

Droits de propriété intellectuelle

Jeremy de Beer

Université d'Ottawa, Faculté de droit
www.jeremydebeer.ca

Introduction

Les questions de l'accès à l'information et des droits de propriété intellectuelle (PI) sont fondamentalement liées. Un système de PI bien conçu comprend plusieurs facteurs susceptibles de faciliter l'accès à l'information en protégeant les incitatifs à la création et à la diffusion de contenus tout en maintenant les droits à la liberté d'expression, de communication et à la participation culturelle. L'équilibre entre la législation, les politiques et les pratiques en PI est influencé par un certain nombre de questions et d'institutions clés.

Ce rapport porte sur deux grandes tendances dans la gouvernance mondiale de la PI qui ont l'influence la plus marquée sur l'accès à l'information. Il s'agit du nouveau rôle des intermédiaires dans l'application du droit d'auteur en ligne et l'harmonisation prospective des limitations et des exceptions minimales au droit d'auteur. En 2009, ces tendances ont certainement supplanté les systèmes de gestion du droit numérique (GDN) pour devenir les grandes questions de PI touchant l'accès à l'information.

Le nouveau rôle des intermédiaires dans l'application du droit d'auteur en ligne

Vers la fin du XX^e siècle, de nombreux pays ont adopté des réformes juridiques pour préciser les obligations des intermédiaires en ce qui concerne les contenus portant atteinte au droit d'auteur sur l'internet. L'approche la plus fréquente a consisté à immuniser les intermédiaires qui agissent passivement en hébergeant ou en transmettant les documents en ligne ; des mesures actives ne sont prises que lorsqu'ils sont mis au courant d'une infraction alléguée, en général sur avis des détenteurs du droit d'auteur. Il s'agit notamment d'éliminer ou de désactiver l'accès au contenu de contrefaçon. La Digital Millennium Copyright Act des États-Unis est un exemple paradigmatique d'un système immunitaire « passif-réactif » applicable aux fournisseurs de service en ligne, même si des principes semblables sont intégrés à de nombreuses lois nationales dans les pays développés et en développement dans le monde.

On constate depuis quelque temps une tendance mondiale vers un rôle plus « actif-préventif » en ce qui concerne les intermédiaires des communications internet et mobiles dans l'application du droit d'auteur¹. L'exemple dont il a été

le plus question est la loi française à « réponse graduée » établissant l'HADOPI, une autorité de haut niveau pour la diffusion et la protection des œuvres sur l'internet. Une nouvelle entité gouvernementale en France aura le pouvoir d'ordonner aux fournisseurs de service internet de mettre en œuvre une réponse graduée aux allégations d'infraction du droit d'auteur contre leurs abonnés, d'abord par des avertissements sévères avant de finalement mettre fin à l'accès internet de la personne accusée.

Cette mesure a des implications graves et troublantes pour l'accès à l'information. En fait, le Conseil constitutionnel de France a censuré la nouvelle loi et a arrêté, en s'appuyant sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, que seul un juge peut ordonner le refus d'accès à l'internet à des contrefacteurs allégués à la suite d'une application régulière de la loi.

Malgré la reconnaissance de l'accès à l'internet comme un droit humain fondamental qui ne peut être complètement rejeté dans les mesures d'application de la PI, on constate dans le monde entier des pressions accrues sur les intermédiaires de l'internet pour empêcher leurs propres abonnés et d'autres internautes d'enfreindre le droit d'auteur. Des réformes législatives semblables à celles de la France ont été promulguées en Corée du Sud et ont failli être adoptées en Nouvelle-Zélande.

Et les pressions ne viennent pas seulement des nouvelles lois créées ou des organismes administratifs ayant le pouvoir de supprimer l'accès internet aux contrefacteurs allégués ; on les retrouve également dans les décisions judiciaires de différents pays et même dans des accords privés négociés entre les détenteurs du droit d'auteur et les intermédiaires en ligne. Dans des pays comme les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Irlande, les fournisseurs de service ont volontairement convenu de décourager de façon plus vigoureuse les infractions au droit d'auteur.

