

Droit d'auteur et art contemporain

Enjeux numériques

I. Histoire et fondements du droit d'auteur

La première loi sur le droit d'auteur est une loi anglaise qui date de 1709. Cette législation précoce, le *Statute of Anne*, a rapidement amorcé un mouvement dans toute l'Europe et aux Etats-Unis, accordant à l'auteur une certaine protection et un monopole d'exploitation sur ses oeuvres. En France, la protection date de deux décrets révolutionnaires, l'un de 1791 sur les représentations théâtrales d'oeuvres dramatiques, l'autre de 1793, sur le droit d'édition et de reproduction. Aux Etats-Unis, une protection fédérale vit le jour en 1790, après une période où seules quelques lois existaient dans certains Etats.

La naissance du droit d'auteur à cette époque n'est pas un hasard historique. Elle tient à la conjonction de plusieurs facteurs. Une première explication relève de la notion philosophique de la propriété, principalement développée par John Locke au dix-septième siècle. Imprégnant la pensée de l'époque et les idéaux révolutionnaires de liberté, l'idée de propriété comme droit naturel et attribut de l'individu a directement influencé les penseurs de la propriété littéraire et artistique. La « propriété » est sacralisée car elle permet d'assurer la liberté du citoyen révolutionnaire, et quelle propriété plus sacrée peut-il exister que celle relative aux oeuvres de l'esprit, fruits du travail d'un écrivain ou d'un peintre ?

En outre, le droit d'auteur est apparu à l'époque des Lumières dans laquelle l'« auteur » occupe une place nouvelle : portée par la naissance idéologique et esthétique du « sujet », l'émancipation de la pensée et de l'écriture à l'égard de l'*auctoritas* des Anciens installe au cœur de la modernité la notion d'auteur-génie, libre car il use de sa raison de façon critique. La production culturelle change également fondamentalement. Auparavant, le seul avenir des oeuvres était leur représentation devant la Cour, pour les oeuvres dramatiques, ou leur copie et leur étude par les moines et érudits, pour les oeuvres littéraires. L'invention de l'imprimerie et surtout sa simplification donne naissance à un marché pour les livres et autres biens culturels. Un public de bourgeois est également en train de se constituer ; le mécénat joue un rôle moindre et laisse la place aux éditeurs, acteurs économiques ; l'institution de la censure préalable disparaît. C'est tout le statut de l'oeuvre qui change : de sacrée elle devient un bien soumis au commerce et suscitant la critique et la discussion. Les revendications pour la reconnaissance d'une protection juridique des oeuvres se déroule en effet à une époque où apparaît un marché nouveau pour des biens culturels tels que les livres, les oeuvres dramatiques, les journaux, marché qui se développe pour répondre aux besoins d'un public très demandeur, qui gagne en indépendance politique et financière. C'est l'apparition de ce public grandissant de lecteurs, autonome et critique, qui pousse de nombreux défenseurs du droit d'auteur à réclamer l'abolition des privilèges des libraires et l'institution d'une protection des créateurs, libérés du bon vouloir du souverain, tant pour la création que pour la diffusion de leur oeuvre, mais désormais soumis au seul goût du public.

Démuni du mécène et du censeur, l'auteur gagne en autonomie. Sa protection devient importante : il faut lui réserver l'accès au marché pour son œuvre et l'indépendance financière indispensable à la poursuite de son activité créatrice.

Au milieu du 18^{ème} siècle, les lois sur le droit d'auteur consacrent donc l'auteur comme un « propriétaire », un « génie » et un « acteur économique ». Cependant, le public n'est certainement pas absent de la rhétorique relative à la propriété littéraire et artistique qui accorde une place tout aussi grande à l' « intérêt public ». On peut dire que la genèse du droit d'auteur, que ce soit en France ou dans les pays anglo-saxons, est celle d'un équilibre entre droits de l'auteur et intérêt public, ou intérêts du public. Dans cet intérêt du public sont compris à la fois les intérêts des utilisateurs finaux des œuvres, mais aussi et surtout, celui des futurs/es créateurs et créatrices pour lesquels l'accès aux œuvres qui les ont précédés est essentiel, la création étant bien entendu un processus qui se construit et se nourrit d'elle-même.

La constitution américaine traduit parfaitement cet objectif social du droit d'auteur lorsqu'elle permet au Congrès de légiférer en matière de droit d'auteur « to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries ».

Le droit d'auteur a évolué de deux manières. Dans un premier temps, il s'est recentré sur l'auteur, le plaçant au centre de l'équilibre. Dans le courant du 19^{ème} siècle, les idées romantiques renforceront en effet l'accent mis par le droit d'auteur sur le créateur, sur le sujet du droit. Apparaîtront à cette époque, surtout en France, la notion d'un droit moral (cfr *infra*) de l'auteur sur son œuvre, la qualification du droit d'auteur en droit de la personnalité, la protection de l'auteur face aux éditeurs et aux producteurs et d'une manière plus générale, l'emphase du droit d'auteur sur les intérêts de l'auteur. Plus récemment c'est la transition du droit d'auteur vers une notion plus économique qui en a marqué l'évolution.

II. L'évolution récente du droit d'auteur

§ 1er. — Vers un droit plus économique

Ces dernières années le droit d'auteur a assumé une fonction de plus en plus économique, ce qui a suscité de nombreuses critiques de la part de la société civile et culturelle. Cette évolution économique tient à plusieurs raisons.

La première relève de la nature même du droit d'auteur. Nous avons vu que le droit d'auteur est né à une époque où un marché pour les livres se développait. Dès le début, un des objectifs du droit d'auteur a été de garantir la protection de l'œuvre et de l'auteur sur ce marché. La plupart des règles du droit d'auteur visent donc à réglementer la circulation de l'œuvre sur le marché, sa commercialisation et sa diffusion auprès du public.

L'évolution du marché des biens culturels explique également l'accent de plus en plus économique du droit d'auteur. La culture est devenue, à certains égards, une marchandise soumise aux lois du marché. La fabrication de livres, de disques et autres produits tangibles incorporant les œuvres s'est intensifiée et le public des consommateurs n'a cessé d'augmenter. La place de la culture dans la société des loisirs (*entertainment*) ainsi que le développement de la société de l'information (*infotainment*) ont encore accru la place des biens culturels dans l'économie globale. Il y a trente ans, la réglementation du droit d'auteur n'intéressait que quelques acteurs économiques, éditeurs, producteurs ou autres. Désormais, le domaine du droit d'auteur est, selon la Commission européenne, celui qui suscite le plus grand mouvement de lobby, après celui de la pétrochimie. Le secteur économique de la culture est de plus en plus un secteur essentiel de l'économie des Etats et les acteurs s'y sont diversifiés.

Cette évolution a eu une incidence sur l'évolution de la législation au niveau national, européen ou international. Le processus législatif y subit de plus en plus les influences des lobbies, plus forts du côté des producteurs et investisseurs, que du côté des créateurs ou du public. Ce jeu de pressions des lobbies donne certainement un accent plus économique à la législation.

Ensuite, le droit d'auteur a acquis une dimension internationale dans un environnement économique. Cette dimension internationale existe depuis 1886, date de la Convention de Berne, premier texte international en la matière, mais cette convention visait surtout, dans un premier temps, à protéger les intérêts des créateurs. Ces vingt dernières années, de nombreux textes internationaux se sont intéressés au droit d'auteur dans une perspective plus économique dans le but de protéger les échanges économiques d'œuvres. C'est le cas des accords du GATT qui comprennent un accord relatif aux Aspects des droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (accords ADPIC ou TRIPS en anglais). La signature de ces accords en 1994 était une condition pour l'adhésion des pays à l'Organisation Mondiale du Commerce, ce qui explique que de nombreux Etats connaissent maintenant un régime de droit d'auteur calqué sur cet accord. Cet accord ADPIC a un accent particulièrement économique et ne vise qu'à réglementer les aspects du droit d'auteur relatifs à la libre circulation des marchandises culturelles et au commerce. En vertu de cet accord, l'OMC est désormais compétente pour trancher des litiges entre Etats, ou entre Etats et sociétés, qui se rapportent à des questions de droit d'auteur. En 2000, les Etats-Unis ont par exemple du modifier leur loi sur le copyright suite à une plainte de l'Union Européenne à propos d'une exception aux droits de l'auteur, jugée trop large. Il est à craindre que, dans ce type de litiges, les arguments de l'OMC sur la pertinence et la légitimité des lois nationales de droit d'auteur, soient plus économiques que culturels.

Enfin, le droit d'auteur suit dans les pays européens un processus d'harmonisation initié par l'Union européenne. La compétence de l'Union européenne dans le domaine du droit d'auteur est principalement économique (libre circulation des marchandises et prestation des services, développement économique du secteur), même si depuis le Traité de l'Union de 1992, une compétence culturelle lui a également été reconnue. Ceci explique que les objectifs

des textes européens en matière de droit d'auteur sont surtout motivés par des considérations économiques liées au bon fonctionnement du marché intérieur.

La lecture de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information illustre bien ce contexte à la fois économique et culturel. Très rapidement, dans les considérants précédant le texte de la directive, il est précisé que l'objectif principal est de « favoriser le développement de la société de l'information » en encadrant le marché intérieur dans lequel le droit d'auteur et les droits voisins jouent un rôle de premier plan « car ils protègent et stimulent la mise au point et la commercialisation de nouveaux produits et services, ainsi que la création et l'exploitation de leur contenu créatif » (considérant 2). Ensuite, le texte insiste sur le « niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle » afin d'encourager « des investissements importants dans les activités créatrices et novatrices » et « favoriser la croissance et une compétitivité accrue de l'industrie européenne » (considérant 4). Ce n'est que bien après que la directive évoque l'intérêt culturel du droit d'auteur en rappelant qu'il « est également très important, d'un point de vue culturel, d'accorder une protection suffisante aux œuvres protégées par le droit d'auteur et aux objets relevant des droits voisins » (considérant 12) et que « la présente directive doit promouvoir la diffusion du savoir et de la culture par la protection des œuvres et autres objets protégés, tout en prévoyant des exceptions ou limitations dans l'intérêt du public à des fins d'éducation et d'enseignement » (considérant 14). La notion d'équilibre est donc bien présente dans la logique européenne du droit d'auteur, mais il penche certainement du côté des auteurs et des entreprises titulaires de droits.

§ 2e. — Droits voisins et protection des investissements

Dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, de nouveaux droits ont été progressivement reconnus, depuis une trentaine d'années, non plus aux créateurs mais aux auxiliaires de la création. Ce sont les droits voisins. En premier lieu il s'agit des artistes-interprètes qui bénéficient sur leurs prestations de droits similaires à ceux des auteurs. Ensuite, ce sont les producteurs de films et de disques et les organismes de radiodiffusion qui se sont vus reconnaître le bénéfice de droits de reproduction et de communication au public sur leurs produits ou leurs émissions. Ici, ce n'est plus la création qui est protégée mais le seul investissement financier.

Plus récemment, les pays de l'union européenne ont décidé d'accorder une protection d'une durée de 15 ans aux producteurs de bases de données qui ont nécessité un investissement substantiel (cfr *infra*). Cette évolution vers la protection de l'investissement permet de comprendre la place accrue qu'ont prise ces acteurs économiques dans les discussions relatives au droit d'auteur.

