

JANVIER 2002

n° 2  
numéro spécial

# Propriétés intellectuelles

**La directive  
sur le droit  
d'auteur  
et les droits  
voisins dans  
la société  
de l'information.  
Bilan et  
perspectives.**

Colloque organisé  
par l'IRPI (Institut de  
recherche en propriété  
intellectuelle  
Henri-Desbois)  
et l'AFPIDA  
(Association française  
pour la protection  
internationale du droit  
d'auteur) à la Chambre  
de commerce et  
d'industrie de Paris  
le 25 octobre 2001.

## COLLOQUE

- ◆ Rapport introductif  
*Pierre Sirinelli*
- ◆ Les droits exclusifs  
consacrés par la directive  
*Frédéric Pollaud-Dulian*
- ◆ Les exceptions (I)  
La méthode suivie  
et les résultats obtenus  
*Yves Gaubiac*
- ◆ Les exceptions (II)  
L'impact sur le droit français  
*Christophe Caron*
- ◆ Discussion
- ◆ La protection des dispositifs  
techniques (I)  
*Antoine Latreille*

- ◆ La protection des dispositifs  
techniques (II)  
*Gilles Vercken*
- ◆ La directive « société de  
l'information » et l'acquis  
communautaire :  
une anamorphose  
*Valérie-Laure Benabou*
- ◆ La protection du droit  
d'auteur et des droits voisins  
au sein de l'Union européen-  
ne. Les chantiers à venir  
*Jörg Reinbothe*
- ◆ Rapport de synthèse  
*Michel Vivant*

## ACTUALITÉS

- ◆ Publications récentes
- ◆ Actualité réglementaire

**irpi**

**TRANSACTIVE**  
A THOMSON COMPANY

## La protection des dispositifs techniques (II)

Recherche clarité désespérément :

à propos de l'article 6.4 de la directive du 22 mai 2001

GILLES VERCKEN

AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

En guise d'introduction, je souhaite citer les opinions d'éminents juristes et professeurs de droit à propos de l'article 6.4 de la directive. « C'est l'une des questions des plus épineuses », « le résultat n'a pas le mérite de la clarté » – et, à propos du paragraphe 2 sur la copie privée, « c'est l'ensemble du paragraphe qui échappe à la compréhension »<sup>1</sup> nous dit Séverine Dusollier, chercheuse au CRID; « un texte dont l'application s'avérera très délicate »<sup>2</sup>, d'après le Professeur Christophe Caron. « Un texte très, voire trop complexe »<sup>3</sup>, affirment le Professeur Alain Strowel et Séverine Dusollier. « Le texte laisse perplexe » écrit le Professeur Pierre Sirinelli et il ajoute : « les États seront sans doute embarrassés au moment de transposer le texte communautaire »<sup>4</sup>. Nous voici donc prévenus : la question est épineuse. Tentons toutefois l'analyse, avec toute la modestie à laquelle les avis exprimés par les éminents spécialistes nous invitent. —

Le mécanisme général de l'article 6.4 est en lui-même simple. Les titulaires de droits peuvent mettre en œuvre des mécanismes techniques de protection qui aboutissent à un contrôle total de l'ensemble des actes effectués par l'utilisateur. Dans ce cas, l'utilisateur ne peut en pratique bénéficier des exceptions, dès lors qu'il ne peut accéder à l'œuvre ou à l'objet protégé. Il y aurait donc une rupture dans la recherche d'un équilibre entre les intérêts des ayants droit et ceux des utilisateurs. L'article 6.4, comme le dit très justement le Professeur Pierre Sirinelli, vise donc à rétablir « la balance des intérêts »<sup>5</sup>. Il faut signaler que cette recherche d'un équilibre n'existe pas dans les textes de l'OMPI du 20 décembre 1996 : les mesures techniques peuvent empêcher, d'après ce texte, le bénéfice des exceptions. Par contre, à l'exception de la loi japonaise, l'ensemble des législations nationales qui ont introduit en droit interne des dispositions sur les mesures techniques à la suite du Traité de l'OMPI ont prévu des mécanismes sur ce point.