De plus, ce ne sont plus seulement les fournisseurs de service internet traditionnels qui jouent un rôle croissant dans l'application du droit d'auteur en ligne. En échange de l'immunité contre l'assujettissement au droit d'auteur pour les activités de leurs utilisateurs, de nouveaux distributeurs de contenus comme YouTube et DailyMotion et des sites de réseautage social comme Facebook et MySpace se contentent de « pratiques exemplaires » qui exigent souvent un repérage et un filtrage automatisé des contenus. Ces technologies peuvent contribuer à résoudre certains problèmes d'application du droit d'auteur, mais sont mal adaptées pour répondre aux nuances de la flexibilité nécessaire, notamment l'utilisation équitable ou la protection de l'accès au domaine public.

¹ Voir de Beer, J. et Clemmer, C.D., Global Trends in Online Copyright Enforcement: The Role of Internet Intermediaries, *Jurimetrics* 49 (4), 2009 (à paraître), qui explique en détail toutes les tendances dont il est question dans cette section.

Harmoniser les limitations et les exceptions minimales

Face aux menaces à la liberté d'expression et de communication qui fragiliseraient l'équilibre entre la protection de la PI et l'accès à l'information, on tente d'harmoniser les limitations et les exceptions minimales au droit d'auteur. Dans les lois internationales actuelles sur la propriété intellectuelle, seules les limitations et les exceptions maximales sont précisées, au moyen d'un test en trois étapes qui exige que les dispositions se limitent à certains cas spéciaux qui n'entrent pas en conflit avec l'exploitation normale des œuvres des titulaires du droit d'auteur ou compromettent de façon déraisonnable leurs attentes légitimes.

L'harmonisation des limitations et des exceptions *minimales* plutôt que des normes minimales de protection uniquement constituerait une réforme remarquable des lois, des politiques et des pratiques internationales en matière de PI. Les justifications fondées sur les droits pour la normalisation des protections peuvent être tout aussi convaincantes lorsqu'il s'agit de protéger le droit d'accès à l'information. Et les promoteurs d'une norme de protection minimale font valoir depuis longtemps les avantages de la normalisation, qui entraîne une plus grande prévisibilité et l'augmentation du commerce transfrontalier. Si ces justifications sont bonnes pour des normes de protection minimale, elles le sont aussi pour l'établissement de limitations et d'exceptions minimales. Sans une base harmonisée pour les limitations et les exceptions, les détenteurs de droit d'auteur pourraient ne pas savoir si et comment leurs contenus peuvent être utilisés sans permission ou sans le paiement de redevances. De même, les utilisateurs de droit d'auteur ne peuvent pas prévoir la portée des droits et des obligations d'un territoire à un autre.

L'instabilité de la situation actuelle a des effets négatifs sur les consommateurs, notamment les étudiants, les enseignants, les bibliothèques, les archives et les établissements d'enseignement, les personnes ayant une déficience sensorielle et autres et bien entendu les entrepreneurs innovants et les entités commerciales qui mettent en place de nouveaux types de modèles fonctionnels. Le déséquilibre aggravé par l'incertitude compromet l'efficacité de l'ensemble du système mondial de protection du droit d'auteur au détriment de toutes les parties prenantes.

Par conséquent, on s'entend de plus en plus sur une forme de consensus mondial sur la question des limitations et des exceptions minimales à la protection du droit d'auteur. L'impulsion a été donnée à la suite d'un rapport de deux universitaires respectés demandant une approche de type « directive non impérative » à ce problème, éventuellement

dans le cadre d'une initiative conjointe de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)². D'autres préconisent des traités officiels dans le contexte particulier de l'éducation, par exemple, afin de mettre en œuvre le plan d'action de l'OMPI pour le développement³. Et il devient évident que les preuves empiriques fondées sur une recherche rigoureuse à grande échelle appuient l'idée d'un système plus souple du droit d'auteur tenant compte des réalités de la vie quotidienne dans des pays en Afrique et éventuellement ailleurs dans le monde⁴.

