
Droit d'auteur et co (régulation) : la politique du droit d'auteur sur l'Internet

Yohan-Avner Benizri*

Si de nombreuses contributions ont pu être écrites sur les problèmes particuliers liés à l'applicabilité du droit d'auteur sur l'Internet, peu d'entre elles, à notre connaissance, ont fait état des options législatives ouvertes aux autorités publiques en fonction de l'évolution de la politique juridique tant du droit d'auteur que du *copyright*. L'auteur tente de montrer, dans une perspective mondiale, que droit d'auteur et *copyright* tendent à s'harmoniser pour voir leurs théories s'articuler maintenant autour de deux piliers, savoir, la théorie économique et l'équilibre des intérêts.

Partant de ce constat, l'auteur dresse un panorama des options législatives ouvertes aux autorités publiques et les évalue en fonction de leur légitimité et de leur potentiel d'application. Si la réglementation étatique ou supra-étatique et l'autorégulation s'exposent à des critiques sérieuses, la corégulation semble montrer un potentiel intéressant et respectueux de la politique du droit d'auteur dérogée.

While there exists a substantial amount of scholarship on particular problems relating to the applicability of copyright to the internet, little of it has analyzed the regulatory models available to public authorities in relation to governance of the internet. In this article, the author attempts to demonstrate, from a global perspective, that *droit d'auteur* and copyright have grown increasingly similar and can now be reconciled around two theoretical pillars: economic theory and the balance of interests.

With this finding in mind, the author presents a panorama of legislative options available for the global governance of the internet and assesses them in terms of their legitimacy and enforceability. While traditional state or supra-state regulation and self-regulation are vulnerable to serious criticism, the author argues that coregulation shows an interesting potential while being respectful of copyright policy.

* LL.M., Avocat au Barreau de Bruxelles, Membre du groupe "International Trade & Arbitration" du cabinet Sidley Austin LLP. Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur uniquement et ne reflètent pas la position du cabinet Sidley Austin ou des entités qui lui sont liées. Cet article a été préparé dans un cadre purement académique et ne constitue pas un avis juridique. Il est le fruit de recherches rendues possibles par le soutien financier de l'Université McGill et induites par les professeurs Pierre-Emmanuel Moysé, David Lametti et Sunny Handa. L'auteur est seul responsable des erreurs éventuelles. Il tient particulièrement à remercier Sujith Xavier et Carlos Ian Fuentes, qui ont pris le temps d'écouter ses réflexions initiales sur le sujet, ainsi que sa famille et ses amis, pour leur soutien indéfectible.

© Yohan-Avner Benizri 2008

Mode de référence : (2008) 53 R.D. McGill 375

To be cited as: (2008) 53 McGill L.J. 375

Premières mesures	377
I. La politique du droit d'auteur	379
A. <i>Propriété intellectuelle, droit d'auteur et copyright : fondements</i>	379
1. Utilitarisme	379
2. Droit naturel	381
3. Finalité culturelle et scientifique	383
B. <i>L'approche économique</i>	386
C. <i>La naissance du public et son pouvoir</i>	390
D. <i>Conclusion du premier chapitre</i>	392
II. Intermezzo : le défi technologique	392
A. <i>D'un défi à l'autre — le droit d'auteur rectifié</i>	393
B. <i>L'Internet comme espace particulier — le droit d'auteur dépassé ?</i>	396
C. <i>Conclusion du deuxième chapitre</i>	400
III. Les modèles théoriques de réglementation à l'heure numérique	400
A. <i>La réglementation étatique et supra-étatique</i>	401
1. Efficacité	402
2. Légitimité	404
B. <i>L'autorégulation et la réponse de la technologie</i>	406
1. De l'autre à soi : les codes de conduite	407
2. De l'autre à l'architecture : le code	409
3. De l'autre à la machine : la réponse de la technologie	411
C. <i>La corégulation</i>	417
1. L'émergence d'un nouveau modèle	418
D. <i>Passer d'un modèle de gouvernement à un modèle de gouvernance</i>	419
1. La corégulation pour le droit d'auteur	421
Conclusions : «Droit d'auteur et co (régulation)»	425

To sum up, the main objective of these struggles is to attack not so much “such or such” an institution of power, or group, or elite, or class, but rather a technique, a form of power.

Michel Foucault, «The Subject and Power» (1982) 8 *Critical Inquiry* 777 à la p. 781.

Premières mesures

Si gouverner est un art et que l’art est protégé par le droit d’auteur¹, c’est une autre forme d’art que de s’interroger sur la politique qui sous-tend l’application de ce droit sur l’Internet. Nous savons en effet que ce dernier médium, après de nombreuses autres innovations technologiques, a été le catalyseur de nouveaux problèmes auxquels doit faire face le droit d’auteur². Le format numérique défie en effet l’application traditionnelle de celui-ci³, que l’on pense notamment aux projets de bibliothèques numériques universelles ou encore aux services de vidéos à la demande.

Au risque de paraître trivial, il nous semble qu’à l’ère de la mondialisation, l’importance du droit d’auteur et sa relation aux échanges transnationaux ne doivent pas être négligées. Le droit d’auteur est en effet vecteur de culture, du moins dans sa version américaine, et il en est la consécration dans sa version continentale et spécialement française. Il occupe aussi une place importante dans la nouvelle économie⁴. Si de nombreux auteurs se sont prononcés tant sur l’opportunité d’appliquer le droit d’auteur sur l’Internet que sur les questions particulières liées à son usage, peu d’entre eux se sont attelés à proposer une ligne directrice au niveau de la politique juridique. Comment ne pas voir en elle la solution aux difficultés rencontrées par les législateurs de par le monde ?

Comme nous tenterons de le démontrer en premier lieu, le droit d’auteur, comme le *copyright*, tend à se muer en un droit à la rémunération d’une création. Or, les régimes juridiques actuels, ainsi que ceux proposés, ne sont pas à même de garantir

¹ Sauf lorsque le contexte ne s’y prête pas, ou lorsque nous le détaillerons, l’expression «droit d’auteur» s’entendra pour les besoins de la présente étude comme englobant tant le droit d’auteur continental que le *copyright* de tradition anglo-saxonne.

² Outre les références qui suivront, voir Timothy Wu, «Copyright’s Communication Policy» (2005) 103 *Mich. L. Rev.* 278.

³ Voir Jessica Litman, *Digital Copyright*, New York, Prometheus Books, 2001 ; Daniel J. Gervais, «Use of Copyright Content on the Internet: Considerations on Excludability and Collective Licensing» dans Michael Geist, dir., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005, 517.

⁴ Voir Viktor Mayer-Schönberger, «In Search of the Story: Narratives of Intellectual Property» (2005) 10 *Va. J.L. & Tech.* 1 ; Bertrand du Marais, «Analyses et propositions pour une régulation de l’Internet» (printemps 2002), en ligne : Lex Electronica <<http://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/dumarais.htm>>.

cette fonction car ils ne sont pas en mesure d'engager une lutte avec les réseaux numériques. Cependant, le droit d'auteur ne peut être abandonné. Sa mise en œuvre doit simplement être équilibrée et réaliste. Aux fins de dégager une nouvelle politique, globale, en matière de droit d'auteur, nous défendrons la thèse majeure de cet article, savoir, l'adéquation des mécanismes de corégulation à la réalité numérique.

Deux considérations majeures guideront notre étude. D'une part, un régime juridique donné n'est viable que s'il est lié aux postulats historiques, philosophiques et économiques de la matière qu'il tend à réguler. Il doit être élaboré en tenant compte des intérêts divergents de tous les acteurs concernés. D'autre part, il est nécessaire d'examiner différents modes de réglementation des réseaux afin de déterminer celui qui s'accommodera le mieux de la technique.

Il nous faudra donc, en premier lieu, analyser les différentes approches théoriques du droit d'auteur, en y intégrant une approche comparative des systèmes de *copyright* et de droit d'auteur. L'approche économique, qui semble actuellement prédominer, et la naissance du concept d'utilisateurs ou d'usagers seront ensuite examinées afin de poser les jalons de notre réflexion. En effet, cette dernière considération nous amènera à introduire le concept d'équilibre dans notre étude, équilibre entre les auteurs et les utilisateurs qui conditionne aujourd'hui la validité de toute analyse sérieuse du problème posé par le réseau des réseaux. Cela précisera non seulement les fondements historique et philosophique du droit d'auteur mais nous permettra également de dégager les conditions de légitimité d'une réglementation sur le droit d'auteur.

Nous nous concentrerons ensuite sur le défi posé par la technique pour détailler le changement de paradigme qu'il induit dans les perspectives sur le droit d'auteur. Il s'agira de mettre en exergue la nature de l'information à l'ère numérique. Nous illustrerons ces assertions par quelques uns des nombreux jugements rendus sur la question en matière de droit d'auteur, plus précisément les procès nés de l'application du *Digital Millennium Copyright Act of 1998*⁵ aux États-Unis et l'exemple de la distribution numérique de la musique dans le monde seront discutés en filigrane de notre propos.