La directive prévoit que c'est aux titulaires de droits de prendre l'initiative de mettre en place des systèmes prévoyant la possibilité pour les utilisateurs de bénéficier des exceptions. Ce n'est qu'en présence d'une absence d'ini-

tiative des titulaires de droit que l'État peut prendre des « mesures appropriées ».

Le texte prévoit deux mécanismes distincts pour deux séries d'exceptions. L'un pour certaines exceptions générales : c'est le paragraphe 1<sup>er</sup> (pour les sept exceptions suivantes : reprographie ; reproduction dans les bibliothèques, établissements d'enseignement et musées ; reproductions éphémères des organismes de radiodiffusion ; reproduction d'émissions par des institutions sociales sans but lucratif ; illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche scientifique ; utilisation par les handicapés en relation avec le handicap concerné ; utilisation à des fins de sécurité publique ou pour le bon déroulement des procédures, ou pour la couverture des procédures), et l'autre pour la copie privée : c'est le paragraphe 2.

Voici l'économie générale du texte. Nous nous proposons de l'analyser à travers trois questions : Quel est le champ d'application du texte (I) ? Quelles sont les conditions de mise en œuvre d'une intervention de l'État (II) ? Quels sont les contours de l'intervention de l'État (III) ? Vous pourrez constater que le plan de mon intervention est en trois parties, et non en deux, ce qui est assurément peu orthodoxe. Mais le Professeur Michel Vivant a indiqué, dans un article brillant, que si le plan en deux parties était parfaitement adapté pour les textes d'exposition, il était peu approprié pour les plans de recherche<sup>6</sup>. Or,



1. S. Dusollier, Internet et droit d'auteur, disponible sur [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org).

2. C. Caron, 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 : *Com. com. électr.* mai 2001, n° 5, p. 20.

3. S. Dusollier, A. Strowel, La protection légale des systèmes techniques : analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparative : *Propriétés intellectuelles* octobre 2001, n° 1, p. 10.

4. P. Sirinelli, L'étendue de l'interdiction de contournement des dispositifs techniques de protection des droits et les exceptions aux droits d'auteur et droits voisins, Rapport général, ALAI, 2001, Congrès de New York, [www.law.columbia.edu/conferences/2001/home](http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/home)

5. V. P. Sirinelli, précit.

6. M. Vivant, Le plan en deux parties, ou de l'arpençage considéré comme un art, *Mélanges Catala, Litec*, 2001, p. 969.

nous partons à la recherche d'une clarté : le plan en trois parties est donc parfaitement approprié. Par ailleurs, compte tenu du temps imparti et de l'obscurité du texte, seront présentées seulement les pistes de réflexion, voire de fausses pistes ?

## I. Le champ d'application de l'article 6.4

Quatre points sont à examiner.

### 1. La cohérence avec le champ d'application en amont de la protection des mesures techniques

*Cohérence interne : par rapport à la directive elle-même* – Le texte de l'article 6.4 ne joue que dans le cadre défini préalablement pour la protection des mesures techniques. Si l'utilisateur doit accomplir des mesures de contournement qui, en amont, ne sont pas protégées au titre de l'article 6.1, la question d'un équilibre n'a pas lieu de se poser, puisque l'utilisateur pourra bénéficier dans ce cas de l'exception. Comme l'écrit le Professeur Pierre Sirinelli, « moins la protection est forte en amont, moins le correctif législatif destiné à assurer le jeu des exceptions paraît nécessaire »<sup>7</sup>.

*Cohérence externe : par rapport aux autres textes prévoyant la protection de mesures techniques* – Dès lors que les mesures techniques empêchant d'avoir accès à l'œuvre sont protégées par un autre cadre juridique, lequel ne prévoit pas de possibilité de « dérogation » au profit de l'utilisateur, l'œuvre est, en pratique, licitement inaccessible sans que l'article 6.4 puisse jouer. Tel est le cas pour les œuvres protégées par un accès conditionnel, visé par la directive du 23 novembre 1998, ou dont la consultation nécessiterait l'accomplissement d'actes prohibés par le droit pénal de l'informatique.

