



Présente :

Analyse du projet de loi français sur
« le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de
l'information » (y compris les créations des agents publics)

Par

Antoine Gitton
Avocat au barreau de Paris
antoine.gitton@ulyes.net

Date de mise en ligne : 19 novembre 2003

Analyse du projet de loi français sur « le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information » (y compris les créations des agents publics)

© 2003 Antoine Gitton

Avertissement : La présente analyse a été réalisée alors qu'il ne s'agissait que d'un avant-projet ; le lecteur voudra bien nous excuser si cette expression est demeurée ici et là dans notre étude.

Le projet de loi sur « le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information » et les créations des agents publics a été discuté en conseil des ministres le 12 novembre 2003.

La discussion qui suivra devant le Parlement français ne laissera pas d'être passionnante, sinon passionnée, au regard des véritables choix de société auxquels l'on sera conduit, dans une dialectique qui oppose les auteurs et l'industrie de la création, d'une part, le public et le service public, d'autre part. Gong.

Le projet de loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information transpose à droit constant l'article 5.2.1 de la directive :

1- Les exceptions aux droits des auteurs et autres titulaires de droits

1.1- Exceptions de « copie transmission » et « copie cache »

Il est ajouté à l'article L.122-5 un 6° ainsi rédigé :

« La reproduction provisoire, qui est transitoire ou accessoire, constituant une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique dont l'unique finalité est de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite d'une œuvre autre qu'un logiciel ou une base de données, à condition qu'elle n'ait pas, en elle-même, une signification économique indépendante »

Il est ajouté à l'article L.211-3 un 5° ainsi rédigé :

« La reproduction provisoire, qui est transitoire ou accessoire, constituant une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique dont l'unique finalité est de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite, à condition qu'elle n'ait pas, en elle-même, une signification économique indépendante »

1.2- Une exception réduite au bénéfice de personnes handicapées

L'article 3 de l'avant projet de loi vise à transposer l'article 5.2.3.b) de la directive :

Il est ajouté à l'article L.122-5 un 7° ainsi rédigé :

« La reproduction et la représentation, à des fins non commerciales et dans la mesure requise par le handicap, par des personnes morales ou organismes, dont la liste est arrêtée par le ministre chargé de la culture, pour la consultation strictement personnelle des personnes physiques atteintes d'une déficience du psychisme, de l'audition ou de la vision d'un taux égal ou supérieur à cinquante pour cent reconnu par la commission départementale de l'éducation spécialisée ou la commission technique d'orientation et de reclassement professionnelle.

Les personnes morales ou organismes visés à l'alinéa précédent doivent apporter la preuve de leur activité professionnelle effective de conception et de réalisation de supports au bénéfice des personnes physiques visées à l'alinéa précédent au regard de leur objet social, de l'importance de leurs membres ou usagers, des moyens matériels et humains dont ils disposent et des services qu'ils rendent. »

1.3- Exceptions éventuelles en faveur de l'enseignement et de la recherche

L'article 6 de l'avant projet de loi relatif aux exceptions éventuelles en faveur de l'enseignement et de la recherche demeure dans l'attente des propositions du ministère de l'éducation nationale.

2- Les mesures techniques de protection dans l'avant projet de loi français

2.1- Protection juridique des mesures techniques de protection

Les articles 10, 11 et 12 de l'avant projet de loi visent à assimiler les mesures techniques de protection aux œuvres de l'esprit quant aux dispositions de l'article L.332-1 du CPI (saisie contrefaçon).

Généralement le dispositif actuel prévu par le CPI pour prévenir, constater et réprimer la contrefaçon des œuvres ou la reproduction illicite des supports de fixation est étendu à :

- la protection des mesures techniques électroniques de protection ;
- la protection des mesures techniques électroniques d'identification des œuvres ;
- la protection des mesures techniques électroniques d'information sur le régime des droits

(Articles 13 de l'avant projet de loi)

L'article 14 de l'avant projet de loi permet la mise en place des mêmes mesures techniques de protection pour les producteurs de bases de données sous réserve des droits des utilisateurs prévus à l'article L342-3 du CPI.

L'on peut regretter la dilution des dispositions préventives et répressives spécifiques, justifiées par la nature personnaliste du droit d'auteur, par attachement à la liberté de création des auteurs : l'œuvre ne se résout pas dans son support qui ne se résout pas dans ses mesures techniques de protection. La police et la répression des trois niveaux œuvre – support – mesures de protection aurait gagné à être mieux distinguée.

L'avant projet de loi français s'avère bien plus répressif que la directive européenne qui soumet les dispositions pénales à une fraude intentionnelle et à échelle commerciale.

L'avant projet de loi français ne distingue pas selon que la fraude est à échelle commerciale ou non. (Quant à l'intention du délinquant, elle constitue un des éléments fondamentaux de légalité des délits et des peines en droit français)

L'article 7 de l'avant projet de loi sous un chapitre « Mesures techniques de protection et d'information » transpose l'article 6 de la directive.

La protection juridique est identique à celle prévue en matière de contrefaçon ou d'exploitation illicite de droits voisins, à savoir une peine délictuelle de deux ans d'emprisonnement et de 300.000 Euros d'amende.

La définition des mesures techniques est reprise proprio motu de celle de la directive :

Ainsi, l'article 7 de l'avant projet de loi ajoute un article L.331-5 au chapitre Ier du titre III du livre III du CPI dans ces termes :

« Article L 331-5.