Dès lors que nous aurons montré, à travers l'évolution des conceptions sur le droit d'auteur, que l'analyse économique doit être privilégiée et que la réalité numérique ne se suffit pas de normes dont l'application peut être aisément défiée, il nous sera possible d'étudier les modèles théoriques de réglementation et leur pertinence dans l'environnement numérique. Spécialement, il s'agira d'analyser la réglementation étatique, ou supra-étatique, l'autorégulation, spécialement sous la forme de la régulation par la technique, et enfin la corégulation et sa relation à la doctrine de la gouvernance. Nous nous concentrerons sur cette dernière, déclinons

⁵ Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (codifié tel que modifié dans plusieurs sections du 17 U.S.C.) [DMCA].

ses origines et sa nature ainsi que son écho en Europe, et illustrerons son mécanisme d’application sous le prisme de la procédure de «*notice and take-down*».

À ce stade tout à fait préliminaire, notons simplement que la corégulation, en prenant substance dans un partenariat public/privé et en associant une certaine légitimité réglementaire à l’efficacité des acteurs concernés, semble pouvoir répondre tant à la question de la mise en œuvre du droit d’auteur sur l’Internet qu’au souci d’équilibre entre les intérêts des auteurs et ceux du public. L’idée est de dégager une ligne directrice à même de répondre aux profonds changements qu’induisent les innovations technologiques.

I. La politique du droit d’auteur

Dans cette partie, nous étudierons les fondements du droit d’auteur et du *copyright*. Nous nous intéresserons particulièrement à l’approche économique de ceux-ci en vue d’en dégager leur tendance à se muer en un droit à la rémunération. Nous détaillerons aussi les circonstances de la naissance de la notion d’intérêt du public, désormais incarné par les utilisateurs ou les usagers. Cela nous permettra d’abord de situer les auteurs importants dans ce domaine et le cadre théorique nécessaire à toute étude sur le droit d’auteur.

A. Propriété intellectuelle, droit d’auteur et copyright : fondements

Il convient tout d’abord de noter que le droit d’auteur est une partie intégrante de la sphère du droit de la propriété intellectuelle. Nous nous distançons par là d’une vision réductrice selon laquelle il n’existerait que deux justifications essentielles à la propriété littéraire, soit la justification économique ou la justification naturelle. Nous partageons à cet effet l’opinion de William Fisher selon laquelle il existe trois théories qui sous-tendent la propriété intellectuelle⁶. Ces trois théories sont l’approche utilitariste, la perspective du droit naturel et, enfin, la finalité culturelle et scientifique. Nous les examinerons dans une perspective critique et principalement axée sur le droit d’auteur.

1. Utilitarisme

L’utilitarisme est né avec David Hume⁷ mais il a été développé et expliqué plus avant par Jeremy Bentham⁸ et John Stuart Mill⁹. «*[T]he “greatest happiness*

⁶ William Fisher, «Theories of Intellectual Property» dans Stephen R. Munzer, dir., *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 168 [Fisher, «Theories»]. Pour une autre classification, voir J.A.L. Sterling, *World Copyright Law*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2003 aux pp. 61-70.

⁷ *A Treatise of Human Nature*, Bristol (R.-U.), Thoemmes Press, 2001.

⁸ *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

⁹ *Utilitarianism*, Indianapolis (Ind.), Hackett, 2001.

principle” holds that actions are right in proportion as they tend to promote happiness; wrong as they tend to produce the reverse of happiness»¹⁰, écrit ainsi Mill. Dans le domaine de la propriété intellectuelle en général, et du droit d’auteur en particulier, les économistes ont assimilé ce principe de bonheur au bien-être général de la société¹¹. Pour les partisans de cette théorie, les droits de propriété intellectuelle doivent être exclusifs afin de créer un incitatif à la création d’œuvres d’art mais ils ne peuvent empêcher le profit public que de telles créations impliquent¹². Pour mieux comprendre ce raisonnement, il suffit de s’y référer *a contrario* : s’il n’existait pas de droits de propriété intellectuelle, les auteurs et les créateurs n’auraient en effet aucun moyen d’exploiter leurs œuvres et, partant, la production de tels biens diminuerait¹³. En effet, l’information n’est pas susceptible d’appropriation au même titre que le sont les choses physiques. L’information n’est pas rare¹⁴. Il faut donc développer un outil qui crée une rareté artificielle afin de rétribuer les auteurs. Si la justification à l’instauration d’un système basé sur les incitatifs apparaît alors, nous n’avons pas déterminé pourquoi l’on met l’accent sur le profit public. Si d’aucuns défendent probablement qu’une multiplication des œuvres entraîne presque nécessairement un bénéfice pour le public, nous croyons qu’il s’agit plutôt d’intégrer dans la théorie économique une limite de manière à protéger les intérêts des destinataires des créations. Nous y reviendrons lorsque nous étudierons en détail l’approche économique d’une part, et la naissance de la notion de public d’autre part. Notons pour l’instant que cette approche utilitariste est celle qui a dicté la rédaction de la Constitution américaine¹⁵. Il s’agissait essentiellement de créer un incitatif qui pourrait promouvoir le progrès des arts et des sciences¹⁶. La loi de la reine Anne, premier instrument législatif à reconnaître le *copyright*, met également l’accent sur le

¹⁰ *Ibid.* à la p. 7.

¹¹ Voir William M. Landes et Richard A. Posner, «An Economic Analysis of Copyright Law» (1989) 18 J. Legal Stud. 325. Voir aussi William M. Landes et Richard A. Posner, «Indefinitely Renewable Copyright», University of Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 154 (1^{er} août 2002), en ligne : Social Science Research Network <<http://ssrn.com/abstract=319321>> [Landes et Posner, «Renewable Copyright»].

¹² Voir Fisher, «Theories», *supra* note 6 à la p. 169. On pourrait se demander dans quelles mesures l’intérêt du public trouve sa place dans une théorie purement utilitariste. Si d’aucuns pourront défendre qu’il s’agit d’une conséquence heureuse de la multiplication des œuvres grâce aux systèmes des incitatifs, nous sommes plutôt d’avis qu’il s’agit d’une énième preuve de l’importance des destinataires des créations. Nous élaborerons sur ce point dans la partie I.C.

¹³ Voir George S. Takach, *Computer Law*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2003 à la p.79.

¹⁴ Voir Julie E. Cohen *et al.*, *Copyright in a Global Information Economy*, New York, Aspen Law & Business, 2002 aux pp. 6-7.

¹⁵ Voir *ibid.* à la p. 7.

¹⁶ Voir U.S. Const. art. I, § 8, cl. 8.

progrès¹⁷. Nous adhérons par ailleurs à l'assertion selon laquelle le *copyright* est essentiellement utilitariste, même si nous reconnaissons que des nuances existent¹⁸.

2. Droit naturel

Cette théorie est traditionnellement déclinée en deux courants : d'une part, la théorie fondée sur la compensation d'un travail, et d'autre part, celle fondée sur la personnalité du créateur. La théorie du travail découle essentiellement des travaux de John Locke¹⁹. Selon lui, quiconque use de ressources communes pour créer une chose nouvelle a droit à une compensation pour son travail²⁰, à tout le moins s'il reste assez de ressources d'une qualité équivalente pour les autres²¹. Selon Alain Strowel, en filigrane de cette notion de contrepartie apparaît la notion de valeur ajoutée aux biens communs²². On compense le travail par les droits de propriété intellectuelle parce que, et dans la mesure où, ils ont augmenté la valeur du bien commun.

¹⁷ *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein Mentioned* (R.-U.), 8 Anne, c. 19.

¹⁸ Voir Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright*, Bruxelles, Bruylant, 1990 aux pp. 235-38.

¹⁹ *Two Treatises of Government and a Letter Concerning Toleration*, New Haven, Yale University Press, 2003 aux pp. 111-12 :

§27 *Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person: this nobody has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state nature hath placed it in, it hath by this labour something annexed to it that excludes the common right of other men. For this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good, left in common for others.*

Voir aussi Richard A. Spinello et Herman T. Ravani, *Intellectual Property Rights in a Networked World : Theory and Practice*, Hershey (Pa.), Information Science Publishing, 2005.

²⁰ Notons ici la difficulté rencontrée par les partisans du droit naturel pour déterminer quelle est la juste compensation qu'il faut octroyer aux créateurs. Voir notamment William W. Fisher III, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford, Stanford University Press, 2004 à la p. 208 [Fisher, *Promises*]. On peut en effet se demander si le droit de propriété est la seule — et la meilleure — compensation possible. De plus, il faut encore s'interroger sur la durée de celui-ci. Voir notamment David Lametti, «Coming to Terms with Copyright» dans Geist, *supra* note 3, 480 ; David Lametti, «The Concept and Conceptions of Intellectual Property as Seen Through the Lens of Property» dans Giovanni Comandé et Giulio Ponzanelli, dir., *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Turin (Italie), Giappichelli, 2003, 269.

²¹ Voir Locke, *supra* note 19.

²² *Supra* note 18 à la p. 184.

