

Deux modèles outre-Atlantique

Mon exposé est la suite logique de celui du professeur Michel Vivant car je vais vous parler de la loi américaine qui, en son sein, possède deux exemples de régulation : la régulation assurée par les tribunaux, et celle assurée par un organisme régulateur, le *Librarian of Congress*. Je conclurai en présentant l'idée d'une autorité de régulation pour gérer les exceptions du droit d'auteur dans un environnement numérique.

I. – LA RÉGULATION ASSURÉE PAR LES TRIBUNAUX (FAIR USE)

Le code américain du *copyright* est un des plus complexes qu'on puisse imaginer, avec 80 000 mots. En revanche, la disposition sur le *fair use* (1) compte uniquement 20 lignes, soit l'équivalent d'un article du Code civil. La disposition est générale et souple, laissant une marge de manœuvre importante aux tribunaux. Le législateur a simplement énoncé les grands principes, sans établir une liste précise d'exceptions. Certes, la disposition comporte un début de liste, mais elle n'est pas exclusive. Le code décrit les facteurs que les tribunaux doivent prendre en compte pour décider, au cas par cas, si une utilisation tombe dans l'exception du *fair use* : l'effet sur le marché pour l'œuvre, la valeur de l'œuvre, la quantité de l'œuvre utilisée, et le contexte de l'utilisation. Ces critères ressemblent au test de trois étapes figurant dans la directive européenne (2). Face à ce texte général, il appartient au marché, et aux tribunaux, de l'appliquer à chaque cas.

Ce système est très évolutif et souple. Les tribunaux ont jugé que le *time shifting* (Sony Betamax) constituait du *fair use* (3). Pour chaque cas précis, le juge parvient à un équilibre. Les critiques de ce système mettent en avant le fait qu'il faut attendre cinq à dix ans avant de savoir si une utilisation relève ou non du *fair use*. En outre, les procès sont chers et un utilisateur ne va pas risquer un procès contre une grande société pour savoir si une nouvelle utilisation numérique remplit les critères du *fair use*. Les critiques se plaignent du *chilling effect* créé par cette incertitude, et considèrent que l'exception du *fair use* est illusoire pour la plupart des utilisateurs.

II. – LA RÉGULATION ASSURÉE PAR UN RÉGULATEUR (LIBRARY OF CONGRESS)

À côté du *fair use*, on trouve dans le code américain un autre modèle : les dispositions insérées par le *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) sur les mesures techniques de protection (MTP). Comme la France, les États-Unis possèdent une loi qui interdit le contournement des MTP (4). Le législateur a prévu une dérogation pour des utilisations définies par le *Librarian of Congress* dans le cadre d'une procédure de régulation. Une feuille de route, avec des facteurs à mettre en équilibre,

Par Winston
MAXWELL
Avocat associé
Hogan Lovells

est donnée au régulateur. Ce dernier procède tous les trois ans à une consultation publique et à l'élaboration d'une liste d'utilisations qui justifient le contournement des MTP. Le *Register of Copyrights* conduit la procédure tous les trois ans, et propose une régulation au *Librarian of Congress*. Dans la procédure, le régulateur doit examiner plusieurs facteurs :

1. la disponibilité de l'œuvre ;
2. la disponibilité de l'œuvre pour des buts non commerciaux liés à l'archivage, à la préservation de documents ou à la pédagogie ;
3. l'impact de l'interdiction du contournement des MTP sur la critique, les commentaires, le journalisme, l'enseignement ou la recherche ;
4. l'effet du contournement des MTP sur le marché ou sur la valeur des œuvres protégées ;
5. tout autre facteur que le *Librarian of Congress* estime approprié.