1° Les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou limiter les utilisations non autorisées par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur, d'une oeuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, sont protégées dans les conditions prévues aux articles L335-3 et L335-4. Ces dispositions ne sont pas applicables aux logiciels.

2° On entend par mesure technique au sens de l'alinéa précédent, toute technologie, tout produit, appareil, dispositif, composant, moyen ou service qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue à l'alinéa précédent. Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation visée au 1° est contrôlée grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection, ou d'un mécanisme de contrôle de la copie. »

Pour la transposition de l'article 6.4 de la directive (mesures d'ouverture volontaires) l'avant projet de loi prévoit :

« Article 8

Il est inséré après l'article L 331-5 du code de la propriété intellectuelle un article L 331-6 ainsi rédigé :

« Article L 331-6. Les titulaires de droits visés à l'article précédent prennent dans un délai raisonnable, le cas échéant après accord avec les autres parties concernées, les mesures volontaires qui permettent aux bénéficiaires des exceptions définies aux 2° et 7° de l'article L122-5 et aux 2° et 6° de l'article L211-3 d'en bénéficier lorsqu'ils ont un accès licite à l'oeuvre ou à un phonogramme, vidéogramme ou programme et lorsque l'exception ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ou d'un autre objet protégé ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire des droits sur cette oeuvre ou cet objet protégé.

Les titulaires de droits ont la faculté de prendre les mesures adéquates afin de limiter le nombre de copies.¹

¹ La notion « d'adéquation » est en veine en droit communautaire : c'est déjà le critère qui permet d'ouvrir les échanges de données personnelles avec des Etats tiers, et bien que le projet de loi français lui ait préféré le critère d'une protection « suffisante ». Le gouvernement transpose ainsi l'obligation qui lui est faite aux termes de la directive – considérant 52 – Article 6)

Les titulaires de droits ne sont pas tenus de prendre les mesures visées au premier alinéa lorsque l'œuvre ou un autre objet protégé par un droit voisin sont mis à la disposition du public selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. »

L'avant projet de loi dispense les titulaires de droit d'ôter les mesures techniques de protection pour permettre la jouissance d'une des exceptions prévues aux 2°, 7° et 8° de l'article L.122-5, aux 2°, 6° et 7° de l'article L.211-3 et à l'article L.311-4 lorsqu'il s'agit de mise à disposition du public.

Une telle disposition dénote, une fois encore, la méfiance des titulaires de droit envers les techniques en ligne, méfiance accompagnée par les auteurs de l'avant projet de loi, afin de ne pas dissuader l'exploitation en ligne des œuvres.

Cette dérogation pourrait toutefois avoir l'effet pervers de compromettre le commerce électronique dès lors qu'elle serait interprétée comme créant en fait deux types de support distribués soit en ligne, soit en magasin : les premiers pourraient comporter des systèmes bloquant toute copie au préjudice des exceptions de droit prévues aux 2°, 7° et 8° de l'article L.122-5, aux 2°, 6° et 7° de l'article L.211-3 et à l'article L.311-4 ; les supports distribués en magasin permettraient, de façon plus conviviale, le jeu des exceptions légales.

Une telle discrimination entre la mise à disposition en ligne ou hors ligne semble peu propice à développer sinon banaliser le commerce électronique.

Afin d'arbitrer entre les droits et libertés du public et les mesures techniques de protection, selon la règle « liberté de l'utilisateur inversement proportionnelle à la plasticité informatique du support », l'avant projet de loi met en œuvre un collège de médiateurs présidé par un magistrat de l'ordre judiciaire :

L'article 9 de l'avant projet de loi insère un article L 331-7 du code de la propriété intellectuelle :

« Article L 331-7. Tout litige relatif à la faculté de bénéficier des exceptions visées à l'article précédent mettant en cause une mesure technique visée au 1° de l'article L331-5 est soumis à un collège de médiateurs.

Le collège des médiateurs est présidé par un magistrat de l'ordre judiciaire et comprend, en outre, deux personnalités qualifiées, nommé par décret sur proposition conjointe des ministres de la justice, de la culture et de l'industrie.

Il peut être saisi par toute personne bénéficiaire des exceptions définies aux 2° et 7° de l'article L122-5 et 2° et 6° de l'article L211-3 ou par toute organisation la représentant.

Le collège des médiateurs favorise ou suscite toute solution de conciliation.

Le procès-verbal de conciliation qu'il dresse a force exécutoire du seul fait de son dépôt au greffe du tribunal d'instance. Le collège rend public ce procès-verbal en veillant au respect des secrets protégés par la loi. A défaut de conciliation, le collège prend une décision de rejet de la demande ou émet une injonction prescrivant les mesures appropriées pour permettre le bénéfice effectif de l'exception. Ses décisions sont rendues publiques en veillant au respect des secrets protégés par la loi.

Le collège statue dans un délai de deux mois à compter de la saisine, renouvelable une fois à la demande des parties ou à l'initiative des médiateurs.

Les décisions sont notifiées aux parties qui peuvent, dans un délai de quinze jours, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris, laquelle dispose d'un délai de deux mois pour statuer.

L'appel a un caractère suspensif.

Un rapport annuel est adressé au ministre chargé de la culture. Ce rapport est rendu public.

Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions d'application du présent article. »

Les facultés de saisine du Collège de médiateur sont larges puisque tout créancier d'un droit de copie privée devrait pouvoir le saisir.

