



World Library and Information Congress: 69th IFLA General Conference and Council

1-9 August 2003, Berlin

Code Number: 042-F
Meeting: 119. Copyright and Other Legal Matters (CLM)
Simultaneous Interpretation: Yes

Les exceptions au droit d'auteur et les mesures de protection technique dans l'édition électronique : un défi pour les législateurs

Katy Loffman

Rights Solutions
Londres, Royaume-Uni

Traduction : Michèle Battisti < michele.battisti@adbs.fr >

Note : nous avons choisi de traduire le terme copyright par l'expression « droit d'auteur », ceci bien que l'analyse de Katy Loffman soit étendue au niveau mondial, englobant de ce fait également les pays de copyright. Nous avons ainsi adopté la traduction qui a été faite pour la directive européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins.

Résumé

Les lois sur le droit d'auteur sont en cours de modification dans le monde entier pour répondre aux exigences du marché mondial en ligne : le Digital Millennium Copyright Act et la directive européenne sur le droit d'auteur¹ doivent permettre d'adapter les lois sur le droit d'auteur à l'environnement numérique. La directive sur le droit d'auteur tente [en outre] d'harmoniser la législation des Etats membres de l'Union européenne [tout] en appliquant les principes du droit d'auteur aux publications numériques ainsi qu'aux publications traditionnelles.

Les Etats membres de l'Union européenne transposent actuellement ce texte dans leurs lois nationales mais le caractère optionnel de certaines clauses, en particulier de celles qui correspondent aux exceptions aux droits exclusifs de l'auteur, permettent d'affirmer qu'il y aura toujours des différences importantes entre les pays européens.

Les facilités de reproduction offertes par l'environnement numérique ont rendu les éditeurs très méfiants lorsqu'ils doivent publier leurs œuvres en ligne sans aucune protection. C'est pourquoi, les publications sont cryptographiées par des mesures de protection techniques

¹ A notre connaissance, aucun sigle n'a été attribué, dans les pays francophones, à la directive européenne sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Nous avons choisi d'utiliser la dénomination suivante : directive européenne sur le droit d'auteur.

mises en œuvre par les éditeurs pour permettre certains usages ou les interdire, lorsqu'ils sont considérés comme étant susceptibles de leur porter préjudice. Ces systèmes posent un problème car il est possible d'insérer des protections techniques empêchant d'exercer les exceptions autorisées habituellement aux usagers par la loi. Bien que la directive sur le droit d'auteur interdise que l'on rejette certaines exceptions, elle exonère de cette obligation les publications qui font l'objet d'un contrat de licence volontaire. Les contrats, renforcés par les protections techniques, permettent [ainsi] à un éditeur de contrôler le nombre exact d'accès à une œuvre. Mais puisque que chaque pays a des lois différentes à cet égard, [les conditions de la mise à disposition d']une publication peuvent violer la loi d'un Etat ou d'un pays et être parfaitement conformes à celle d'un autre pays. Cette tension entre le contrat et le droit d'auteur fait l'objet, dans le monde entier, de débats qui n'ont pas abouti.

[Mais]des éditeurs célèbres se sont assurés que les protections techniques qu'ils utilisent pour faire obstacle aux pirates et aux copies excessives réalisées lors d'échanges pair à pair n'empêchent pas également des usages autorisés par le fair dealing². Ils ont ainsi admis, par exemple, que l'on puisse faire un nombre de copies voisin de celui qui est autorisé pour le support papier afin que leurs livres et leurs périodiques restent attractifs et utiles pour leurs lecteurs.

Le défi auquel doit répondre le législateur est de maintenir l'équilibre entre les intérêts des ayants droit et des utilisateurs. Les éditeurs ont besoin de protéger leurs publication et les usagers d'un accès qui soit souple. La technique et le droit doivent s'associer pour trouver une solution.

Introduction

Les lois sur le droit d'auteur font l'objet de changements permanents dans le monde entier. L'Internet a donné aux éditeurs un public élargi au monde entier pour leurs publications en ligne. Or publier sur le marché mondial implique qu'il faille tenir compte des lois en vigueur dans chaque territoire national. Chaque pays a une législation différente et une œuvre donnée qui viole le droit d'auteur d'un pays peut fort bien être conforme à celui d'un autre pays.

