



UTILISATIONS LIBRES DES ŒUVRES PROTÉGÉES DANS LE CONTEXTE NUMÉRIQUE EUROPÉEN : D'UNE RÉGULATION PUBLIQUE À UNE RÉGULATION PRIVÉE (*)

GIUSEPPE MAZZIOTTI

Doctorant en droit, Institut universitaire européen de Florence

Introduction

Dans la deuxième moitié des années 1990, le développement de la technologie numérique et la diffusion capillaire de réseaux tels qu'internet ont révolutionné les relations parmi les acteurs qui animent l'industrie culturelle. Cette révolution était indissolublement liée aux caractéristiques fonctionnelles de la technologie numérique appliquée à la communication « en réseau ». Ce modèle nouveau de communication permet à ceux qui sont (dans le domaine analogique) les destinataires finaux des informations — le consommateur ou utilisateur — de devenir très simplement distributeurs et élaborateurs de toutes ces informations qu'on peut « réduire » sous un format numérique et, en conséquence, transmettre. On a assisté, progressivement, à un phénomène de distribution massive des œuvres protégées en format numérique — qui ne se souvient pas des chansons en MP3 échangées sur Napster ? — à travers des réseaux qui en anglais s'appellent *peer-to-peer* et qui synthétisent bien la nouveauté plus importante d'un moyen numérique tel qu'internet : la potentielle disparition des intermédiaires dans la communication et, en parallèle, l'érosion presque totale de la distinction entre distribution privée et publique des contenus. La technologie numérique donne ainsi aux utilisateurs modernes réunis en réseaux télématiques la possibilité de copier et de distribuer sans frontières et à des coûts négligeables (presque zéro) toute sorte d'œuvres protégées et même, plus généralement, toute sorte d'informations. De la sorte, ont été créées les bases d'une

concurrence *de facto* entre distribution professionnelle et non professionnelle d'informations. En même temps, on a compris que cette même activité de distribution et d'intermédiation nouvelle n'avait plus besoin d'une infrastructure particulière (1) ni de grandes sources pour être efficace et compétitive : un ordinateur et une connexion rapide à l'Internet étaient plus que suffisants. Par ailleurs, cette technologie et les programmes qui y sont relatifs donnent aux utilisateurs d'Internet de nouvelles possibilités d'expression et de communication « entre pairs », pourrait-on dire. Il ne s'agit pas donc seulement de la possibilité de copier et transmettre des œuvres protégées par le droit d'auteur mais surtout de la possibilité de reproduire et distribuer aux autres utilisateurs des mêmes réseaux toute sorte d'information. Cela donne forme à l'immense catégorie juridique du domaine public où les informations et le matériel proposés à l'usage de tous — ce que les américains appellent *Commons* (2) — et où également les œuvres pour lesquelles la protection temporelle et plus ou moins fonctionnalisée du droit d'auteur arrive à terme.

C'est dans ce cadre que s'inscrit la directive 2001/29/CE (3), qui a harmonisé tous les différents droits exclusifs nationaux (aux art. 2, 3 et 4) et a conféré à ces mêmes droits une dimension technologique qu'on pourrait définir de « monopoles électroniques ». Cette harmonisation fut une réponse précise aux problèmes qu'on vient d'évoquer et ainsi qu'à la possible disparition des intermédiaires dans la distribution d'information et dans l'industrie culturelle en général. Cette

directive est aussi le moyen juridique par lequel l'Union européenne a mis en œuvre les traités adoptés en 1996 sous l'égide de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) afin de garantir la protection des droits traditionnels d'auteur et des droits voisins dans les réseaux télématiques tels qu'internet.

La directive 2001/29/CE et le clivage acteurs privés-acteurs publics

Il existe deux modèles principaux du droit d'auteur, le droit d'origine française et le *copyright* (ou droit de copie) d'origine anglo-saxon. Ces deux modèles de protection ont des justifications différentes. Le droit d'auteur était à l'origine un droit de la personne (droit moral : le droit de l'auteur au fruit de son travail et de son invention) avec des implications économiques. Le *copyright* était un droit purement économique et avec un fort aspect pragmatique. Ces deux modèles, présents dans des mesures différentes dans les législations des États membres, confèrent aux créateurs d'œuvres nouvelles relevant de certaines catégories artistiques ou simplement inventives (on pense par exemple aux programmes informatiques) des droits exclusifs de reproduction, de transmission et de distribution. Ces droits constituent les moyens juridiques pour stimuler la création intellectuelle en compensant économiquement les efforts des auteurs et de leurs producteurs ou intermédiaires. À côté de ces espaces de monopole légal d'utilisation — et donc à côté de la protection d'intérêts surtout privés — les deux

(*) L'auteur remercie Colette Kleemann, François Lafarge, Elsa Gopala-Krishnan et Tambiama Madiaga pour la relecture de ce texte.