### 2. L'exclusion des « services à la demande »

Toutes les utilisations ne sont pas concernées par l'article 6.4. Le paragraphe 4 exclut de son champ d'application « les services à la demande », définis comme les « mises à la disposition du public [...] de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». Cette rédaction est inspirée directement de l'article 8 du Traité OMPI du 20 décembre 1996, et surtout de l'article 3 de la directive elle-même. Mais il faut noter tout aussitôt que ce dernier article ne concerne que le droit de communication au public, alors que l'article 6.4 paragraphe 4 concerne *a priori* également le droit de reproduction et le droit de distribution. Par une interprétation audacieuse, ne peut-on pas considérer que la vente d'un support – qui met en jeu le droit de

reproduction et de distribution – peut entrer alors dans la définition de « service à la demande » ? Cette interprétation est contrecarrée par les termes du considérant 53 qui explique qu'il faut entendre par « services à la demande » les services « interactifs », ce qui semble exclure la vente de supports.

En toute hypothèse, les discussions menées actuellement dans le cadre de la « mission Derepas » pour déterminer le champ de la licence légale en matière de droits voisins pour les nouveaux services numériques, montrent les difficultés de distinction entre services « à la demande », « quasi à la demande », et les autres. Les mêmes difficultés existent pour discriminer les services interactifs des services non interactifs.

Il faut aussi que ce service à la demande ait été proposé à l'utilisateur dans le cadre de contrats. Cette précision est étonnante et peut réduire la portée de l'exclusion : l'utilisateur peut-il demander le bénéfice des exceptions pour les services à la demande accessibles sans contrat, ce qui est le cas par exemple d'une grande majorité des sites Web gratuits ?

### 3. Le caractère facultatif de l'intervention de l'État pour la copie privée

Autre limite possible – et importante – au champ d'application en droit national : l'intervention de l'État est facultative pour l'exception de copie privée. Le paragraphe 1<sup>er</sup>, à propos des exceptions générales, indique que les États « prennent ». Le paragraphe 2 précise : les États « peuvent prendre ». Cette distinction est fondée sur le fait que les exceptions du paragraphe 1<sup>er</sup> sont des exceptions d'intérêt général, ce qui n'est pas le cas de l'exception pour copie privée, fondée sur des considérations d'ordre pratique. Il y a toutefois une contradiction avec le considérant 39 qui affirme que les mesures techniques ne peuvent faire échec à la copie privée. Mais le texte – clair – devrait l'emporter sur le considérant.

### 4. Les limitations aux droits voisins définis dans la directive

L'article 6.4 concerne les droits voisins et les droits d'auteur tels que définis dans la directive. Or celle-ci ne concerne, pour les droits voisins, que le droit de reproduction et le droit de communication au public « à l'endroit et au moment » choisis. Les autres droits voisins sont donc régis par les directives antérieures, sous une réserve : l'article 6.4 est aussi applicable, nous dit le dernier paragraphe, aux droits définis par les directives 92/100 et 96/9, c'est-à-dire pour les directives location, prêt, droits voisins, et bases de données. Cette indication – spécifique –



7.V. P. Sirinelli, précit.

devrait l'emporter sur celle – générale – de l'article 1<sup>er</sup> qui indique que la directive n'affecte pas les directives précédentes. Par contre, l'article 6.4 ne devrait donc pas s'appliquer aux droits voisins définis par la directive 93/83 du 27 septembre 1993 « câble et satellite », et la directive 93/98 « durée et droits voisins », c'est-à-dire pour ce qui est du droit de radiodiffusion par satellite et le droit de retransmission par câble. Plus globalement, nous renvoyons sur ces problèmes de cohérence à l'intervention du Professeur Valérie-Laure Benabou.

## II. Les conditions de mise en œuvre de l'article 6.4

Ces conditions sont fixées soit par le texte même de l'article 6.4, soit par les considérants. Il faut donc que les titulaires n'aient pas pris de mesures permettant aux « bénéficiaires » de « bénéficier » des exceptions « dans la mesure nécessaire pour en bénéficier »!

Nous souhaitons effectuer huit remarques à ce sujet.