Le cinquième cycle de régulation s'est achevé en octobre 2012 (5). Le régulateur a ainsi identifié cinq types d'utilisation qui justifiaient le contournement des MTP. Premièrement, il est légitime de contourner les MTP des e-books pour les adapter à une utilisation par des malvoyants. Deuxièmement, il est légitime de contourner les MTP de smartphones afin de permettre l'installation d'applications compatibles légitimement acquises. Troisièmement, il est légitime de contourner les MTP d'un téléphone mobile afin qu'il soit compatible avec un autre réseau de télécommunication (cette dernière exception était très limitée dans le temps). Quatrièmement, il est possible de contourner les MTP sur les DVD et sur les films cinématographiques en ligne dans la mesure où cela est nécessaire pour en tirer des extraits à des fins de critique, de commentaire ou de support pédagogique. Cette décision ne concerne pas les disques blu-Ray, le régulateur estimant que les utilisateurs peuvent avoir accès à une copie DVD et que cela suffit pour un usage pédagogique ou de critique. Enfin, le régulateur a déterminé qu'un utilisateur pouvait contourner les MTP de DVD et de films cinématographiques en ligne dans la mesure où cela est nécessaire pour ajouter des sous-titres et autres facilités pour les personnes handicapées. La démarche du régulateur est prospective. Le régulateur doit évaluer l'impact des MTP pendant les trois prochaines années. Une des catégories proposées au régulateur par des associations de consommateurs était une exception permettant aux personnes de contourner des MTP afin de réaliser des copies à des fins de *format shifting* ou de *space shifting*. Il s'agit du cas d'une personne qui télécharge un fichier et souhaiterait disposer d'une copie sur un autre lecteur. Le *Librarian of Congress* a indiqué qu'il ne pouvait accepter cette disposition car les tribunaux ne savaient pas encore si le *format shifting* relevait ou non du *fair use*. Le régulateur a estimé qu'il ne lui

(1) 17 USC, § 107. (2) Directive n° 2001/29/CE, art. 5. (3) *Sony vs Universal*, 464 US 417 (1984). (4) 17 USC, § 1201. (5) 37 CFR Part. 201.

appartenait pas, en tant que régulateur des MTP, de décider ce qui relevait du *fair use*. Le régulateur peut seulement prendre acte des cas de *fair use* déjà admis par les tribunaux et décider ensuite s'il faut ou non permettre le contournement des MTP. La jurisprudence sur le *space shifting* restant incertaine, le régulateur n'avait pas le droit d'intervenir. Cet exemple illustre l'un des problèmes du premier modèle de régulation, à savoir l'incertitude sur le périmètre du *fair use* aux États-Unis. Pour certaines nouvelles utilisations, personne ne sait aujourd'hui si l'utilisation est permise ou non. Il faudra peut-être des années avant que les tribunaux se prononcent.

III. – LES CRITIQUES ADRESSÉES AU SYSTÈME AMÉRICAIN

L'*Electronic Frontier Foundation*, une association proconsommateurs, estime que l'opacité du *fair use* et l'existence de MTP ont un *chilling effect* en ce sens qu'elles mettent à mal toute volonté d'innovation (6). On voit effectivement que les décisions judiciaires sont parfois contradictoires. Une décision récente admet la légalité d'un système qui capte un signal de diffusion audiovisuelle et le retransmet sur l'internet (7). Une autre décision a jugé un tel système illégal (8). Les décisions des tribunaux ne sont pas toujours cohérentes, ni technologiquement neutres.

Une autre critique du système américain porte sur la complexité du code américain du *copyright*. La disposition sur le *fair use* est simple. Mais d'autres dispositions sont d'une complexité inouïe. Dans certains cas, le législateur a voulu trop réguler dans le détail. À titre d'exemple, une loi a été rédigée sur la technologie *Digital Audio Tape* (DAT) (9). Mais le temps que la loi soit adoptée, la technologie avait disparu. Il y a donc un danger si le législateur essaie d'en faire trop. Si elle est trop détaillée, la loi devient vite obsolète. Le code américain est rempli d'exemples de cette nature.

Certains commentateurs suggèrent la mise en place d'un *Fair Use Board* qui jouerait un rôle de régulateur en matière de *copyright* (10). Ce ne serait peut-être pas la *Library of Congress* car elle dépend du Congrès, mais une agence indépendante ou une organisation dépendant de l'exécutif qui pourrait interpréter les cas de *fair use*, établir une procédure de règlement des différends rapide et donner de la visibilité au marché. Une autre proposition consiste à imposer par la loi aux ayants droit la publication de manière transparente des moyens par lesquels ils donnent accès aux consommateurs, ainsi que les utilisations qu'ils autorisent (11). Il s'agit d'inciter les acteurs privés à faciliter l'accès numérique aux œuvres. Si les acteurs ne font pas d'avancées suffisantes, le régulateur interviendra dans une deuxième phase. Aux États-Unis, on donne toujours la préférence à une solution trouvée par le marché (*multistake-*

holder process) parce que l'on estime que l'accès à l'information par les acteurs du marché sera toujours supérieur à l'accès qu'auront les régulateurs (12).