Lors de la réunion de 2008 du Comité du droit d'auteur de l'OMPI, le Chili, auquel s'est joint le Brésil, le Nicaragua et l'Uruguay, a présenté une proposition en vue d'une étude plus approfondie et d'une réforme des lois internationales et nationales concernant les limitations et exceptions. Cette proposition a eu du mal à se faire accepter par des entités comme les États-Unis et l'Union européenne, mais lorsque le Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes s'est réuni à nouveau en mai 2009, la question des limitations et des exceptions était toujours à l'ordre du jour.

La proposition de réforme la plus récente a été plus précise que les précédentes. À cette occasion, l'Union mondiale des aveugles a travaillé en étroite collaboration avec des organisations de la société civile et des délégués des États membres de l'OMPI pour préparer un texte de traité sur les limitations et exceptions⁵. Bien que cette proposition n'ait pas été reçue avec enthousiasme par tous les États membres, l'OMPI semble traiter la question très sérieusement. Un communiqué qui a suivi la réunion du Comité a expliqué que les travaux sur les limitations et exceptions pour les personnes ayant des difficultés de lecture, ainsi que les exemptions éducatives plus générales, seraient accélérés. Les détails seront réglés pendant la réunion de l'OMPI de novembre 2009 ; la période précédant cette réunion sera sans aucun doute très importante pour les parties prenantes dans le monde qui s'intéressent au droit d'auteur.

2 Hugenholtz, B. et Okediji, R., *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, 2008. www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/finalreport2008.pdf

3 Rens, A., *Implementing WIPO's Development Agenda: Treaty Provisions on Minimum Exceptions and Limitations for Education*, dans de Beer, J. (éd.) *Implementing the World Intellectual Property Organization's Development Agenda*, WLUP-CIGI-CRDI, 2009. www.idrc.ca/fr/rev-139311-201-1-DO_TOPIC.html

4 *African Copyright and Access to Knowledge. Copyright & A2K in Africa: Research Findings on Limitations & Exceptions from an Eight-Country Study*, 2009. www.aca2k.org/attachments/180_ACA2K%20Briefing%20Paper%202%20-%20May%202009.pdf

5 Proposition du Brésil, de l'Équateur et du Paraguay sur les limitations et exceptions : Traité proposé par l'Union mondiale des aveugles. www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=122732

Implications et résultats

Il y a peu de temps, les préoccupations concernant l'utilisation des systèmes GDN et les interdictions connexes contre les serrures numériques préoccupaient de nombreux observateurs des lois et des politiques internationales du droit d'auteur. Certaines critiques de la GDN en général étaient mal orientées ; les systèmes GDN ne sont que de simples outils qui peuvent permettre ou limiter l'accès à l'information. Creative Commons, par exemple, est une méthode de gestion des droits numériques favorable à l'accès qui utilise des systèmes d'information de gestion des droits respectueux de la vie privée et des accords de licence d'utilisateur final favorables au consommateur. L'aspect problématique des stratégies GDN est l'utilisation de mesures de protection technologique pour recalibrer unilatéralement l'équilibre délicat entre les droits privés et publics. Mais heureusement,

les forces du marché semblent s'éloigner des mesures de protection technologique comme outil de blocage du contenu. Ces questions sont toujours présentes, mais ne sont plus aussi prioritaires puisque des questions plus urgentes sont survenues à plus court terme.

Comme ce rapport le fait valoir, deux questions méritent notre attention urgente pour le moment. L'une est la tendance vers une application du droit d'auteur active-préventive par les intermédiaires en ligne soit en filtrant le contenu portant atteinte au droit d'auteur de leurs réseaux soit, pire, en empêchant les contrevenants d'accéder à l'information sur l'internet. L'autre est une innovation de l'OMPI selon laquelle pour la première fois il semble plausible qu'une forme d'entente sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur soit sérieusement abordée pour faciliter l'accès à l'information. ■