### 1. La liste fermée des exceptions

Les mesures ne doivent porter que sur les exceptions visées à l'article 6.4, déjà listées : les sept exceptions générales et celle de copie privée. Les titulaires peuvent donc mettre en œuvre des mesures techniques de protection sans égard pour les utilisateurs pour les autres exceptions.

### 2. La reconnaissance par le droit national de l'exception visée

L'article 6.4 ne visant que des exceptions facultatives, il ne sera amené à être mis en œuvre que si la législation nationale a repris en droit interne l'exception. Cette condition résulte du texte même du paragraphe 1<sup>er</sup>, qui mentionne « les exceptions ou limitations » prévues par le droit national.

Un doute pourrait être émis sur l'application de cette condition concernant l'exception de copie privée, puisque le paragraphe 2 ne mentionne pas expressément que celui-ci joue si l'exception a été prévue par le droit national. Mais le texte du paragraphe 2 indique bien qu'il s'agit de l'exception ou limitation prévue « conformément à l'article 5 paragraphe 2 b) ». Or, l'article 5 commence par la phrase « les États membres ont la faculté de prévoir [...] ».

Compte tenu du caractère facultatif de la liste des exceptions, cela signifie que la possibilité de contournement d'un dispositif technique pour bénéficier d'une exception sera différente dans chaque pays dès lors que la liste visée ne sera pas identique. Comment se régleront alors les problèmes liés aux diffusions internationales des œuvres? Ceci démontre bien que le fait d'avoir prévu une liste facultative, non seulement ne permet pas d'aboutir à

une harmonisation sur la question des exceptions mais, de plus, peut introduire indirectement des différences sur le champ de la protection technique entre les États.

### 3. La nécessité d'un accès licite pour la liste du paragraphe 1<sup>er</sup>

Pour les exceptions générales, il faut que le bénéficiaire ait acquis licitement un exemplaire de l'œuvre ou de l'objet protégé, ou ait eu un « accès » licite à cette œuvre. Cette condition est logique, car il n'y a pas de balance des intérêts à protéger si un utilisateur souhaite faire jouer une exception pour une utilisation effectuée à partir d'un acte de contrefaçon. Il faut peut-être regretter que cette condition ne soit pas posée pour l'exception de copie privée.

### 4. Pour une nouvelle application spécifique du test des trois étapes au niveau de l'article 6.4 paragraphe 2?

Le paragraphe 2, à propos de la copie privée, indique que les mesures prises par les titulaires pour que la reproduction à usage privé ait été rendue possible, doivent être prises « conformément aux dispositions [...] de l'article 5 paragraphe 5 ». Ce dernier texte vise la condition de réalisation du test des trois étapes. Comment comprendre cette mention du test des trois étapes, qui n'est pas mentionnée dans le paragraphe 1<sup>er</sup> sur la liste générale?

Le test des trois étapes doit être respecté en amont lors de la mise en place par le droit national d'une des exceptions. Il n'était pas nécessaire de prévoir une nouvelle fois la mention du test. C'est donc une redondance. Si cette précision a été ajoutée au paragraphe 2, il faut bien l'expliquer. Pourrait-on alors faire valoir que le test des trois étapes doit jouer à deux niveaux : une fois, lors de l'analyse de la reprise de l'exception en droit national; mais une seconde fois, lorsque les titulaires de droits ont pris des mesures pour rendre possible la reproduction pour usage privé? Ces mesures ne devraient être mises en place que lorsque le test des trois étapes est passé à ce niveau d'analyse.

Les titulaires de droits pourraient alors, pour certains cas, ne prévoir aucune disposition permettant la copie privée, sans qu'on puisse faire jouer le mécanisme, si ces titulaires démontrent qu'ils ne pouvaient pas rendre possible cette copie privée car ne répondant pas au test des trois étapes pour l'utilisation considérée. Ce dernier serait donc amené à jouer un rôle de garde fou à deux niveaux.

### 5. L'existence d'une compensation pour certaines exceptions

L'exception de copie privée ne peut être mise en place que si la législation nationale a prévu « une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non-application des mesures techniques ». La même condition