III. Explication sommaire du droit d'auteur

§ 3e. — Sources

Le droit d'auteur est protégé par une loi belge du 30 juin 1994. Cette loi a remplacé une loi de 1886, qui faisait figure de loi pionnière en matière de droit d'auteur mais commençait à se ressentir de l'évolution technologique.

La loi sur le droit d'auteur règle les matières suivantes :

- droit d'auteur
- droits voisins
- droits sur les bases de données
- réglementation des sociétés de gestion collective

Une autre loi de la même date, soit le 30 juin 1994, protège plus particulièrement les programmes d'ordinateur.

Le droit d'auteur, ainsi que l'ensemble de la propriété intellectuelle, revêt une dimension de plus en plus internationale. Ceci ne signifie pas toutefois que le droit d'auteur est protégé internationalement de manière identique. Il n'existe en effet pas de protection internationale du droit d'auteur qui impliquerait qu'une œuvre serait protégée partout dans le monde.

Mais certaines règles juridiques internationales jouent un rôle non négligeable, rôle qui s'intensifie en raison de l'augmentation des possibilités de diffusion transnationale des œuvres qui a marqué ces trente dernières années.

Les textes internationaux les plus importants sont :

- La Convention de Berne de 1886 (de nombreuses fois modifiée depuis) : adoptée suite au Congrès international des Auteurs et Artistes de 1885 dont l'objectif était d'assurer une protection minimale aux auteurs. La Convention de Berne instaure une protection minimale des œuvres que les signataires doivent inclure dans leur loi interne et renvoie pour le reste aux lois nationales. Elle n'est jamais directement applicable devant un tribunal national. Plus de cent Etats sont actuellement signataires de la Convention de Berne. Cette Convention est gérée par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle qui constitue l'organisme international le plus important en matière de droit d'auteur.

- Les Traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle de 1996 et de 2000 : ces Traités avaient pour objectif d'adapter la Convention de Berne aux développements technologiques. Ces Traités sont également des textes non directement applicables mais imposent aux Etats signataires d'inclure certaines dispositions dans leur droit. De manière indirecte, ils contribueront toutefois à l'harmonisation de certains principes minimaux dans les systèmes juridiques de différents pays.
- Les accords ADPIC et l'Organisation Mondiale du Commerce : lors des discussions du GATT en 1993, l'Organisation Mondiale du Commerce a imposé aux Etats signataires du GATT de signer également les Accords sur les aspects de Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC ou TRIPS en anglais). Là aussi, il s'agit de règles de protection minimale que doivent suivre les Etats. Mais dans ce cas-ci, un Etat peut en poursuivre un autre, devant les organismes de règlement des litiges de l'OMC, pour non respect de ces règles minimales.
- L'Union Européenne et les directives d'harmonisation du droit d'auteur : la circulation des œuvres (CDs, films, cassettes vidéos, télédiffusion, etc.) dans l'Union Européenne est susceptible de poser des problèmes si à chaque frontière, les règles relatives à la protection du droit d'auteur sont différentes. De telles différences de législation pourraient constituer des entraves au Marché Intérieur. En conséquence, l'Union Européenne est intervenue dans le domaine du droit d'auteur depuis les années 80. Son principal objectif est de parvenir à une relative harmonisation des législations des Etats membres en la matière. L'instrument de cette harmonisation est la directive, qui consiste en un texte législatif que les Etats ne doivent pas appliquer tel quel mais dont ils doivent insérer les principes dans leur loi nationale. Ces directives ont traité de la durée du droit d'auteur, de la protection des logiciels et des bases de données, des droits voisins, des droits de location et de prêt, et plus récemment de l'adaptation du droit d'auteur à la Société de l'Information. Il est souvent utile d'exprimer ses positions et les intérêts des personnes que l'on représente au stade de l'adoption d'une directive européenne ce qui explique l'intervention grandissante de nombreux lobbies auprès des institutions européennes.

Il s'ensuit de ce qui précède qu'en raison de l'intensification du travail législatif international en matière de droit d'auteur, on peut s'attendre à retrouver quelques principes de base dans d'autres lois nationales. C'est en tout cas certainement le cas dans l'Union Européenne.

Il faut toutefois rester attentif à ne pas appliquer immédiatement les principes de la loi belge aux œuvres d'autres pays. Il serait trop fastidieux ici de dresser un tableau complet des règles s'appliquant aux œuvres dans d'autres législations. Une grande distinction peut notamment être faite entre les systèmes de droit d'auteur des pays dits civilistes, c'est-à-dire

dont le régime juridique découle plus ou moins directement du Code Civil de Napoléon (France, Belgique, Espagne, Italie, etc.) et les systèmes de droit anglo-saxon (Royaume-Uni, Etats-Unis, Australie). Les premiers connaissent le système du « droit d'auteur », les seconds celui du « copyright ». Il existe des différences notables entre les deux systèmes et il faut faire attention à ne pas parler du « copyright » pour désigner en réalité le « droit d'auteur ». Certaines de ces différences, même si elles ont tendance à disparaître en raison de l'intensification de la protection internationale du droit d'auteur, peuvent être résumées rapidement de la manière suivante :

- L'élément essentiel du droit d'auteur est l'**auteur** auquel est presque conféré un "halo de sainteté" alors que l'objet du copyright est plutôt l'œuvre, soit la **copie**. Le droit d'auteur serait un droit naturel, protecteur de la création, alors que le droit anglo-saxon serait un droit purement économique, protégeant la commercialisation des produits culturels. L'intérêt du créateur occupe le premier plan dans le système français, alors que c'est surtout l'investisseur qui est important dans le copyright.
- Par exemple, l'auteur sur un film est le producteur aux Etats-Unis, alors qu'il s'agit du réalisateur, du créateur en Europe.
- Le système des exceptions est largement différent dans le système du copyright ou dans le système du droit d'auteur. Les Etats-Unis connaissent une exception générale dite de *fair use*, qui permet au juge saisi d'un litige d'exempter les actes normalement soumis à l'autorisation de l'auteur, lorsque ces actes n'entraînent pas un préjudice économique pour l'auteur ou pour la valeur de l'œuvre. Ce système permet une certaine souplesse dans l'appréciation des exceptions aux droits des auteurs, à défaut de garantir une sécurité juridique et une prévisibilité aux utilisateurs des œuvres. En outre, l'appréciation du *fair use* est principalement économique et se fonde sur l'effet de l'exception sur le marché de l'œuvre. Par contre, dans les systèmes de droit d'auteur européens ou d'inspiration européenne, principalement les lois d'inspiration française ou allemande, les exceptions forment une liste précise et exhaustive d'actes qui, dans certaines circonstances, échappent au monopole de l'auteur. Le juge est lié par cette liste et ne peut admettre le bénéfice de nouveaux cas d'exceptions, même si certains juges ont parfois admis que la liberté d'expression ou la liberté d'information pouvaient justifier des dérogations aux droits de l'auteur.

§ 4e. — Principes du droit d'auteur

Contrairement à une idée reçue, il n'est pas nécessaire d'accomplir des formalités telles que le dépôt ou l'enregistrement pour bénéficier de droit d'auteur. Aucun dépôt ou formalité auprès de la SABAM, ni de mention de © sur l'œuvre n'est nécessaire. Le droit d'auteur naît de la seule création.

Il est également important de distinguer l'œuvre de son support matériel. L'œuvre picturale par exemple est le tableau en tant que contenu intellectuel. La toile qui lui donne sa matière est le support de l'œuvre. La distinction est plus facile à concevoir pour les livres (l'œuvre littéraire n'est pas le papier), les films (l'œuvre cinématographique n'est pas la pellicule ou le support numérique), etc. Le droit d'auteur a pour objet l'œuvre, en tant qu'objet intellectuel, incorporel. Les règles qui protègent ou régissent le support n'ont rien à voir avec le droit d'auteur. Une conséquence est que le propriétaire d'un support ne jouit d'aucun droit d'auteur sur l'œuvre. Par exemple, le propriétaire d'un tableau ne peut le reproduire dans un catalogue, sans l'autorisation de l'auteur. Le détenteur d'un rouleau de pellicule ne peut montrer publiquement le film sans l'autorisation de l'auteur de l'œuvre.

§ 5e. — Œuvres protégées

Le droit d'auteur protège les oeuvres littéraires et artistiques.

Le droit d'auteur recouvre donc une multitude de créations : œuvres littéraires telles que romans, nouvelles, poèmes, oeuvres dramatiques et tous autres écrits, indépendamment de leur contenu (œuvres d'imagination ou non), de leur longueur, de leur destination (divertissement, éducation, information, publicité, propagande, etc.), de leur forme (manuscrite, dactylographiée, imprimée; livre, brochure, feuilles volantes, journal, revue); publiés ou non publiés ; articles de journaux ; ouvrages scientifiques; programmes d'ordinateur ; œuvres musicales sérieuses ou légères, chants, chœurs, opéras, comédies musicales, opérettes; œuvres chorégraphiques; œuvres artistiques : qu'elles soient à deux dimensions (dessins, tableaux, gravures, lithographies, etc.) ou à trois dimensions (sculptures, oeuvres d'architecture, installations), indépendamment de leur contenu (figuratif ou abstrait) et de leur destination (art "pur", à des fins publicitaires, etc.); cartes géographiques et dessins techniques; œuvres photographiques indépendamment de l'objet (portraits, paysages, événements d'actualité, etc.) et du but dans lequel elles ont été exécutées; œuvres audiovisuelles même muettes et indépendamment de leur destination (représentation théâtrale, transmission télévisée, etc.), de leur genre (films dramatiques, documentaires, films d'actualités, etc.), de leur longueur, de la méthode employée (filmées "en direct", dessins animés, etc.) ou du procédé technique employé (images sur pellicule, sur vidéo analogique, sur bande vidéo électronique, etc.) ; traductions ; bases de données qui, par le choix ou la

disposition des matières, constituent des créations intellectuelles : "œuvres des arts appliqués" ; œuvres multimédia tels les CD ROM ou les sites web.

Ce qui n'est jamais protégé est l'idée d'une œuvre, l'information brute, de simples faits. Seule est protégée l'expression, la forme qu'un auteur a donnée à son idée.

L'opinion majoritaire dans les systèmes européens, à l'exception du Royaume Uni dans une certaine mesure, est que les œuvres sont protégées par le droit d'auteur si elles sont **originales**. En général, une œuvre sera considérée comme originale si elle reflète une certaine expression de la personnalité de l'auteur, même minimale, quelque soit la sorte, la forme d'expression, le mérite ou la destination de cette œuvre (esthétique, utilitaire, décorative, etc.). Il y aura originalité lorsque « le créateur a pu déployer le minimum de fantaisie inhérente à toute création littéraire ou artistique, en échappant aux contraintes de la technique » (A. LUCAS et P. SIRINELLI, "L'originalité en droit d'auteur", *J.C.P.*, éd. G, n°23, p. 256). Dans tous les systèmes de propriété intellectuelle, la jurisprudence a interprété cette notion d'originalité de manière extrêmement large de sorte que des meubles, des bijoux, des catalogues, par exemple, ont pu bénéficier de la protection.

Il est en tout cas certain que le juge ne peut se substituer en un jury d'art et que le mérite artistique d'une œuvre ne peut être un critère d'originalité. Ce n'est pas parce que le juge estime que l'œuvre n'est pas belle ou pas intéressante d'un point de vue artistique qu'il peut lui dénier la protection du droit d'auteur. C'est la raison pour laquelle le droit d'auteur a pu être appliqué à des œuvres autres que des œuvres des arts et des lettres, telles que des œuvres scientifiques, d'information ou des objets relevant des arts appliqués.

