auteur sont de nature impérative, n'est pas souhaitable. Il me paraît au contraire qu'une solution différenciée en fonction de l'importance respective des diverses exceptions devrait être adoptée. A cet égard, l'exception d'usage privé me semble mériter une protection moins grande que notamment l'exception de parodie ou l'exception de citation qui peuvent se prévaloir d'un ancrage constitutionnel beaucoup plus solide (soit en particulier la liberté d'expression). Il me paraît donc pas souhaitable d'adopter un régime uniforme qui ferait que toutes les exceptions seraient reconnues comme étant de nature impérative. Dans ce cadre, il me semble utile (et je rejoins à nouveau le Prof. Schwarz à propos de l'exception d'usage privé) de garder une approche relativement flexible dans le but de ne pas brider le progrès technologique, mais aussi de répondre aux attentes du marché et des consommateurs. Certains modèles économiques et commerciaux (en particulier dans l'univers des utilisations en ligne des oeuvres) permettent ainsi aux consommateurs de n'utiliser le contenu protégé qu'une seule fois pour un prix réduit (par exemple visionner un film), sans que ces consommateurs ne souhaitent nécessairement conserver ce contenu de manière définitive, ni ne souhaitent en faire une copie (ce qui leur coûterait davantage). La flexibilité est ainsi susceptible de servir les intérêts des consommateurs. Un autre exemple concret concerne le système des « application service providers » (ASP) qui est utilisé en matière de logiciels. Ce système se caractérise par le fait que les logiciels sont mis à la disposition d'un utilisateur en temps réel (par le biais d'Internet) sans que cet utilisateur n'obtienne de copie physique de ceux-ci. Si l'on considère ainsi ce système en considérant que l'exception pour copie de sauvegarde est de caractère impératif, on est confronté à une difficulté puisque le modèle de l'ASP est basé sur la mise à disposition en ligne d'un logiciel, sans que l'utilisateur du système ASP ne puisse faire une copie de sauvegarde. Dans un tel cas, un système légal trop rigide peut potentiellement ruiner un modèle économique d'exploitation novateur d'oeuvres protégées.

Une autre piste de réflexion qui me paraît intéressante dans le cadre de la détermination du caractère impératif ou non d'une exception est de savoir dans quelle mesure le contenu en question que l'on souhaite utiliser serait ou non utilisable par le moyen d'autres sources (faisant que ce contenu peut être utilisé à des conditions moins restrictives). Cette approche correspond à ce qui a été prévu par le législateur australien qui a décidé que pour déterminer si oui ou non il est licite de contourner une mesure technique de protection ou d'importer un produit capable de contourner une telle mesure dans un cas particulier, il faut examiner si l'oeuvre que l'on souhaite ainsi utiliser est accessible par d'autres sources (qui ne sont pas protégées par des mesures techniques de protection)[5]. La réflexion sous-jacente est que si ce contenu n'est pas accessible, on aura tendance à permettre le contournement des mesures de protection parce qu'on considère qu'il y a alors un intérêt plus grand du public des consommateurs à pouvoir utiliser ce contenu. Concrètement, on peut illustrer ceci par l'exemple d'un contenu accessible sous la forme d'un livre ou d'un e-book. Si la personne et l'utilisateur en question peut toujours acheter le livre comportant le contenu recherché, elle n'est alors pas obligée d'utiliser le e-book, et l'on pourra plus facilement conclure qu'il n'aura pas le droit de contourner les mesures techniques de protection qui seraient appliquées au e-book (s'il peut utiliser ce contenu dans un cadre non protégé par un livre). De même, on devrait considérer que lorsque les utilisateurs ont le choix d'utiliser un contenu donné sous différentes formes (numériques ou pas numériques, on line ou off line), et qu'ils choisissent d'utiliser une forme particulière qui par hypothèse restreindrait l'étendue de leurs droits d'utilisation (par exemple accès en ligne limité pour un prix réduit), on aurait tendance à considérer que de telles restrictions à l'étendue du droit d'utilisation concédé aux consommateurs sont valables (même si elles devaient ne pas respecter certaines exceptions au droit d'auteur, notamment l'exception d'usage privé). Cette approche inspirée de la solution australienne pourrait ainsi conduire à considérer qu'une solution flexible et judiciaire (le tribunal saisi devant trancher dans un cas particulier) de la question, par opposition à une réglementation législative rigide, serait adéquate.

Dans ces circonstances, ni la liberté totale du marché (en particulier la liberté contractuelle), ni la rigidité absolue (soit la consécration du caractère impératif de toutes les exceptions au droit d'auteur) ne paraissent souhaitables. Au contraire, une approche pondérée et réfléchie en fonction de l'importance spécifique de l'exception concernée et des intérêts en jeu dans le cas particulier devrait être adoptée afin de trancher cette question délicate du droit d'auteur dans la société de l'information.

Prof. Reto M. Hilty

Herzlichen Dank, Herr de Werra, für diese ausgewogenen Ergänzungen. Ich gebe das Wort gleich weiter an Herrn Dr. Rigamonti.

[2] « (1) Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction par la presse, ou la radiodiffusion ou la transmission par fil au public, des articles d'actualité de discussion économique, politique ou religieuse, publiés dans des journaux ou recueils périodiques, ou des œuvres radiodiffusées ayant le même caractère, dans les cas où la reproduction, la radiodiffusion ou ladite transmission n'en est pas expressément réservée. [...]» (nous soulignons).

[3] Directive du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (91/250/CEE).

[4] Art. 5, 6 et 9 de la Directive.

[5] Sect. 116A du Copyright Act 1968: "4). This section does not apply in relation to the making or importing of a circumvention device:

(a) for use only for a permitted purpose relating to a work or other subject-matter that is not readily available in a form that is not protected by a technological protection measure; or (b) for the purpose of enabling a person to supply the device, or to supply a circumvention service, for use only for a permitted purpose.

(4A) For the purposes of paragraphs (3)(b) and (4)(a), a work or other subject-matter is taken not to be readily available if it is not available in a form that lets a person do an act relating to it that is not an infringement of copyright in it as a result of section 47D, 47E, 47F, 48A, 49, 50, 51A or 183 or Part VB. [dispositions qui consacrent diverses exceptions au droit d'auteur]".