

Les enjeux du droit d'auteur européen à l'heure du numérique

Fabrice ROCHELANDET

ADIS (www.adislab.net)

Ce texte est la première version d'une étude ultérieurement corrigée et publiée dans un ouvrage collectif dirigé par M. BASLE et T. PENARD (2002) «*Europe : la société européenne de l'information*, Economica, sous le titre « Le droit d'auteur européen à l'ère numérique : quelles leçons tirer de l'expérience américaine du *Digital Millennium Copyright Act* ? ». ».

Le droit d'auteur correspond aux prérogatives morales et patrimoniales conférant aux auteursⁱ un monopole juridique sur l'exploitation de leurs œuvres. En règle générale, les ayants droit les gèrent individuellement, les cèdent à leurs partenaires économiques directs (éditeurs, producteurs) ou ont recours aux services d'intermédiaires spécialisés telles que les sociétés d'auteurs. Toute réforme du droit d'auteur concerne donc un ensemble non homogène d'acteurs et constitue alors une source de conflits. Il fut ainsi une "exception" à des accords internationaux comme le GATT en 1993 ou l'AMI en 1998.

Dans le contexte de l'économie numérique, le droit d'auteur est l'une des réglementations les plus discutées et contestées. Il constitue pour les uns, un obstacle au développement de la société de l'information en Europe et pour les autres, au contraire, une condition nécessaire à son expansion. Adoptant ce dernier point de vue, la Commission européenne a entamé au début des années 90 un long processus d'harmonisation des différentes législations des Etats membres aboutissant à l'adoption récente d'une directive visant à adapter le droit d'auteur à la société de l'information. L'objet de cette étude est d'évaluer, sur la base de l'expérience américaine, les effets économiques des réformes actuelles en Europe en matière de droit d'auteur sur le développement du numérique.

Une question fondamentale soulevée au début des années 90 a été de savoir s'il fallait protéger sur une base légale les contenus numérisés afin que la société de l'information se développe rapidement ? Les rapports américain européen de Martin Bangemann (1994) et de Bruce Lehman (1995) y ont répondu par l'affirmative. Et comme bien souvent en matière de droit d'auteur, il a fallu trouver un compromis entre les intérêts des producteurs et ceux des utilisateurs de contenusⁱⁱ. Pour les uns, il s'agissait d'assurer une rémunération adéquate aux auteurs et à leurs partenaires économiques afin de les récompenser ou de les inciter à créer, produire (en protégeant leurs investissements) et diffuser leurs œuvres sur les réseaux numériques. Pour les autres, il s'agissait tantôt de ne pas entraver le développement des réseaux électroniques, tantôt de respecter les droits reconnus aux utilisateurs tout en leur assurant l'accès le plus large possible aux contenusⁱⁱⁱ. Bien évidemment, cet ensemble d'objectifs, parfois complémentaires mais le plus souvent divergents, permet d'expliquer le délai séparant la date de publication du rapport Bangemann et celle du vote de la directive européenne sur *le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information* en 2001.

Tout comme la réforme du *Copyright Act* aux Etats-Unis, cette récente directive fait suite à l'adoption initiale en 1996 d'un Traité sur le droit d'auteur sous l'égide de l'OMPI. Le texte américain a néanmoins donné lieu à une protection nettement plus poussée que les attentes de cet accord international. La directive va-t-elle dans le même sens et s'expose-t-elle de ce fait aux mêmes critiques que celles adressées à l'encontre de la réforme américaine ? Il s'agit alors de retracer l'expérience américaine et d'en évaluer les fondements économiques pour ensuite étudier les justifications et les effets économiques de l'harmonisation européenne du droit d'auteur.

1. L'EXPERIENCE AMERICAINE DU DMCA : UNE VICTOIRE A LA PYRRHUS DES MAJORS ?

Le *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) a été adopté aux Etats-Unis en octobre 1998^{iv}, soit un peu moins de deux ans après la signature des Traités OMPI de décembre 1996. Ce délai de transposition relativement court dénote d'une volonté évidente de la part des autorités publiques (en l'occurrence, l'administration Clinton) de protéger les intérêts économiques américains dans un pays où réside la majeure partie des gros détenteurs de droits d'auteur. L'adoption du DMCA n'en a pas moins suscité des négociations très poussées de la part des groupes de pression et sa mouture finale ne cesse de faire l'objet de critiques (Samuelson, 1999, Cohen, 2000). La principale d'entre elles est que, antérieurement au DMCA, la législation américaine de 1976 sur le copyright et ses amendements successifs étaient

conformes aux exigences des Traités OMPI^v. Par conséquent, le DMCA constituerait un renforcement injustifié du copyright au désavantage des utilisateurs de contenus protégés.

1.1 A l'origine, les Traités de l'OMPI du 20 décembre 1996

Si l'enjeu des accords ADPIC de 1994 était d'adapter la propriété intellectuelle à la mondialisation, les traités de l'OMPI de 1996^{vi} avaient quant à eux pour objet l'établissement d'une série de normes visant à adapter les droits d'auteur et voisins à la mondialisation et favoriser le développement de la société de l'information. Le préambule du traité sur le droit d'auteur est à cet égard explicite. Il souligne notamment la nécessité de développer et de maintenir la protection des droits des auteurs face au développement et à la convergence des TIC et leur impact sur la création et les modes d'utilisation des œuvres. En effet, s'il est nécessaire de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et les intérêts du public, le traité met bel et bien en avant la "portée exceptionnelle" de la propriété intellectuelle comme incitation à la création d'œuvres littéraires et artistiques.

Le traité fournit plusieurs règles concernant le droit d'auteur dans l'environnement numérique. Les détenteurs de droits d'auteur doivent ainsi avoir un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la numérisation de leurs œuvres et la réalisation d'exemplaires numériques. Idem en ce qui concerne la communication de leurs œuvres au public (art. 6 à 8 du Traité). Quant aux exceptions et limitations au droit d'auteur, les pays adhérents peuvent continuer à appliquer celles figurant dans leur législation et à en créer de nouvelles dans le contexte du numérique (art. 10).

Deux types de dispositions novatrices complètent ce Traité. D'une part, les Etats adhérents doivent prévoir des mesures réglementaires assorties de sanctions à l'encontre le contournement des technologies adoptées par les ayants droit pour protéger leurs œuvres contre toute forme d'utilisation portant atteinte à leurs prérogatives (article 11). D'autre part, doivent être instituées des mesures réglementaires afin de lutter contre toute forme de falsification des informations sur les auteurs, les cessionnaires des droits, sur les œuvres et leurs conditions d'utilisation figurant, de manière visible ou non, sur les contenus numérisés (art. 12).

Le contenu du traité est donc relativement concis et clair, d'une part, et suffisamment général, d'autre part, pour être consensuel. Preuve en est les cent soixante pays signataires. Cette volonté d'harmoniser à l'échelle internationale la protection des contenus numérisés et distribués par voie électronique devait permettre, selon ses tenants, de dynamiser le commerce électronique des œuvres en incitant les créateurs et leurs partenaires économiques à s'engager dans ce type d'activités.

1.2 Les débats américains autour de l'adoption du DMCA

Aboutissement des travaux du groupe *Information Infrastructure Task Force* mis en place par l'administration Clinton, le *Digital Millennium Copyright Act* reprend les principes définis par le Traité OMPI sur le droit d'auteur, mais il lui donne un contenu nettement plus précis et contraignant. Les objectifs sont les mêmes : il s'agit de favoriser le développement des infrastructures de l'information aux Etats-Unis et de la sorte, la création, la diffusion et l'utilisation des biens informationnels et des services via les réseaux électroniques. Et comme le met en avant le rapport Lehman (1995), la confiance doit être établie sur les réseaux, et plus spécialement celle des "fournisseurs" de contenus car sans eux, les réseaux n'ont aucune valeur. Ainsi, les besoins des utilisateurs d'accéder aux réseaux numériques doivent être subordonnés aux attentes des producteurs en matière de protection des contenus utilisés et acheminés le long des réseaux.

A l'instar du *No Electronic Theft Act* (NET Act) promulgué en décembre 1997, les négociations autour du DMCA ont opposé les gros producteurs de biens culturels et logiciels à des acteurs tels que les scientifiques, les bibliothèques, les universitaires, les industriels de l'informatique, les opérateurs multimédia et des producteurs indépendants.

La question centrale donnant lieu aux débats les plus virulents est celle des dispositions anti-contournement finalement incluses dans la section 1201 du *Copyright Act* révisé. En effet, selon ces dispositions, sont interdits et sanctionnés l'acte et la fabrication de dispositifs de contournement des mesures de protection technologique utilisées par les détenteurs de droits d'auteur en vue de contrôler l'accès à leurs œuvres et d'en empêcher la reproduction sans leur autorisation^{vii}.