Le développement rapide de l'environnement numérique a rendu plusieurs lois inadaptées, ce qui est le cas des lois sur le droit d'auteur et d'autres domaines juridiques voisins ; c'est pourquoi elles sont réactualisées en ce moment dans le monde entier. Les Etats-Unis ont [ainsi] été le premier pays à modifier leur législation quand le Digital Millennium Copyright Act ¹ (DMCA) a été adopté en 1998. Ce fut ensuite l'Australie, en l'an 2000, lorsque ce pays a publié le Digital Agenda Act, amendant sa loi sur le copyright, puis l'Europe avec une directive sur le droit d'auteur ², adoptée en 2001. Cette directive européenne a pour objectif d'appliquer les principes existants en matière de droit d'auteur aux médias électroniques et d'harmoniser le droit d'auteur dans l'Union européenne, puisqu'il incombe à chaque pays de transposer cette directive dans sa loi nationale. C'est ainsi qu'en Allemagne, les établissements d'enseignement vont pouvoir mettre en ligne des documents protégés par le droit d'auteur sur des sites intranets ou extranets pour constituer un environnement éducatif virtuel qui sera mis à la disposition des étudiants, sans avoir besoin de négocier des droits mais à condition que l'accès soit protégé par un mot de passe ou une autre protection technique.

² fair dealing : pratiques loyales; exception au copyright reconnue dans la loi britannique. Proche du « fair use » admis dans la loi fédérale américaine.

Un aperçu rapide de la situation des Etats membres européens, telle qu'elle se présentait en mai 2003, permet de constater que la Grèce et le Danemark ont été les premiers à transposer la directive, dès janvier 2003. Ils ont été suivis par l'Italie en avril. L'Allemagne est à mi-parcours du processus et le Royaume-Uni, qui devait adopter la nouvelle loi en juin, a reporté cette promulgation à une date ultérieure. Le Parlement finlandais a rejeté la proposition de loi faite en avril et a demandé à ce que l'ensemble du processus soit repris. Ailleurs, dans le monde, dans des pays comme le Canada et l'Australie, ce sujet fait aussi l'objet de débats.

De nouveaux médias et de nouvelles pratiques commerciales permises par les moyens de communication électroniques impliquent de nouvelles lois sur le droit d'auteur. A la suite de ces changements, il faut réussir à maintenir l'équilibre dans la loi entre les intérêts des éditeurs et des utilisateurs, en appliquant les clauses qui existent dans les lois sur le droit d'auteur à l'environnement numérique de la musique, des logiciels, des films, etc. ainsi qu'à celui des livres. Certains pays qui transposent en ce moment la directive vont tenter de modifier le moins possible leur législation afin de rapprocher la situation des publications en ligne à celle des publications papier. L'objet de cet exposé est présenter le point de vue de l'industrie éditoriale face à ce marché émergent.

Définitions

De manière générale, le droit d'auteur ou *copyright* correspond au *droit de faire des copies*³. L'auteur d'une œuvre est titulaire au départ de ce droit mais lorsque l'œuvre est publiée, il transfère certains de ses droits ou la totalité d'entre eux à son éditeur pour qu'il puisse la reproduire sous certaines formes. L'éditeur devient alors son ayant droit. Seul le titulaire du droit d'auteur peut autoriser les actes de reproductions quoique, généralement, ce soit l'éditeur ou son représentant qui détienne en droit en son nom.

La loi prévoit des exceptions à ce droit exclusif de copie et l'une de celle-ci est connue sous le nom de *fair dealing* au Royaume-Uni ou de *fair use* dans la loi fédérale aux Etats-Unis⁴. En Grande-Bretagne, cinq cas permettent de faire un nombre limité - mais non fixé à un chiffre donné de copies - sans permission expresse de l'ayant droit mais à condition de ne pas reproduire la totalité de l'œuvre. Les exceptions accordées au titre du *fair use* reposent sur des situations un peu différentes et, en dépit de modifications vers une certaine harmonisation, les divers Etats membres de l'Union européenne ont tous des systèmes différents, qui se démarquent, en outre, de celui des Etats-Unis et du reste du monde.