CONCLUSION

Deux modèles s'opposent. Le premier est fondé sur le droit de la propriété. Il crée un régime assez général de propriété dans lequel le législateur déclare les grandes catégories de droits protégés et les exceptions, laissant le soin au marché et aux tribunaux d'appliquer ces principes à des cas précis. C'est l'approche utilisée aux États-Unis pour le *fair use*. Les acteurs gèrent l'incertitude en négociant entre eux, et les tribunaux finissent par éclairer le marché sur le périmètre de ces droits après plusieurs années de contentieux.

Le deuxième modèle repose sur la régulation prospective. Les défenseurs de ce modèle estiment que l'on ne peut pas se permettre d'attendre cinq ou dix ans pour connaître les

exceptions au droit d'auteur dans un marché aussi évolutif que l'internet. Le marché a besoin d'une direction et d'une visibilité afin de favoriser l'innovation, l'investissement et l'accès aux œuvres. Il faut donc un régulateur qui étudie le marché et anticipe les évolutions. L'expérience américaine en matière de contournement de mesures techniques de protection montre qu'un régulateur peut effectuer des équilibres de ce

Le marché a besoin d'une direction et d'une visibilité afin de favoriser l'innovation, l'investissement et l'accès aux œuvres.

type. Le *Librarian of Congress* met dans la balance les intérêts légitimes des ayants droit qui ont eu recours à des mesures techniques de protection pour protéger leurs œuvres, et les intérêts des utilisateurs qui, au titre de la liberté d'expression, peuvent légitimement souhaiter faire des copies ou des adaptations dans un but de critique ou de pédagogie, voire pour rendre les œuvres accessibles aux personnes handicapées. Actuellement le rôle du *Librarian of Congress* est limité à la question du contournement des mesures techniques de protection. Cependant, la méthodologie utilisée pourrait être étendue à d'autres domaines du droit d'auteur. Par exemple, le *Librarian of Congress* (ou un autre régulateur désigné par le législateur) pourrait se charger d'établir des catégories d'utilisation d'œuvres dans l'environnement numérique qui tomberaient dans l'exception du *fair use*. On pourrait également imaginer un système de règlement de différends qui permettrait à un utilisateur, désireux de mettre en œuvre une nouvelle utilisation, de saisir le régulateur pour trancher le litige entre l'utilisateur et l'ayant droit concerné. Évidemment, l'ensemble des décisions du régulateur serait susceptible de recours devant les tribunaux, comme c'est déjà le cas pour les décisions du *Librarian of Congress* en matière de contournement de mesures techniques de protection. Le régulateur aurait également une mission d'observation du marché et des usages. Le régulateur pourrait

(6) *Electronic Frontier Foundation, Unintended Consequences : Fifteen Years under the DMCA*, mars 2013. (7) *American Broadcasting Companies vs Aereo*, 874 F. Supp 2d 373 (2012). (8) *Fox vs BarryDillar Content Systems*, 2012 WL 6784498 (27 déc. 2012). (9) *Audio Home Recording Act*, 17 USC, § 1001-10. (10) Carroll M., *Fixing Fair Use*, 85, N. *Carolina L. Rev.* 1087 (2007); Mazzone J., *Administering Fair Use*, 51 *William and Mary L. Rev.* 395 (2009); Liu J., *Regulatory Copyright*, Boston College Law School Research Paper Nr 37, April 26, 2004; Singh A., *Agency Regulation in Copyright Law : Rulemaking Under the DMCA and Its Broader Implications*, 26 *Berkeley Tech. L. J.* 527 (2011); Lemley M. and Reese R.A., *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation*, 56 *Stan. L. Rev.* 1345 (2004). (11) Parchomovsky G. & Weiser Ph., *Beyond Fair Use*, 96 *Cornell. L. Rev.* 91 (2010). (12) Waz J. & Weiser Ph., *Internet Governance : The Role of Multistakeholder Organizations*, 10 *J. on Telecomm & High Tech. L.* 331 (2011).

créer des groupes de travail impliquant les utilisateurs, les plates-formes techniques, et les ayants droit afin d'encourager l'élaboration de solutions consensuelles, les fameuses solutions « *multistakeholder* » préférées des Américains.