Pour les opposants au DMCA, ces dispositions sont nettement plus contraignantes que les dispositions du Traité OMPI sur le droit d'auteur et elles ne respectent pas les engagements initiaux du *White Paper* de 1995 sur la société de l'information. En effet, le rapport Lehman promouvait initialement des règles minimales, claires et dont les effets n'étaient pas incertains afin de favoriser l'émergence des futures infrastructures de l'information. En particulier, les dispositions du DMCA ne sont pas explicites sur la question de savoir si développer une technologie de contournement des protections technologiques dans le but d'utiliser l'œuvre protégée dans le cadre d'une exception expressément prévue par la loi américaine est licite ou non. A terme, une menace pèserait à la fois sur la concurrence et l'innovation technologique en matière d'interopérabilité des systèmes logiciels et sur la préservation des exceptions du *fair use*^{viii}.

Certes, sous la pression de certaines organisations d'utilisateurs, le Congrès américain a admis l'idée selon laquelle la neutralisation des protections technologiques pouvait représenter un bénéfice pour la collectivité. L'acte fut ainsi modifié en cours de promulgation pour intégrer certaines exceptions au principe anti-neutralisation. Par exemple, ont bénéficié d'exceptions les bibliothèques pour certaines utilisations (section 1201d)) et les producteurs de logiciels désirant assurer l'interopérabilité de leur logiciels avec le logiciel qu'ils neutralisent (section 1201f), à condition bien entendu que les copies de l'œuvre "neutralisée" soient obtenues licitement^{ix}.

Mais, exception faite de ces quelques concessions sous la force de lois et de priorités plus fondamentales, le DMCA aboutit à un renforcement très fort de la protection du droit d'auteur. Ceci s'explique en grande partie par les pressions exercées par les industries de contenus mettant en avant la menace de piraterie massive via les TIC et les réseaux numériques. En fait, il s'agit essentiellement pour les majors du cinéma et du disque de s'assurer le contrôle le plus large possible des utilisations faites des œuvres protégées et finalement, de modeler les infrastructures de l'information selon leurs stratégies de diffusion et de valorisation des contenus. Le DMCA constitue en quelque sorte une victoire des majors sur les représentants des intérêts du public et les industries des technologies de l'information. Pour autant, le DMCA et ses dispositions anti-neutralisation ont donné lieu à des justifications économiques.

1.2.1 Les dispositions anti-neutralisation : quel intérêt économique ?

A un premier niveau d'analyse, les dispositions anti-neutralisation visent à permettre la mise en œuvre du copyright dans un univers bouleversé par la nouvelle donne numérique. Il s'agit donc d'assurer une appropriabilité suffisante pour inciter les auteurs et leurs partenaires économiques à créer, produire et autoriser la diffusion de leurs contenus sous forme numérique. L'argument économique de l'incitation est d'ailleurs commun aux réformes américaine et européenne. Il peut néanmoins être rétorqué à ces arguments supposant le copyright légitime que ces technologies aboutissent plutôt à un renforcement du pouvoir de monopole des titulaires de copyright et l'on rentre alors dans le débat traditionnel en matière de propriété intellectuelle sur l'arbitrage entre incitation à créer des œuvres et accès à ces mêmes œuvres^x.

Un deuxième niveau d'analyse, plus récent, tente de dépasser ce débat récurrent en soutenant que les technologies de protection concilient les intérêts des producteurs et des consommateurs de contenus protégés. Un certain nombre d'auteurs tels que Meurer, 1997, Fisher, 1998 et Bell, 1998 ont ainsi proposé ou préconisé la discrimination par les prix de nature contractuelle basée sur le recours aux technologies logicielles. Ils partent d'une idée de Demsetz (1972) selon laquelle des biens collectifs purs ne nécessitent pas systématiquement une intervention publique pour être produits à un niveau optimal, lequel peut être atteint si le producteur privé trouve le moyen de mettre en place une discrimination par les prix efficace.

Selon ces auteurs, à l'heure des technologies numériques, ce mode de tarification devient praticable pour au moins trois raisons. D'abord, ces technologies offrent au producteur d'un contenu la possibilité de recueillir des informations précises sur les préférences des utilisateurs et, à partir de ces données, la capacité de tarifier en fonction de la disposition à payer de l'utilisateur ou du groupe d'utilisateurs pour ce contenu. Ensuite, elles permettent d'exclure une grande partie des *free riders*, et notamment les producteurs concurrents (à l'exception de pirates qui développeraient des technologies électroniques de contournement et de falsification plus efficaces). Enfin, de façon similaire, elles donnent aux producteurs les moyens techniques d'empêcher la revente d'exemplaires entre catégories d'utilisateurs par le recours aux techniques anti-copie ou par le tatouage des copies distribuées^{xi}. Ils peuvent également empêcher par voie contractuelle tout arbitrage entre les utilisateurs eux-mêmes en substituant au contrat de vente des exemplaires des licences aux termes desquelles l'acquéreur s'engage à ne pas revendre, prêter ou louer l'exemplaire qu'il a reçu. De la sorte, un titulaire de copyright peut s'opposer à toute tentative de revente sur une grande échelle dès lors que celle-ci est de fait aisément identifiable. Cette deuxième possibilité a

également fait l'objet de débats importants aux Etats-Unis car elle s'est heurtée initialement à une limitation importante du copyright, la *first sale doctrine*^{xii}.

Somme toute, quel est l'intérêt économique d'une telle discrimination par les prix ? Pour les tenants du modèle contractuel, il s'agit précisément d'élargir l'accès aux copies des œuvres tout permettant une appropriation plus élevée de la valeur des utilisations des contenus. En d'autres termes, la discrimination par les prix permet de réduire la perte sociale associée à l'existence du monopole que confère le droit d'auteur à ses titulaires^{xiii}.

Or, si les technologies de protection peuvent être légalement contournées et réduites à néant, le producteur ou le distributeur d'un contenu ne pourra alors empêcher les échanges entre les différentes catégories d'utilisateurs. Ainsi ceux qui auront accès au prix les moins élevés pourront revendre les copies "neutralisées" à un prix inférieur à ceux pratiqués par le fournisseur de contenus pour les autres catégories de consommateurs. La discrimination par les prix sera alors vouée à l'échec.

Selon Meurer (1997), le renforcement de la législation sur le copyright s'avère nécessaire, à travers notamment la suppression du principe d'épuisement du droit (*first sale doctrine*) – si ce dernier venait à permettre légalement la revente d'exemplaires entre catégories d'utilisateurs sur l'Internet – et, surtout, la remise en cause des exceptions relevant du *fair use*. A ces mesures intensifiant la protection par le copyright, il conviendrait également d'assurer une protection réglementaire des systèmes de protection (mesures anti-neutralisation) et des informations sur les droits portant sur les œuvres et les utilisations qui en sont faites (mesures anti-falsification). D'ailleurs, avec l'adoption du DMCA, les détenteurs de droits d'auteur ont eu gain de cause pour la plupart de ces mesures, à l'exception du principe de *first sale*^{xiv}.

1.2.2 Une réduction socialement coûteuse du champ d'application des exceptions ?

Pour autant, les dispositions anti-neutralisation se justifient-elles véritablement ? En fait, de nombreux tenants d'une protection technologique des contenus (Mackaay, 1996, Bell, 1998, Friedman, 1998) mettent en doute l'utilité d'une réglementation protectrice de ces technologies. Selon eux, il est préférable de laisser aux producteurs et aux distributeurs de contenus le soin de construire leurs clôtures électroniques et par conséquent, il faut éviter de renforcer ces protections privées par des mesures réglementaires. A moins évidemment que dans les faits, cette concurrence technologique ne s'avère systématiquement défavorable aux intérêts des producteurs. Finalement, de cette première perspective, retenons l'idée que la réglementation peut s'avérer être plus une désincitation à l'innovation et donc conduire à un gaspillage de ressources.