Il faut cependant noter que l'approche «lockéenne» est invalidée si l'on considère l'activité créative comme indépendante de tout travail²³. D'aucuns défendent en effet l'idée selon laquelle cette activité serait un don plus qu'une habilité. L'exercice de ce don ne devrait donc pas donner lieu à une compensation. Il faut aussi remarquer que la théorie de Locke n'était pas destinée à régir la propriété intellectuelle ; il n'en fait d'ailleurs aucune mention. Elle fonctionne pourtant mieux dans un monde sans rareté que dans le monde physique. En effet, si les ressources sont limitées, comme dans l'univers matériel, l'appropriation de celles-ci par une population qui croît de manière exponentielle entraînera nécessairement ce que Garrett Hardin a appelé «*the tragedy of the commons*», c'est-à-dire la disparition des ressources²⁴. Ce n'est pas le cas dans le monde de la propriété intellectuelle. En effet, l'usage d'une œuvre de l'esprit n'empêche personne d'y avoir accès en l'absence de législation. On retrouve donc une justification similaire dans la théorie du travail et dans l'approche utilitariste. Nous noterons toutefois que les buts diffèrent : il s'agit moins dans la première d'inciter une personne à créer que de la récompenser de manière juste et adéquate si elle crée²⁵. Au niveau du droit d'auteur, Locke a été et est repris par les partisans des systèmes tant de *copyright* que de droit d'auteur²⁶. Cependant, son influence nous apparaît plus évidente dans ce second système. En effet, centrée sur le travail du créateur, elle correspond plus au droit *de l'auteur* qu'à un droit de copie *au profit de l'auteur* et de la communauté.

La théorie de la personnalité est la seconde branche de l'approche naturaliste. Dérivée des écrits d'Immanuel Kant et de G.W.F. Hegel, elle est fondamentalement reliée à une conception de l'œuvre en tant que projection de la personnalité de l'auteur²⁷. Chez Kant, le lien qui unit une personne à son travail est appréhendé comme une part intégrante de la personne elle-même²⁸. D'une manière quelque peu différente dans la «philosophie du droit» de Hegel, l'œuvre est une manifestation de la volonté d'un individu, elle-même liée à sa personnalité²⁹. Dans les deux cas, on notera l'absence de prise en compte de l'intérêt général. Appliquées aux domaines de la propriété intellectuelle, ces théories mettent l'accent sur le créateur. Il ne faut dès

²³ Voir Justin Hughes, «The Philosophy of Intellectual Property», (1988) 77 Geo. L.J. 287 aux pp. 300-02. Voir aussi Alfred C. Yen, «Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession» (1990) 51 Ohio St. L.J. 517.

²⁴ Garrett Hardin, «The Tragedy of the Commons» (1968) 162 Science 1243. *Contra* James Boyle, «The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain» (2003) 66 Law & Contemp. Probs. 33 à la p. 36.

²⁵ Voir Lionel Bently et Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 à la p. 33.

²⁶ Voir Strowel, *supra* note 18 aux pp. 185-90.

²⁷ Voir Fisher, «Theories», *supra* note 6 aux pp. 171-72.

²⁸ Voir Margaret Jane Radin, «Property and Personhood» (1982) 34 Stan. L. Rev. 957 ; Tanya Aplin, *Copyright Law in the Digital Society: The Challenges of Multimedia*, Oxford, Hart, 2005 à la p. 26.

²⁹ Voir Aplin, *ibid.*

lors pas s'étonner de leur influence sur les conceptions allemande et française du droit d'auteur qui, au niveau étymologique même, sont étroitement liées au créateur³⁰.

Les théories du travail et de la personnalité ont été abondamment critiquées, qu'il s'agisse d'une question d'inexistence des droits naturels, de l'inutilité pratique de la théorie quant à l'élaboration de législations ou de la définition de la personnalité³¹. Il faut cependant souligner que les théories naturalistes sont le fondement des droits moraux accordés à l'auteur³². Plus précisément, le respect de l'œuvre et l'attribution n'ont de sens que dans un système où l'auteur occupe une place centrale et n'est pas considéré seulement comme un moyen de production. L'auteur peut en effet créer dans l'espoir d'être reconnu, les droits moraux jouant alors le rôle d'incitatifs³³, mais le droit moral semble davantage être né d'une conception du droit d'auteur comme droit de la personnalité³⁴. Le fait que certains systèmes de *copyright* reconnaissent les droits moraux est souvent lié aux obligations internationales qui s'imposent du fait de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*³⁵.

Nous voudrions souligner les commentaires de David Lametti sur les types d'œuvres visées par le droit d'auteur. Si, en effet, la théorie naturaliste semble bien s'appliquer à la propriété littéraire et artistique, il faut encore se demander si et dans quelles mesures cette théorie est opportune eu égard aux autres types d'œuvres protégées que sont notamment les logiciels ou les œuvres de collaboration³⁶. En définitive, il semblerait qu'il faille également tenir compte du type d'œuvre visé, sous peine de se retrouver avec une justification boiteuse au droit que l'on se propose de protéger. Remarquons également que si la théorie utilitariste n'est pas parfaite, elle a au moins le mérite de s'appliquer indépendamment de l'œuvre.

3. Finalité culturelle et scientifique

La dernière approche, la plus récente et la plus audacieuse, est celle qui se veut la championne de la culture et de l'avancement scientifique. Il convient de débiter en la distinguant de la théorie utilitariste. Si cette dernière promeut le bien-être général de

³⁰ Voir Strowel, *supra* note 18 à la p. 188.

³¹ Voir Bently et Sherman, *supra* note 25 à la p. 34.

³² Voir Fisher, «Theories», *supra* note 6 à la p. 174.

³³ Voir Jane C. Ginsburg, «Moral Rights in a Common Law System» (1990) 1 *Entertainment Law Review* 121.

³⁴ Voir Strowel, *supra* note 18 aux pp. 98-101.

³⁵ 9 septembre 1886, 823 R.T.N.U. 221, R.T. Can. 1948 n° 22 [*Convention de Berne*]. Voir aussi Sunny Handa, *Copyright Law in Canada*, Markham (Ont.), Butterworths, 2002 aux pp. 67-69.

³⁶ David Lametti «Publish and Profit?: Justifying the Ownership of Copyright in the Academic Setting» (2001) 26 *Queen's L.J.* 497 à la p. 531. Y a-t-il dans ces exemples une réelle projection de la personnalité ou y verrait-on plus probablement une création qui s'inscrit dans un but lucratif ? Les actifs de propriété intellectuelle détenus par une société sont un autre exemple de l'inadéquation de la théorie naturaliste.

la société, chose indéfinie s'il en est, celle qui nous occupe promet la culture³⁷. Il s'agit ici encore d'inciter les auteurs à produire mais avec une vision qui met l'accent sur le processus démocratique et magnifie la culture. Si les précédentes théories ont participé au développement du droit d'auteur à travers le monde, la théorie culturelle n'est apparue que comme une réponse à celles-ci, une voie alternative que pourraient, ou devraient, emprunter les gouvernements dans l'élaboration de nouvelles législations.

Elle se présente réellement comme une théorie normative. Le postulat sur lequel elle se fonde peut être défini comme suit : pour qu'une démocratie forte puisse voir le jour, une société civile pluraliste doit exister³⁸. Les partisans de la théorie du «*planning social*», comme la nomme lui-même Fisher³⁹, s'appuient essentiellement sur l'idée qu'une société civile forte peut naître si les conditions de son enfantement sont assurées par les gouvernements. En ce qui concerne le droit d'auteur en particulier, les propos de Neil Weinstock Netanel sont éclairants :

The democratic paradigm emphasizes, in contrast, that copyright is, like many institutions of civil society, in, but not of, the market. Its scope must be broad enough to assure the independence and vitality of civil society's communicative sphere, but not so broad as to smother expressive diversity. While the democratic paradigm may incorporate neoclassicist insights about how copyright operates in the market, it makes clear that copyright's paramount objective is not allocative efficiency, but citizen participation in democratic self-rule⁴⁰.

Pour atteindre cet objectif, deux fonctions essentielles doivent être reconnues aux législations sur le droit d'auteur :

The first is a production function. Copyright provides an incentive for creative expression on a wide array of political, social, and aesthetic issues, thus bolstering the discursive foundations for democratic culture and civic association. The second function is structural. Copyright supports a sector of creative and communicative activity that is relatively free from reliance on state subsidy, elite patronage, and cultural hierarchy. The democratic paradigm requires that copyright protection be sufficiently strong to ensure support for copyright's production and structural functions. But at the same time, it would accord authors a limited proprietary entitlement, designed to make room for — and, indeed, to encourage — many transformative and educative uses of existing works⁴¹.

Si l'on ne peut que saluer l'initiative d'auteurs qui en sont les porte-drapeaux, l'on regrettera que la théorie du *planning social* n'ait pas connu l'accueil qu'elle

³⁷ Voir Fisher, «Theories», *supra* note 6 aux pp. 172-73.

³⁸ Voir Neil Weinstock Netanel, «Copyright and a Democratic Civil Society» (1996) 106 Yale L.J. 283.