Des législations différentes

De nombreuses publications électroniques sont cryptographiées pour être protégées des copies illégales et de la piraterie. La loi américaine et la future législation européenne rendent illégal tout contournement de ces protections, même dans les cas qui seraient totalement légitimes. Malheureusement, la technique permet à un éditeur de cryptographier tout contenu pour que les lecteurs ne puissent pas l'utiliser dans les cas prévus par le *fair dealing* ou le *fair use*. C'est cet aspect qui est à l'origine nombreuses controverses aux Etats-Unis.

Si l'œuvre est, en outre, publiée dans le monde entier, les différences des législations entre les pays sont alors sources d'autres problèmes. L'éditeur peut cryptographier la publication

³ NDT : les droits des auteurs correspondent, en France, à un ensemble de droits moraux et de droits patrimoniaux. Les droits patrimoniaux, seuls droits cessibles, sont les droits de reproduction et de représentation.

⁴ NDT : en France, elles font l'objet d'une liste dans l'article L 122-5 du code de la propriété intellectuelle.

électronique conformément à ce qui est autorisé par la loi de son pays, par exemple au Royaume-Uni, mais lorsque cette publication est également disponible dans un autre pays, les lecteurs vont se rendre compte qu'ils ne peuvent pas faire un *usage raisonnable* de cette publication, comme le leur permet la loi de leur pays. En pratique, pour de nombreux éditeurs en ligne britanniques, la majeure partie de leur marché se trouve aux USA et, en l'absence d'une loi européenne explicite, leur priorité est de s'assurer que leurs produits sont conformes à la législation des Etats-Unis.

Il est vrai que les pays européens veulent harmoniser leurs lois sur le droit d'auteur mais il semble qu'il y aura encore des différences significatives entre eux. Deux raisons majeures expliquent ces différences :

- la directive européenne fournit une liste de 21 *exceptions et limitations* aux droits exclusifs de l'ayant droit, liste qui résume toutes les exceptions accordées aux utilisateurs par toutes les législations sur le droit d'auteur des différents pays membres. Les exceptions de chaque pays sont le reflet de ses propres traditions culturelles et de ses propres pratiques commerciales. L'article 5 de la directive permet à chaque Etat membre d'opter pour chacun des 21 cas ou pour l'ensemble d'entre eux, afin de les transposer dans sa législation nationale.
- Une autre cause des différences dans la transposition de la directive provient de la structure très diverse des lobbies des ayants droit qui poursuivent chacun des objectifs légèrement différents, ce qui peut avoir des répercussions sur le résultat final des pratiques en matière de droit d'auteur de chaque pays. Selon EBLIDA ³ (organisme indépendant qui chapeaute les associations de bibliothécaires et de professionnels de l'information en Europe), en Allemagne et en Grande-Bretagne, ce sont les organisations d'éditeurs qui défendent les intérêts des ayants droit, en Scandinavie ce sont les sociétés de gestion collective qui se font le plus entendre et au Danemark c'est le lobby de la musique qui est le plus puissant. Il sera intéressant d'étudier comment ces différences vont affecter les lois qui seront adoptées.

Un domaine non traité par la directive européenne sur le droit d'auteur est la question de la juridiction compétente. En cas de litige dans le cyberspace entre des parties appartenant à différents pays, quelle est la loi qui va s'appliquer ? celle de l'auteur du délit ou celle de la victime ? Celle de l'ayant droit ou celle de celui qui a violé la loi ? Celle de l'utilisateur final ou celle de l'éditeur ? Un principe sur ce point n'a pas encore été défini puisque l'on a pu noter que différents procès dans le monde se sont fondés sur des principes différents.

Les mesures de protection technique et le *fair dealing*

La facilité avec laquelle on peut faire des copies parfaites en utilisant le « copier-coller » et la possibilité de graver des CD, rendant la piraterie plus facile, a fait peser l'équilibre des pouvoirs au détriment des éditeurs. Les remous récents dans l'industrie de la musique l'ont prouvé. Mais les éditeurs disposent à présent de systèmes techniques pour répondre à ces menaces, par l'installation de protections techniques, comme les logiciels anti-copie dans leurs publications électroniques. Ce que l'on craint c'est que ces mesures puissent être utilisées pour éliminer toute sorte de copies, et qu'elles fassent peser à présent la balance de l'autre côté. Certains livres électroniques sont ainsi aujourd'hui plus difficilement reproductibles qu'un manuscrit enluminé avant l'époque de la photocopie ! Mais certains types de copies restent autorisées par la loi et pour certaines catégories de la population la

reprographie reste importante. Les mesures de protection techniques sont de ce fait des instruments grossiers si, pour empêcher la piraterie et la copie [massive] par le biais des échanges pair à pair, ils empêchent aussi des copies pour des usages jugés *raisonnables* qui sont légitimes.