Dans une perspective radicalement différente et plutôt favorable au copyright tel qu'il existait avant l'adoption du DMCA, des juristes et des économistes du droit soulignent les risques d'une telle surprotection. Pour Cohen (2000), il s'agit certes réformer le copyright pour l'adapter au numérique, mais il ne faut pas oublier pour autant que le copyright constitue un compromis historique entre les intérêts des ayants droit et ceux des utilisateurs. Ces derniers bénéficient en effet de certaines limitations et exceptions au droit d'auteur dont les formes les plus importantes sont le principe du *fair use* et la durée limitée dans le temps du copyright. Les dispositions anti-neutralisation comprises dans le DMCA remettraient alors en cause cet équilibre en empêchant les utilisateurs légitimes de faire une utilisation autorisée des œuvres – soit qu'elle relève du *fair use*, soit que l'œuvre soit tombée dans le domaine public – car, pour ce faire, ils ne pourraient neutraliser la protection technologique sans risquer d'être poursuivis au titre de la section 1201 du Copyright Act.

Plus précisément, le fondement économique de la discrimination par les prix contractuelle présente un certain nombre de lacunes. Premièrement, la perte sociale sèche supposée exister dans le modèle de monopole non discriminant ne prend pas en compte les exceptions prévues par la loi permettant au plus grand nombre d'accéder aux œuvres. S'il semble évident qu'une telle discrimination accroît les profits du fournisseur de contenus, il est loin d'être évident qu'il augmente le bien-être des plus pauvres et donc provoque une amélioration globale. Deuxièmement, ce modèle commet une erreur en supposant improductif le surplus des consommateurs. En fait, il est difficile d'adapter une analyse valable pour des biens de consommation finals matériels à des biens immatériels, non-rivaux, dont la destination est plurielle et la consommation marquée par des externalités positives. Les réutilisations générant des bénéfices sociaux ne sont ainsi pas intégrées à l'analyse^{xv}. Finalement, si la discrimination par les prix peut s'avérer supérieure d'un point de vue quantitatif, peut-on néanmoins prétendre que les choix institutionnels qu'il sous-tend soient neutres quant à la qualité du "progrès" ainsi généré ?

Certes, il est possible d'arguer que les détenteurs de copyright chercheront les cessions de droits les plus avantageuses pour des utilisations auparavant non protégeables (idées, *fair use*) ou non contrôlables. Le prix de chacune de ces cessions est alors supposé se fixer au prix du marché. L'hypothèse faite ici est que les ayants droit, rationnels, auront plutôt tendance à céder leurs droits pour des utilisations qui maximisent la valeur de leurs œuvres. Cependant, en admettant l'hypothèse d'une rationalité limitée des agents économiques, des problèmes d'identification des caractéristiques des utilisateurs risquent d'apparaître. Si l'on retient cette hypothèse, le modèle de la discrimination par les prix contractuelle ne fonctionne plus : le producteur dispose d'un pouvoir de marché suffisant pour imposer des restrictions sur la revente ou la réutilisation des contenus, mais un tel pouvoir monopolistique empêche à son tour le marché de jouer comme moyen de correction des déficiences liées à des cessions fondées sur des décisions rationnellement limitées. En d'autres termes, le pouvoir de marché risque de réduire significativement le pouvoir autorégulateur du marché.

Face à ces arguments critiquant l'adoption du DMCA, les représentants des industries de contenus ont mis en avant l'idée selon laquelle le principe du *fair use* n'a jamais autorisé quiconque à défaire un système de protection pour se procurer un exemplaire d'une œuvre, même si l'utilisation prévue relève d'une exception au droit d'auteur prévue par la loi. Ainsi Allan Adler (syndicat des éditeurs américains, Association of American Publishers) aurait déclaré que "(...) fair use doesn't allow you to break into a locked library in order to make 'fair use' copies of the books in it, or steal newspapers from a vending machine in order to copy articles and share them with a friend." (cité par Samuelson, 1999). Néanmoins, ce type d'argument ne fait aucune distinction entre le contournement d'une protection technologique visant à obtenir un accès non autorisé à une œuvre et la neutralisation visant à faire une utilisation autorisée d'un exemplaire acquis légalement. Ce type de neutralisation devrait être qualifié selon Cohen (2000) de *neutralisation licite*.

L'avènement d'un univers mêlant contrats et technologies, et s'imposant ainsi face à la législation du copyright, devrait résoudre, selon ses défenseurs, la double contrainte de l'incitation à la création et de l'accès le plus large aux contenus. En fait, l'hypothèse sous-jacente nous semble ambivalente dans la mesure où le copyright est supposé n'exister que dans l'intérêt des producteurs de contenus et exclure un certain nombre d'utilisateurs, ou, au contraire, ne servir qu'imparfaitement leurs objectifs dans un univers numérique et n'exclure que partiellement les non-payeurs. Or, nous nous accordons avec Cohen (2000) pour dire que les imperfections du copyright (et, pour ce qui nous intéresse, du droit d'auteur) permettent un équilibre entre les intérêts des producteurs et des utilisateurs, *a fortiori* lorsque les deux catégories d'agents se confondent comme c'est souvent le cas en avec les biens culturels.

Promouvoir un univers contractuel fondé sur l'efficacité présumée des technologies d'exclusion face à l'obsolescence du droit d'auteur et de ses institutions, c'est finalement oublier que le copyright et le droit d'auteur sont des compromis historiques, négociés au cours du temps. Avec l'adoption des technologies et de nouvelles formes de contrats telles les licences d'utilisations, les "droits" des utilisateurs que la législation sur le droit d'auteur reconnaît par défaut disparaissent et seul leur pouvoir de marché permet aux agents, producteurs ou utilisateurs, de s'imposer. En d'autres termes, si la logique du contrat devait s'imposer face à un copyright transformé en règles par défaut (en l'absence de clauses contractuelles contraires), les "petits" producteurs (écrivains peu connus, éditeurs indépendants,...) et utilisateurs (consommateurs lambda, petites bibliothèques municipales,...) verraient leurs droits fondre comme neige au soleil, ce qui ne serait pas sans conséquences sur la dynamique de la création et la diversité culturelle.

A cet égard, l'harmonisation européenne du droit d'auteur pose un certain nombre de difficultés, notamment lorsqu'il est question des technologies de protection des contenus et des exceptions dont elle dresse une liste "exhaustive" tout en en rendant l'adoption non obligatoire pour les Etats membres...

2. HARMONISATION EUROPEENNE DU DROIT D'AUTEUR OU UNIFORMISATION INCOHERENTE ?

La convergence vers un droit d'auteur européen a commencé au début des années 90 avec une série de directives. Celle du 22 mai 2001 reprend l'"acquis communautaire" en cherchant à harmoniser les différentes législations des Etats membres en matière de droit d'auteur tout en transposant les traités OMPI de décembre 1996 face à l'avènement des technologies numériques. Partant, elle reprend des mesures similaires à celles du DMCA et s'expose alors à de nombreuses critiques auxquelles s'ajoutent celles plus spécifiques portant sur son objectif d'harmonisation européenne du droit d'auteur.

2.1 Une directive européenne sur un fond de convergence déjà avancée

Selon le *Livre vert sur la convergence*, "[l]e cadre réglementaire futur pour les communications et les médias en Europe doit (...) être «technologiquement neutre», simplifié, uniforme et non fragmenté, afin de refléter pleinement la convergence." Cette évolution répond au Traité de Rome soulignant la nécessité d'un rapprochement des législations afin d'atteindre les objectifs d'union économique et d'éliminer les barrières réglementaires. Dans cette perspective, l'une des principales recommandations du rapport Bangemann (1994) est d'adapter et d'harmoniser les législations nationales du droit d'auteur en Europe afin d'y favoriser l'émergence de la société de l'information et de faire face au changement de paradigme technologique.

2.1.1 Les précédents en matière de directives sur le droit d'auteur

L'harmonisation des droits d'auteur en Europe est un mouvement réglementaire entamé depuis plusieurs années. Ainsi la proposition actuelle de directive fait suite à cinq directives visant à adapter les législations des Etats membres aux évolutions technologiques et économiques.

Deux directives s'appliquent à des types spécifiques de contenus, à savoir la protection juridique des programmes d'ordinateur (1991) et des bases de données (1996). Deux autres concernent les modes d'utilisation : l'une adoptée en 1992 est relative aux droits de location et de prêt (elle s'applique en fait principalement à la location commerciale de cassettes) et l'autre datant de 1993 porte sur les règles d'application territoriale du droit d'auteur en matière de diffusion par satellite et par câble. Enfin, toujours en 1993, une directive plus horizontale harmonise la durée de protection à la vie de l'auteur auquel s'ajoutent 70 ans.

Le principe communautaire commun à ces directives est bien entendu l'abolition des frontières réglementaires au sein du marché intérieur afin d'en faciliter le fonctionnement et donc d'en accélérer l'achèvement (par ex., les considérants 2 des directives sur le câble-satellite et sur la durée de protection). Ainsi, "l'établissement d'un marché commun et d'un espace sans frontières intérieures (...) doit comporter notamment l'abolition des obstacles à la libre circulation des services et l'institution d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le cadre du marché commun." (considérant 2 de la directive câble-satellite).