Sa mission civilisatrice des techniques numériques sur support mais surtout en ligne, sera particulièrement délicate, dans un climat volatile et conflictuel entre les utilisateurs mécontents, (acheteurs réguliers de CD ou DVD illisibles sur lecteurs autoradios ou informatiques ou irréguliers échangistes « peer to peer »).

Ses décisions, susceptibles d'appel devant la Cour de Paris, dessineront les rapports à venir entre le public, consommateur, et les industries phonographiques et audiovisuelles.

Les contentieux qui ont donné lieu aux deux décisions du TGI de NANTERRE évoquées infra, relatives à la vente de CD protégés et illisibles sur autoradio, seraient échues à ce Collège de médiateurs.

2.2 - Les limites de la protection juridique des MTE

2.2.1- Les libertés fondamentales

Le contrôle qui caractérise les MTE devrait s'arrêter aux portes des libertés fondamentales des individus, à savoir le ressort de sa vie privée, son domicile mais aussi, sans doute ses appareils de lecture ou de réception nomades, son téléphone portable par exemple. Un tel contrôle dans la sphère privée des individus nécessiterait, en France, une autorisation du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle (selon la fameuse règle de l'article 66 de la constitution, peu agréable pour le juge administratif, assez sensible, aussi, aux libertés publiques).

2.2.2- Les droits du consommateur

2.2.2.1- Les garanties du vendeur

2.2.2.1.1 - La garantie de conformité du produit

Le support juridiquement et techniquement protégé ne doit pas compromettre une utilisation conforme du produit, selon le droit commun de la vente. Le vendeur est tenu à garantie.

S'agissant de CD ou de DVD doit-on comprendre, comme une utilisation « conforme », la lecture sur des appareils de lecture informatiques, des autoradios ou des lecteurs nomades ?

A défaut d'indications contraires, l'acheteur d'un CD peut raisonnablement présumer pouvoir le lire sur un appareil informatique, qui prétend comporter un lecteur de CD, ou sur son autoradio ou sur son lecteur nomade.

Un CD ou un DVD, inutilisables sur un appareil informatique, ou sur un autoradio ou sur un lecteur nomade, ne nous semblent pas « conformes » ; soit dans le support, soit dans le lecteur. Partant, le vendeur doit garantir l'acheteur.

Le vendeur du support CD ou DVD nous semble devoir garantir la vente de son support.

Mais c'est aussi le vendeur du matériel de lecture CD ou DVD qui pourrait devoir garantir l'acheteur, dès lors que ce matériel est vendu comme tel, sans restriction.

Par hypothèse, le matériel de lecture informatique a été préalablement acquis dans l'intention de servir aussi comme chaîne audio ou vidéo.

Les nouveaux dispositifs anticopies doivent-ils contraindre l'utilisateur à acquérir un matériel de lecture non informatique, pour satisfaire la sécurité des ayants droit relatifs à l'œuvre audio ou vidéo ?

Rien ne permet de faire assumer le coût de la sécurité des œuvres aux utilisateurs qui auraient dorénavant acquis un matériel de lecture informatique ou autre matériel de lecture « marginal ».

Par contre rien n'interdirait, à l'avenir, aux fabricants de hardware et aux ayants droit sur les œuvres et autres objets protégés, de s'entendre afin de circonvenir la lecture des CD et DVD sur les appareils informatiques, pour autant que l'acheteur soit informé, tant par les fabricants de CD et DVD que par les fabricants de matériel hardware.

Une telle entente et une telle restriction n'iraient pas dans le sens de l'histoire et du développement des techniques, contrairement aux souhaits des Etats et du législateur européen. Elle fâcherait définitivement une grande partie du public des œuvres audios et vidéos.

2.2.2.2.- La garantie des vices cachés

Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. L'action doit être intentée dans un bref délai à compter de la manifestation des vices de la chose (Articles 1641 et suivants du Code civil).

Les associations de consommateurs se sont émues de la vente de CD audio dont la lecture s'avérait impossible par des ordinateurs ou des autoradios.

Saisi par l'association UFC Que Choisir et Françoise M, le Tribunal de grande instance de Nanterre a condamné le 2 septembre 2003, sur ce fondement, la société EMI Music France pour la production et la distribution du CD d'Alain Souchon. Les restrictions d'utilisation provoquées par les dispositifs anti-copie ont été jugées comme des anomalies constitutives d'un vice-caché (Les « anomalies » sont pourtant volontaires : Cf Rapport Chantepie cité infra).

Le CD fonctionnait sur poste radio et chaîne Hi-Fi mais pas sur autoradio d'une Renault Clio. Il comportait la mention « Ce CD contient un dispositif technique limitant les possibilités de copie ».

L'association de consommateurs et l'acheteuse malheureuse demandaient sur le fondement des articles L.4211, L.421-7, L.421-9 et L.11-1 du code de la consommation et des articles 1641 et suivants du Code civil de :

Constater que le CD produit par EMI est affecté d'un vice caché le rendant inapte à un usage normal ;

Condamner solidairement les sociétés EMI et Auchan (le distributeur) à restituer le prix du CD ;

Condamner in solidum les sociétés EMI et Auchan à payer à l'acheteuse la somme de 50 Euros à titre de dommages-intérêts ;

Faire interdiction, sous astreinte, à EMI de commercialiser le CD sous astreinte ;

Faire interdiction, sous astreinte, à EMI d'utiliser une mesure technique de protection ;

Ordonner la publication de la décision ;

Condamner in solidum EMI et Auchan à payer à UFC Que Choisir la somme de 20.000 Euros en réparation du préjudice causé à la collectivité des consommateurs.