Ce qui est regrettable, c'est que les mesures de protection technique sont encore très récentes. Or, de nombreuses années ont été nécessaires pour que les représentants des ayants droit aient pu mettre au point, en collaboration avec les représentants du secteur des bibliothèques et des archives, des codes de bonnes conduites acceptables par tous en ce qui concerne le nombre de photocopies couvert par l'exception au titre du « *fair dealing* ». Nous sommes encore à l'âge des pionniers dans l'environnement numérique. Alors que les éditeurs ont peur de perdre leur propriété intellectuelle (autrement dit, leur avantage éditorial), les utilisateurs sont émoustillés par les opportunités offertes par la technique qui leur permet de copier n'importe quelle chanson, émission de télévision ou logiciel empruntés à leurs amis. De ce fait, les éditeurs agissent avec précaution. Mais pendant ce temps les publications électroniques ne rapportent pas assez d'argent pour permettre à la recherche et au développement d'évoluer pour améliorer rapidement les mesures de protection technique. [En conséquence] ni les ressources financières ni les compétences nécessaires ne peuvent être trouvées dans de nombreuses maisons d'édition pour développer des systèmes de sécurité plus sophistiqués.

La loi peut déclarer que les exceptions au droit de copie exclusif de l'auteur liées au *fair dealing* sont accordées aux usagers - 21 exceptions dans la directive européenne sur le droit d'auteur, présenté précédemment – mais cette même directive stipule aussi que les mesures de protection techniques peuvent seulement accorder un accès équivalent au *fair dealing* tel que l'aura défini l'éditeur, mais pas accorder aux lecteurs la liberté de *fair use* comme ceux-ci l'auraient souhaité. Dans l'environnement numérique, accorder une telle liberté signifie que l'on ouvre purement et simplement la porte aux pirates. Néanmoins, il n'y a rien qui puisse arrêter le *bénéficiaire d'une exception*, par exemple un étudiant qui voudrait taper sur son ordinateur ce qu'il veut citer, comme il le faisait auparavant dans un cadre traditionnel, pour les ouvrages sur support papier.

Les mesures de protection technique et les contrats

Une autre caractéristique des lois sur le droit d'auteur est qu'elles ne sont pas assez précises pour rassurer les éditeurs. C'est pourquoi les éditeurs s'appuient sur les contrats [d'accès] ou des licences destinés à l'utilisateur final qui utilise les publications en ligne pour contourner toutes les ambiguïtés de la loi. Certaines licences ne correspondent qu'à l'ouverture de l'emballage d'un CD-ROM ou à un simple click en ligne effectués par un individu et ne sont pas négociables. Avant d'accéder à une publication en ligne, le lecteur voit apparaître sur l'écran les conditions de l'accès. Celles-ci donnent des précisions sur des aspects particuliers, comme ceux qui précisent si un contenu peut être seulement lu à l'écran et s'il est possible de l'imprimer, si le contenu est lié à un ordinateur ou s'il est possible d'y accéder à distance à partir de n'importe quel terminal ou qui fournit une liste de toutes les autres manipulations que le lecteur peut ou ne peut pas faire avec ce contenu. On demande à l'utilisateur de cliquer sur une case « *j'accepte* » avant d'ouvrir un fichier et le logiciel de protection technique [applique] les conditions de ce contrat en ligne (si ce type d'accord est considéré comme étant valide). La transaction ultérieure est alors régie par les conditions de ce contrat plutôt que par ceux, plus généraux, de la loi sur le droit d'auteur. Alors que l'article 6.4 de la directive européenne sur le droit d'auteur exige que les mesures de protection technique autorisent un certain *fair dealing*, elle exclut aussi explicitement du champ de la directive les publications

qui font l'objet de dispositions contractuelles volontaires. Ceci signifie que l'on peut s'opposer aux exceptions au titre du *fair dealing* accordées par la loi sur le droit d'auteur lorsque l'on demande à l'utilisateur d'accepter les conditions contractuelles. Ainsi, les termes des contrats destinés à l'utilisateur final et les mesures de protections techniques permettent de les appliquer perpétuellement à tout contenu publié de cette manière, y compris, par exemple, à un livre ou à un périodique appartenant au domaine public.