La protection des droits d'auteur et son renforcement sont à cet égard considérés comme un acquis communautaire. Ainsi, le considérant 11 de la directive sur la durée de protection déclare que "l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit s'effectuer sur la base d'un niveau de protection élevé, étant donné que ces droits sont indispensables à la création intellectuelle (...) leur protection permet d'assurer le maintien et le développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des industries culturelles, des consommateurs et de la collectivité tout entière." La justification économique à ces différentes directives est qu'il faut protéger les intérêts des auteurs et de leurs partenaires économiques afin de favoriser la créativité et d'inciter à l'investissement dans les activités productrices de contenus (par ex., considérant 11 de la directive sur la durée de protection) : la directive sur le logiciel précise d'ailleurs cette justification utilitariste du droit d'auteur en mettant en avant les coûts fixes importants de production des contenus face aux coûts de reproduction dérisoires^{xvi}.

Pour autant, nous avons eu l'occasion plus haut de montrer qu'il est loin d'être établi que le renforcement du droit d'auteur sert toujours au mieux l'intérêt collectif. Ainsi la directive sur la durée de protection du droit d'auteur est significative. Elle consiste en l'allongement de la durée de protection à 70 ans après le décès de l'auteur (par rapport aux 50 ans précédemment reconnus). De prime abord, cette mesure permet d'abaisser les coûts de transaction en cas d'exploitation européenne. En effet, que l'œuvre soit exploitée en Espagne ou au Danemark, sa durée de protection est identique. Cependant, si cette harmonisation est efficace du point de vue de l'harmonisation, la durée effective retenue ne l'est pas forcément. Pourquoi ne pas se limiter à la vie de l'auteur ou à une durée moyenne de rentabilisation à l'instar du brevet ? En outre, plus cette durée est longue, plus les droits se dispersent entre héritiers et plus les coûts de transaction augmentent. La directive, elle, ne donne comme seul argument que l'allongement de l'espérance de vie...

On constate donc davantage une irréversibilité institutionnelle dans l'adoption des directives : c'est parce que la propriété intellectuelle a été renforcée dans les directives précédentes et qu'il s'agit d'un acquis

communautaire qu'il faut continuer dans cette voie selon le législateur européen : "considérant que le respect des droits acquis constitue l'un des principes généraux du droit protégés par l'ordre juridique communautaire; que, en conséquence, une harmonisation des durées de protection du droit d'auteur et des droits voisins ne peut avoir pour effet de diminuer la protection dont jouissent actuellement les ayants droit dans la Communauté (...)" (considérant 9 de la directive sur la durée de protection).

La directive sur l'harmonisation du droit d'auteur dans la société de l'information persiste d'ailleurs clairement dans cette voie.

2.1.2 Contenu et objectifs de la directive du 22 mai 2001

L'objectif de la directive est double : d'une part, transposer les traités OMPI de décembre 1996 dans les législations nationales des Etats membres de l'Union Européenne et, d'autre part, harmoniser d'une manière générale certains aspects des lois nationales sur le droit d'auteur. Elle vise donc à assurer une certaine convergence des règles de droit d'auteur face au développement des réseaux numériques en Europe. Elle a par conséquent une visée plus globale que les précédentes directives en s'inscrivant pleinement dans la perspective de la société de l'information. Il s'agit d'adapter les règles juridiques visant à protéger les ayants droit contre les utilisations illicites de contenus protégés et le détournement des dispositifs de protection. Les législations nationales doivent converger pour ne pas entraver les échanges transitant par les réseaux numériques et faciliter l'avènement d'une société européenne de l'information.

Sur cette base, la directive peut être divisée en trois volets complémentaires : les droits octroyés aux auteurs et à leurs partenaires économiques, les "droits des utilisateurs" (délimités par les exceptions au droit d'auteur) et les dispositifs légaux protégeant la mise en œuvre du droit d'auteur.

La directive définit la protection par le droit d'auteur pour trois types d'actes à travers le droit de reproduction (article 2), le droit de communication au public pour désigner les traditionnels droits de représentation (article 3) et le droit de distribution (article 4). Ainsi les créateurs et les producteurs de contenus détiennent le droit exclusif d'autoriser ou non toute reproduction d'une œuvre (numérisation, téléchargement et déchargement), toute communication au public (diffusion en réseau, l'intégration d'une œuvre sur un serveur étant une communication dès lors qu'il est consultable) et toute distribution de leurs créations sous forme d'exemplaires physiques.

Cependant, ces monopoles juridiques sont assortis d'une vingtaine d'exceptions pour en atténuer les effets économiques et assurer une certaine équité (article 5). Parmi ces limitations, deux donnent lieu à des conflits d'intérêts importants : l'une, favorable aux utilisateurs intermédiaires (opérateurs en ligne,...), consiste en l'autorisation des actes de reproductions *temporaires* nécessaires au fonctionnement efficace des réseaux et l'autre, bénéficiant aux utilisateurs finals, autorise des copies non commerciales à des fins privées. Les Etats sont libres d'adopter chacune de ces 22 exceptions, sauf celle concernant les actes de reproductions techniques temporaires qui est obligatoire.

Une troisième dimension s'ajoute à ce projet de directive à travers la protection des mesures techniques et des informations sur le régime des droits. Les Etats doivent ainsi interdire tout acte ainsi que toute vente, importation,... d'appareils visant à neutraliser les systèmes anti-copiage et sanctionner toute tentative visant à faire disparaître les informations sur le régime des droits. Il s'agit donc de protéger les dispositifs informatiques d'exclusion pour des œuvres dont les caractéristiques de biens collectifs s'accroissent avec la banalisation des technologies numériques et des échanges en ligne.

Ces mesures anti-piraterie devraient ainsi permettre une mise en œuvre plus efficace des droits d'auteur et une meilleure appropriation de la valeur des utilisations faites des œuvres. Tout dépend alors de la sanction encourue et la probabilité d'être pris pour un contrevenant. L'objectif d'une telle réglementation est bel et bien d'éviter une commercialisation de masse de tels dispositifs de neutralisation. Néanmoins, un risque important est de renforcer le monopole économique de certaines catégories de titulaires de droits comme les détenteurs de catalogues (majors du disque et du cinéma).

2.2 Une lecture économique de la directive sur l'harmonisation du droit d'auteur

2.2.1 Un des piliers de la construction de la société européenne de l'information

L'harmonisation s'inscrit dans la perspective de l'Union économique et dans une tradition établie par le Traité de Rome. Mais bien plus encore, il s'agit de faire face aux mutations technologiques actuelles et de

favoriser l'émergence d'une société européenne de l'information. Ce faisant, la Commission tente de créer un front européen face aux autres ensembles régionaux et doit pour cela concilier des intérêts souvent divergents.

Les nouvelles technologies et les activités en ligne supposent un marché sinon mondialisé, du moins européen. L'adaptation des institutions et des lois est nécessaire face aux processus de globalisation et de développement des réseaux à l'échelle planétaire. Ainsi les ventes en ligne de produits redéfinissent complètement leur marché en les élargissant d'emblée à l'ensemble des pays "connectés". Selon la Commission européenne, les Etats doivent s'adapter rapidement à ces changements et exploiter les opportunités en termes de croissance et d'emplois par les économies d'échelle ainsi générées. Il s'agit alors d'éliminer les barrières à la libre circulation intracommunautaire de l'information. Dans cette perspective, l'adaptation du droit d'auteur à l'économie numérique doit résoudre le dilemme récurrent entre incitation à la production d'œuvres nouvelles et accès le plus large à la connaissance.

Dans le premier cas, il s'agit de protéger les droits des auteurs et garantir le retour sur investissement des producteurs confrontés à un risque élevé sur les réseaux (piraterie, insécurité juridique,...). L'objectif est de protéger les producteurs en maintenant un tissu de PME et une diversité des contenus. Dans le deuxième cas, en plus des objectifs de liberté et de droit à la connaissance, la multiplication des effets de réseaux nécessite une adaptation du droit d'auteur. La possibilité de copie privée numérique peut ainsi accroître rapidement le taux de connexion des ménages et augmenter la taille des réseaux.