³⁹ *Supra* note 6 aux pp. 172-73.

⁴⁰ Netanel, *supra* note 38 à la p. 386.

⁴¹ *Ibid.* à la p. 288.

méritait⁴². On lui a préféré ces dernières années une combinaison de la théorie utilitariste et de la recherche d’un équilibre entre les auteurs et les utilisateurs. Nous nous concentrons sur ces deux aspects dans les sections qui suivent.

Avant de s’y atteler, on notera utilement que les théories exposées offrent au droit d’auteur, en ce qui concerne les théories du travail et de la personnalité, et au *copyright*, pour ce qui est de l’approche utilitariste, une légitimité certaine. Ces justifications sont nécessaires tant pour comprendre le droit positif que, dans certains cas, pour l’appliquer. Pour illustrer notre propos, nous tirerons argument de la situation canadienne. Le Canada est un système bijuridique en ce sens que les deux plus grandes traditions juridiques y sont représentées, savoir, la *common law* et le droit civil. Le droit d’auteur canadien est toutefois d’origine anglaise. Cependant, la justification qui sous-tend l’application du droit d’auteur, ou du droit de copie, n’était pas clairement établie⁴³ jusqu’à l’affaire *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*⁴⁴.

Dans cette affaire, il fallait déterminer si le transfert d’encre vers une toile à partir d’une affiche constituait une reproduction. La Cour suprême du Canada refusa d’assimiler cet acte à une reproduction car «la “reproduction” est généralement définie comme l’action de produire des copies supplémentaires ou nouvelles de l’œuvre sous une forme matérielle quelconque»⁴⁵. Puisque le transfert d’encre n’avait eu pour effet que de changer le support de l’œuvre, sans la dupliquer, il ne s’agissait pas d’une reproduction au sens de la *Loi sur le droit d’auteur*⁴⁶. Cette décision est importante pour deux raisons. Tout d’abord, la Cour a été appelée à donner une ligne directrice au droit d’auteur canadien afin de pouvoir répondre à la question qui leur était posée, ce qui démontre l’importance que peuvent avoir les fondements théoriques d’un droit⁴⁷. Deuxièmement, cette décision a été rendue sur un clivage très net entre les juges issus de provinces de *common law* et les juges de tradition civiliste provenant du Québec⁴⁸. La majorité décida finalement que le droit d’auteur, ou plutôt le *copyright*, canadien avait pour objet d’opérer un équilibre entre la promotion des intérêts du public et l’obtention d’une juste compensation pour le créateur. Ainsi, le droit d’auteur, comme le *copyright*, nous semble aujourd’hui fondé sur deux

⁴² Voir notamment William W. Fisher III, «Reconstructing the Fair Use Doctrine» (1988) 101 Harv. L. Rev. 1659 ; Netanel, *ibid.* ; Jessica Litman, «The Public Domain» (1990) 39 Emory L.J. 965.

⁴³ Voir Handa, *supra* note 35 à la p. 113. Le lecteur averti notera que plusieurs auteurs ont défendu qu’il ne s’agissait en réalité, dans l’affaire *Théberge (infra)* comme dans l’affaire *CCH (infra)* que d’énoncer ce qui constituait déjà un principe reconnu. Il n’en reste pas moins que ces arrêts récents sont les seuls à dégager le principe avec autant de clarté.

⁴⁴ 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, 210 D.L.R. (4^e) 385 [*Théberge*]. Voir aussi *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, 236 D.L.R. (4^e) 395 [*CCH*].

⁴⁵ *Ibid.* au para. 42.

⁴⁶ L.R.C. 1985, c. C-42.

⁴⁷ *Théberge*, *supra* note 44 aux para. 112-16.

⁴⁸ Les quatre juges de *common law* pour la majorité, les trois juges civilistes en dissidence.

prémises, à savoir l'utilitarisme et son pendant économique, ainsi que les droits du public.

B. L'approche économique

Comme nous l'écrivions précédemment, l'approche économique du droit d'auteur a probablement plus influencé le *copyright* anglo-saxon que le droit d'auteur continental. Nous nous y attarderons cependant dans cette partie pour deux raisons essentielles. D'une part, de manière purement factuelle, le *copyright* américain a une influence grandissante au niveau mondial de par le nombre exponentiel d'œuvres créées dans ce pays. D'autre part, on peut observer une tendance, même dans les pays les plus attachés à la tradition civiliste, à analyser maintenant le droit d'auteur en termes économiques, cette analyse étant le plus souvent couplée à l'équilibre dit nécessaire entre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs. Il est donc primordial d'exposer les tenants et aboutissants de ces deux considérations afin de pouvoir y confronter le système de corégulation que l'on se propose d'appliquer.

Les analyses économiques du droit ne manquent pas et le droit d'auteur ne fait pas exception à cette règle⁴⁹. La matière est complexe et nécessite très certainement le développement de quelques notions essentielles. Nous écrivions plus haut que l'utilitarisme se définit comme la maximisation de l'utilité et que les partisans de l'analyse économique du droit comprennent cette utilité comme la maximisation du bien-être général de la société. Le postulat essentiel de cette doctrine consiste à considérer que pour atteindre cet état de bien-être général, il faut maximiser la richesse⁵⁰. Dans le cas de ressources rares, comme celles qui font l'objet du droit de propriété traditionnel, l'analyse économique dispose que trois conditions sont nécessaires à l'allocation optimale d'une ressource : l'universalité (toutes les ressources doivent être l'objet d'une propriété), l'exclusivité (les droits de propriété doivent être exclusifs) et la mutabilité (nécessaire pour permettre à une ressource de faire l'objet d'un usage optimal)⁵¹.

Cependant, dans le monde des idées, le calcul est biaisé. Comme nous l'écrivions plus haut, les idées ne sont pas des ressources rares. Au contraire, il s'agit plutôt de

⁴⁹ Pour l'histoire et les méthodes de l'analyse économique du droit, voir Benoît Frydman, «Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit» dans Tony Andréani et Menahem Rosen, dir., *Structure, système, champ et théories du sujet*, Paris, L'Harmattan, 1997 [Frydman, «Le calcul rationnel»].

⁵⁰ Voir Richard A. Posner, «The Economic Approach to Law» (1975) 53 *Tex. L. Rev.* 757 à la p. 761. Pour des raisons de cohérence, nous ne remettons pas en question le postulat ainsi dressé. Il s'agit simplement ici d'exposer la théorie la plus répandue dans le domaine de la propriété intellectuelle.

⁵¹ Voir Handa, *supra* note 35 à la p. 78. À titre d'exemple, s'il s'agit d'un appartement, celui-ci doit être occupé, son occupant doit posséder un droit opposable à tous et il doit aussi être la personne qui exploite l'appartement de la manière la plus profitable. C'est ce que l'on nomme la «théorie des jeux» dont l'issue dépendra du facteur utilisé. Voir Frydman, «Le calcul rationnel», *supra* note 49.

biens publics ou quasi-publics⁵². Si l'on ne partage pas un mouchoir souillé, l'information se partage sans perdre sa qualité. Elle se diffuse et peut être connue de tous. Imaginons un poème appris par cœur par les membres d'un groupe donné : l'appropriation est collective, l'auteur du poème n'a aucun moyen de garder l'exclusivité dès le moment où son œuvre est *mise à disposition* pour la première fois. De ce fait, cette dernière n'est pas facilement susceptible d'appropriation exclusive. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle on a pu critiquer l'assimilation des droits intellectuels au concept de propriété⁵³. Ainsi, parce que l'information n'est pas rare, le titulaire de droit ne subit pas de pertes directes lorsque son œuvre est copiée, à l'inverse du vol d'une chose matérielle, mais il subit des pertes indirectes en termes d'opportunités⁵⁴. Le droit d'auteur apparaît donc comme un moyen d'insuffler une certaine rareté à une ressource qui ne possède pas ce caractère.

Si nous comprenons maintenant l'argument de base des économistes, il faut encore se poser la question de savoir dans quelle mesure celui-ci est fondé. Il faut en effet accepter certains postulats essentiels. La doctrine est en effet fondée sur un scénario dont les paramètres peuvent être, et ont d'ailleurs été, l'objet de nombreuses critiques. Wendy Gordon et Robert Bone dressent en sept points le scénario de base du droit d'auteur selon la perspective économique :

- Le coût de la création indépendante est très élevé.
- Une tierce partie est à même de copier une création à un prix moindre que celui de la création originale.
- Les copies sont des substituts parfaits du produit original, étant identiques au produit original en ce qui concerne toutes les caractéristiques qui affectent les choix des consommateurs. Ces caractéristiques incluent, entre autres, la qualité, la fiabilité, le nombre et la qualité des réseaux de distribution, l'authenticité et la valeur y afférente, ainsi que les services fournis avec le produit.
- Les consommateurs perçoivent les deux produits comme de parfaits substituts. Si cette condition est remplie, on négligera l'importance de savoir si les deux produits sont effectivement des substituts parfaits.
- La différence entre le coût de la copie et le coût de la création indépendante est assez importante pour que le prix des produits copiés soit

⁵² Voir Ejan Mackaay, «Economic Incentives in Markets for Information and Innovation» (1990) 13 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 867 aux pp. 882-84 ; Wendy J. Gordon et Robert G. Bone, «Copyright» dans Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest, dir., *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. 2, Cheltenham (R.-U.), Edward Elgar, 2000, 189.