Par contre, une création résultant de simples prestations techniques ne pourrait être protégée. C'est le cas notamment d'enregistrements de manifestations sportives ou de photographies dans lesquelles la photographe n'a fait preuve d'aucune personnalité mais s'est contentée de reproduire le réel. Il faut toutefois être attentif au fait que les tribunaux estiment assez facilement que la photographie décèle plus qu'une simple prestation technique, notamment par le choix du cadrage, de la lumière, de l'angle de prise de vue, du sujet, etc.

Un parenthèse mérite d'être faite à propos des programmes d'ordinateur. Depuis 1991, une directive européenne consacre la protection juridique des programmes d'ordinateur au niveau européen. Elle est le fruit d'une réflexion amorcée en 1985 par le « Livre Blanc » consacré à « L'achèvement du marché intérieur » et qui énumérait une série d'entraves à la libre circulation et partant, au développement industriel de la communauté, parmi lesquelles les disparités existant en matière de droits intellectuels applicables aux nouvelles technologies (cette appellation comprenant bien évidemment les programmes d'ordinateur). Le but était donc d'harmoniser les règles nationales en matière de protection des logiciels. Les principaux débats qu'a suscité cette harmonisation ont porté sur la durée de la protection (puisque d'un pays à l'autre, on passe de 25 à 70 ans après la mort de l'auteur) et sur le critère d'originalité (tous les pays n'acceptant pas de protéger tous les logiciels).

Il a fallu 4 ans et de nombreuses consultations avec les « milieux intéressés » (pour reprendre les termes du « Livre Vert sur le droit d'auteur et le défi technologique » de 1988) pour que la commission dépose en 1989 sa proposition de directive. Loin de satisfaire le marché informatique, cette proposition a été l'objet d'un intense lobbying, les leaders de l'époque (IBM, Siemens, Philips, Appel, Digital...) étant évidemment d'un tout autre avis que leurs suiveurs (Amstrad, Bull, Olivetti, Fujitsu...), les premiers revendiquant une protection de leurs produits aussi étendue que possible, et les seconds militant pour un accès aux produits protégés (afin de pouvoir faire interopérer leurs programmes avec les programmes les plus répandus).

Au terme de ces grandes manœuvres, une directive a enfin été adoptée en 1991, mais certains articles montrent que la bataille a été rude. La rédaction tordue de l'article consacré aux interfaces (article 1.2) et de celui traitant de l'interopérabilité et de l'accès aux sources (article 6) montre à quel point cette directive est le résultat de compromis. C'est pourtant ce texte qui sert de base à la loi belge de 1994 protégeant les programmes d'ordinateur.

Contrairement à d'autres Etats européen, la Belgique n'a pas intégré la directive dans sa loi sur le droit d'auteur (qui a elle-même subi une profonde refonte la même année), mais elle a créé un texte de loi séparé (« Loi du 30 juin 1994, transposant en droit belge la Directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur ») qui doit tout de même être complété par loi « de base » protégeant le droit d'auteur, ce qui ne manque pas de poser quelques problèmes vu que l'une protège des logiciels, et l'autre des œuvres littéraires et artistiques.... Il est choquant d'un point de vue juridique que le droit d'auteur s'applique à des softwares puisque ceux-ci n'ont a priori rien d'une « œuvre littéraire et artistique ». Au contraire, un logiciel est créé en vue de répondre à une ou plusieurs tâches précises, dans un but purement utilitaire. Leur objet se situe donc à l'opposé des œuvres d'art qui ne recherchent nullement l'utilité. On pourrait donc dire à ce titre que l'arrivée des programmes dans la sphère du droit d'auteur l'a quelque peu déformé, ou en a rendu l'objet flou.

Toujours est-il qu'à l'heure actuelle (et depuis 1994) la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur est un fait acquis. Au sein de la controverse autour de l'autorisation ou non du brevet sur les logiciels, le droit d'auteur est même présenté par certains comme la protection la plus viable économiquement et juridiquement (voir le débat actuel autour de la proposition de la Commission d'une directive autorisant les brevets sur logiciel). En effet, le développeur qui crée un logiciel « pour son compte » sait que sa création sera automatiquement protégée par le droit d'auteur. Au contraire, si ce même développeur veut faire breveter son « invention », il doit s'attendre à une procédure longue et coûteuse. Juridiquement, il est d'ailleurs contesté que les logiciels soient brevetables (en vertu de [l'article 52 de la convention de Munich du 5 octobre 1973, les programmes ordinateurs « en tant que tels » sont actuellement exclus du champ de la brevetabilité](#)). Enfin, breveter systématiquement les logiciels conduirait certainement à nuire gravement au développement du secteur de la conception de logiciels, mais les questions que soulèvent ce débat sont plus économiques que juridiques.

§ 6e. — Titulaire du droit

Le principe général est que le titulaire du droit d'auteur, l'auteur de l'œuvre est la personne physique qui a créé l'œuvre : l'auteur du texte, le compositeur de la musique, la réalisatrice du film. Ce principe est toutefois soumis à de nombreuses nuances et restrictions (cfr la loi du 30 juin 1994 en matière d'œuvres de collaboration, d'œuvres audiovisuelles, d'œuvres anonymes ou pseudonymes). Lorsqu'une œuvre est réalisée dans le cadre d'un travail ou sur commande, la loi belge ne déroge pas à la règle et continue à considérer le créateur comme l'auteur, même si ses droits peuvent avoir été cédés à l'employeur ou au commanditaire en vertu du contrat de travail ou d'un contrat.

Il arrive bien entendu très fréquemment que l'auteur ait cédé ses droits ou ait accordé une licence d'exploitation sur son œuvre à des tiers. C'est le cas notamment dans le cas de l'édition d'une œuvre littéraire, d'une production musicale ou audiovisuelle. Généralement, dans ces cas, ce sera l'éditeur ou le producteur qui détiendront les droits de l'auteur. Obtenir les droits d'auteur constitue pour ces personnes la contrepartie normale de leur travail d'édition ou de production et de l'investissement commercial qu'ils y ont consacré. La gestion des droits de l'auteur peut également avoir été confiée à une société de gestion collective, telle que la SABAM ou la SACD.

§ 7e. — Un monopole d'exploitation

Le droit d'auteur reconnaît à son titulaire un monopole d'exploitation sur l'œuvre et protège le lien de l'auteur à sa création. Il comporte principalement deux types de prérogatives, les droits patrimoniaux et le droit moral.

Les droits patrimoniaux sont les droits qui permettent à l'auteur de contrôler et de décider de l'exploitation de son œuvre, de sa diffusion dans le public. Les principaux droits patrimoniaux sont :

- le droit de reproduction, qui est le droit d'autoriser ou d'interdire toute reproduction de l'œuvre, sous quelque forme que ce soit, directe ou indirecte, totale ou partielle. Il comprend le fait de réaliser une copie de l'œuvre, de la scanner, de l'imprimer, de la reproduire sur un autre support, etc. Le droit de reproduction couvre également les processus de reproduction dite intellectuelle, qui sont les actes par lesquels on emprunte ce qui constitue l'originalité de l'œuvre dans sa composition ou son expression, où on reprend l'œuvre dans une autre forme. Une adaptation de l'œuvre d'un média à un autre, par exemple d'un livre à un film, ainsi que la traduction de l'œuvre dans une autre langue constituent des actes de reproduction.

- le droit de communication au public ou droit de représentation, qui investit l'auteur du pouvoir d'autoriser ou d'interdire toute communication de son œuvre au public. Ce droit recouvre donc tout acte par lequel une œuvre est transmise à un public : représentation de l'œuvre sur une scène, diffusion dans une salle de cinéma, à la télévision, diffusion de musique lors d'une soirée ou d'un événement, dans un supermarché, diffusion à la télé, à la radio, par câble ou satellite. La seule limite à ce droit de communication au public est la liberté de communiquer l'œuvre dans le cadre du cercle de famille, notion qui comprend les membres de la famille et toutes les personnes qui font partie de l'intimité de celle-ci.
- le droit de distribution, qui est le droit de contrôler la circulation de l'original de son oeuvre ou d'exemplaires de celle-ci, leur mise sur le marché.
- le droit de prêt et de location des exemplaires matériels de l'œuvre.
- Le droit d'auteur comporte ensuite un droit moral qui protège le lien de l'auteur à son œuvre et comporte trois attributs :
 - le droit de divulgation est le pouvoir reconnu à l'auteur de décider du moment et de la manière dont son œuvre doit être connue du public.
 - le droit de paternité ou, pour recourir à une expression moins sexuellement déterminée, le droit d'attribution, est le droit d'être reconnu comme l'auteur de l'œuvre, de voir son nom apposé sur l'œuvre, de garder l'anonymat relativement à une œuvre ou d'utiliser un pseudonyme.
 - le droit d'intégrité permet à l'auteur de s'opposer à toute modification de son œuvre.

§ 8e. — Exceptions au droit d'auteur

En dépit des droits qui sont reconnus à l'auteur, certains actes de reproduction ou de communication publique de l'œuvre sont autorisés en vertu d'une exception (cfr. Article 21 à 23 de la loi sur le droit d'auteur du 30 juin 1994). L'objectif de ces exceptions est de protéger certains intérêts publics, l'exercice de libertés fondamentales ou, dans certains cas, un aveu de l'impossibilité de l'auteur de contrôler certains actes.

En Belgique, ces exceptions sont principalement :

- la copie privée ;
- la citation courte d'une œuvre à des fins de critique, de polémique, ou de recherche scientifique ;

- la reproduction et la communication de courts fragments d'œuvres à l'occasion de comptes rendus d'événements de l'actualité ;
- la communication gratuite et privée effectuée dans le cercle de famille ;
- la reproduction d'œuvres à des fins d'illustration de l'enseignement ;
- la caricature et la parodie ;
- le prêt public ;
- la copie de sauvegarde d'un programme d'ordinateur ;
- la décompilation d'un programme d'ordinateur.

Certaines de ces exceptions sont accordées au public sans aucune compensation financière en faveur de l'auteur. L'utilisation de l'œuvre est alors totalement libre. Dans d'autres cas, une rémunération est accordée à l'auteur sous la forme de perception de redevances (redevances sur les supports vierges et les appareils de reproduction dans le cas de la copie privée ; redevances de la part des bibliothèques pour le prêt public, etc.).

§ 9e. — Durée du droit d'auteur

La durée du droit d'auteur a été définitivement harmonisée par la directive du 29 octobre 1993 qui a porté la durée de la protection à 70 ans après la mort de l'auteur. Parmi les motifs invoqués lors de la préparation de cette directive, on a parlé de la concrétisation d'un véritable marché intérieur par l'harmonisation de la durée dans tous les pays en la calquant sur l'Allemagne qui connaissait un terme de 70 ans *post mortem auctoris*, mais aussi d'une volonté de couvrir deux générations d'héritiers de l'auteur tout en tenant compte de l'augmentation de l'espérance de vie. La durée du droit d'auteur est donc identique dans tous les pays de l'Union européenne. Des règles particulières s'appliquent dans certains cas, notamment en matière d'œuvres de collaboration, d'œuvres audiovisuelles ou d'œuvres anonymes ou pseudonymes (cfr Loi du 30 juin 1994).