Diverses catégories d'agents ont fait pression sur les autorités européennes à propos de la directive : d'un côté, les opérateurs en ligne, les prestataires et les associations de consommateurs tentant d'atténuer le renforcement du droit et de l'autre, les regroupements d'ayants droit, les gros détenteurs de catalogues de droits et certains Etats. La logique autour de laquelle s'articulent les conflits d'intérêts est relativement simple : un renforcement du droit d'auteur augmenterait le prix des œuvres ainsi que le contrôle des ayants droit sur les utilisations qui en sont faites. Pour les exploitants et prestataires de services en ligne, cette évolution risque de décourager une partie de la demande et d'accroître leurs coûts de transaction. En effet, se développerait selon eux une insécurité juridique croissante liée à l'incertitude sur la titularité des droits et la valeur des contrats. Pour les associations de consommateurs, cette intensification des règles risque d'éliminer les exceptions et de réduire la liberté des utilisateurs. On retrouve ici les mêmes débats qu'à l'occasion de l'adoption du DMCA américain.

Plus spécifiquement, le principe d'épuisement des droits présente certains avantages pour les utilisateurs intermédiaires d'œuvres. Selon cette règle, une fois l'œuvre publiée, les utilisateurs peuvent l'exploiter en contrepartie d'une rémunération fixée collectivement et reversées ensuite aux détenteurs de droits d'auteur. Les exploitants ne doivent pas engager des coûts de recherche et de négociation des droits et ils disposent d'un droit d'utilisation quasiment automatique pour chaque œuvre publiée. C'est le cas par exemple pour les œuvres musicales radiodiffusées : le nombre de titres et celui de stations de radio sont tels que les coûts de transaction s'avèreraient prohibitifs en cas d'exercice individuels des droits. De même se pose le problème de la responsabilité des opérateurs quant aux contenus transportés. Ces derniers plaident pour une déresponsabilisation car cette situation générerait des obligations de contrôle technologiquement irréalisables et risque ainsi d'entraver le développement des réseaux.

Pour les consommateurs, la suppression d'exceptions jusqu'alors tolérées empêcherait l'accès du plus grand nombre à la connaissance et donc exclurait une partie de la population européenne de la société de l'information. Partant, le nombre d'"info-pauvres" augmenterait et les inégalités se creuseraient. Plus généralement, les utilisateurs et les diffuseurs d'œuvres craignent que la directive n'accroisse le pouvoir de marché des producteurs dominants sur les réseaux numériques. Quelle serait alors la spécificité du droit d'auteur européen face au copyright américain qui protège essentiellement les intérêts des producteurs ? Il s'avère donc qu'un équilibre plus que délicat est à obtenir.

2.2.2. Des avantages à la fois macro- et microéconomiques

Les justifications avancées par la Commission européenne à propos de la directive du 22 mai 2001 relèvent principalement d'arguments macroéconomiques (éviter une allocation asymétrique des ressources entre Etats membres et les conséquences négatives d'une concurrence réglementaire intracommunautaire) et microéconomiques (inciter les producteurs à créer des œuvres nouvelles en leur assurant une appropriabilité la plus élevée possible sur le marché européen).

Un des enjeux fondamentaux de l'harmonisation des droits d'auteur est d'éviter les concurrences réglementaires entre Etats membres. Dans sa proposition de directive de 1997, la Commission mettait *implicitement* en garde contre les conséquences d'une telle occurrence : "Les différences de niveau de protection d'un Etat membre à l'autre auront donc une incidence plus grande. De nouvelles différences risquent d'apparaître si les Etats membres adaptent unilatéralement leurs règles en matière de droit d'auteur et de droits voisins aux nouvelles évolutions technologiques. Ces différences peuvent avoir pour effet de fausser les échanges et, en particulier, de réserver la fourniture de services en ligne aux seuls Etats membres ayant un niveau de protection moins élevé".

Même si le principe du droit d'auteur est admis sur l'Internet par les Etats membres, des problèmes peuvent surgir quant à la forme qu'il prend dans chaque pays et au lieu d'applicabilité de la loi. Selon les pratiques de droit international privé, la loi applicable est celle du lieu de l'exploitation ou celle du lieu de l'infraction. En fonction de la solution retenue, les investisseurs pourraient éventuellement s'établir dans les pays où la protection est la plus faible. Des différences entre les législations nationales pourraient ainsi apparaître si leur adaptation au nouvel environnement numérique était le fait d'initiatives particulières et non coordonnées des Etats. La concurrence réglementaire consisterait alors à jouer sur les niveaux de protection en les rendant attractifs pour les investisseurs et en favorisant un développement rapide des infrastructures. Du point de vue des détenteurs de droits, cette concurrence aurait des conséquences désastreuses.

L'harmonisation permet d'éviter les coûts sociaux d'une course à la réglementation la moins contraignante. De même qu'un des objectifs de la monnaie unique est d'éviter la concurrence par les taux d'intérêt, l'adoption d'une directive sur le droit d'auteur supprimerait toute inefficience allocative et toute disparité en matière d'investissements dans les infrastructures et les contenus en Europe^{xvii}.

Qui plus est, en cas de divergences réglementaires, des coûts d'information et de recherche du régime des droits surgiraient alors et gêneraient les échanges intra-communautaires. Les opérateurs devraient systématiquement rechercher les droits et faire authentifier leur validité étant donné l'exploitation transfrontalière des contenus multimédia. Une application systématique et généralisée du droit d'auteur peut même dans certains cas générer une incertitude juridique dont la conséquence serait de ralentir le développement des réseaux européens de l'information et nuire *in fine* aux intérêts des ayants droit. C'est ainsi que la Commission a rendu obligatoire l'exception pour reproduction temporaire à des fins purement techniques. Dans sa proposition de 1997, elle la justifie de la sorte : "[s]i la situation juridique différait d'un Etat membre à l'autre et que certains d'entre eux subordonnaient à autorisation ces actes de mémorisation accessoires, cela risquerait fort d'entraver la libre circulation des œuvres et des services (...)" (p.32)^{xviii}

L'harmonisation du droit d'auteur dans la société de l'information permet le renforcement de la sécurité juridique et une réduction significative des coûts de négociations des contrats : "(...) en améliorant la sécurité juridique, [elle] encouragera des investissements importants dans des activités créatrices et innovatrices (...) et à terme, favorisera la croissance et la compétitivité de l'industrie européenne (...)" (Commission européenne, 1999). Finalement, selon ses promoteurs, la directive permet d'établir le plus haut niveau de protection compatible avec les intérêts des utilisateurs. Sa logique générale semble donc répondre au principe d'efficacité économique d'autant qu'il vise à accroître le commerce intracommunautaire et à réduire les coûts de transaction. Pourtant, un examen attentif de la directive permet de mettre en évidence un certain nombre de lacunes.

2.3 Une directive incohérente et source d'inefficiences ?

La directive européenne est sujette à de nombreuses critiques de la part de juristes qui soulignent notamment son incohérence (Hugenholtz, 2000; Caron, 2001). Elle partage certaines des limites mises en évidence à propos du DMCA et en présente d'autres plus spécifiques, associées à l'effort de convergence européenne.

2.3.1 Des critiques partagées avec le DMCA

La directive européenne partage certaines des critiques s'adressant au DMCA car tous deux sont issus du Traité OMPI sur le droit d'auteur de 1996. La directive se situe avant tout dans une perspective économique, pleinement favorable aux intérêts des partenaires économiques des auteurs. Ainsi elle n'interfère pas avec le droit des contrats (liberté contractuelle) comme le prouvent l'article 9 et le

considérant 30. Dès lors, elle s'intéresse avant tout à la protection des cessionnaires principaux des auteurs (producteurs, diffuseurs) et dans une moindre mesure, aux intérêts des auteurs eux-mêmes. Par exemple, aucune restriction n'est officiellement émise par la directive à propos des contrats de type *buy-out*, contrats devenus standards et aux termes desquels les auteurs cèdent tous leurs droits d'auteur, ce qui peut s'avérer souvent contraire à leurs intérêts.

De même, lorsqu'il est question des exceptions au droit d'auteur, le législateur européen préconise d'adopter une exception au droit d'auteur uniquement si celle-ci ne nuit pas à l'"exploitation normale" de l'œuvre et n'est pas source de "préjudices injustifiés" (article 5.5). De ce fait, le champ des exceptions pourrait fortement se contracter étant donné que des stratégies susceptibles de se généraliser comme la discrimination par les prix visent justement à valoriser au mieux une œuvre en élargissant l'accès au plus grand nombre d'utilisateurs. Dès lors, si l'utilisateur est aisément identifiable et ses préférences faciles à dévoiler, alors cette stratégie de valorisation est praticable au moindre coût : selon l'esprit de la directive, l'exception dont bénéficie l'utilisateur ne se justifie plus, car elle nuit alors à l'"exploitation normale" de l'œuvre !