⁵³ Voir Ysolde Gendreau, «À la recherche d'une propriété perdue» (2005) 17 C.P.I. 551 aux pp. 558-66.

⁵⁴ Voir Richard Watt, *Copyright and Economic Theory: Friends or Foes ?*, Cheltenham (R.-U.), Edward Elgar, 2000 à la p. 11.

significativement inférieur au prix que le créateur aurait demandé afin de couvrir ses frais.

- S'il n'est pas possible pour les créateurs de couvrir leurs frais, personne n'investira dans une activité créative.
- Le créateur indépendant ne peut couvrir ses frais qu'en vendant ou en accordant des licences sur les copies de son œuvre, il lui est donc impossible de recourir à une discrimination des prix⁵⁵.

Ce schéma a suscité de nombreuses critiques, dont la plupart ont été écartées par William Landes et Richard Posner⁵⁶. Il nous faut cependant noter que ces auteurs, dès 1989, dégagent une critique qui se révélera fondamentale. Ainsi, un système de droit d'auteur trop fort aurait une conséquence négative sur la production de nouvelles œuvres de l'esprit car celles-ci s'inspirent nécessairement d'un corpus d'œuvres précédentes. En effet, le droit protège les créateurs en augmentant le coût économique des copies non autorisées. Ce faisant, en termes économiques, il diminue les externalités négatives (coûts indirects) pour les auteurs et en inflige de nouvelles aux utilisateurs⁵⁷. En même temps, le droit constitue un incitatif important pour les créateurs. Ceux-ci seront évidemment plus enclins à créer s'ils obtiennent l'assurance légale qu'ils seront compensés. À propos des incitatifs, les remarques de Thomas Gallagher sont intéressantes :

From the perspective of incentives, it is accepted that existing copyright law faces the problem that works will be under-produced in the absence of exclusive rights and underutilised in the presence of exclusive rights. In cost/benefit terms, the aim of copyright law is to maximise the benefits resulting from the legal protection of works while minimising the costs of protection. At a certain (unspecified) level of protection, there exists an 'ideal' copyright balance where the diminishing marginal returns from protection equal the increasing marginal costs of protection. The incentives/access balance must be examined from the 'cumulative creation' perspective, where owners' interests conflict with those of secondary, creative users, and the 'single work' perspective, where owners' interests conflict with the access claims of consumers⁵⁸.

Nous n'avons fait que présenter jusqu'ici la théorie économique générale du droit d'auteur. Il nous faut cependant noter que des études spécifiques se multiplient dans cette branche de l'analyse juridique⁵⁹. Nous écrivions que la théorie économique du

⁵⁵ *Supra* note 52 aux pp. 199-200.

⁵⁶ *Supra* note 11 aux pp. 329-32.

⁵⁷ Voir Watt, *supra* note 54 à la p. 11.

⁵⁸ Thomas Gallagher, «Copyright Compulsory Licensing and Incentives», Oxford Intellectual Property Research Centre Working Paper Series No. 2 (mai 2001), en ligne : The Oxford Intellectual Property Research Centre <<http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0201.pdf>>.

⁵⁹ Voir par ex. Lisa N. Takeyama, Wendy J. Gordon et Ruth Towse, dir., *Developments in the Economics of Copyright: Research and Analysis*, Cheltenham (R.-U.), Edward Elgar, 2005 ; Landes et Posner, «Renewable Copyright», *supra* note 11; Robin Andrews, «Copyright Infringement and the Internet : An Economic Analysis of Crime» (2005) 11 B.U.J. Sci. & Tech. L. 256.

droit d'auteur trouve écho dans la constitution américaine et qu'elle a été à la base de l'élaboration du *copyright* anglais⁶⁰. Il est beaucoup plus intéressant de noter, cependant, que cette approche semble s'universaliser. En effet, notons l'intéressant préambule de la *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*⁶¹. Il met en exergue le caractère d'incitant à la création du droit d'auteur alors que, nous l'avons déjà dit, les pays d'Europe continentale ont été pendant longtemps attachés à l'approche naturaliste du droit d'auteur.

On notera d'ailleurs l'intéressante discussion de Pamela Samuelson quant à la possibilité pour l'analyse économique du droit d'auteur d'acquiescer une importance grandissante au niveau de la politique juridique⁶². Elle en indique les avantages et écrit qu'il est peut-être temps de donner à cette matière l'importance qu'elle mérite. Nous nous permettrons de nous écarter, quoique légèrement, de cette conclusion. Selon nous, le droit d'auteur relève de l'analyse économique par nature mais des occurrences de celle-ci se trouvent déjà dans plusieurs instruments législatifs et dans la jurisprudence à travers le monde⁶³. Il n'existe presque plus, en pratique, de justifications naturalistes au droit d'auteur. Les derniers reliquats de celles-ci sont les droits moraux, qui persistent néanmoins dans un nombre important de législations. Cependant, nous nous rallions aux doutes de David Vaver, lorsqu'il fait état du déclin de l'application de ces droits, spécialement à l'ère numérique⁶⁴.

Il semble donc que les différences nettes entre le *copyright* et le droit d'auteur s'estompent peu à peu. La théorie économique acquiert une importance quasi-exclusive⁶⁵. Cependant, cette analyse est de plus en plus souvent couplée à une autre considération : l'équilibre des intérêts entre auteurs et utilisateurs.

⁶⁰ Voir Mark A. Lemley, «The Economics of Improvement in Intellectual Property Law» (1997) 75 *Tex. L. Rev.* 989 aux pp. 1074-77.

⁶¹ CE, *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, [2001] J.O. L 167/10 à la p. 11 [*Directive 2001/29/CE*]. *Contra* Kamiel J. Koelman, «Copyright Law & Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé?» (2004) 6 *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 603.

⁶² Pamela Samuelson, «Should Economics Play a Role in Copyright Law and Policy?» (2003-2004) 1 *University of Ottawa Law and Technology Journal* 1.

⁶³ Voir U.S. Const. art. I, § 8, cl. 8 ; *Directive 2001/29/CE*, *supra* note 61 à la p. 11 ; *Théberge*, *supra* note 44 ; *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, 20 décembre 1996, 2186 R.T.N.U. 121, préambule (entrée en vigueur : 6 mars 2002).

⁶⁴ David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, Concord (Ont.), Irwin Law, 1997 à la p. 95.

⁶⁵ Voir Gillian K. Hadfield, «The Economics of Copyright: An Historical Perspective» (1992) 38 *Copyright Law Symposium* 1 à la p. 2 ; Peter Jaszi, «Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of "Authorship"» [1991] *Duke L.J.* 455 aux pp. 471-91.

C. La naissance du public et son pouvoir

Nous avons déjà discuté ailleurs de la naissance du concept de public, ou d'intérêt du public⁶⁶. En nous fondant sur les travaux de Timothy Wu⁶⁷, nous avons dégagé que, du fait des confrontations entre éditeurs et industries, une guerre des prétextes s'était engagée. Les éditeurs prenaient argument de ce que le droit d'auteur s'opposait à toute compromission parce que l'auteur devait prévaloir. Les industries, elles, se faisaient les porte-paroles des utilisateurs⁶⁸. Il nous semble intéressant de préciser les contours de ce dernier concept pour arriver à dégager ce que l'on entend par équilibre des intérêts. En effet, il appert que cette notion donne aujourd'hui le ton à toute réflexion sur le droit d'auteur.

Ainsi, les textes législatifs de nombreux États ont très tôt prévu des «exceptions» au droit d'auteur. Il s'agissait essentiellement d'exceptions en ce qui concerne l'enseignement, la recherche, la presse ou la copie privée. De même, la *Convention de Berne* donnait la possibilité aux États membres de prévoir un certain nombre d'exceptions, notamment la possibilité d'exclure certaines œuvres du champ d'application du droit d'auteur ainsi que celle de mettre en œuvre un régime de copie privée ou de licence légale⁶⁹. Par contraste, les traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle⁷⁰ et l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*⁷¹ prévoient un régime de droits plus étendus pour les titulaires et des exceptions plus strictes⁷². Il est important de noter cependant que les traités internationaux laissent une marge de manœuvre importante à leurs signataires. Il ne faudrait donc pas surestimer l'impact que pourraient avoir ces accords sur les législations internes⁷³. De plus, s'il fut un temps où les utilisateurs se contentaient de ce qui leur était accordé, il n'en est pas de même dans un monde en réseau. Des associations se forment, telle la puissante Electronic Frontier Foundation⁷⁴, et revendiquent non plus des exceptions mais des droits. Au surplus, la jurisprudence mondiale fait état, de manière toutefois restrictive, des intérêts du

⁶⁶ Yohan Benizri, «Les mécanismes de la licence légale — De la technique au droit et du droit à la technique : la licence légale comme solution» (2005) 17 C.P.I. 463 [Benizri, «Licence légale»].