A propos de durée du droit d'auteur, il est intéressant de mentionner l'affaire *Eldred contre Ashcroft*, à l'occasion de laquelle la Cour Suprême des Etats-Unis a récemment rendu un arrêt (le 15 janvier 2003) par lequel elle a affirmé la conformité à la Constitution du Sonny Bono Copyright Extension Act de 1998 qui allonge de 20 ans la durée de protection des droits d'auteur aux Etats-Unis. Le Copyright Extension Act est une loi sans laquelle bon nombre d'œuvres seraient tombées dans le domaine public et qui fut votée en 1998 par le Congrès, sous la pression de puissants lobbies (dont la Walt Disney Company, qui craignait de voir son personnage fétiche, Mickey Mouse, né en 1928, tomber dans le domaine public en 2003...). Cela veut dire concrètement qu'à présent, aux U.S.A., les œuvres artistiques et littéraires sont désormais protégées pendant 70 ans après la mort de leur auteur dans le cas des « individual

authors », et pendant 95 ans à partir de la date de publication ou 120 ans à partir de la date de création de l'œuvre dans le cas des « corporates authors » (le cas de la Walt Disney Company, société détenant le copyright sur les personnages créés par Walt Disney). Cette affaire a eu un certain retentissement en Europe (notamment par le biais de certains médias), mais il faut bien insister sur le fait qu'elle ne concerne que le droit américain, et qu'elle ne met nullement en cause les principes adoptés par les pays membres de l'Europe.

IV. Enjeux actuels du droit d'auteur dans l'environnement digital

§ 10e. — La protection des bases de données

A. — Problématique

En Europe, la création d'un nouveau monopole sur les bases de données trouve son fondement dans une directive européenne de 1996, qui vient doubler la protection par le droit d'auteur, portant sur l'architecture originale de la base de données, d'une protection du contenu même de celle-ci. En effet, le droit *sui generis* permet au producteur de la base d'empêcher l'extraction et la réutilisation du contenu de celle-ci pendant une durée de 15 ans. Le seul critère de protection est la nécessité d'un investissement substantiel, qu'il soit quantitatif ou qualitatif, dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu de la base. "La mise en œuvre de moyens financiers et/ou d'emploi du temps, d'efforts ou d'énergie" se substitue donc, dans le cadre du droit *sui generis*, au critère d'originalité issu du droit d'auteur. Le seul regroupement d'informations suffit désormais à constituer une base de données monopolisable par un droit de propriété intellectuelle. Le critère de substantialité de l'investissement devra être déterminé par les cours et tribunaux. Il peut en tout cas s'agir de l'engagement de personnel chargé de la réalisation de la base et notamment de la collecte des données.

Cette évolution contredit les fondements même du droit de la propriété intellectuelle et du droit d'auteur en particulier, destinés à protéger une prestation intellectuelle en vue de promouvoir le progrès des sciences et des arts. Les droits voisins et le droit *sui generis* du producteur de bases de données s'écartent de ces fondements, puisqu'il est explicitement admis qu'ils trouvent leur raison d'être dans la volonté de "rémunérer" par un monopole la réalisation d'investissements.

On remarquera en outre que le nouveau droit ainsi créé, qui permet à son titulaire de contrôler (et donc empêcher) l'accès à l'information elle-même, se voit accorder une durée virtuellement perpétuelle puisque la durée de protection initiale de 15 ans à partir de la fabrication, se renouvelle à chaque modification substantielle de la base. Il suffit donc de mettre régulièrement à jour la base de données pour bénéficier d'une nouvelle durée de protection de 15 ans.

Les Etats-Unis discutent également de l'adoption éventuelle d'une telle protection exorbitante du droit d'auteur. L'OMPI a dû renoncer lors de la Conférence Diplomatique de 1996 à une protection internationale similaire, notamment en raison de l'opposition des pays en voie de développement.

L'adoption d'une protection des bases de données en dehors du droit d'auteur, que ce soit par un droit *sui generis* à l'européenne, ou par tout autre mécanisme dont l'objet porterait sur le contenu de la base, a soulevé de nombreuses critiques. Deux types de reproches peuvent principalement être adressés à l'encontre de ce nouveau droit de propriété intellectuelle: on objectera d'une part le fait que le critère ouvrant l'accès à la protection consiste en un investissement économique et non en une prestation de nature intellectuelle et, d'autre part, le fait que le droit sur les bases de données permet une appropriation de fait du contenu informationnel lui-même, ce qui est susceptible de créer un obstacle à la circulation et à l'accès à l'information.

Ces deux conséquences de la protection des bases de données préjudicient principalement les pays en voie de développement et le secteur éducatif et scientifique, puisque cela signifie concrètement l'instauration d'une barrière économique pour tout accès à l'information.

Il faut signaler que le droit sur les bases de données ne préjuge pas de la protection des éléments contenus dans cette base. Ainsi, constituer une base de données composée de multiples œuvres protégées par le droit d'auteur nécessite l'autorisation des auteurs de ces œuvres. Exploiter la base de données signifiera également la réalisation d'actes de reproduction et de communication au public des œuvres comprises dans la base, actes pour lesquels les auteurs doivent accorder leur autorisation et participer aux bénéfices résultant de l'exploitation.

B. — Pistes de réflexion et d'action

La protection des bases de données par le droit *sui generis* est définitivement installée dans le droit européen et par conséquent dans le droit belge. Toutefois l'opposition à ce droit tentaculaire qui monopolise l'information peut encore se manifester dans toutes les instances internationales qui souhaitent adopter ce droit, notamment à l'OMPI. L'UNESCO a également entamé des réflexions sur ce droit des bases de données afin d'en examiner les incidences sur la transmission du savoir et de l'information dans les pays du tiers-monde. L'approche de l'UNESCO, parce qu'elle est plus culturelle qu'économique, doit certainement être soutenue.

§ 11e. — Les droits et prérogatives de l'auteur

A- Problématique

Avec l'arrivée des réseaux numériques, et des copies éphémères générées par les machines relayant l'information qui y circule (comme les routeurs ou les serveurs réalisant des opérations de caching), certains ont cru y trouver un terrain nouveau pour le droit de reproduction. La question valait en effet la peine d'être posée : ces fixations techniques tombent-elles sous le coup du droit exclusif de reproduction, et nécessitent-elles l'autorisation de l'auteur ?

La question est délicate, et elle a suscité beaucoup de discussion. Tout d'abord lors de l'adoption du Traité OMPI de 1996, où les participants n'ont pas pu dégager de solution nette concernant le phénomène de la reproduction provisoire, puisque la formule qualifiant de reproduction « le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique » (voir la déclaration sur l'article 1.4 du traité) fut loin de remporter l'unanimité. Ensuite, lors des étapes précédant l'adoption de la directive « droit d'auteur dans la société de l'information », où il a fallu concilier les intérêts contradictoires en présence : celui de la majorité des titulaires de droit soucieux d'une protection aussi large que possible, et celui des intermédiaires techniques (fournisseurs d'accès notamment) opposés à une définition recouvrant chacune des nombreuses étapes techniques indispensable à leur fonction et qui signerait à coup sûr leur arrêt de mort.

Lors de la préparation de la directive, les titulaires de droit, appuyés par la Commission Européenne, invoquaient à leur avantage la définition donnée par la Convention de Berne (article 9.1) qui dit que l'auteur détient le droit exclusif d'autoriser la reproduction de son œuvre « de quelque manière et sous quelque forme que ce soit ». A leur opposé se trouvait la conception selon laquelle ces fixations ne sont pas des reproductions, parce qu'elles ne sont que provisoires, et qu'elles sont en outre imposées par la technique. Après de nombreux palabres, la directive a été adoptée en 2001 et elle prévoit une exception en faveur de la reproduction provisoire pour autant, en résumé, qu'elle soit « transitoire et accessoire », qu'elle « constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique » et qu'elle n'ait « pas de signification économique indépendante ». Ces termes balisent quelque peu le terrain, mais n'effacent pas tous les doutes. Par exemple, ils ne permettent pas de dire si oui ou non le caching est exempté du droit de reproduction. On n'a donc pas fini de parler de la reproduction provisoire.

Un débat du même ordre a eu lieu autour du droit de communication puisque les réseaux numériques offrent la possibilité d'avoir accès à un contenu de manière individuelle (voir par exemple le *stream on demand* dans le cas du *webcasting* qui permet d'écouter le canal que l'on veut quand on veut). S'agit-il d'une communication publique (la communication « privée » faisant partie des exceptions au droit de communication) lorsque l'on se retrouve face à un public n'étant présent ni au même lieu, ni à la même heure ? Avec

les hypothèses de contenu distillé à la demande, on se trouve bien loin de l'image classique du public assistant à un concert au même moment dans une seule et même salle.

La décision a été prise, d'abord à l'OMPI et ensuite au niveau européen d'englober ces hypothèses de communication en les ramenant sous un droit créé de toute pièce pour Internet : le droit de mise à disposition. Précisément le droit de mise à disposition « de telle manière que chaque membre du public peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement », qui est un droit exclusif, profitant aux titulaires de droit d'auteur ET aux titulaires de droits voisins (interprètes et producteurs, contrairement au droit de communication).

L'évolution technologique interroge donc profondément le droit d'auteur. Cependant, comme le conseille A. Lucas (« Droit d'auteur et numérique », Droit @Litec, éd. Litec, Paris, 1998, p. 130, n° 257), « Il faut revenir aux sources, c'est-à-dire à la logique du droit d'auteur ». Mieux vaut donc s'interroger sur la philosophie qui le sous-tend, plutôt que de focaliser sur un état de la technique par définition assez variable au gré de l'évolution.

B- Pistes de réflexion et d'action

L'inclusion des actes de copies provisoires dans le champ du droit de reproduction est désormais acquise en droit européen et en droit belge. Toutefois, pour contrer la largesse de ce droit de reproduction ainsi défini, il conviendra d'appliquer largement l'exception prévue pour certains actes de reproduction provisoire. On peut dès lors regretter l'imprécision des nombreuses conditions de cette exception, notamment la notion de « signification économique indépendante » ou celle de « partie intégrante et essentielle d'un procédé technique ». La transposition de la directive en droit belge gagnerait à préciser ces notions dans la perspective que les actes d'utilisation finale des œuvres qui ne constituent pas une nouvelle diffusion de l'œuvre au public, une nouvelle exploitation, soient exemptés du contrôle de l'auteur.

§ 12e. — Réduction des exceptions

C- La copie privée

Au premier rang des exceptions qui font l'objet de critiques assez vives de la part des titulaires de droit se trouve la copie privée. Cette dernière a connu un boom sans précédent suite à l'apparition de sites d'échange en ligne et à la démocratisation des graveurs et des connexions haut débit. Le numérique permet actuellement de faire rapidement et sans trop de frais une copie aussi valable que l'original.

A l'échelon européen (et a fortiori, belge), l'exception pour copie privée est toujours garantie. Cela n'empêche pas d'une part qu'une « rémunération équitable » soit versée aux ayant droits à chaque fois que l'on achète un support numérique vierge (au grand dam des acheteurs de support qui se contentent de copier des contenus non-protégés par le droit d'auteur), et d'autre part, que les textes autorisent l'utilisation de mesures techniques

empêchant le bénéfice de la copie. L'exception pour copie privée est donc de moins en moins à considérer comme un droit et est sans doute *de facto* en train de vivre ses dernières années...