Preuve supplémentaire, lors de l'exposé des motifs à la proposition de directive en 1997, la Commission affirmait que "[l]es exceptions et limitations doivent, en l'occurrence, être interprétées d'une manière plus restrictive par le législateur communautaire et par les Etats membres (...) afin d'éviter tout effet économique néfaste sur le marché des œuvres (...)" Ainsi était visée la menace d'une extension trop large des exceptions nuisant aux ventes d'originaux et donc aux intérêts des ayants droit et de leurs partenaires. Nous avons eu ailleurs l'occasion de montrer à quel point un tel constat était simplificateur et contestable, à propos notamment de la copie privée numérique^{xix}. En la matière, les Etats membres ont donc le choix entre quatre possibilités : interdire la copie privée, l'autoriser sans compensation pour les ayants droit, l'autoriser avec subvention ou l'autoriser avec redevance. Cette liberté de choix des Etats fait l'objet de vives critiques, certains réclamant l'extension de l'harmonisation des mesures contre le piratage à la copie privée. Néanmoins, ce type de mesures est contestable. La copie privée n'est pas nécessairement un manque à gagner pour les éditeurs et les créateurs : tout dépend en fait de leur capacité à s'approprier la valeur des utilisations faites des œuvres^{xx}.

De manière générale, la directive non seulement est peu soucieuse des intérêts moraux des auteurs (elle aborde nullement cette question, pourtant source de divergences avec les Etats-Unis), mais également s'avère défavorable en de nombreux points aux intérêts des utilisateurs. Cette deuxième idée est particulièrement explicite dans ses articles 6 et 7. Concernant d'abord la protection légale des mesures techniques^{xxi} contre le contournement, le texte européen est particulièrement ambigu et frileux. Aucune règle de décision n'est clairement émise pour trancher si l'objectif de la neutralisation des moyens techniques de protection est effectuée par l'utilisateur en vue d'assurer l'effectivité d'une exception prévue par la loi. La solution donnée par l'article 6.4 n'est en rien définitive, ni même n'est source de certitude pour les utilisateurs bénéficiant habituellement d'exceptions. Ainsi, à moins que les titulaires de droits d'auteur ne prennent "des mesures volontaires" afin de permettre les utilisations échappant au monopole juridique du droit d'auteur, ce sont aux Etats membre de mettre en place les dispositions adéquates... Ceci constituera probablement une source importante de divergence réglementaire (voir *infra*).

En revanche, rien n'est dit sur le risque de réduction du domaine public lorsque ces technologies de protection empêchent l'utilisation d'œuvres alors même que la durée de leur protection s'est écoulée. Ainsi une œuvre musicale du début du 20^{ème} siècle peut être protégée techniquement et donc protégées *de jure* par la réglementation anti-neutralisation, alors même qu'elle ne bénéficie plus d'une protection par le droit d'auteur : le législateur européen réduit alors considérablement le champ réel du domaine public. A la limite, le droit d'auteur devient inutile comme moyen de protection des intérêts des éditeurs et des producteurs face aux dispositions anti-neutralisation, cette nouvelle forme de protection réglementaire s'avérant beaucoup plus large puisque non limitée dans le temps. La loi aboutit alors à une surprotection des intérêts des producteurs de contenus et de leurs investissements. Elle peut à cet égard avoir des effets pervers en ce qu'elle risque paradoxalement d'intensifier les efforts des producteurs et des fournisseurs de contenus en matière d'innovation dans la course qui les oppose aux pirates, et ce afin de bénéficier d'une protection légale étendue au détriment des utilisateurs...

Plus généralement, ce mouvement traduit le fait que le droit des contrats s'impose par rapport au droit d'auteur en ce qui concerne les exceptions dont bénéficient les utilisateurs. L'article 6.4 pose problème : si les dispositions à propos des technologies de protection ont tendance à remettre en cause les libertés fondamentales des utilisateurs, il en est de même avec les licences standards d'utilisation (*shrinkwrap*),

lesquelles s'assimilent pleinement à des contrats d'adhésion pour lesquels nulle négociation n'a lieu entre le fournisseur du contenu et son utilisateurs^{xxii}. La logique est par conséquent très différente par rapport aux directives sur les logiciels et les bases de données qui, elles, assuraient les libertés fondamentales des utilisateurs. Il en est de même pour la protection des informations relatives à la gestion des droits (art. 7) : celles-ci comprennent notamment les "informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre ou autre objet protégé ainsi que tout numéro ou code représentant ces informations", ce qui permet bien entendu aux producteurs ou aux fournisseurs de contenus de connaître les préférences des utilisateurs et donc d'affiner au mieux leur stratégie de valorisation. Mais cela ne cesse de poser des difficultés en termes de droit à la vie privée...

2.3.2 Des limites en matière d'harmonisation européenne

Outre les critiques s'adressant quasiment indifféremment à la directive européenne du 22 mai 2001 ou au DMCA de 1998, le texte européen connaît des limites très spécifiques, attachées à la construction européenne et à l'hétérogénéité institutionnelle des Etats membres. A la différence des Etats-Unis, les Etats de la Communauté européenne présentent en effet des cadres institutionnels fort différents et le droit d'auteur ne fait nullement exception. Pour faire face à cette diversité réglementaire, le législateur européen a dû mettre au point certaines adaptations par rapport au texte du Traité OMPI sur le droit d'auteur : le texte européen fait de nombreuses concessions et omissions volontaires afin d'obtenir un large consensus... au prix d'une perte de cohérence.

Tout d'abord, le "prix à payer" s'est traduit par une certaine incomplétude de la directive. Si la proposition de directive est relativement claire sur l'harmonisation des règles juridiques qu'elle propose, de nombreux points essentiels (mais non consensuels) sont laissés de côté comme la question des droits moraux, la loi nationale applicable, les modes effectifs de mise en œuvre des droits ou encore le rôle économique et le contrôle réglementaire des sociétés de gestion collective (à qui les auteurs confient leurs droits, par exemple lorsque leur mise en œuvre est rendue difficile étant donné des coûts de contrôle prohibitifs pour un agent seul).

Concernant ce dernier point, des difficultés se traduisant notamment par des distorsions de prix peuvent émerger du fait même de la divergence potentielle des modes de gestion d'un pays européen à l'autre pour une même catégorie de droits d'auteur. Ainsi, plus la gestion est individualisée, plus les tarifs seront supposés établis à un niveau concurrentiel : un droit géré collectivement par une société d'auteurs en monopole dans un pays (la SACEM en France pour les droits musicaux, par exemple) sera susceptible d'être cédé à un prix plus élevé que le même type de droit géré individuellement ou selon des modalités différentes (telles les licences légales) dans un autre pays^{xxiii}. De plus, les coûts d'établissement des contrats peuvent varier selon le mode de gestion adopté par le pays, accentuant par là même les distorsions de prix. De même, des contrôles réglementaires des sociétés de gestion collective plus ou moins poussés en fonction des Etats membres pourront également aboutir à des différences tarifaires. Les échanges intra-européens seront faussés en l'absence d'une uniformisation des modes de mise en œuvre des droits, quand bien même l'harmonisation des règles juridiques s'avèrerait exempte de lacunes.

Cette harmonisation européenne fait elle-même l'objet de critiques importantes quant aux options qu'elle a retenues.

Tout d'abord, elle dresse certes une liste "exhaustive" des exceptions au droit d'auteur (considérant 32). Mais alors comment faire face au développement éventuel d'utilisations nouvelles ne correspondant pas à cette liste, mais susceptibles d'être exemptée du droit d'auteur ? Ne valait-il mieux pas établir une règle plus générale à l'instar des principes guidant le *fair use* aux Etats-Unis ?

Ensuite, la seule exception obligatoire consiste à exempter de toute autorisation les "actes de reproduction provisoires (...) qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre: a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante" (article 5.1). La difficulté ici est que cette exception obligatoire peut entraver certaines stratégies de valorisation des contenus sur l'Internet. Par exemple, supposons que le fournisseur d'un contenu soit rémunéré par un opérateur en réseaux sur la base des consultations du site où figure le contenu en question. Si un fournisseur d'accès reproduit le site sous forme de "caches" afin de faciliter la navigation de ses abonnés, une bonne partie des connexions au sites pourraient bien ne plus être comptabilisée et la rémunération du fournisseur de contenu diminuer d'autant. De manière plus

générale, le principe même de rémunération proportionnelle à la base du droit d'auteur en France est sérieusement remis en cause concernant ces modes d'utilisation des œuvres, puisque le décompte des utilisations effectives devient impossible.