⁶⁷ «Copyright's Communication Policy», *supra* note 2.

⁶⁸ Voir Benizri, «Licence légale», *supra* note 66.

⁶⁹ *Supra* note 35, art. 2(bis), 9, 10, 10bis, 13. Voir aussi Myra Tawfik, «International Copyright Law : W[h]ither Users Rights» dans Geist, *supra* note 3, 66.

⁷⁰ *Traité OMPI sur le droit d'auteur*, *supra* note 63 ; *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 20 décembre 1996, 2186 R.T.N.U. 203 (entrée en vigueur : 20 mai 2002) [*Traité de l'OMPI sur les interprétations*].

⁷¹ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1C, *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994 dans Secrétariat du GATT, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay : textes juridiques*, Genève, GATT, 1994 [ADPIC].

⁷² Voir Tawfik, *supra* note 69.

⁷³ Voir *ibid.* aux pp. 84-85.

⁷⁴ En ligne : Electronic Frontier Foundation <<http://www.eff.org>>.

public ou des exceptions au droit d'auteur. Il semble même qu'une certaine tendance à la création de nouvelles exceptions ait été observée⁷⁵.

Ce ne sont toutefois pas ces preuves d'application qui nous semblent les plus intéressantes. Plus généralement, ces «exceptions» sont liées au concept d'intérêt du public, lui-même partie à la politique juridique qui sous-tend le droit d'auteur. Il est donc difficile de transiger avec une telle notion. Il ne faudrait pas voir dans ces dispositions ou ces jugements de simples ajouts ou interprétations ponctuels à des lois particulières mais plutôt une réelle volonté de promouvoir un intérêt public fort⁷⁶. À cet égard, soulignons les remarques de David Vaver :

[t]he policy of copyright law has always been to balance competing owner and user interests according to both contemporary exigencies and transcendental imperatives such as free speech and free trade. [...] User rights are not just loopholes. Both owner rights and user rights should therefore be given the fair and balanced reading that befits remedial legislation⁷⁷.

On comprend bien, à la lecture de ces commentaires, que l'intérêt du public a fait partie intégrante du droit d'auteur dès sa conception. Ce qui n'est pas dit, cependant, c'est qu'il prend une importance considérable partout dans le monde⁷⁸. Il faut remarquer que ce ne sont pas réellement les exceptions elles-mêmes qui sont étudiées, ou, à tout le moins, elles ne sont étudiées que du point de vue de leur nature- en tant que poids dans la balance pour l'analyse des intérêts des auteurs et des utilisateurs. Les droits du (ou les exceptions accordées au) public ne sont pas la fin mais bien le moyen d'atteindre cet équilibre. Si l'équilibre des intérêts est plutôt relié à une conception utilitariste du droit d'auteur et qu'il est présenté comme une différence cruciale entre les États de *copyright* et ceux de droit d'auteur⁷⁹, on note désormais, depuis quelques années, une certaine tendance à l'uniformisation mondiale. De la même manière que la tendance économique s'impose à coups de traités internationaux ou doctrinaux, l'équilibre des intérêts apparaît comme son complément inévitable⁸⁰.

⁷⁵ Voir David Vaver, *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000 aux pp. 169-70 ; *Théberge*, *supra* note 44 ; *CCH*, *supra* note 44. Pour de plus amples informations sur cette tendance, voir aussi Robert Burrell et Allison Coleman, *Copyright Exceptions: The Digital Impact*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

⁷⁶ Voir Teresa Scassa, «Interests in the Balance» dans Geist, *supra* note 3, 41.

⁷⁷ *Supra* note 75 à la p. 171. Soulignons que ce passage a fait l'objet d'une citation partielle par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *CCH*, *supra* note 44 au para. 48.

⁷⁸ Voir Burrell et Coleman, *supra* note 75 à la p. 3.

⁷⁹ Voir Peter Jaszi, «Public Interest Exceptions in Copyright: a Comparative and International Perspective» (2005), en ligne : Correcting Course : Rebalancing Copyright for Libraries in the National and International Arenas <http://correctingcourse.columbia.edu/paper_jaszi.pdf>.

⁸⁰ Voir notamment *Directive 2001/29/CE*, *supra* note 61 à la p. 11 ; *Traité OMPI sur le droit d'auteur*, *supra* note 63. Le préambule dispose : «Reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information, telle qu'elle ressort de la Convention de Berne» (*ibid.*).

Considérant les propos de Robert Burrell et Allison Coleman, on remarque que deux questions essentielles ont été éludées jusqu'ici : d'une part, celle de savoir si les intérêts des auteurs et des utilisateurs sont toujours en opposition et, d'autre part, celle d'identifier la manière exacte avec laquelle on veut équilibrer la relation. En effet, s'il semble de bon ton de faire référence à cet équilibre, encore faut-il lui donner un certain contenu sous peine de n'avoir rien accompli⁸¹. À cet égard, on observera qu'auteurs et utilisateurs se trouvant n'être selon nous que les prétextes des éditeurs et des industries, il semble raisonnable de présumer que les intérêts seront effectivement divergents, ce sur quoi nous reviendrons dans le prochain chapitre. En ce qui a trait à la seconde question, nous choisissons de nous engager dans une voie normative et non descriptive. Nous pensons qu'il est important de conserver un système de droit d'auteur assez fort pour résister aux attaques du temps, tout en impliquant les utilisateurs dans le processus d'application de ce droit afin d'en garantir la mise en œuvre efficace.

D. Conclusion du premier chapitre

Nous nous sommes consacrés dans ce chapitre à dégager les différentes manières d'expliquer le droit d'auteur. Nous avons déterminé que si sa justification tendait de plus en plus à être économique, elle ne pouvait être détachée d'une recherche d'équilibre dans les relations que le droit d'auteur est appelé à régir. Ce chapitre nous a également permis de poser les jalons de notre réflexion. En effet, celle-ci proposant une nouvelle manière de légiférer dans l'environnement numérique, nous ne pouvions faire l'économie de l'exposé, aussi sommaire soit il, des théories du droit d'auteur.

Si nous avons tenté d'esquisser une politique juridique claire du droit d'auteur, c'est aux fins de la confronter aux différents modes de réglementations dont disposent les autorités étatiques et supra-étatiques afin de répondre aux problèmes d'application posés par l'Internet. Avant de pouvoir nous y atteler, il faut encore parler du défi technologique car la dynamique du droit d'auteur, et, partant, la nécessité de revisiter la politique qui le sous-tend, s'en sont trouvées particulièrement modifiées. En effet, nous avons dégagé dans ce premier chapitre les fondements de la notion de légitimité dans le cadre de l'élaboration d'un mode de réglementation. Il nous faut maintenant développer le second pôle de réflexion de notre étude, à savoir l'efficacité. Ce n'est qu'à la lumière de ces deux notions que sera possible l'évaluation des options législatives et qu'apparaîtra la supériorité d'une approche basée sur les mécanismes de corégulation.

II. *Intermezzo* : le défi technologique

Nous examinons dans ce chapitre le défi technologique, afin de déterminer si et dans quelle mesure il affecte le droit d'auteur et, par hypothèse, s'il est possible de le

⁸¹ *Supra* note 75 aux pp. 190-91.

surmonter. Comment le droit d’auteur peut-il être affecté par la technique? L’a-t-il jamais été? En quoi l’Internet pose-t-il un problème particulier? Nous mesurerons, à travers l’évolution des défis posés par les nouvelles technologies, l’étendue du problème de l’inefficacité de la loi et préciserons nos doutes quant à la neutralité technologique.

A. D’un défi à l’autre — le droit d’auteur rectifié

La neutralité technologique est un concept cher aux juristes et aux législateurs. Celle-ci se définit comme la

caractéristique d’une loi qui énonce les droits et les obligations des personnes de façon générique, sans égard aux moyens technologiques par lesquels s’accomplissent les activités visées. La loi est désintéressée du cadre technologique spécifique mis en place⁸².

Avant même d’analyser les innovations technologiques qui ont déjà bouleversé le droit d’auteur, il convient d’évaluer la crédibilité que l’on accorde à une telle assertion. Si elle s’applique bien dans certains domaines, comme le droit administratif ou le droit pénal (et encore), nous n’adhérons pas à une analyse qui confond ce qui est souhaitable avec ce qui est.

Comme tous les droits de propriété intellectuelle⁸³, le droit d’auteur a dû faire face, tout au long de son histoire, à l’inventivité presque incorrigible de l’homme et a dû s’adapter à de nouveaux modes de production et de diffusion des œuvres. Peut-être y a-t-il eu un souci, dans l’esprit des législateurs, de neutralité technologique. Pouvait-on cependant réellement prévoir l’avenir? Cette première idée est précisée par Jessica Litman, qui écrit, à propos de la neutralité technologique :

Copyright laws become obsolete when technology renders the assumptions on which they were based outmoded. That has happened with increasing frequency since Congress enacted its first copyright law in 1790. Inevitably, new developments change the pitch of the playing field. Industries affected by copyright find that the application of old legal language to new contexts yields unanticipated results. They find themselves to be the beneficiaries of new advantages and the victims of new disadvantages, and respond about the way you would expect them to, with efforts to regain old benefits while retaining the new ones⁸⁴.