UFC Que choisir n'a pas été reçue dans son action conformément aux dispositions de l'article L.421-7 du Code de la consommation qui autorisent les associations de consommateurs agréées à « intervenir devant les juridictions civiles (...) » et non pas à agir par voie principale.

Le Tribunal juge que le « vice caché est dans la délivrance d'une chose bien conforme au type promis mais affecté d'une anomalie ou d'une défectuosité qui en restreint l'usage (...) Ainsi Françoise M établit que le CD litigieux n'est pas audible sur tous ses supports, cette anomalie restreint son utilisation et constitue un vice caché au sens de l'article 1641 du Code civil. (...) Françoise M ne justifie pas que la société EMI Music France avait connaissance que le CD ne pouvait s'écouter sur tous supports. Conformément à l'article 1646 du code civil, sa demande de dommages-intérêts doit être rejetée ».

L'action en garantie des vices cachés permet bien à l'acheteur soit de se faire rembourser, soit d'obtenir un CD exempt « d'anomalie ».

Pourtant, il ne s'agit pas tant d'un vice caché du CD que d'un vice de la mesure technique de protection, qui n'est pas à proprement parler l'objet de l'achat du consommateur.

La garantie de conformité nous aurait semblée un fondement juridique plus approprié.

Ensuite, l'on ne peut admettre que le producteur ou le distributeur ne connaissent pas les restrictions d'utilisation. Ces restrictions d'utilisation, qui consistent en l'insertion d'erreurs volontaires dans les pistes magnétiques, sont inhérentes à la technique rudimentaire de protection mise en place par le producteur.

A l'heure où nous mettons sous presse, l'association de consommateur UFC, qui se félicite publiquement de cette décision, a néanmoins décidé de poursuivre son procès pour obtenir l'interdiction du dispositif anticopie.²

2.2.2.3- La vente d'un support non conforme est susceptible de constituer le délit de tromperie

Saisi par l'association CLCV contre la société EMI MUSIC France, le Tribunal de grande instance de Nanterre a jugé le 24 juin 2003 :

² Cf Enquête parue au mensuel Que Choisir - Juin 2003 n°405 - « Musique : pourquoi votre CD est muet »

« Sur la tromperie,

L'article L.213-1 du Code de la consommation réprime le fait de tromper ou de tenter de tromper le contractant par quelque moyen que ce soit notamment sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, l'aptitude à l'emploi du produit.

L'infraction de tromperie pour être constituée nécessite d'une part un élément matériel caractérisé par un fait de nature à induire en erreur, portant sur l'aptitude à l'emploi du produit, d'autre part un élément intentionnel caractérisé par la conscience que l'auteur a du fait que la chose n'a pas la qualité qu'elle aurait du avoir.

En l'espèce, l'association CLCV soutient que la mention en cause « ce CD contient un dispositif technique limitant les possibilités de copie » est une allégation de nature à induire en erreur, car le consommateur normalement avisé ne peut comprendre qu'elle signifie, dans les faits, l'impossibilité de lire le CD et donc d'écouter de la musique sur un autoradio ou d'autres lecteurs, ce qui constitue une atteinte légitime du consommateur. En outre, la CLCV soutient que ce défaut d'aptitude à l'emploi, sciemment dissimulé par le producteur, constitue l'élément intentionnel du délit de tromperie. (..)

Il ressort que tous les CD de Liane FOLY, dotés du système anti-copiage ne sont pas audibles sur tous les supports d'écoute.

Le fait que le consommateur ne puisse écouter sur un autoradio ou un lecteur caractérise l'inaptitude à l'emploi du produit, quand bien même seuls certains CD sont atteints par ce vice et quelques utilisateurs concernés.

Le consommateur en lisant la mention « ce CD contient un dispositif technique limitant les possibilités de copie » ne peut savoir que ce système anti-copie est susceptible de restreindre l'écoute de son disque sur un autoradio ou un lecteur.

Si certes la société EMI informe le consommateur de l'existence de ce système, elle garde le silence sur la restriction d'utilisation du CD sur certains supports.

Ce silence est de nature à induire le consommateur en erreur.

La société EMI qui a pour activité principale l'édition phonographique, la distribution, la vente de phonogrammes est tenue de vérifier et de contrôler la conformité et l'aptitude à l'emploi du produit qu'elle commercialise.

En tant que professionnel averti, elle ne pouvait ignorer la possible inaptitude à l'emploi de certains CD de Liane FOLY et devait effectuer les vérifications nécessaires.

Ainsi en omettant d'informer les acheteurs des CD (...) dotés d'un système anti-copiage, des restrictions d'utilisation et particulièrement de l'impossibilité de lire ce CD sur certains autoradios ou lecteurs, la société EMI s'est rendue coupable d'une tromperie sur l'aptitude à l'emploi de ces produits. (...)

La tromperie ayant été retenue, il n'y a pas lieu d'examiner la demande fondée sur la publicité mensongère. (...)

La tromperie commise par la société EMI justifie de lui imposer d'informer le consommateur de la possible inaptitude à l'emploi de certains CD de Liane FOLY.