Cette situation implique que les contrats destinés à l'utilisateur final soient utilisés pour remplacer la loi sur le droit d'auteur. Les mesures de protection technique qui contournent les exceptions accordées aux utilisateurs par loi peuvent ainsi fausser l'équilibre que la loi tente d'établir. C'est un conflit qui, pour l'instant, n'a pas trouvé de solution dans la législation européenne et qui pourrait faire l'objet d'une loi à venir dans la législation⁴ aux Etats-Unis. Et, bien que le gouvernement australien ait eu des recommandations pour rendre ce type de contrat inapplicable, la législation australienne n'a pas été jusqu'à présent modifiée puisque les autorités de ce pays estiment que la solution ne réside que dans des accords internationaux sur ce point. Mais, comme les exceptions au droit d'auteur varient d'un pays à l'autre, il sera difficile pour un concepteur de mesures de protection technique de se conformer aux législations de tous les pays.

Les mesures de protection technique et la loi

Cependant, les éditeurs qui agissent de manière intègre s'efforcent d'utiliser les techniques en se conformant à la loi sur le droit d'auteur.

Ainsi, le groupe éditorial Taylor & Francis⁵ se targue d'aller au-delà du minimum légal en facilitant les pratiques liées au *fair dealing* pour les utilisateurs de la manière suivante :

- en accordant à l'utilisateur 45 minutes pour consulter une publication avant de l'acheter ;
- en permettant à l'utilisateur d'imprimer ou de télécharger d'une page à un chapitre dans une limite inférieure à 5 % de l'ouvrage – pourcentage identique à celui qui est autorisé au Royaume Uni au titre de la reprographie par le « Copyright Licensing Agency»⁶ pour les ouvrages sur support papier – moyennant le paiement d'une redevance modique.

Le prix que Taylor & Francis demande pour imprimer ou sauvegarder de 5 à 10 pages doit être identique au coût d'une photocopie du contenu imprimé dans une bibliothèque. Dans ce système, la redevance est versée à l'éditeur et à l'auteur plutôt qu'au propriétaire du photocopieur.

Un autre choix fait par les éditeurs consiste à cryptographier leurs œuvres et à s'appuyer sur des protections par des mots de passe pour empêcher les usages interdits. Ils se fient alors à leurs institutions et à leurs entreprises clientes pour contrôler l'accès par leurs membres et leur personnel qui à leur tour se fient à leurs utilisateurs pour qu'ils se comportent légalement lorsqu'ils accèdent à un contenu. L'Institut de physique⁷ est l'un de ceux qui contrôlent ses publications de cette manière, sans mesure de protection technique.

Comme la cryptographie, les mesures de protection techniques agissent comme arme de dissuasion mais ne sont pas infaillibles. Il est clair que des hackers déterminés et des pirates peuvent toujours s'introduire dans des sites protégés s'ils en ont la compétence. Cependant, plus de piraterie se fait à grande échelle, plus efficace sera la loi en tant qu'outil pour la

contrecarrer, surtout aujourd'hui alors que la plupart des pays ont adhéré à la Convention de Berne et que leurs gouvernements observent les conventions internationales en matière de droit d'auteur. [Ainsi], en mai, cette année, Singapour a signé un accord de libre échange avec les Etats-Unis mettant hors la loi les violations des mesures de protection technique, ce qui représente une clause de la loi des Etats-Unis mais pas de celle de Singapour.