D- Le test des trois étapes

Une autre menace plane sur l'ensemble des exceptions. Les Traités OMPI de 1996 ont apporté une limitation nouvelle dans l'application des exceptions au droit d'auteur. L'article 10 du Traité sur le Droit d'auteur impose en effet aux Etats de limiter les exceptions, tant au droit d'auteur qu'aux droits voisins, à des cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni porté de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Il s'agit du fameux « test des trois étapes » figurant déjà dans la Convention de Berne et dans les Accords TRIPS (ou ADPIC). Cette triple condition, destinée à être la « pierre angulaire » des systèmes d'exceptions, constitue donc en principe un fil conducteur dans l'insertion des exceptions aux droits de l'auteur. Elle impose en premier lieu aux Etats de n'admettre que les exceptions prévues *dans des cas spéciaux*. Les exceptions exprimées sous forme de « clause générale » sont donc en principe interdites, telle que par exemple une exception générale pour usage privé. Les deux autres conditions (« *il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ») doivent être appréciées dans le contexte de chaque exception. Si l'exception en cause permet à des tiers d'exploiter l'œuvre de manière concurrente aux ayants droit ou si l'exercice d'une exception affecte un marché potentiel pour l'œuvre, elle ne pourra être admise.

La directive européenne du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information transpose cependant le test des trois étapes des Traités OMPI d'une manière particulière. En effet, alors que ce « test des trois étapes » s'impose en principe aux Etats lorsqu'ils insèrent dans leur législation des exceptions spécifiques à l'environnement digital, l'article 5 de la directive fait de ce « test » un examen à réaliser lors de l'application par le juge des exceptions légales. L'article 5, 5°, dispose en effet que « les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux titulaires légitimes du droit ». Le test des trois étapes devient donc un test conditionnant l'application des exceptions légales, ce qui va assurément plus loin que le texte du Traité OMPI. Ce qui est, pour l'OMPI, considéré comme un guide pour le législateur dans l'instauration d'exceptions aux droits de l'auteur, devient, dans le texte européen, des réserves supplémentaires conditionnant l'application, par le juge, d'exceptions existantes.

Le risque est que le juge empêche l'exercice d'une exception traditionnelle au droit d'auteur si elle porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Or ce critère est de plus en plus interprété comme limitant le bénéfice de l'exception lorsque l'auteur met en place un mode de négociation et de paiement pour l'utilisation en question, notamment en recourant aux moyens électroniques. Aux Etats-Unis, un juge aboutit au rejet du *fair use* en matière d'utilisation dans le cadre de l'éducation ou de la recherche pour la seule raison que les titulaires de droit avaient développé un système d'autorisation on line valable même pour la

réalisation de quelques photocopies d'œuvres. Une décision récente du Panel de l'Organisation Mondiale du Commerce, compétente pour garantir l'application par les Etats des accords ADPIC, est assez similaire. Cette décision constitue la première interprétation par un organisme international du test des trois étapes, intégré dans l'article 13 des accords ADPIC. Il s'agissait de déterminer si l'exception instaurée par une loi américaine de 1998 exemptant du paiement de droits d'auteur un grand nombre d'établissements de restauration et de commerces lors de la diffusion publique d'œuvres musicales constituait un manquement aux obligations des accords ADPIC. Dans l'appréciation de l'exception au regard des conditions imposées par le test des trois étapes, le Panel a estimé ne pas devoir prendre en compte l'éventuel intérêt public ou autres justifications sous-tendant l'exception. Par contre, le critère de l'exploitation normale implique de considérer les formes d'exploitation qui génèrent actuellement un revenu pour l'auteur ainsi que celles qui, en toute probabilité, sont susceptibles de revêtir une importance à l'avenir. Le caractère normal de l'exploitation est donc un standard variable au gré des techniques et des marchés. La seule possibilité, et non leur utilisation effective, de mesures techniques ou de mécanismes susceptibles de contractualiser certaines exploitations des œuvres pourraient donc, si l'on suit l'interprétation du Panel, faire échec à l'instauration d'une exception. Imaginons que l'auteur demande une rémunération pour chaque acte de copie de son œuvre, quel que soit le contexte, et mette en place les moyens effectifs pour solliciter cette autorisation, acceptera-t-on encore qu'un utilisateur réalise une parodie de l'œuvre en se passant du consentement de l'auteur ?

E- Pistes de réflexion et d'action

De manière générale, dans le régime du droit d'auteur, il faut s'en tenir au principe que les exceptions sont des instruments essentiels dans la réalisation d'un équilibre entre les intérêts des auteurs et l'intérêt public. Elles ne constituent pas seulement des exceptions aux droits, ce ne sont pas de simples « tolérances » admises par l'auteur, mais elles traduisent la prise en compte dans le champ du droit d'auteur de libertés fondamentales et d'intérêts majeurs pour la société. La liberté d'expression, la liberté de la presse et le droit à l'information se retrouvent dans certaines limitations du droit d'auteur: ainsi par exemple, les exceptions relatives aux utilisations privées visent à protéger la sphère privée de l'individu, tandis que les exceptions en faveur de l'enseignement et de la recherche ont pour but de garantir le droit des peuples au savoir et à l'éducation. Leur maintien dans le régime juridique du droit d'auteur est donc primordial, quel que soit le contexte, numérique ou non, de la diffusion des œuvres. Il faut également éviter de faire céder systématiquement les exceptions à la fois devant les seuls intérêts des auteurs et autres titulaires de droits ou devant les soi-disant « impératifs du marché ».

S'agissant des évolutions en matière d'exceptions que nous avons relevées, on peut faire les remarques suivantes :

- copie privée : La directive européenne laisse subsister la copie privée, analogique et numérique. Il semble que l'intention du législateur belge soit identique. La copie privée nous paraît devoir être maintenue, même sous format digital, bien que dans

ce cas on puisse admettre de définir plus strictement les conditions de la rémunération équitable dont doivent bénéficier les auteurs du fait de cette copie.

- test des trois étapes : La doctrine n'est pas unanime sur l'interprétation du test des trois étapes et sur le point de savoir si il impose au juge chargé de la résolution d'un litige d'examiner ces trois critères comme conditions supplémentaires du bénéfice d'une exception. Laisser planer le doute sur cette question ne serait pas inutile, par exemple en ne transposant pas expressément cette disposition en droit belge. Dans le cas contraire, il faut éviter d'interpréter ces conditions dans une perspective uniquement économique, mais plutôt y inclure des préoccupations culturelles et d'intérêt public.
- La liste des exceptions existantes en droit belge pourrait également bénéficier de certains ajouts autorisés par la directive européenne. Par exemple, notre pays ne connaît pas d'exceptions bénéficiant aux bibliothèques et archives, si ce n'est une exception très spécifique au profit de la Cinémathèque pour la restauration des films. On pourrait pousser à l'introduction dans la loi belge d'une exception permettant certains actes de reproduction nécessaires à la préservation ou à l'utilisation des œuvres par les bibliothèques et archives ainsi qu'une exception permettant les actes nécessaires à la mise à la disposition du catalogue des établissements de prêt et des bibliothèques sur des terminaux spécialisés dans leurs locaux, et ce conformément à la directive du 22 mai 2001.

§ 13e. — Les mesures techniques

F- La protection juridique des mesures techniques

Dès les premiers documents de l'Union européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information, la protection des mesures techniques s'est invitée à la table de la propriété littéraire et artistique, les titulaires de droit demandant que le contournement des protections techniques qu'ils mettraient en place soit dûment sanctionné par la loi. Que la cryptographie, le *watermarking*, les mots de passe ou autres systèmes contrôlant l'accès à des contenus, ou empêchant la copie des œuvres soient devenus des outils essentiels à la protection des œuvres digitales ne fait plus de doute. Pas plus que le fait que ces dispositifs techniques puissent à leur tour être désamorçés par une autre technique. Il s'agissait donc, selon les auteurs et autres titulaires de droits, d'interdire le contournement des protections techniques ainsi que la commercialisation d'équipements ou moyens permettant ou facilitant ce contournement.

Les Traités de l'OMPI de 1996 ont ouvert la voie à l'introduction en droit d'auteur de cette protection contre le contournement des mesures techniques utilisées pour protéger les œuvres ou prestations. Les Traités demandent aux Etats d'adopter une protection juridique « *contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les*

auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits et qui restreignent l'accomplissement d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi ».

Cette protection juridique a été intégrée dans la directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information, afin de fournir un cadre harmonisé aux Etats membres, obligés de prévoir une telle protection en vertu du texte international. L'article 6 de la directive qui énonce le principe de la protection juridique des mesures techniques est un compromis entre tenants d'une protection des mesures techniques et opposants aux excès de celle-ci, principalement en raison de l'atteinte potentielle de ces dispositifs aux exceptions et limitations au droit d'auteur, ce qui explique la complexité du texte.

Les deux premiers paragraphes de l'article 6 traitent des activités dont l'interdiction devra être réglée par les Etats membres, d'une part l'acte de contournement des mesures techniques, d'autre part, les actes commerciaux liés aux équipements permettant ou facilitant ce contournement. Le troisième paragraphe définit les mesures techniques qui font l'objet de cette protection. Il s'agit de « *toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin (...) ou du droit sui generis (...)* ».

La définition est très large. Elle permet de recouvrir tout outil technique auquel le titulaire de droit a recours pour protéger son œuvre ou la distribution de celle-ci. Tout dispositif qui traduit dans les faits –dans la machine– une absence d'autorisation de l'auteur est couvert, ce qui élargit le champ de protection auparavant envisagé. Le texte initial de la directive parlait des mesures techniques qui limitaient la violation d'un droit d'auteur ou droit voisin. A première vue, cette définition ne couvrait que les mesures établissant une protection directe des droits de l'auteur, tels les systèmes anti-copie. Désormais, non seulement les mesures techniques empêchant l'accomplissement d'actes relevant du monopole légal des auteurs sont visées, mais également tout dispositif s'opposant à des utilisations qui ne seraient pas souhaitées par le titulaire de droit. Il suffit que l'auteur interdise contractuellement une utilisation pour que la mesure technique qui supporte cette interdiction soit protégée par l'article 6. Ceci comprend les dispositifs contrôlant l'accès à l'œuvre (cryptage, mots de passe, etc.), les dispositifs protégeant l'œuvre en fonction de zones géographiques (tel le zonage du DVD), et les mécanismes limitant le bénéfice d'une exception au droit d'auteur.

G- Mesures techniques et accès aux œuvres

Les systèmes techniques s'embarrassent peu des limites mises au droit d'auteur pour garantir un certain équilibre entre protection et promotion de la culture et du savoir. Ils sont notamment susceptibles de 'cadenasser' et de bloquer l'accès à des œuvres qui ne seraient pas ou plus protégées ou d'empêcher l'exercice normal d'une exception reconnue par la loi sur le droit d'auteur. Dans ce cas, l'exécution du droit d'auteur s'effectue au-delà même de l'existence et de l'étendue du droit.

Ceci implique que les utilisateurs qui souhaiteraient effectuer une reproduction ou une communication au public comprise dans le cadre des limitations aux droits exclusifs ne pourraient le faire qu'en contournant la barrière technique. L'utilisateur devrait donc déployer des efforts d'ingéniosité et de compétence technique pour réaliser certains actes d'utilisation d'œuvre accomplis tout naturellement dans un environnement traditionnel non numérique. D'autant plus que les instruments éventuellement à sa disposition pour le faire seraient de toute évidence sanctionnés par les dispositions interdisant le contournement.

Il nous apparaît donc indispensable de préciser légalement les limites des protections techniques compte tenu de leur effet d'appropriation éventuelle du domaine public et de la restriction de l'accès à l'information qu'elles impliquent. Une telle réflexion doit prendre place au plus vite sous peine de voir se développer une appropriation illimitée de choses par essence ou par législation inappropriables.