⁸² Voir Daniel Poulin et Pierre Trudel, «Loi en ligne — Loi concernant le cadre juridique des technologies de l’information, texte annoté et glossaire et autres documents explicatifs» (septembre 2001), en ligne : Loi en ligne <http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/index.html>.

⁸³ Voir Christopher May et Susan K. Sell, *Intellectual Property Rights: a Critical History*, Boulder (Colo.), Lynne Rienner, 2006.

⁸⁴ *Supra* note 3.

Dans une de ses interventions, Lawrence Lessig discute des nouvelles technologies qui ont influencé le *copyright*⁸⁵. Il note d'abord l'invention du piano mécanique, premier champ de bataille entre les éditeurs et les industries, qui a donné lieu à un jugement de la Cour suprême des États-Unis⁸⁶. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer qui, du producteur de matériel ou de l'éditeur, allait obtenir gain de cause et marquer par là l'histoire du droit d'auteur. En effet, soit la Cour faisait application du droit d'auteur afin de privilégier les éditeurs, soit elle décidait implicitement, comme elle a finalement décidé de le faire, que la législation relative au droit d'auteur aux États-Unis n'était pas technologiquement neutre et, dès lors, que les industries étaient libres d'innover. Elle dispose :

*These perforated rolls are parts of a machine which, when duly applied and properly operated in connection with the mechanism to which they are adapted, produce musical tones in harmonious combination. But we cannot think that they are copies within the meaning of the copyright act. It may be true that the use of these perforated rolls, in the absence of statutory protection, enables the manufacturers thereof to enjoy the use of musical compositions for which they pay no value. But such considerations properly address themselves to the legislative, and not to the judicial, branch of the government. As the act of Congress now stands we believe it does not include these records as copies or publications of the copyrighted music involved in these cases*⁸⁷.

Nous n'analyserons pas *in extenso* tous les exemples fournis par Lawrence Lessig, mais la liste n'en est pas moins intéressante : radio, télévision par câble, Sony Betamax.

Cette dernière affaire mérite toutefois une attention particulière⁸⁸. L'entreprise Sony, ironiquement la même société qui a récemment fait l'objet des pires critiques pour son système de protection technique des CD audio, innova dans les années 1970 en proposant aux consommateurs une machine capable d'enregistrer du contenu vidéo sur une cassette. Les éditeurs, titulaires de droits sur les programmes télévisés, décidèrent alors de poursuivre Sony, alléguant qu'en permettant aux consommateurs de copier du contenu protégé, et donc de violer le *copyright*, cette société était responsable de la violation de leurs droits. L'affaire se rendit devant la Cour suprême des États-Unis, qui rendit alors un jugement qui eut d'énormes répercussions sur le

⁸⁵ Lawrence Lessig, «Who Owns Culture?» (7 avril 2005), en ligne : Google Video <<http://video.google.com/videoplay?docid=6122403781064290619&q=lessig&pl=true/>>. Voir aussi Donald Fishman, «Copyright in a Digital World: Intellectual Property Rights in Cyberspace» dans Susan J. Drucker et Gary Gumpert, dir., *Real Law @ Virtual Space: Communication Regulation in Cyberspace*, Cresskill (N.J.), Hampton Press, 2005, 180 aux pp. 183-88.

⁸⁶ Voir *White-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co.*, 209 U.S. 1 (1908) [*White-Smith*]. Voir aussi Wu, «Copyright's Communication Policy», *supra* note 2 aux pp. 297-301.

⁸⁷ *White-Smith*, *ibid.*

⁸⁸ Voir Pamela Samuelson, «The Generativity of *Sony v. Universal*: The Intellectual Property Legacy of Justice Stevens» (2006) 74 *Fordham L. Rev.* 1831.

rapport du droit d’auteur avec la technologie⁸⁹. Elle reconnut que le droit d’auteur s’était développé en réponse aux développements technologiques et souligna la réticence traditionnelle des tribunaux lorsqu’il s’agit d’élargir le champ d’application du *copyright*⁹⁰. Sur la base de ce dernier argument, couplé à celui — essentiel — selon lequel la nouvelle technologie n’était pas destinée uniquement à violer le *copyright*, la cour décida de privilégier Sony⁹¹.

On peut encore remarquer brièvement le système mis en place pour faire face à la cassette audio, savoir, le système de licence légale. Dans cet exemple également, la technologie est à la base de la réponse législative. Comme nous l’écrivions ailleurs «[e]n définitive, c’est l’impossibilité matérielle de contrôle, du fait de l’utilisation massive des œuvres par les utilisateurs (prétexte des fabricants) — *celle-ci étant rendue possible par la technique* —, qui fera naître la licence légale»⁹².

Dans chacun de ses exemples, Lawrence Lessig rappelle la victoire de la technologie et des industries novatrices⁹³. On remarquera cependant, comme Jane Ginsburg, que la rapide conclusion selon laquelle la technologie a toujours prévalu est erronée⁹⁴. L’auteure distingue en effet les cas où les éditeurs ont tenté de s’opposer au progrès technologique de ceux où ils se sont contentés de demander une juste compensation pour l’utilisation de celle-ci. Dans ces derniers cas, la jurisprudence a le plus souvent suivi le raisonnement des éditeurs⁹⁵. Cependant, il faut reconnaître, dans les propos de Lawrence Lessig, un souci légitime au niveau de la politique juridique. S’il faut effectivement encadrer les nouvelles technologies, il faut le faire en toute connaissance de cause. Quelles sont les possibilités du piano mécanique, de la radio, de la télévision, des enregistreurs vidéos ? Sont-ils eux-mêmes des incitatifs à la création ? Ce calcul a été opéré, selon Lawrence Lessig, pour chacune de ces innovations technologiques⁹⁶. Pourquoi, dès lors, en irait-il autrement pour l’Internet ? Nous prenons conscience, à l’aide de ces exemples, de la nécessaire flexibilité du droit d’auteur, qui devient presque inhérente aux régimes ayant vocation

⁸⁹ Voir *Sony Corp of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) [Sony]. Voir aussi Samuelson, *ibid.* aux pp. 1831-32.

⁹⁰ *Sony*, *ibid.* aux para. 4-5.

⁹¹ *Ibid.* au para. 52 («*The Betamax is, therefore, capable of substantial noninfringing uses. Sony’s sale of such equipment to the general public does not constitute contributory infringement of respondents’ copyrights*»).

⁹² Benizri, «Licence légale», *supra* note 66 à la p. 468 [nos italiques]. Voir aussi Neil Weinstock Netanel, «Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing» (2003) 17 *Harv. J.L. & Tech.* 1. L’affaire *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* (545 U.S. 913 (2005) [Grokster]) ne change évidemment rien à ce raisonnement, le problème se trouvant à persister. Quoi qu’il en soit, le jugement ne fait finalement qu’ajouter au critère d’intention de *Sony* (*supra* note 89) ; il ne règle pas le problème du «*peer-to-peer*».

⁹³ *Supra* note 85.

⁹⁴ Jane C. Ginsburg, «Copyright and Control over New Technologies of Dissemination» (2001) 101 *Colum. L. Rev.* 1613 à la p. 1619.

⁹⁵ *Ibid.* aux pp. 1619-26.

⁹⁶ «Who Owns Culture?», *supra* note 85.

à s'appliquer aux innovations humaines. Nous constatons aussi que cette évolution a eu lieu relativement harmonieusement. Comme le note Arthur Miller, «*[i]n each instance, the copyright system has managed over time to incorporate the new medium of expression in the existing framework*»⁹⁷. Il s'est cependant opéré un changement de paradigme lorsque l'Internet a fait son apparition : ce ne sont plus les industries qui sont montrées du doigt mais bien les utilisateurs. Si, comme nous le notions plus haut, ceux-ci ont acquis un pouvoir, il n'en reste pas moins que pèsent maintenant sur eux une responsabilité certaine, celle de répondre de leurs actes directement.

B. L'Internet comme espace particulier — le droit d'auteur dépassé?

La question se pose donc de savoir en quoi l'Internet se distingue des nouvelles technologies qui ont troublé, dans une certaine mesure, le droit d'auteur. Après tout, d'aucuns se refusent à y voir quelque chose de fondamentalement différent⁹⁸. Une partie de la doctrine défend cependant l'idée selon laquelle, à tout le moins dans le domaine des droits de propriété intellectuelle et particulièrement du droit d'auteur, les réseaux révolutionnent nos conceptions et le droit positif ne suffit aucunement à encadrer ce nouveau phénomène. Plusieurs raisons, qui ont notamment trait à la nature même du réseau et à son mode de fonctionnement, justifient ce raisonnement.