L'accent mis aujourd'hui en matière de pratiques commerciales se porte sur ce que les éditeurs autorisent leurs clients à faire de leurs contenus en ligne. Dans le cas d'ouvrage sur support papier, la loi sur le droit d'auteur et la nature même du produit déterminait ce que le lecteur ne pouvait pas faire : ils étaient dissuadés de le copier et ils ne tentaient, au mieux, que d'en faire une seule copie, ce qui empêchait le prêt massif de pair à pair. Les produits électroniques ne disposent pas de tels arguments dissuasifs et les éditeurs ont le sentiment de ce fait d'être fortement exposés à des actes de piraterie. Si un produit électronique est mis en ligne sans mesure de protection technique, c'est comme si l'on se trouvait dans une librairie sans personnel : les lecteurs peuvent s'y rendre et faire autant de copies qu'ils le souhaitent. L'éditeur qui a passé beaucoup de temps et qui a mis beaucoup d'argent pour produire une publication ne récupérera pas assez d'argent de ses ventes pour financer de nouveaux titres et l'auteur ne recevra aucun droit de ces copies illicites. La technique donne aux éditeurs les moyens de contrôler non seulement la distribution de copies mais aussi l'étendue de l'accès en fonction de ce que les lecteurs auront payé.

Les mesures de protection technique et les ventes

Certains activistes libertaires présentent les éditeurs comme des monstres riches et cupides, déterminés à garder l'accès à leurs trésors afin que les lecteurs puissent utiliser le moins possible les contenus qu'ils ont acquis. En fait, les éditeurs sont des commerciaux qui doivent (a) rendre un contenu disponible (autrement dit, publier) et (b) maximiser les ventes pour dégager un profit. Les éditeurs qui adoptent les politiques les plus souples considèrent le contrôle de l'accès au contenu comme étant le plus à même de leur permettre d'atteindre ces buts. Afin de maximiser les ventes, ils doivent s'assurer que leurs livres sont aussi utiles que possible pour leurs clients. Accroître la circulation sur des bases limitées contribue aussi à accroître les ventes à long terme. Les éditeurs ont besoin d'attirer les clients autant que les auteurs dans ce marché mondial concurrentiel et à cette fin ils doivent être perçus comme avoir adopté les meilleures pratiques.

Les militants affirment que l'accès ne doit pas être déterminé par les éditeurs mais représenter un droit juridiquement reconnu au lecteur. Malheureusement la technique ne fonctionne pas sur ces fondements. Les mesures de protection technique soit n'ont aucun effet soit ne font que ce que l'éditeur choisit de leur faire faire. Les éditeurs ont toujours déterminé ce que le lecteur achète, par exemple le nombre de pages et d'illustrations auquel il a accès et le prix à payer à cet effet. Aujourd'hui les éditeurs en ligne proposent aux lecteurs des choix similaires, soit la possibilité de télécharger un chapitre ou uniquement une page pour seulement 5 pence !

Conclusion

Le défi actuel auquel les législateurs doivent répondre est de maintenir l'équilibre entre les besoins des ayants droit et celui des utilisateurs. Rendre hors la loi le contournement des systèmes anti-copies permet de redresser, d'une certaine manière, l'équilibre qui penchait du côté des copies faites dans le cadre de systèmes pair à pair et des pirates. Mais le défi pour les

éditeurs est de maintenir ces systèmes anti-copies à un niveau qui doit rester suffisamment léger pour permettre au public de faire un *usage raisonnable* des publications tout en étant suffisamment puissant pour empêcher le vol et la piraterie.

L'autre défi actuel que les législateurs doivent négocier est de réussir à adapter les lois nationales sur le droit d'auteur à l'âge numérique, dans notre 21^e siècle, sans entrer en conflit avec celui d'autres pays, tout en maintenant leur soutien à une culture riche et diversifiée dans le monde entier.

1 Le texte de la loi est disponible à l'adresse suivante

<http://www.loc.gov/copyright/legislation/dmca.pdf>

2 La version anglaise de la directive est disponible à l'adresse suivante :

http://www.europa.eu.int/eur-lex/en/consleg/main/2001/en_2001L0029_index.html

3 <http://www.eblida.org>

4 The Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA)

<http://www.ucitaonline.com> . On notera que seuls deux Etats américains ont reconnu l'UCITA et que cette loi est loin de recueillir un consensus.

5 L'International academic publisher et sa librairie en ligne

<http://www.ebookstore.tandf.co.uk>

6 Le site web de la société de gestion collective britannique pour la reprographie et le scanning <http://www.cla.co.uk>

7 Voir les conditions d'abonnement <http://www.iop.org/EJ/help/-topic=ejform/librarians/-page=instreg>

(07/10/2003)