Il convient de lui enjoindre de faire figurer sur le verso de l'emballage desdits CD, la mention suivante, en caractère de 2,5 mm : « attention, il ne peut être lu sur tout lecteur ou autoradio » et ce sous astreinte de 1.000 Euros par jour de retard (...) »

Cette solution n'est pas pleinement satisfaisante : pour le consommateur, l'avertissement ordonné par le Tribunal ne nous semble pas suffire à conformer le produit à ses qualités

substantielles, à savoir être lu sur un appareil antérieurement acquis à cette fin, sans mention d'aucune restriction.

Nous assisterions à un phénomène « d'utilités aléatoires ». L'on admettrait que des autoradios ou des appareils informatiques puissent lire certains CD audio ou des DVD, mais pas tous. Par principe l'accès à telle œuvre pourrait vous être refusé.

Il nous semble d'abord qu'un tel CD ou DVD, de lecture aléatoire, reste non conforme, sauf aux fabricants de lecteurs d'avertir préalablement que certains CD ou DVD seront exclus. Mais il s'agit alors, pour les ayants droit sur les œuvres et autres objets protégés de s'entendre avec les fabricants de lecteurs, afin que les acheteurs soient dûment informés par les deux parties (software et hardware).

Il nous semble ensuite, que l'intérêt général lié à l'accès à la culture et aux arts, suppose que toute œuvre puisse être lue sur tout lecteur, dès lors que l'acheteur du support et du lecteur entre légitimement en possession de ceux-ci.

Il nous semble enfin, que l'on pourrait reprocher aux éditeurs, dans l'hypothèse de supports de lecture rendus aléatoires selon les lecteurs, de contrevenir à leur obligation d'assurer une exploitation permanente et continue des œuvres des auteurs.

Pour reprendre l'exemple des jurisprudences précitées du tribunal de grande instance de Nanterre, les auteurs et les artistes pourraient être peu satisfaits, tant de la limitation d'audience induite par la mesure de protection technique, que de cette image sécuritaire et restrictive autour d'une œuvre de variété.

3- La protection juridique des mesures techniques en dérivé : les produits ou services visant à contourner une MT et les obligations relatives à l'information sur le régime des droits

3.1- La répression de l'exploitation des Produits ou Services Visant à Contourner une Mesure Technique Efficace (PSVCMTE)

Outre la protection juridique contre le contournement de toute mesure technique efficace prévue à l'article 6.1, la directive oblige les Etats membres à prévoir :

« une protection juridique appropriée contre la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location, la publicité en vue de la vente ou de la location, ou la possession à des fins commerciales de dispositifs, produits ou composants ou la prestation de services qui :

a) font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation, dans le but de contourner la protection, ou

b) n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection, ou

c) sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection

de toute mesure technique efficace. »

Les PSVCMTE que la directive oblige à circonscrire par la mise en place d'une « protection juridique appropriée » ne se définissent pas en vertu d'une simple potentialité. Ce n'est pas

parce qu'un produit ou service pourrait avoir pour effet de contourner une MTE qu'il sera illicite. Cette potentialité du PSVCMTE illicite est nécessaire ; mais pas suffisante.

Il faut aussi et surtout que le PSVCMTE vise, en principal, à contourner la MTE.

Il s'agit de déceler, dans le produit ou service incriminé, une intention frauduleuse de ceux qui l'exploitent.

Pour déterminer si un produit ou service vise à contourner une MTE, la directive va instituer trois présomptions :

- La présomption fondée sur l'argumentaire promotionnel, publicitaire et la commercialisation :

Les PSVCMTE qui avancent le contournement des MTE à titre d'argument publicitaire ou promotionnel, tombent sous le coup de la protection juridique appropriée décidée par la directive. L'on ne précise pas si la promotion, la publicité ou la commercialisation doivent exclusivement mettre en avant l'application « contournement des MTE » pour entrer dans le champ de sa répression.

Il semble, quoique la publicité, la promotion ou la commercialisation, aient vanté d'autres finalités du produit ou service, qu'il suffise d'évoquer également la faculté de contournement des MTE, pour entrer dans le champ de la répression.

- La présomption fondée sur le but commercial ou l'utilité limités :

Les produits ou services, mis sur le marché avec une utilité limitée ou un but commercial limité au contournement d'une MTE, sont présumés viser cette fonction.

Le but commercial devrait se définir en fonction du critère habituel, la recherche du profit, et des moyens utilisés, marchés ciblés, publicité, fonctionnalités du produit ou du service ...

Toutefois, une exploitation non commerciale mais qui aurait une utilité limitée au contournement de la MTE serait aussi incriminée.

- La présomption fondée sur la conception technique :

Les deux premières présomptions (publicité, utilité et but commercial limités) peuvent impliquer des sanctions contre des produits ou services dont la conception initiale poursuivait un objectif tout différent, mais ensuite utilisés, exploités et promus pour la seule fin, ou principalement, de contourner une MTE.

C'est pourquoi la directive va circonscrire dans sa prévention juridique les PSVCMTE conçus, produits, adaptés ou réalisés, dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection. Peu importe ensuite leur publicité, leur utilité effective ou leur commercialisation.

Peu importe aussi leur conception de base puisque même les produits et services « adaptés » entrent dans le champ de la répression.

Il ne nous paraît pas que les trois présomptions qui permettent de définir les PSVCMTE puissent supporter une preuve contraire : elles sont irréfragables dès lors que les faits de l'une des trois présomptions sont acquis.

Sauf aux personnes poursuivies de contester les faits et de démontrer : soit que la publicité, la promotion, la commercialisation ont eu d'autres buts ; soit que le but commercial ou l'utilité du produit ou service, n'étaient pas limités au contournement d'une MTE ; soit que les produits et services n'avaient pas été principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre le contournement de la MTE.