La protection juridique des mesures techniques est parfois présentée comme un troisième niveau de protection des œuvres. Le premier niveau ou la première "couche" est constituée par la loi sur le droit d'auteur qui assure une protection opposable à tous. Les mesures techniques peuvent être comparées à un deuxième niveau de protection ou une deuxième "couche", en ce qu'elles assurent techniquement la protection de l'œuvre (ou le contrôle de l'accès à l'œuvre). Enfin, l'article 11 des Traités OMPI a ouvert la voie à un troisième niveau de protection, puisqu'il instaure une protection de la mesure technique de protection: ainsi, l'œuvre est désormais protégée par la loi et par la technique, et la technique elle-même est protégée comme telle par la loi.

En conséquence, l'utilisateur qui accomplit un acte soumis à l'autorisation de l'auteur relativement à une œuvre protégée par un système technique se rend coupable de deux actes répréhensibles: la violation du droit d'auteur, d'une part, et la violation des dispositions relatives aux mesures techniques, d'autre part.

Les conséquences en sont parfois absurdes. Imaginons qu'un utilisateur neutralise la barrière technique qui empêche la copie numérique de l'œuvre. Il peut à ce titre être poursuivi sur base du droit d'auteur. Pourquoi y ajouter une sanction pour la neutralisation du mécanisme de protection?

A contrario, un utilisateur peut neutraliser le verrou pour effectuer un acte de copie autorisé, par exemple dans le cadre d'une exception, ou pour avoir accès à l'œuvre sans accomplir postérieurement à l'accès des actes soumis à l'autorisation des titulaires de droit. Il peut également neutraliser le verrou pour avoir, par exemple, accès à une œuvre dans le domaine public, ou à un contenu informationnel non protégé. Il ne commet ici aucune violation du droit d'auteur mais reste susceptible d'être poursuivi pour la seule neutralisation de la mesure technique. Le simple accès, dans la mesure où il s'effectuerait moyennant la violation des mesures de sécurité, devient illicite.

Or, le droit d'auteur ne règle pas à première vue l'accès à l'information. Dans l'environnement analogique, l'accès à l'œuvre par le public et sa consultation ne nécessitent aucune autorisation de l'auteur. Lire un livre, voir un film, assister à un spectacle, regarder des œuvres plastiques n'implique généralement aucun acte soumis au droit d'auteur. Par contre, il va sans dire que les autorisations nécessaires à l'exploitation de l'œuvre, telles que l'exposition dans un musée, l'impression d'un manuscrit, la distribution d'un film en salles, la mise en scène d'une pièce de théâtre, ont certainement été dûment sollicitées par l'exploitant en amont de l'utilisation finale de l'œuvre.

L'existence d'une telle protection sur l'accès par le biais des mesures techniques est lourde de conséquences. Par exemple, un jeu vidéo pourrait être vendu sur un CD-ROM intégrant une protection technique d'accès. L'acquéreur tout à fait légitime de ce jeu pourrait ensuite se voir opposer la barrière technique, soit après quelques parties, soit parce qu'il ne joue pas le jeu sur la plate-forme de la même marque, soit parce qu'il n'a pas acheté les mises à jour du jeu. Qu'il tente de désactiver la protection technique, et le voilà passible de poursuites.

Cette extension du monopole de l'auteur vers l'accès à son œuvre ne peut manquer d'étonner. On peut notamment s'interroger quant au fondement véritable de la protection de ces mesures. En effet, est-ce bien le droit d'auteur dont l'exercice et l'effectivité se trouvent ainsi renforcés? Ne protège-t-on pas surtout l'investissement consacré au développement et à l'utilisation des mesures techniques ?

N'est-ce pas plutôt la simple distribution de contenus éventuellement protégés par le droit d'auteur et sa rémunération qui forme l'objet principal de la protection ? Dans l'exemple du jeu vidéo, on peut admettre que le distributeur ou fabricant impose contractuellement des conditions d'acquisition de son produit, telles qu'un prix limité à un certain nombre d'usages ou l'obligation de jouer le jeu sur un certain standard. Ceci dit, ces conditions mises à l'achat et à l'utilisation des œuvres n'appartiennent pas au domaine du droit d'auteur. Le passionné de jeux vidéos qui souhaite avoir accès au jeu en vue de son utilisation n'effectue aucun acte soumis au droit de l'auteur, sous réserve d'un acte de reproduction provisoire qui sera généralement couvert par une exception. Si le simple fait de franchir la barrière est prohibé, quels que soient les actes accomplis par la suite, qu'ils soient licites ou non, n'est-ce pas la barrière elle-même qui fait l'objet essentiel de la protection ?

Chaque niveau de protection des œuvres devrait refléter l'équilibre essentiel entre monopole et accès à l'information. Cet équilibre, présent dans le droit d'auteur; doit également être transposé aux mesures techniques ainsi qu'à la protection légale de ces derniers. Il faut trouver des solutions permettant de traduire cet équilibre dans les mesures techniques et dans les dispositions juridiques les protégeant.

H- Mesures techniques et exceptions au droit d'auteur

L'interférence potentielle des verrous techniques sur la jouissance d'exceptions au droit d'auteur est sans aucun doute la question la plus épineuse de l'article 6 de la directive. A la Conférence Diplomatique de 1996 qui a abouti à l'adoption des deux Traités consacrant pour la première fois au niveau international une protection des mesures techniques, de nombreux Etats participants avaient soulevé la menace que l'application technologique du droit d'auteur faisait peser sur le libre exercice des exceptions.

Le texte européen se distingue par le niveau auquel la solution s'applique. D'autres Etats, tels les Etats-Unis ou l'Australie, ont choisi de le faire au niveau de la sanction du contournement. Leurs solutions sont largement différentes mais ces deux pays immunisent l'utilisateur ayant contourné une mesure technique lorsque son objectif était l'exercice légitime de certaines exceptions. Dans cette hypothèse, l'exception étant entravée par un dispositif de protection, l'utilisateur doit déverrouiller le système. La loi ne lui donne pas les moyens pour se faire mais se limite à ne pas le poursuivre du chef du contournement. Le mal –la contrainte exercée sur la libre utilisation de l'œuvre– est fait; mais les moyens d'exercer l'exception en dépit de l'entrave ne constitueront pas une infraction ou un acte illicite. Encore faut-il que le bénéficiaire d'une exception dispose des compétences ou des outils techniques pour surmonter l'obstacle. Ce qui rend ce type de solution bien peu satisfaisante.

La directive européenne envisage de favoriser l'utilisateur non au stade de la sanction pour contournement, mais au stade premier de l'exercice de l'exception et de l'entrave technique. Le mécanisme qu'elle met en place à ce titre dans l'article 6 § 4, s'il a le mérite d'exister, n'a toutefois pas celui de la simplicité. En outre, le système ne bénéficie qu'à un certain nombre d'exceptions, à savoir la reprographie, les actes de reproduction spécifiques par les bibliothèques et archives, les enregistrements éphémères par les organismes de radiodiffusion, les reproductions par des institutions sociales sans but lucratif, les utilisations à des fins d'illustration de l'enseignement, les utilisations au bénéfice de personnes handicapées et les utilisations à des fins de sécurité publique. L'exception de copie privée bénéficie d'un régime spécifique et optionnel que nous envisagerons plus loin.

La directive ne précise pas quel fut le critère qui a présidé au choix de ces exceptions ni pourquoi d'autres exceptions énumérées dans la directive à l'article 5 ne bénéficient pas également du même régime de faveur. On a pu entendre qu'il s'agissait d'exceptions qui traduisaient des intérêts fondamentaux. Mais la parodie ou le compte-rendu d'événements d'actualité ne sont-ils pas également des dispositions reflétant des valeurs essentielles telles que la liberté d'expression ou la liberté de l'information et de la presse ?

Le premier principe du 4^{ème} paragraphe de l'article 6 est de confier aux titulaires de droit le soin de concilier le recours aux mesures techniques avec une garantie des exceptions. L'intervention de l'Etat n'est en effet que subsidiaire en l'absence de "mesures volontaires prises par les titulaires de droit". Sur ce que recouvre l'expression " mesures volontaires", la directive est muette si ce n'est la référence explicite à des accords entre auteurs et autres

parties concernées. On peut imaginer que les dispositifs de protection aménagent dans leur fonctionnement même des espaces de liberté pour l'utilisateur bénéficiaire d'exceptions, que les distributeurs d'œuvres fournissent à certains utilisateurs des exemplaires déverrouillés ou leur accordent des conditions spéciales et des tarifs préférentiels. Plus que la garantie des exceptions, c'est la liberté contractuelle des ayants droit qui est ici privilégiée, l'exception devenant matière à négociation et donc essentiellement matière à exercice du droit exclusif. On n'est pas très loin de la solution préconisée par certains auteurs américains qui invitaient à considérer le "fair use" comme un "fared use" et de transformer chaque exception en un acte payant et sujet à négociation avec le titulaire de droit. Par exemple, pour faire une parodie d'une œuvre, il faudrait désormais payer 1 € à l'auteur, facilement joignable par Internet.

Ce n'est qu'à défaut de telles mesures prises par les titulaires de droit que les Etats membres devront prendre les *"mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions (...) puissent bénéficier desdites exceptions 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"*. L'intervention des Etats sera obligatoire si, à l'expiration d'un certain délai que les lois de transposition devront établir, les auteurs eux-mêmes n'ont pas mis en place certaines mesures. Il ne s'agira bien sûr que de prendre des mesures dans le cas des exceptions définies par la directive qui existent dans le droit de l'Etat en question. Par exemple, l'exception bénéficiant aux institutions sociales sans but lucratif n'existant pas en droit belge –ce qui ne devrait pas, selon toute probabilité, changer lors de la transposition du texte européen– aucune mesure de garantie de cette limitation ne devra être adoptée.

La directive n'impose pas un accès à l'œuvre dans le but d'exercer les exceptions. Elle ne vise qu'à permettre aux personnes qui disposent déjà d'un accès licite à l'œuvre de pouvoir exercer les exceptions dont ils sont bénéficiaires. C'est tout autre chose. L'hypothèse est celle d'un utilisateur qui acquiert légitimement une œuvre mais se voit entravé dans sa capacité d'effectuer certains actes de reproduction ou de communication de l'œuvre en vertu d'une exception. Par exemple, une bibliothèque qui acquiert une base de données dont la reproduction, notamment pour des raisons d'archivage dans le cadre d'une exception admise par la loi, serait impossible en vertu d'un dispositif de protection. Il n'est donc pas question d'autoriser les utilisateurs à accéder librement aux œuvres sous quelque prétexte que ce soit.

Le troisième alinéa de l'article 6(4) prescrit une solution similaire pour l'exception de copie privée, mais ici, l'intervention de l'Etat n'est que facultative. Préférence est ici aussi donnée aux initiatives des titulaires de droit qui peuvent notamment mettre en place des mécanismes autorisant la réalisation d'une seule copie. La directive impose aux Etats de respecter l'adoption de ce type de mesures.