Enfin, le droit d'auteur européen est largement renforcé en tant que monopole d'exploitation par rapport aux législations nationales existantes. Or, ce mouvement réglementaire peut être contraire à certains principes communautaires. En premier lieu, les effets économiques de la directive peuvent enfreindre le principe de libre circulation des biens et services au sein du marché européen. A cet égard, la directive semble être efficace car elle assortit les droits d'exceptions. Concernant par exemple le droit de distribution, son titulaire peut en principe interdire toute distribution des copies originales faites de son œuvre s'il le désire. Mais, étant donné le principe d'épuisement du droit d'auteur, il ne constitue pas un obstacle supplémentaire aux échanges. En revanche, il l'est en ce qui concerne les nouvelles stratégies de rentabilisation en fonction de la disposition à payer des individus appartenant à des Etats membres distincts, ce qui constitue encore une fois une contradiction économique de cette directive.

Un deuxième principe du Traité de Rome avec lequel le droit d'auteur peut entrer en conflit est le droit de la concurrence à travers la prohibition des abus de position dominante et des ententes illicites. Il concerne généralement les détenteurs de catalogues de droits et les sociétés de gestion collective pour qui le monopole juridique correspond à un pouvoir de marché. Ce risque de conflit entre réglementations est d'autant plus important que la Commission dans son *Suivi du livre vert* en 1996 met en avant la gestion collective des droits d'auteur. Pour réduire l'incertitude et les coûts de recherche et de négociation, elle peut en effet constituer une solution efficace. Mais elle suppose une coordination poussée et très étendue entre les détenteurs de droits, augmentant ainsi le risque de pratiques monopolistiques.

CONCLUSION

La nouvelle donne du numérique, consacrant une économie basée de plus en plus sur les technologies de l'information et de la communication, a ouvert la voie à une série de réformes parmi lesquelles figure celle du droit d'auteur. La dimension globale de ces technologies impose de fait des réformes à l'échelle internationale et, suite à l'adoption en 1996 d'un Traité OMPI sur le droit d'auteur, les Etats-Unis et la Communauté européenne ont entrepris d'adapter leur législation, donnant lieu à des débats majeurs, largement fondés sur des arguments économiques. Le *Digital Millennium Copyright Act*, présenté par les uns, comme un facteur favorable au développement des nouveaux modes d'utilisation des contenus (permettant la mise en place de discrimination par les prix conciliant tous les intérêts en présence) jouerait, pour les autres, essentiellement dans le sens d'un renforcement du copyright au détriment des utilisateurs, ainsi que de la créativité et de la diversité culturelles. Pour sa part, la directive européenne du 22 mai 2001 est indéniablement utile pour la construction du marché intérieur. Néanmoins, l'objectif d'harmonisation de la directive demeure largement incomplet et imprécis, de même que son contenu partage certaines des critiques adressées à l'encontre de la réforme américaine du *Copyright Act*. La transposition de la directive par chaque Etat membre n'aboutira vraisemblablement pas à la convergence souhaitée étant donné la marge de manœuvre importante autorisée par ce texte et le pouvoir institutionnel inégal des utilisateurs et des ayants droit d'un pays à l'autre.

BIBLIOGRAPHIE

- BANGEMANN, M. (1994), "L'Europe et la société de l'information planétaire. Recommandations au Conseil Européen", *Bulletin de l'Union européenne*, supplément 2/94, CE, Luxembourg.
- BARLOW, J.P. (1994) "The Economy of Ideas", *Wired*, mars, pp. 84-85.
- BARZANTI, R. (1999), *Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur...*, CJDC.
- BELL, T.W. (1998), "Fair use vs. fared use: the impact of automated rights management on copyright's fair use doctrine", *N.C. Law Review*, vol.76, pp.557-620.
- BERGÉ, J.S. (1996), *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle.*, LGDJ.
- BOYLE, J. (1995), "Overregulating the Internet", *Washington Times*, 14 novembre.
- CARON, C. (2001), "La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen", *Editions du Juris-Classeur – Communication – Commerce électronique*, n°5, mai, pp.20-23.
- COHEN, J.E. (2000), "Copyright and the perfect curve", *Vanderbilt Law Review*, vol.53, pp.1-23.

COMMISSION EUROPEENNE (1999), *Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.*, COM (99) 250 final, 97/0359(COD), Bruxelles.

COMMISSION EUROPEENNE (1997), *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, COM(97) 628 final, 97/0359 (COD), Bruxelles.

COMMISSION EUROPEENNE (1996), *Suivi du livre vert "Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information"*., COM(96) 568 final, Luxembourg.

DAM, K.W. (1999), "Self-help in the digital jungle", *Journal of Legal Studies*, vol.28, n°2, juin, pp.393-412.

DEGROOTE, F. (2001), "Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : à la recherche d'un équilibre des droits", *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n°136, mai pp.1-4.

DOMMERING, E. J. (1996) "Copyright being washed away through the electronic sieve. Some thoughts on the impending copyright crisis", in Hugenholtz P.B. (dir.), *The future of copyright in a digital environment*, Kluwer Law International, La Hague, Londres, Boston, pp.1-12.

FARCHY, J. et ROCHELANDET, F. (2000), La propriété littéraire et artistique : convergence des réglementations européennes, document de travail ADIS.

FARCHY, J. et ROCHELANDET, F. (1999), "La gestion des droits d'auteur dans l'univers multimédia : les formes évolutives de la coopération", Colloque *La coopération industrielle - Diversité et synthèse*, ADIS, 3 et 4 mai, à paraître chez Edward Elgar.

FISHER III, W.W. (1998), "Property and contract on the Internet", *Chicago-Kent Law Review*, vol.73, pp.1203.

FRIEDMAN, D. (1996), "A World of Strong Privacy: Promises and Perils of Encryption", *Social Philosophy And Policy*, vol. 13 n°2.

KATZENBERGER, P. (1995), "Les divers systèmes du droit de contrôle de la gestion collective des droits d'auteur dans les Etats européens" in R.M. Hilty, sous la direction de, *La gestion collective du droit d'auteur en Europe.*, Helting & Lichtenhahn Verlag AG, Bâle, pp.17-31.

HUGENHOLTZ, P.B. (2000), "Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid", *EIPR*, vol.11, pp.501-502

HUGENHOLTZ, P.B. (1995), "Droits de licence dans un environnement multimédia digital.", in *La Société de l'information : droit d'auteur et multimédia.*, CE, <http://www2.echo.lu>.

HULSINK, W. (1996), *Intellectual property rights in Europe's digital era - The coordination problems of creative and collective societies*, WP SPRU, University of Sussex.

KAUFMANN, T. (1995), "Aspects de la concurrence en rapport avec le droit d'auteur et la société de l'information.", in *La Société de l'information : droit d'auteur et multimédia.*, CE, <http://www2.echo.lu>.

LEHMAN, B.A. (1995), *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, U.S. Department of Commerce, Washington.

MEURER, M.J. (1997), "Price Discrimination, Personal Use, and Piracy: Copyright Protection of Digital Works", *Buffalo Law Review*, vol.45, pp.845-889.

MYARD, J. (1998), *Le droit d'auteur et les droits voisins dans l'environnement numérique : agir contre le piratage.*, rapport d'information n°1108, Assemblée Nationale.

ROCHELANDET, F. (2000), *Changement technologique et propriété intellectuelle : la mise en œuvre du droit d'auteur dans les industries culturelles*, thèse Paris I, décembre.

SAMUELSON, P. (1999), "Intellectual Property and the Digital Economy : Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 14, n°1, pp.1-50.

SHAPIRO, C. et VARIAN, H. (1998), *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, Cambridge, Londres.

TAKEYAMA, L.N. (1994), "The welfare implications of unauthorized reproductions of intellectual property in the presence of demand network externalities", *Journal of Industrial Economics*, vol. 17, n°2, pp.155-166.

VERBIEST, T. (2001), "Droit d'auteur et société de l'information : une synthèse", *Droit & Nouvelles technologies*, <http://www.droit-technologie.org> , 6 juin.

WERY, E., (2001), "La directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information est publiée au J.O. !", *Droit & Nouvelles technologies*, <http://www.droit-technologie.org> , 22 juin.