3.2- La répression du contournement des « Informations sur le régime des droits » (IRD)

Après avoir organisé la protection juridique contre le contournement des mesures techniques efficaces (Article 6.1), la protection juridique contre les produits ou services visant à contourner une mesure technique efficace (article 6.2), la directive complète le système de protection avec la répression du contournement des informations sur le régime des droits.

Aux termes de l'article 7.2 de la directive :

« On entend par « information sur le régime des droits » toute information fournie par des titulaires de droits qui permet d'identifier l'œuvre ou autre objet protégé visé par la présente directive ou couvert par le droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE, l'auteur ou tout autre titulaire de droits. Cette expression désigne aussi 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.

Le premier alinéa s'applique lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à la copie ou apparaît en relation avec la communication au public d'une oeuvre ou d'un objet protégé visé par la présente directive ou couvert par le droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE. »

3.2.1- Les IRD protégées

Les IRD protégées sont de deux types principaux, celles qui ont pour fonction l'identification des objets protégés ; celles qui ont pour fonction les conditions d'utilisation. Un troisième type d'IRD est protégé, ce sont les codes qui permettent les deux fonctions sus mentionnées.

3.2.1.1- Fonction d'identification des oeuvres

- Les IRD protégées s'entendent de toute information, fournie par des titulaires de droit, qui permet d'identifier l'œuvre (ou tout autre objet protégé), l'auteur ou tout autre titulaire de droit.

Il ne s'agit pas de droit moral, puisque la directive n'en traite pas. Il s'agit « d'informations » sur le régime des droits patrimoniaux. Le nom d'un auteur ou d'un titulaire de droit n'est pas protégé en tant qu'il constitue un attribut de droit moral, mais en tant qu'il constitue une information sur le régime des droits patrimoniaux.

Par ailleurs, en droit interne, notamment en droit français, et en droit unioniste, la mention du nom d'un auteur ou d'un artiste constitue un attribut de droit moral. En France, son effacement volontaire par tel utilisateur constitue d'ores et déjà le délit de contrefaçon.

La directive complète cette protection du droit moral par une plus vaste protection des droits patrimoniaux : il s'agit certes des noms des auteurs et des artistes mais aussi de toute information qui permet d'identifier l'objet protégé (et non pas l'auteur ou l'artiste comme en matière de droit moral).

3.2.1.2 Conditions d'utilisation des oeuvres

- Les IRD protégées s'entendent non seulement des éléments permettant d'identifier l'œuvre mais aussi des conditions et modalités d'utilisation. Par exemple le cadre de l'utilisation (cercle de famille) ou le nombre de copies privées éventuellement autorisées.

3.2.1.3- Codification des éléments d'identification de l'œuvre et de ces conditions d'utilisation

Aux termes du considérant 54 :

« Des progrès importants ont été accomplis dans le domaine de la normalisation internationale des systèmes techniques d'identification des œuvres et objets protégés sous forme numérique. Dans le cadre d'un environnement où les réseaux occupent une place de plus en plus grande, les différences existant entre les mesures techniques pourraient aboutir, au sein de la Communauté, à une incompatibilité des systèmes. La compatibilité et l'interopérabilité des différents systèmes doivent être encouragées. Il serait très souhaitable que soit encouragée la mise au point de systèmes universels. »

La protection des codes et numéros permettant d'identifier les œuvres et le régime de leurs droits poursuit l'objectif d'intégration et d'harmonisation de la directive. Cette codification – numérisation permet d'envisager l'exploitation « idéale » des objets protégés sur des réseaux numériques, dans l'idéal du grand marché.

Considérant 55 :

« L'évolution technologique facilitera la distribution d'œuvres, notamment sur les réseaux, et il sera par conséquent nécessaire pour les titulaires de droits de mieux identifier l'œuvre ou autre objet protégé, l'auteur ou tout autre titulaire de droits, et de fournir des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre ou autre objet protégé, afin de faciliter la gestion des droits y afférents. Les titulaires de droits doivent être encouragés à utiliser des signes indiquant notamment, outre les informations visées ci-dessus, leur autorisation lorsque des œuvres ou d'autres objets protégés sont distribués sur les réseaux. »

Outre les fonctions d'identification des œuvres et d'information sur le régime des droits, la codification-numérisation permet, de l'autre côté de la chaîne, celui des ayants droit, de « remonter » les différentes utilisations pour déterminer la facture : c'est la gestion des droits.

Plus les titulaires de droit utilisent des codes, plus on peut envisager une gestion universelle, donc harmonisée.

L'article 10 de l'avant projet de loi transpose à droit constant les dispositions de l'article 7 de la directive sur les IRD. La sanction du contournement des IRD se résout comme pour le contournement des MTE avec les peines prévues en matière de contrefaçon ou exploitation illicite de droits voisins.

Avant projet d'article 331-8 CPI:

« Article L 331-8 - Les informations sous forme électronique concernant le régime des droits afférents à une oeuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme, sont protégées dans les conditions prévues aux articles L335-3 et L335-4 lorsque l'un des éléments d'information, numéros ou codes est joint à la reproduction ou apparaît en relation avec la communication au public de l'oeuvre, de l'interprétation, du phonogramme, du vidéogramme ou du programme qu'il concerne. Ces dispositions ne sont pas applicables aux logiciels.