(1) V. Ricolfi, *Intellectual Property Rights and legal order*, II *Diritto d'Autore* 2001, 132 ss.

(2) V. Lessig, *The Future of Ideas, The fate of the commons in a connected world*, Vintage Books, New York 2002, 19 ss.

(3) Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE du 22 juin 2001, L. 167/10.

modèles prévoient des mécanismes légaux de protection des intérêts publics qui ont souvent une dimension et une valeur constitutionnelle beaucoup plus évidente que le droit d'auteur. On fait ici allusion à la liberté d'expression sous toutes ses formes, à l'accès à la culture et à sa diffusion et, en général, au progrès artistique et scientifique garanti par la participation créatrice des autres acteurs qui peuvent développer, améliorer ou recréer ce qui a déjà été créé. Tous ces intérêts seraient sacrifiés si des monopoles « parfaits » étaient attribués sur les usages des créations artistiques et culturelles.

Les exceptions aux droits exclusifs dans les systèmes des droits d'auteur et les doctrines plus ouvertes comme le *fair use* et le *fair dealing* dans le *copyright* constituent un contrepoint fondamental à ce domaine particulier de la propriété intellectuelle, en protégeant les intérêts qu'on vient de mentionner et donc en donnant aux consommateurs et aux utilisateurs des œuvres protégées des possibilités de défense spécifique vis-à-vis des titulaires des monopoles concernant la reproduction, la communication et la distribution publique des œuvres. On peut rappeler ici, en citant quelques dispositions de l'article 5 de la directive précitée, le droit de critique et de citation, la faculté d'usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales (bien qu'avec une compensation équitable des titulaires) et les usages nécessaires dans le cadre de l'enseignement, de la recherche scientifique et de la liberté de la presse.

Dans le monde réel, c'est-à-dire, selon nous, le monde analogique par opposition au

monde virtuel du numérique, ces utilisations qui concilient les intérêts des créateurs vis-à-vis de ceux du public étaient et sont garanties par la surveillance des acteurs publics tels que le législateur et le juge. Le pouvoir législatif peut établir des règles propres à garantir l'effectivité de certaines utilisations privilégiées. On pense par exemple à la mise en œuvre, par la prévision de dispositions d'ordre public, d'une protection contractuelle des consommateurs et des utilisateurs contre les abus possibles des titulaires de monopoles. Le pouvoir judiciaire peut décider si l'usage que les bénéficiaires font de ces exemptions au monopole attribué au droit d'auteur sont conformes aux dispositions de la loi. Dans ce cadre, les utilisateurs ont d'abord accès aux œuvres. Ce n'est que dans un deuxième temps qu'on discutera de la légitimité de ces utilisations devant un juge et qu'on pourra donc en analyser le but ou la fonction.

Dans le domaine numérique, que le droit européen a essentiellement abordé à partir de 1991 avec la décision de protéger les programmes informatiques au titre du droit d'auteur, le cadre qu'on vient d'illustrer n'existe plus.

La directive 2001/29/CE soumet, tout d'abord, au pouvoir des propriétaires des droits toute reproduction des œuvres (art. 2) à l'exception des actes transitoires ou accessoires dont l'unique finalité est de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire. Si on considère que dans la technologie numérique chaque utilisation et transmission comporte automatiquement une reproduction, et donc qu'un réseau tel qu'internet peut être comparé à une « gigantesque ma-

chine à copier », l'attribution d'un droit exclusif si large condamne à l'illégalité toute utilisation qui n'est pas autorisée par les propriétaires et peu importe qu'elle soit ou non commerciale.

On a en même temps créé un droit d'accès substantiel aux œuvres en format numérique transmises à travers des réseaux télématiques ou distribuées sur des supports matériels, droit qui était jusqu'alors inconnu, en obligeant les États membres à prévoir deux protections juridiques. La première est une protection contre le contournement des technologies qui sont destinées à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par les titulaires des droits d'auteur prévus par la loi (art. 6, § 1). La seconde est une protection juridique contre la fabrication et la commercialisation de dispositifs et la prestation de services qui facilitent ou permettent le contournement des technologies ci-dessus (art. 6, § 2). On a donc introduit une protection autonome et absolue des moyens technologiques qui ne permettent (ou, plus raisonnablement, que ne permettront) ni l'accès ni la copie « privée » des œuvres protégées. Selon ce modèle de protection, l'attribution d'un pouvoir d'exclusion (*jus excludendi*) confèrera au droit d'auteur numérique la structure d'un droit de propriété domaniale et ne permettra aucune survivance des utilisations libres quand les œuvres nouvelles seront distribuées seulement sous un format protégé. En outre, la prévision d'une protection juridique relative à l'information sur le régime des droits (art. 7), où sont incluses « les informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre (...) ainsi que

tout numéro ou code représentant ces informations » (art. 7, § 2), permettra que codes et contrats électroniques prennent la place des juges et des législateurs dans la fixation des conditions pour l'accès à une œuvre et son utilisation dans le temps et dans la détermination de la législation applicable (4).