LISTE DES DIRECTIVES EUROPEENNES EN MATIERE DE DROIT D'AUTEUR

Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, parue au Journal Officiel du 22 juin 2001

Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données

Directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins

Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble

Directive 92/100/CEE du Conseil du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle

Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur

- ⁱ Ainsi qu'à certains de leurs partenaires à travers les droits voisins des artistes-interprètes et des producteurs.
- ⁱⁱ Cf. considérant 31 de la directive européenne du 22 mai 2001 : "Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés (...)."
- ⁱⁱⁱ Quelques théoriciens revendiquent d'ailleurs la suppression pure et simple du droit d'auteur sur les réseaux électroniques. Certains mettent en avant l'impossibilité de toute appropriabilité étant donné la diffusion large des techniques numériques de reproduction des contenus et les habitudes prises par les individus en matière de copiage (Barlow, 1996). D'autres soulignent l'inutilité du droit d'auteur face aux technologies de protection des contenus (Dam, 1999, Friedman, 1997, Dommering, 1995), lesquelles permettraient une protection plus efficace que le droit d'auteur et une appropriation suffisante de la valeur.
- ^{iv} L'acte a été voté le 12 octobre par le Congrès américain et transposé en loi le 28 octobre. Il a été codifié dans la section 1201 du titre 17 du code américain.
- ^v A une exception de moindre importance tenant à la protection des informations sur la gestion des droits définie dans la section 1202 du *Copyright Act*.
- ^{vi} Deux traités ont été adoptés lors de la Conférence diplomatique du 20 décembre 1996 de l'OMPI : d'une part, le Traité OMPI sur le droit d'auteur (c'est celui qui retient notre attention) et, d'autre part, le Traité sur les interprétations et les phonogrammes, qui recouvre les *droits voisins* du droit d'auteur, ceux des artistes-interprètes et des producteurs.
- ^{vii} La section 1201(a)(1) du titre 17 stipule que "No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title" et la section 1201(a)(2) ajoute que "No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof". Selon la section 1201(a)(3), le contournement d'un dispositif technologique consiste à "(...) descramble, decrypt, avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure that effectively controls access to the work, without the consent of the copyright owner".
- ^{viii} Plus précisément, les dispositions du DMCA diffèrent des obligations auxquelles les Etats-Unis se sont engagés en signant les Traités OMPI. D'un côté, selon le Traité sur le droit d'auteur, est déclaré illégal le fait de falsifier les informations concernant les droits d'auteur en vue de faciliter les actes frauduleux dans un environnement numérique et les pays adhérents doivent instituer des mesures réglementaires afin d'interdire et de sanctionner la neutralisation visant à pirater les contenus protégés par le droit d'auteur. Par rapport à ces règles, le DMCA, lorsqu'il a été soumis au Congrès américain, était beaucoup plus général et prohibait certains actes de neutralisation, *que le résultat final recherché par l'acte de neutralisation aboutisse à une transgression du droit d'auteur ou non*. Pour Samuelson (1999), la loi américaine fait une distinction entre la transgression du droit d'auteur et la neutralisation illicite, celle-ci pouvant avoir éventuellement pour objectif précis de violer le droit d'auteur.
- ^{ix} La neutralisation est également admise lorsqu'il est question de protection des mineurs, de sécurité de l'Etat, de mise au point de système de cryptage, de respect des informations sur la vie privée ou encore de test de sécurité sur les systèmes informatiques.
- ^x Voir notamment Hurt, R.M. et Schuchman, R.M. (1966) "The economic rationale of copyright", *American Economic Review*, n°56, pp.421-432 ; Novos, I.E. et Waldman, M. (1988) "Complementary and partial nonexcludability : an analysis of the software/computer market", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, n°144, pp.443-461 ; Landes, W. et Posner, R.A. (1989) "An economic analysis of copyright law", *Journal of Legal Studies*, vol. 18, n°2, pp.325-363. Pour une synthèse générale, Rochelandet (2000), chapitre introductif.
- ^{xi} On peut donner deux exemples : si une encyclopédie papier peut être revendue entre catégories de consommateurs (un étudiant peut acquérir des exemplaires à prix inférieurs à ceux du marché et les revendre), ce n'est pas le cas d'un abonnement à une encyclopédie en ligne avec code d'accès ; des cassettes vidéo peuvent être revendues, mais non un film diffusé en *streaming*. Dans une certaine mesure, si les technologies de protection sont efficaces, le droit d'auteur s'avère inutile comme condition à la discrimination par les prix (Cohen, 2000, Farchy et Rochelandet, 2001).
- ^{xii} Selon ce principe (codifié dans la section 109 du *Copyright Act* américain), le titulaire d'un droit d'auteur ne peut empêcher l'acquéreur légitime d'un exemplaire licite de le revendre, le louer ou le prêter par la suite. Dès lors, si ce principe est maintenu et s'impose par rapport au droit des contrats, alors tout utilisateur avantageé pourra acquérir des exemplaires d'une œuvre et les revendre ensuite aux utilisateurs désavantagés : la discrimination par les prix est alors a priori impossible à établir.
- ^{xiii} Cette idée de monopole conférée par le droit d'auteur demeure cependant très contestable. Elle repose sur une confusion entre monopoles juridique et économique. En fait, seuls quelques détenteurs de droits d'auteur (essentiellement les *majors*) bénéficient réellement d'un pouvoir de marché tel qu'elles puissent fixer leur prix, mais la majeure partie des créateurs ne disposent d'aucun pouvoir de marché significatif. Qui plus est, le pouvoir oligopolistique des *majors* dérive moins des droits d'auteur dont elles sont cessionnaires que des contrats d'exclusivité les liant au vedettariat. Dans cette perspective, en permettant une discrimination par les prix plus fine et une exclusion d'une large frange d'utilisateurs, les systèmes technologiques de protection accentueraient le pouvoir monopolistique des *majors* (Rochelandet, 2000, Farchy et Rochelandet, 2001).
- ^{xiv} En effet, il a été considéré que le principe de *first sale* ne s'appliquait que dans le cas de distribution commerciale d'exemplaires physiques. De ce fait, le recours de plus en plus fréquent aux licences d'utilisation ne semble pas soumis à cette doctrine.
- ^{xv} De même, elle n'intègre pas certaines externalités positives importantes : les utilisateurs (à bas revenus) ayant accès aux bibliothèques peuvent devenir par la suite créateurs ou sensibles à d'autres formes de productions culturelles favorisant ainsi une offre culturelle plus diversifiée...

^{xvi} Selon le considérant 2 de cette directive, "la création de programmes d'ordinateur exige la mise en oeuvre de ressources humaines, techniques et financières considérables alors qu'il est possible de les copier à un coût très inférieur à celui qu'entraîne une conception autonome".

^{xvii} Pourtant, on peut douter que le droit d'auteur constitue un facteur important de localisation des investissements. La compétence de la main d'oeuvre et la densité du tissu industriel et informationnel constituent certainement des déterminants plus fondamentaux.

^{xviii} Notons néanmoins que si une vidéo est transmise par Internet, elle peut très bien transiter par des pays non membres, où l'autorisation des titulaires de droits est requise. Ceci souligne la nécessité d'harmoniser au-delà de l'Union européenne et l'importance de l'OMPI comme cadre de négociation. Selon Burke (1998, p.32), en matière de conflit entre droit de la concurrence et droit d'auteur, "(...) the regulatory jurisdiction of antitrust and copyright law should be extended from the national to the international level." (A.E. Burke (1998) "Legal structure, strategic regulation and dividing the spoils from R&D in intellectual property", communication à la conférence de l'ACEI, Barcelone, juin.)

^{xix} Voir Farchy, J. et Rochelandet, F. (2001) "La copie privée numérique : un danger pour la diffusion des œuvres culturelles ?", *Réseaux*, vol.19, n°106, mai, pp.149-177. Cette pratique est au centre des préoccupations face au "clonage" et au piratage en ligne. La copie privée numérique consiste en la reproduction privée non commerciale et sans perte de qualité d'œuvres musicales et audiovisuelles.

^{xx} Ainsi un éditeur de jeux pour consoles peut également produire des consoles et les vendre à un prix suffisant pour récupérer les pertes dues au copiage ou baisser les prix des originaux. De même, la copie privée peut induire des effets de réseaux permettant aux éditeurs de logiciels d'imposer leur standard et de récupérer une partie de la valeur des copies via les ventes additionnelles ainsi générées.

^{xxi} Une mesure technique est définie comme "toute technologie (...) destinée à empêcher ou à limiter (...) les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur (...)" (article 6)

^{xxii} Sur cette question très épineuse, voir les articles de Robert P. Merges ((1997) "The end of friction ? Property rights and contract in the "newtonian" world of on-line commerce", *Berkeley Technological Law Journal*, vol.12, pp.115-136), de Pamela Samuelson et de Julie E. Cohen (cités en bibliographie).

^{xxiii} Ce qui est loin d'être prouvé empiriquement (voir Rochelandet, 2000).