On entend par information sous forme électronique au sens du précédent alinéa toute information fournie par un titulaire de droits qui permet d'identifier une oeuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme ou un titulaire de droit, toute information sur les conditions et modalités d'utilisation d'une oeuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, ainsi que tout numéro ou code représentant tout ou partie de ces informations. »

3.2.2- Les moyens de la répression du contournement des IRD

Aux termes de la directive article 7 :

« 1. Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre toute personne qui accomplit sciemment, sans autorisation, l'un des actes suivants:

a) supprimer ou modifier toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;

b) distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser, communiquer au public ou mettre à disposition des oeuvres ou autres objets protégés en vertu de la présente directive ou du chapitre III de la directive 96/9/CE et dont les informations sur le régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation,

en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que, ce faisant, elle entraîne, permet, facilite ou dissimule une atteinte à un droit d'auteur ou droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou au droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE. »

Seules sont protégées les IRD se présentant sous forme électronique.

- Devront être réprimées la suppression ou la modification d'une IRD sus définie. (Cf 2.2.1.1 supra)

- Devra être également réprimé le débit d'objets protégés dont les IRD auront été supprimées ou modifiées.

Pour devoir être réprimée, il faudra que la suppression ou la modification de l'IRD présume une fraude aux droits sur les objets protégés.

Ainsi, la répression de la neutralisation des IRD devrait supposer une inscription électronique stable, qui ne varierait pas en fonction des logiciels ou des lecteurs.

4- La gestion collective

Un temps, l'avant projet de loi a tendu à rapprocher les sociétés de gestion de la coupe de l'Etat :

Dans sa première version de décembre 2002, le titre IV de l'avant projet, relatif aux sociétés de perception et de répartition de droits, semblait préfigurer un retour de l'Etat et du droit administratif dans le champ des sociétés d'auteur.

Une procédure d'agrément préalable était substituée à la procédure antérieure, déclarative.

Contrairement à la présomption de règle en droit administratif, les statuts étaient réputés approuvés à défaut d'approbation dans le délai de deux mois par le ministre de la culture.

La juridiction administrative devenait compétente pour connaître des contestations relatives à ces décisions.

Les sociétés de perception et de répartition existant à la date de publication de la loi devaient présenter dans un délai d'un an à compter de la publication du décret d'application leurs statuts en vue de leur approbation.

Les arrêtés d'approbation qui auraient dus intervenir du ministère de la culture auraient pu être l'occasion d'un mouvement de recours contentieux de sociétaires critiques.

L'article 33 de l'avant projet de loi renforçait le contrôle de l'autorité de tutelle lors des modifications statutaires (également soumises à approbation préalable)

Toutefois, ces dispositions qui rendaient mieux compte de l'implication de l'Etat dans le suivi de la gestion des sociétés de perception et de répartition ont disparues.

Nous le regrettons. Non par défiance vis à vis des sociétés de gestion. La procédure d'agrément préalable, avec bénéfice de l'acceptation tacite après deux mois, nous semblait consacrer le retour de l'Etat régulateur dans les équilibres entre l'intérêt général et la gestion privée du droit d'auteur.

L'attribution de ce contentieux au juge administratif nous paraissait alors naturelle, et susceptible d'apporter quelque sérénité dans un débat public, celui de la gestion collective des droits, où le tropisme maladroit et erroné d'une gestion trop privée, alimente la juste critique et aussi les fantasmes.

5- L'extension des formalités de dépôt légal

Le dépôt légal des œuvres est prévu par la loi 92-546 du 20 juin 1992.

L'article 20 de l'avant projet de loi français « relatif aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information » étend les dispositions relatives au dépôt légal aux logiciels et bases de données dès lors qu'ils sont mis à disposition du public par la diffusion d'un support matériel quelle que soit la nature de ce support.

Sont également soumis à l'obligation de dépôt légal les signes, signaux, écrits, images sons ou messages de toute nature faisant l'objet d'une communication publique en ligne.

L'article 21 I de l'avant projet soumet au dépôt légal les personnes qui éditent ou produisent en vue de la communication publique en ligne des signes, signaux, écrits, images, sons ou messages de toute nature. (Notamment les éditeurs de sites Web) Cette disposition ne serait applicable que dans un délai de trois ans à compter de la publication de loi.

L'article 21 II organise une procédure de collecte des signes, signaux, écrits, images, sons ou message de toute nature mis à la disposition du public ou de catégories de publics auprès des personnes débitrice de la formalité de dépôt légal.

La collecte est à la charge des organismes dépositaires responsables du dépôt légal pour le compte de l'Etat : Bibliothèque nationale ; Centre national de la cinématographie ; Institut national de l'audiovisuel ; Service chargé du dépôt légal du ministère de l'intérieur.

Les conditions de sélection et de consultation des informations collectées sont fixées par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

L'article 23 de l'avant projet de loi organise des exceptions au monopole des auteurs, des producteurs de phonogrammes ou de vidéogramme, des entreprises de communication audiovisuelle pour permettre les formalités du dépôt légal (consultation par des chercheurs accrédités et reproduction sur tout support et par tout procédé nécessaire à la collecte, à la conservation et à la consultation sur place)

6- Agents de droit public et droit d'auteur

Le titre V de l'avant projet de loi français est consacré au droit d'auteur des agents publics.

L'article 34 de l'avant projet confirme la solution donnée par le CSPLA dans un rapport de sa commission spécialisée en novembre 2001 et abandonne la doctrine OFRATÉME.