L'avant-dernier alinéa de ce paragraphe 4 est celui qui risque de ruiner toute cette construction déjà bien fragile. Il prévoit que *"les dispositions des premier et deuxième alinéas ne s'appliquent pas aux œuvres ou autres objets protégés qui sont mis à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit"*

individuellement". La terminologie de cette disposition renvoie très clairement à la définition du droit de mise à la disposition du public de l'article 3 de la même directive. Si l'on suit la logique de ce dernier, seuls les services de mise à la demande échapperaient à la garantie des exceptions de l'article 6(4). On songe par exemple à l'hypothèse d'une mise à la disposition d'œuvres musicales pour la durée d'un week-end. L'industrie phonographique a plaidé que, dans ce cas, permettre la garantie des exceptions, et par exemple la copie de la musique ainsi "prêtée", ruinerait son système de distribution d'œuvres à la demande, ce qui a justifié l'adoption de cette dérogation. Certains craignent toutefois que celle-ci ne s'applique à tous les actes de mise à la disposition des œuvres sur Internet. Accepter une telle interprétation signifierait qu'à terme, le système de préservation des exceptions ne couvrirait plus grand chose dans la mesure où la majorité des œuvres seraient distribuées sur les réseaux numériques. C'est pourtant un risque non négligeable et qui dépendra grandement à la fois de l'interprétation de cet alinéa et de l'évolution des modèles économiques de distribution des œuvres.

La solution mise en place par la directive de 2001 pour préserver les exceptions aux droits de l'auteur face aux mesures techniques est donc limitée à de nombreux égards :

- quant à la liste des exceptions couvertes par ce système ;
- quant à la liberté accordée aux titulaires de droit d'auteur ;
- quant à la prééminence accordée aux solutions envisagées par les titulaires de droit d'auteur ;
- quant à l'étendue de l'application de la solution, notamment en ce qui concerne les actes de mise à la disposition d'œuvres à la demande.

Une autre disposition de la directive vise à garantir un équilibre entre l'usage d'entraves techniques et l'exercice des exceptions. L'article 12 confie à la Commission le soin d'examiner de manière régulière, l'incidence du recours aux mesures techniques sur des "actes permis par la loi", entendez par là sur les exceptions aux droits exclusifs. Cet examen fera l'objet d'un rapport triennal qui pourrait justifier l'adoption de modifications de la directive.

I- Pistes de réflexion et d'action

Les prises de position suivantes pourraient être prises :

- sur l'accès aux œuvres en dépit des mesures techniques : La protection des mesures techniques contrôlant l'accès aux œuvres pourrait être envisagée dans un autre cadre juridique que le droit d'auteur, par exemple dans une législation d'inspiration proche des principes de concurrence déloyale ou en matière de criminalité informatique. Dans les deux cas les conditions de la faute ou de l'infraction seront plus strictes que celles de la directive droit d'auteur. Toutefois cette piste est peu probable et assez hasardeuse car elle risque de conduire à un défaut de transposition de la directive de 2001. En outre, cela ne résoudrait pas le

problème de l'existence de mesures techniques limitant l'accès aux œuvres. La réaction des utilisateurs des œuvres jouera certainement un rôle pour limiter les effets néfastes de telles mesures. On peut également songer à développer des lieux dans lesquels les œuvres puissent être consultées d'une manière assez large, notamment en développant l'obligation de dépôt légal et en l'étendant, au-delà des œuvres littéraires, à tous types d'œuvres et aux œuvres numériques, dont quelques exemplaires pourraient faire l'objet d'un dépôt accessible au public, exemplaires dénués de toute mesure technique en empêchant la consultation et la jouissance.

- sur les exceptions et les mesures techniques : La solution proposée par la directive européenne est intéressante en ce qu'elle s'efforce de faire bénéficier des exceptions de manière effective. Toutefois elle ne pourra y parvenir que si on modifie certaines de ses conditions. En premier lieu la loi transposant la directive devra imaginer de réelles mesures appropriées pour bénéficier des exceptions, mesures effectives, peu coûteuses et au bénéfice de tous types d'utilisateurs. La loi doit également intervenir en cas de défaut des titulaires de droit d'avoir pris les mesures adéquates ou lorsque les mesures qu'ils ont prises sont minimales ou ne permettent pas un réel bénéfice des exceptions. Ici aussi, une obligation renforcée de dépôt légal pourrait constituer une piste. La solution de la directive doit être étendue à toutes les exceptions de la loi belge qui ne doivent pas être limitées à la liste minimale de l'article 6(4). Ensuite la loi doit clairement indiquer que la limitation de la solution de sauvegarde des exceptions aux actes de mise à la disposition des œuvres à la demande doit être interprétée strictement et ne pas couvrir trop largement tout mode de diffusion mis en place par les auteurs sur Internet. Une évaluation constante de la diffusion des œuvres, du développement des mesures techniques et de leur effet sur le bénéfice des exceptions et l'utilisation normale de l'œuvre doit être mise en place. L'organisme en charge de cette évaluation devra être constitué de représentants de toutes les parties concernées.

V. Enjeux du droit d'auteur, création contemporaine et digitale

Bien avant le développement des moyens de création et de diffusion numérique, l'art contemporain a posé certains problèmes au droit d'auteur. Certains de ces problèmes se sont sans aucun doute accrus dans l'environnement digital. Le sujet mériterait des développements détaillés, bénéficiant d'une approche multidisciplinaire mêlant droit, histoire et sociologie de l'art et avis d'artistes mêmes. Nous nous contenterons donc ici d'aborder quelques questions d'une manière assez rapide.

En premier lieu, l'art contemporain, et ce dès Duchamp, interroge la notion d'œuvre d'une manière fondamentale. Le droit d'auteur protège des œuvres, expressions et mises en forme d'une idée. Certaines « œuvres » contemporaines reposent davantage sur des concepts ou des contextes. Des objets de la vie courante deviennent art par le seul fait de leur placement dans un contexte d'exposition ou par la simple signature d'un « auteur ». Des

œuvres ou performances relevant de l'art dit conceptuel bousculent la distinction traditionnelle en droit d'auteur entre l'œuvre et l'idée. Ce problème n'est toutefois pas plus aigu dans l'ère digitale. En outre, il n'a pas réellement posé des problèmes en droit d'auteur qui a reconnu la qualité d'œuvres à de nombreuses créations contemporaines (ready-made, œuvres conceptuelles, performances, installations, etc.). Il s'agit à notre sens d'un faux problème.

Plus intéressante est la question de savoir qui est l'auteur d'une œuvre. De nombreux artistes remettent en cause l'idée de l'auteur dans l'œuvre, empruntant aux théories post-structuralistes et post-modernistes l'idée de la « mort de l'auteur » (cfr. Barthes et Foucault). Cette remise en cause de l'idée d'« auteur », qu'elle se réalise par son effacement dans l'anonymat, par sa collectivisation, ou par sa parodie, paraît antinomique avec le droit d'auteur dans lequel l'auteur joue un rôle central. Toutefois il faut se garder de confondre la notion d'« auteur » au sens juridique, soit la personne ayant créé l'œuvre et bénéficiant des droits sur cette œuvre, et la notion artistique de l'« auteur », revêtant le sens de la personne, de la figure qui impose une autorité sur une œuvre ou un discours, qui en définit le sens et la propriété. Les deux sens se recoupent bien sûr et l'auteur juridique est une fiction empruntée à la notion philosophique, littéraire et artistique d'auteur, sur laquelle repose la construction juridique. Mais cette construction juridique se fera de manière indépendante par rapport au sens que l'artiste aura voulu donner à la notion d'auteur dans son œuvre.

La pratique artistique digitale renforce encore ce jeu sur l'auteur d'une œuvre. Un des exemples les plus marquants est le développement du *copyleft* (cfr infra) dans lequel la création se collectivise et dans lequel aucun auteur ne prétend plus à imposer un sens définitif à l'œuvre. Le phénomène d'anonymisation de la création sur Internet, qu'elle soit voulue ou non, est également significatif. Cela pose certainement des problèmes en droit d'auteur, mais, selon nous, davantage au niveau théorique qu'au niveau pratique.

Plus intéressante est la question de la distinction entre l'original et la copie. Tout le droit d'auteur se fonde sur cette distinction, reconnaissant la protection de l'œuvre originale et interdisant le plagiat, soit la reproduction, la copie. Or, accompagnant le développement de modes de reproduction technique, l'art contemporain a particulièrement travaillé sur la reproductibilité technique et la destruction de l'aura de l'œuvre, de son originalité (cfr. Benjamin). Il devient extrêmement facile de s'approprier des représentations de la culture contemporaine ou des œuvres d'autrui et de les intégrer dans son propre travail pour les parodier, les critiquer ou les détourner. La technique digitale facilite encore cette « reproductibilité technique ». Cette tendance du droit contemporain pose de multiples questions. Tout d'abord, celle de l'originalité de l'œuvre. Lorsque Sherrie Levine photographie les photographies de Weston, lorsque Elaine Sturtevant joue avec l'originalité en reproduisant les ready-made de Duchamp qui sont déjà eux-mêmes des objets appropriés et réinterprétés, y a-t-il production d'une nouvelle œuvre, au sens d'une œuvre originale ? Pour ces deux artistes, où se trouve l'originalité dans le simple processus technique de reproduction d'une autre œuvre ? Dans cet art d'appropriation, la frontière entre l'original et la copie disparaît et la notion même d'originalité se dissout, faisant par là un travail sur la notion de

reproductibilité et de déconstruction des notions d'auteur, d'originalité et d'original. Si cette originalité ne pose pas de problèmes dans une perspective artistique, elle en pose sur le plan juridique.

Ce travail d'appropriation artistique qui est mené par de nombreux artistes, pose également les question du plagiat, de la citation ou de la parodie. La loi sur le droit d'auteur ne reconnaît l'exception de citation que dans un but de polémique, de critique, d'enseignement ou de recherche scientifique. Il n'est pas certain que l'appropriation artistique puisse être qualifiée de citation exemptée du droit d'auteur au sens de la loi. La parodie, dont le but doit être l'humour, pour pouvoir constituer une exception au droit d'auteur, ne paraît pas davantage pouvoir couvrir ce type de pratiques. Est-on alors dans le plagiat ? Une artiste peut-elle être poursuivie par l'auteur dont elle a utilisé les œuvres dans un but artistique ?

En Allemagne la Cour constitutionnelle a reconnu à Heiner Müller le droit de reprendre des parties de l'œuvre de Bertold Brecht dans un spectacle alors qu'aucune exception au droit d'auteur ne permettait de couvrir cet « emprunt ». La Cour a estimé que l'œuvre de Brecht était devenue un élément de définition du climat intellectuel et culturel de l'époque. Elle échappe alors dans une certaine mesure au contrôle exclusif de son auteur.

L'évolution économique du droit d'auteur, que nous avons abordée, risque toutefois de s'opposer à de tels arguments, davantage basés sur une analyse culturelle et politique. Il y a là un champ d'action important pour la défense des pratiques artistiques contemporaines. Il y a urgence à trouver, en droit, les moyens de valider les pratiques de résistance à la privatisation des « signes » et des représentations. Il faudrait recourir davantage à la liberté d'expression mais également à la notion de parodie en droit d'auteur et admettre plus facilement la légitimité des pratiques qui en relèvent. Récemment une cour d'appel en France a rappelé que la liberté d'expression autorise la parodie de marques, notamment dans un but politique.

Une autre question, davantage liée aux média numériques, est celle de la confusion des genres de l'œuvre. Certaines dispositions de la loi sur le droit d'auteur diffèrent selon qu'il s'agit d'une œuvre littéraire, audiovisuelle ou picturale. L'art contemporain a toutefois inventé des nouvelles formes d'œuvres qu'il est difficile de classer dans ces catégories. Qu'en est-il d'une installation vidéo, par exemple ? S'agit-il d'une œuvre audiovisuelle, d'une œuvre picturale, d'autre chose ?