L'article 5 de la directive a prévu une liste très longue d'exceptions aux droits harmonisés par les dispositions précédentes. Cette liste est caractérisée par l'absence d'une quelconque tentative d'harmoniser dans le marché commun une catégorie juridique, celle des utilisations libres, qui devrait contribuer de manière décisive à la définition du domaine de la protection des œuvres (5). La directive n'a pas harmonisé les utilisations libres au sein d'un moyen transnational de communication comme internet. La directive ne contient pas non plus de clause garantissant l'efficacité de ces utilisations dans le contexte de l'exercice du droit d'accès et, donc, de la mise sur pied des mesures technologiques. De même, elle ne permet pas que les États membres aient la possibilité d'établir des exceptions nouvelles suggérées par le développement de la technologie numérique (6).

Enfin, la directive a établi un mécanisme juridique presque inconnu de propriété intellectuelle qui met en lumière le clivage acteurs publics-acteurs privés. Ce mécanisme complexe, prévu par l'article 6, § 4, témoigne de la préoccupation d'une possible disparition des usages libres dans le contexte numérique. Il prévoit que « En

l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires des droits y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, les États membres prennent », nonobstant la protection juridique du droit d'accès et de manière tout à fait isolée, « des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des (...) » exceptions ou limitations prévues par le droit national (conformément à certaines dispositions de la directive) et non pas à l'ensemble des exceptions, « puissent bénéficier des mêmes exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question ». La directive a ainsi prévu un système de garantie pour certaines utilisations, en obligeant les titulaires des droits à permettre aux utilisateurs de bénéficier effectivement de certaines exceptions et en prévoyant que les États contrôlent l'accomplissement de cette obligation. Toutefois, au dernier alinéa de l'article 6, § 4, la directive précise que ce mécanisme ne s'applique 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 » (*sic*). Le résultat de cette disposition est que, dans le domaine des services qu'on appelle en anglais *on demand*, le transfert à des acteurs privés du pouvoir de régulation de l'accès aux œuvres protégées est to-

tal et aucun espace n'est laissé à l'intervention d'une régulation publique.

Conclusion

Au terme de cette brève analyse, on peut dire que le droit d'auteur européen a jusqu'à maintenant considéré la révolution numérique plus comme un risque que comme une opportunité pour la distribution et l'usage des œuvres et des informations. En adoptant un modèle de protection qui semble protéger plus les intérêts des intermédiaires et leurs *business models* que la réelle dimension publique du savoir et de l'innovation artistique et scientifique, on a mis en discussion des facultés et des droits essentiels pour les consommateurs et les utilisateurs des œuvres artistiques et scientifiques. La prise en compte des nouvelles possibilités de communication offertes par la technologie et les réseaux numériques s'est limité à la protection de la propriété intellectuelle. En conséquence, les valeurs constitutionnelles de la liberté d'expression, de la communication privée et de l'accès à l'information et au domaine culturel public, ne peuvent pas être considérées comme respectées. On doit seulement espérer que l'introduction, dans la nouvelle Constitution européenne du principe de la liberté d'expression et de communication (7), partie fondamentale de la Charte européenne des droits de l'homme, prenne en compte les intérêts du public et permette la révision et l'élargissement du concept communautaire d'utilisation libre.

(4) Sur ce thème, dans la littérature américaine, v. Lessig, *Free Culture*, The Penguin Press, New York 2004, 139, qui développe une réflexion initiée dans *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York 1999, 127.

(5) Il faut observer, en tout cas, que l'harmonisation des exceptions aux droits exclusifs, que l'on trouve dans chacune des législations nationales sur la base de traditions culturelles extrêmement différentes, semble entraîner un problème de compétence de l'action communautaire. L'article 151.5 du Traité (titre XII : Culture) dispose en effet « l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres » pour contribuer à « l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale » (art. 151).

(6) V. Vinje, *Should We Begin Digging Copyright's Grave ?*, *European Intellectual Property Review* 2000, 553.

(7) V. l'article 11, IF partie, du projet de Constitution européenne publié dans le JOUE du 18 juillet 2003, C-169/3.