Une nouvelle rédaction proposée de l'article L.111-1 alinéa 3 du CPI assimile strictement les agents publics aux salariés ou prestataires sous contrats de droit privé :

« Hors les exceptions prévues par le présent code, ni l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit, ni sa qualité d'agent public n'emporte dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1^{er} du présent article ».

Comme pour les auteurs de logiciels l'agent public auteur jouit d'un droit moral raccourci :

Un article L.121-7-1 nouveau du CPI disposerait que le droit de divulgation d'une œuvre créée par un agent public dans l'exercice de ses fonctions s'exerce dans le respect des règles édictées par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique.

L'agent ne pourrait s'opposer à la modification de l'œuvre par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique dès lors qu'elle est justifiée par la mission de service public.

L'agent ne pourrait exercer son droit de repentir et de retrait, sauf accord de l'autorité investie du pouvoir hiérarchique.

Ainsi, l'on devrait, en droit d'auteur distinguer deux niveaux de protection : un niveau de protection normal, conforme à la théorie personnaliste du droit d'auteur.

Un niveau de protection diminué par « fonctionnalité » : fonctionnalité de l'œuvre : œuvres logicielles ; ou fonctionnalité de l'auteur, agent public.

Quant aux œuvres logicielles, c'est le caractère fonctionnel de l'œuvre qui affecte la pureté de la théorie de la protection personnaliste. On ne crée pas un logiciel pour exprimer sa propre conception d'un système de traitement de l'information mais bien pour traiter de l'information.

Quant aux agents publics, l'intérêt général que présume le contrat de droit public équilibre la protection de l'auteur.

Aux termes de l'article 36 de l'avant projet de loi, l'article L.131-3 du CPI serait complété par les alinéas suivants :

« Le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent public dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de l'Etat, de la collectivité territoriale ou de l'établissement public à caractère administratif qui l'emploie, est par le seul effet de la création, cédé à l'Etat, la collectivité territoriale ou l'établissement public à caractère administratif, dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement de leur mission de service public et à la condition que cette œuvre ne fasse pas l'objet d'une exploitation en dehors du service public ou d'une exploitation commerciale.

L'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics à caractère administratif disposent pour exploiter en dehors du service public ou commercialement l'œuvre ainsi créée, d'un droit de préférence dont les conditions sont fixées en Conseil d'Etat. »

Le CSPLA préconisait dès novembre 2001 l'abandon de la doctrine OFRATHEME aux motifs notamment que le critère de la « détachabilité » n'était pas toujours évident. Le CSPLA notait « *Toute la gamme des œuvres intermédiaires, liées au service sans lui être totalement consubstantielles, se trouve ainsi dépourvue de point d'accroche solide dans l'avis du Conseil d'Etat (...)* »

Le CSPLA déplorait : « *toute une palette d'attitude (de l'administration) est observable.* »

Il craignait une infraction au droit de la concurrence dès lors que l'administration aurait pu commercialiser des œuvres sans que celles-ci « *soient grevées de la rémunération d'un droit d'auteur* ».

L'on ne comprend pas cette crainte : le Conseil d'Etat a bien jugé que la commercialisation par l'administration d'une œuvre de l'esprit donnait lieu à perception d'un prix correspondant à une redevance de droit d'auteur (Cf Supra, CE, Ass, 10/07/96, Direct Mail Promotion).

Aux termes de son avis, peu clair, où le CSPLA relève une grande diversité des pratiques de l'administration et l'avènement de nouveaux réseaux de distribution, celui-ci avait préconisé l'insertion des agents publics dans le champ de la législation sur la propriété littéraire et artistique.

Le CSPLA tirait argument de la loi du 10 mai 1994 et de l'article L.113-9 du CPI aux termes duquel la dévolution des droits patrimoniaux des salariés créateurs de logiciels à leur employeur s'applique également aux agents de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics administratifs.

L'on peut regretter que le CSPLA ait raisonné, pour admettre les agents publics au rang du droit commun de la propriété littéraire et artistique, par analogie avec un genre d'œuvre très dérogoire au droit de la propriété littéraire : l'œuvre logicielle est justement une œuvre « fonctionnelle » qualifiée comme telle presque par accident, pour faire bénéficier l'auteur du logiciel et les personnes associées à son exploitation de la protection spécifique d'un droit d'auteur amendé ; et très formel, si l'on peut dire.

Les fonctions du salarié qui crée des logiciels dans le cadre de son contrat de travail et celles de l'agent public qui crée quelque œuvre que ce soit dans le cadre de ses fonctions sont très similaires. Certes, l'objet réalisé pourra exprimer la personnalité de l'auteur, mais ce sera toujours de façon « fonctionnelle », c'est à dire en fonction du contrat de travail ou de l'objet du service.

L'on peut regretter généralement que le CSPLA ait assimilé les œuvres réalisées comme l'objet du service ou même dans le cadre du service, avec celles réalisées par un auteur indépendant protégé en tant que tel par le droit de la propriété littéraire et artistique dans sa liberté de création.

Cette liberté de l'auteur, qui fait sa création et fonde sa protection, manque forcément chez l'agent public.

Pour paraphraser un ancien ministre de la défense français, un agent public ça ne crée pas. Une œuvre collective à la rigueur ; ou alors ça démissionne.

Tant le service public que la protection des auteurs pâtiraient de la nouvelle, très inopportune et très molle enclave en droit d'auteur proposée par le CSPLA.