Les œuvres multimédia posent le même genre de questions. Les spécialistes ont souvent réfléchi sur la qualification de telles œuvres mais n'ont jamais envisagé de traiter les œuvres multimédia comme nouvelles formes de l'art contemporain. Cette qualification de l'œuvre peut avoir des incidences pratiques importantes, notamment sur le titulaire des droits d'auteur ou sur le régime de contrat avec le producteur ou l'éditeur. Une réflexion devrait être entamée sur le sujet en prenant soin de ne pas enfermer des formes d'art, par définition mouvantes, dans une catégorie juridique définitive.

Enfin, la protection des artistes dans leurs relations contractuelles avec des exploitants de leurs œuvres (musées, galeries, éditeurs, producteurs) reste une matière à laquelle le législateur doit rester attentif. La loi prévoit d'encadrer les contrats qui cèdent les droits d'auteur ou autorisent certaines exploitations ou utilisations de l'œuvre afin de protéger l'auteur contre l'exploitant. Le contrat doit être écrit et comporter certaines clauses obligatoires. La cession de droits sur des formes d'exploitation encore inconnues lors de la conclusion du contrat est interdite et la cession de droits sur des œuvres futures fortement limitée et réglementée. Cette protection contractuelle n'existe pas dans tous les Etats européens, la Belgique disposant d'une des législations les plus protectrices à cet égard. De nombreux auteurs réclament une harmonisation de ces dispositions protectrices au niveau européen. Mais, est-ce parce que le lobby le plus puissant est justement celui des exploitants auxquelles s'appliqueraient ces règles contractuelles ou parce qu'il s'agit de renforcer la protection des créateurs et non plus uniquement le développement économique de ce secteur, la commission européenne ne semble pas très pressée d'aborder ce dossier.

Le passage au numérique risque de renforcer ces questions de contrat pour les artistes travaillant avec ce média et exploitant leurs œuvres en ligne. Des contrats avec des exploitants peuvent prendre être conclus en ligne, soumis à une loi étrangère, sans que l'auteur ait réellement la possibilité de se renseigner sur ses droits. Sur ces questions contractuelles, un lobby d'artistes devrait presser le législateur d'accorder une protection suffisante des artistes au niveau européen en tenant compte des risques accrus suscités par les pratiques de création en ligne.

Autrement, les questions pertinentes pour la pratique de l'art contemporain dans l'environnement digital ne diffèrent pas des enjeux que nous avons soulevés plus haut, particulièrement en ce qui concerne le bénéfice des exceptions, le développement des mesures techniques, l'étendue des droits sur Internet, particulièrement lorsque l'artiste est lui-même utilisateur d'œuvres d'autrui. Toutes ces questions affectent alors l'artiste dans sa qualité d'utilisateur, créant à partir ou à l'encontre des œuvres existantes. C'est souvent dans cette position que l'artiste ressent avec aversion ce qu'il considère comme un monopole indu, celui du droit d'auteur qui se dresse comme un obstacle à sa propre création. Cela le conduit à rejeter le système du droit d'auteur. Il nous semble qu'une stratégie plus pertinente est de contester certaines extensions excessives du droit d'auteur, dans la mesure où le but essentiel du droit d'auteur est de protéger le créateur, la créatrice.

VI. ALTERNATIVES AU DROIT D'AUTEUR

1- Vers la suppression du droit d'auteur ?

Au fur et à mesure des griefs que l'on adresse au droit d'auteur (encore faut-il savoir si les raisons profondes de ces griefs se situent réellement dans la sphère du droit d'auteur...) certains se mettent à penser à son abolition pure et simple.

Fin des années 90, Joost Smiers jette un pavé dans la mare en proposant de supprimer le droit d'auteur. Partant du constat que « le concept, autrefois favorable, de droits d'auteur devient ainsi un moyen de contrôle du bien commun intellectuel et créatif par un petit nombre d'industries » et que « le système ne joue pas non plus en faveur du tiers-monde » (dans son article « La propriété intellectuelle, c'est du vol ! » paru dans le Monde Diplomatique de septembre 2001), il en vient à remettre en cause la propriété intellectuelle sous prétexte que son principe de base est l'exploitation exclusive de la création. Il propose donc de supprimer le droit d'auteur (droits patrimoniaux et moraux), et de rémunérer les artistes par l'Etat grâce à « un impôt prélevé sur les profits des entreprises qui utilisent du matériel artistique par un moyen ou un autre ».

L'exposé est assez confus, puisque Joost Smiers semble principalement confondre le droit d'auteur avec un phénomène qui lui est extérieur et totalement étranger à sa logique profonde : la concentration des médias par de grandes entreprises multinationales. Certains arguments qu'il invoque sont d'ailleurs faux, ou en tout cas simplistes. Par exemple, lorsque Joost Smiers parle des malheurs du tiers monde et des pays du sud, il néglige de dire que c'est aussi l'absence de droit d'auteur qui tue le développement de la création locale puisque celle-ci ne dispose pas d'une protection suffisante et se fait régulièrement piller par des tiers peu scrupuleux (pirates ou pseudo éditeurs par exemples), si bien que les artistes de ces pays sont obligés de se tourner vers les Etats garantissant une meilleure protection (ainsi, les artistes mexicains ont choisi les Etats-Unis comme marché de prédilection...).

On peut émettre des doutes par rapport à la solution qu'il expose : ne faut-il pas que les auteurs soient toujours indépendants de l'Etat sous peine de voir revenir « la censure préalable » ? Comment, conformément à ce que l'auteur suggère, évaluer la « valeur de la création artistique » ? Le droit d'auteur n'est-il pas une institution juridique d'un grand secours en ce qu'il s'applique automatiquement à toute œuvre « mise en forme » et originale sans aucun jugement du mérite artistique ou esthétique de l'œuvre en question ?

2- Le phénomène copyleft : une véritable alternative ?

Le copyleft est un concept qui trouve ses origines dans le monde du logiciel, à savoir projet GNU lancé en 1984 par Richard Stallman (<http://www.gnu.org/>) et qui mettait à disposition le premier système d'exploitation dit « libre », en ce sens que n'importe qui pouvait avoir accès aux sources de ce système, et pouvait les modifier librement. Ce

mouvement du libre (on parle d'*open source* ou de logiciels libres dans le domaine de l'informatique, et de *copyleft* et d'art libre dans le domaine de l'art) insiste sur deux choses : 1) la liberté de copie et de redistribution et 2) l'aspect viral de la licence qui signifie que tout utilisateur d'une œuvre dite libre doit la distribuer, la modifier, aux mêmes conditions de liberté. Ces deux principes sont motivés par la libre circulation et le libre accès aux œuvres (au sens le plus large).

Il faut bien comprendre les enjeux du *copyleft*, en distinguant selon son objet. En matière de logiciels, la volonté de révéler les sources d'un code à travers l'open source est principalement liée à des exigences de développement : interopérabilité des logiciels, éviter des standards fermés qui « tueraient » le marché, circulation des idées et accès au savoir... Concernant ces deux dernières revendications, il faut savoir que le domaine de l'édition scientifique n'est pas en reste, puisque depuis longtemps déjà, la diffusion en ligne de textes scientifiques poursuit les mêmes fins d'échange et de progrès du savoir que le mouvement *open source*. Le domaine littéraire et artistique se démarque de ces deux premiers domaines en ce que les revendications sont quelque peu différentes (puisque l'enjeu n'est pas aussi technique qu'en matière de logiciel ou de recherche scientifique), et sont principalement axées sur l'accès au savoir et à la culture.

Bien que ce phénomène soit souvent présenté comme une alternative, il poursuit le même but que le droit d'auteur. En effet, tous deux sont en fait l'affirmation que seul le créateur est à même d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de son œuvre. Par le *copyleft*, l'auteur décide d'utiliser son droit d'auteur pour accorder la plus grande liberté possible, liberté de copie, de distribution et de modification. Et c'est précisément la nature du droit d'auteur qui permet de sanctionner ceux qui, au mépris de la licence de *copyleft*, appliqueraient aux œuvres ainsi distribuées ou modifiées, des conditions d'utilisation plus restrictives. Juridiquement parlant, le *copyleft* n'est donc rien d'autre qu'une licence gratuite d'utilisation, où l'auteur précise clairement les conditions d'utilisation de sa création. Il suffit de lire pour cela la GPL (<http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html>) ou la licence Art Libre (<http://artlibre.org/>), qui mentionnent nommément leur appartenance au droit d'auteur. C'est d'ailleurs cela qui rend le *copyleft* très intéressant à nos yeux, puisqu'il représente une réappropriation du droit d'auteur par « la base » (par les auteurs eux-mêmes). En réaction à une exploitation des droits d'auteur qui paraît parfois bien obscure –gestion par de multiples tiers (éditeurs, producteurs, sociétés de gestion...) qui, aux yeux du public, accréditent de plus en plus l'idée que le droit d'auteur se limite à un « droit à rémunération »– il réaffirme par là le rôle central de la volonté de l'auteur vis-à-vis de sa création, principe-clé du droit d'auteur.

VII. Conclusion

On est certainement à un tournant du droit d'auteur. La transposition de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information apportera des modifications importantes du régime juridique de la propriété littéraire et artistique. Elle comporte surtout de nombreuses questions pour lesquelles une perspective culturelle ne peut être absente. Il est

de plus en plus important de démêler dans le droit d'auteur les arguments économiques des arguments culturels ou d'intérêt public et de ne pas laisser la prééminence aux premiers.

Prendre position dans le débat est d'autant plus difficile que souvent les discussions sont polluées par l'expression d'oppositions au droit d'auteur qui soit souffrent d'un réel déficit d'informations et de connaissance de ce qu'est le droit d'auteur et de ses principes, soit s'adressent en réalité à d'autres éléments de l'environnement auxquels le droit d'auteur est étranger ou indépendant. Par exemple, une grande partie du mécontentement lié au droit d'auteur est en réalité adressé à l'environnement économique plus large dans lequel est exercé le droit d'auteur. Le secteur du droit d'auteur, constitué des grandes entreprises de médias et de biens culturels, est un secteur fortement marqué par la mondialisation, le libéralisme et la concentration des entreprises. Que ces entreprises exercent leurs droits d'auteur dans un seul but de profit ne peut constituer en soi une critique du régime du droit d'auteur. En revanche, lorsque, pour augmenter de manière excessive les profits que ce secteur tire du droit d'auteur, ces entreprises abusent de leur pouvoir économique pour détourner les règles du droit d'auteur à leur seul profit, il s'agit de prendre position et de s'engager dans le débat pour y insuffler une autre perspective et remettre l'intérêt public au centre des discussions. Cela ne se fera pas en se séparant du régime de droit d'auteur au profit d'autres protections juridiques qui risquent à terme, de favoriser davantage encore les investisseurs au détriment des créateurs, mais bien en comprenant le droit d'auteur et en étant attentifs à son évolution et aux dérives dont il peut être l'objet. L'exemple du *copyleft* démontre que le droit d'auteur est un régime juridique qui permet toutes les libertés et dont le seul but est de favoriser la création et de protéger les créateurs.

Séverine Dusollier (severine.dusollier@fundp.ac.be)

Loïc Bodson (loic.bodson@fundp.ac.be)

Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) – FUNDP

Mai 2003