Un tel régulateur pourrait également se pencher sur le problème de la prévention de la contrefaçon, et notamment les actions entreprises par les plates-formes techniques, les FAI, et les prestataires de paiement en ligne pour limiter les actes de contrefaçon (13). Des mesures prises par des intermédiaires techniques peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès à certaines œuvres licites, créant ainsi une violation de la liberté d'expression. Pour être légitimes, de telles mesures doivent respecter le principe de la proportionnalité, à savoir impacter le moins possible d'autres droits fondamentaux tels que la liberté d'expression. Un test de proportionnalité exige un équilibre fin des différents intérêts en cause, en tenant compte notamment des effets négatifs que la mesure pourrait provoquer, notamment par rapport au caractère ouvert de l'internet.

Ce genre d'équilibre peut être effectué au cas par cas par un tribunal, mais l'équilibre fait par le tribunal sera toujours en décalage par rapport au marché et à la technologie. Les décisions des tribunaux interviennent plusieurs années après les événements qui ont donné lieu au litige. Les tribunaux cherchent une solution juste pour un cas précis, mais ne s'occupent pas de la régulation prospective. Ainsi, les acteurs manquent de visibilité, ce qui peut constituer un frein pour l'innovation et l'investissement. Le régulateur aura en revanche une approche prospective permettant d'anticiper (ou au moins d'accompagner) les évolutions du marché.

Enfin, le régulateur doit avoir pour mission de remettre en cause en permanence ses propres décisions. Un équilibre trouvé en 2013 ne sera plus forcément valable en 2016 compte tenu de l'évolution des usages et de la technologie. Le régulateur doit en permanence ajuster le tir afin de respecter la proportionnalité de ses décisions dans un environnement changeant.

Un tel système de régulation existe, comme on l'a vu, aux États-Unis pour le contournement des MTP. Un tel système existe également en Europe en matière de régulation du marché des communications électroniques. Depuis 2002, les régulateurs en matière de communications électroniques (l'Arcep en France) disposent d'une liste d'objectifs que le législateur

souhaite atteindre : innovation, investissement, concurrence, protection des utilisateurs, neutralité technologique, interopérabilité, prévisibilité sont quelques-uns des objectifs que les régulateurs doivent tenter de maximiser lors de chacune de leurs décisions (14). Ensuite, les régulateurs disposent d'une boîte à outils de mesures à mettre en œuvre, en respectant toujours le principe de proportionnalité : analyses de marché, collecte d'informations, mesures contraignantes d'accès et d'interconnexion, recommandations, groupes de travail, consultations publiques, standardisation, information des consommateurs, règlements de différends. Les décisions des régulateurs sont encadrées à la fois par une revue d'un niveau communautaire par la Commission européenne et l'organe de régulation européenne (Oreca), et par les tribunaux nationaux. C'est un système qui a ses défauts, mais qui permet au moins à la régulation d'évoluer en même temps que la technologie. Pour certains, cette évolution n'est pas assez rapide en matière de communications électroniques. Mais le décalage est plus faible que dans la situation où les règles seraient fixées dans le détail par le législateur. Les règles détaillées deviendraient vite obsolètes. Le système est également supérieur à celui qui existerait si les acteurs du marché s'appuyaient uniquement sur les tribunaux pour interpréter les règles. Les tribunaux traitent un cas avec deux ou trois ans de décalage. La régulation permet en revanche un décalage plus faible, voire une approche prospective. Les nouveaux entrants auront une meilleure visibilité de l'avenir, et pourront élaborer leurs plans d'affaires, favorisant ainsi la concurrence et l'investissement. Le système de régulation des communications électroniques concerne la régulation économique, et surtout la promotion de la concurrence. En matière de droit d'auteur, l'objectif est de trouver l'équilibre entre la protection du droit de la propriété, essentielle à l'investissement dans la création, et la liberté d'expression, l'accès aux œuvres, et l'innovation. Il s'agit d'équilibrer des droits fondamentaux et non pas seulement des droits économiques comme en matière de communications électroniques. Néanmoins, l'expérience du *Librarian of Congress* aux États-Unis montre qu'un régulateur peut effectuer ce type d'équilibre, ce qui laisse penser que le cadre utilisé pour la régulation des communications électroniques en Europe pourrait éventuellement être adapté au problème du droit d'auteur dans l'environnement numérique. ♦

(13) Le Royaume-Uni a choisi cette approche, en confiant certaines tâches liées à la lutte contre la contrefaçon en ligne au régulateur OFCOM (*Digital Economy Act 2010, chapter 24*).

(14) Directive n° 2002/21/CE, art. 8.