Nous savons que l'Internet n'est finalement qu'un standard de communication accepté par tous⁹⁹. Jusqu'à l'avènement de l'«autoroute de l'information», les réseaux existants étaient construits autour d'une machine centrale qui redistribuait l'information, ce qui rendait le système vulnérable. Lorsque, en 1969, le projet ARPANET fut lancé aux États-Unis, il s'agissait de créer un réseau qui résisterait à une attaque nucléaire et le génie de ses concepteurs s'est reflété dans leur volonté de créer un réseau sans machine centrale et de concentrer l'«intelligence» aux extrémités de celui-ci. Simon Stokes décrit donc l'Internet comme un réseau global, formé de plusieurs réseaux secondaires, à travers lequel les ordinateurs peuvent communiquer¹⁰⁰. Lorsqu'une information est transmise, elle est divisée en «paquets», qui transitent chacun par la voie la moins encombrée pour arriver à une adresse

⁹⁷ Arthur R. Miller, «Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New Since CONTU?» (1993) 106 Harv. L. Rev. 977 à la p. 982. Voir aussi Bruce A. Lehman et Ronald H. Brown, dir., *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Washington, U.S. Patent and Trademark Office, 1995 à la p. 14.

⁹⁸ Voir *ibid.* ; Emmanuel Derieux, «L'avenir du droit des médias : Le défi des nouveaux médias ?» dans Université Panthéon-Assas, *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, 493.

⁹⁹ Voir Jeremy F. deBeer, «Canadian Copyright Law in Cyberspace: An Examination of the Copyright Act in the Context of the Internet» (2000) 63 Sask. L. Rev. 503 à la p. 503 ; P. Bernt Hugenholtz, «Adapting Copyright to the Information Superhighway» dans P. Bernt Hugenholtz, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 83 ; Simon Stokes, *Digital Copyright: Law and Practice*, 2^e éd., Portland, Hart, 2005 ; Chris Reed, *Internet Law: Text and Materials*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2004 aux pp. 7-39.

¹⁰⁰ *Ibid.* à la p. 10.

précise, laquelle reconstitue alors l'information. Ceci est rendu possible par le passage d'une œuvre de son format initial au format numérique¹⁰¹. Puisque ce dernier format répond à une logique purement binaire, sa décomposition, recomposition, copie ou suppression sont d'une extraordinaire facilité¹⁰². De plus, en raison de la croissance exponentielle des capacités de stockage et de compression, même sur les ordinateurs destinés à un usage privé, nous pouvons prudemment avancer que les œuvres numérisées sont désormais quasi-indépendantes du monde matériel.

Une connaissance rudimentaire du droit d'auteur suffit pour imaginer les innombrables problèmes posés par l'Internet. Par exemple, le droit de reproduction, fondamental s'il en est, se trouve dans l'environnement numérique «constamment violé et constamment invoqué»¹⁰³. Qu'il s'agisse de copies éphémères ou permanentes, la majorité de la doctrine s'accorde pour y voir une série de violations flagrantes du droit d'auteur¹⁰⁴. Bien sûr, d'autres innovations technologiques permettaient déjà une reproduction facile et ont donné lieu à de vives discussions, mais, comme nous le notions plus haut, celles-ci ont fait l'objet soit d'un système de licence obligatoire, soit d'une exonération par la jurisprudence¹⁰⁵. Les copies numériques se distinguent par leur nombre, leur qualité et leur quasi-indépendance par rapport au monde matériel. Pour illustrer notre propos, nous utiliserons un exemple développé ailleurs¹⁰⁶. Ainsi, un site Internet est un programme informatique, soit un code interprété par l'ordinateur du visiteur par l'intermédiaire de son logiciel de navigation. Indépendamment de son contenu, il est donc protégé par le droit d'auteur en sa qualité de programme. Dans la mesure où il est extrêmement difficile d'imaginer le nombre de reproductions induit par l'Internet, nous pouvons nous limiter à tenter de calculer le nombre de pages Web visitées quotidiennement par les millions d'utilisateurs du réseau. Ensuite, notons que la page ne perd aucunement sa qualité en fonction de son contenu, du nombre de consultations ou de la période de temps qui s'écoule entre celles-ci. Le terme «clonage» a d'ailleurs été avancé pour désigner la reproduction numérique¹⁰⁷. Enfin, il n'existe pas de limites matérielles au

¹⁰¹ Sur le format digital, voir deBeer, *supra* note 99 aux pp. 508-09.

¹⁰² Voir William Cornish et David Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Londres, Sweet & Maxwell, 2003 à la p. 795; Lehman et Brown, *supra* note 97 à la p. 12.

¹⁰³ Pierre-Emmanuel Moyse, «Partager, c'est distribuer», Actes des journées d'étude de l'ALAI, Mexique, Oaxaca, 7-10 juin 2004 à la p. 7 [à paraître].

¹⁰⁴ Jaap H. Spoor, «The Copyright Approach to Copying on Internet» dans Hugenholtz, *supra* note 102, 67 à la p. 70; *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.; Apple Computer, Inc. c. 115778 Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 209, 71 D.L.R. (4^e) 95; *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9^e Cir. 1993); Fishman, *supra* note 85 aux pp. 189-91.

¹⁰⁵ Voir par ex., à propos des cassettes audio, Yves Gaubiac, «Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d'auteur (II)» (1985) 123 R.I.D.A. 107 à la p. 109.

¹⁰⁶ Yohan Benizri, «L'hyperlien : mise à jour, mise à disposition et mise à mort» (2006) 3 Revue de droit et technologie de l'Université d'Ottawa 457 [Benizri, «L'hyperlien»].

¹⁰⁷ Voir Gabriel de Broglie, *Le droit d'auteur et l'internet*, Paris, Presses universitaires de France, 2001 aux pp. 19-20.

nombre de copies que l'on pourra effectuer et le temps de copie s'amenuise de façon proportionnelle à l'évolution des technologies. Si le droit de reproduction et l'Internet ne semblent vraiment pas faits l'un pour l'autre, il nous apparaît certain que le premier devrait s'appliquer au second¹⁰⁸. Il ne l'est pourtant pas, ou, plus exactement, il n'est appliqué que de manière négligeable, car l'utilisation massive des œuvres sur l'Internet ne permet pas d'avoir une emprise réelle sur toutes les copies.

Un autre exemple de l'inadéquation évidente de notre conception actuelle du droit d'auteur est celui des échanges de fichiers par logiciels de type «pair-à-pair» («*peer-to-peer*» ou «P2P»). De nombreux auteurs se sont penchés sur ce sujet et nous ne l'analyserons donc pas en détail dans les limites de cette étude¹⁰⁹. Soulignons simplement que tous les mécanismes traditionnels — droit de reproduction, de communication au public ou encore, récemment, de mise à disposition — ont été mis à contribution pour tenter de mettre un terme à cette activité. Malgré le récent jugement de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Grokster*¹¹⁰ et les conséquences de ce dernier¹¹¹, au moment d'écrire ces lignes, les sites d'échanges de fichiers sont toujours disponibles et faciles d'accès. Cela nous apparaît être une bonne chose. En effet, à vouloir appliquer aveuglément le droit d'auteur sur l'Internet, on risque de freiner l'innovation¹¹². Or, nous avons développé plus haut que la tendance générale au niveau des objectifs du droit d'auteur était très précisément l'inverse.

¹⁰⁸ Voir Ysolde Gendreau, «Le droit de reproduction et l'Internet» (1998) 178 R.I.D.A. 1 ; Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*, New York, New York University Press, 2001 à la p. 152 («*In the digital environment, one cannot gain access to a news story without making several copies of it. If I want to share my morning newspaper with a friend, I just give her the object. I do not need to make a copy. But in the digital world, I do. When I click on the web site that contains the news story, the code in my computer's random access memory is a copy. The source code in hypertext markup language is a copy. And the image of the story on the screen is a copy. If I want a friend to read the story as well, I must make another copy that is attached to an e-mail. The e-mail might sit as a copy on my friend's server. And then my friend would make a copy in her hard drive when receiving the e-mail, and make others in RAM and on the screen while reading it. Copyright was designed to regulate only copying. It was not supposed to regulate one's rights to read or share*»).

¹⁰⁹ Voir notamment Jessica Litman, «Sharing and Stealing» (23 novembre 2003), en ligne : Social Science Research Network <<http://ssrn.com/abstract=472141>>; Daniel J. Gervais, «Transmissions of Music on the Internet: An Analysis of the Copyright Laws of Canada, France, Germany, Japan, the United Kingdom, and the United States» (2001) 34 Vand. J. Transnat'l L. 1363 ; Benizri, «Licence légale», *supra* note 66 ; Jean-Baptiste Soufron, «Le peer-to-peer face à la logique du droit d'auteur : Vers la nécessaire reconnaissance du droit du public» (1^{er} juillet 2003), en ligne : Jean-Baptiste Soufron <<http://soufron.free.fr/files/p2p.pdf>>; Fisher, *Promises*, *supra* note 20.

¹¹⁰ *Supra* note 92. Comparer *BMG Canada Inc. c. John Doe*, 2005 CAF 193, [2005] 4 C.F. 81.

¹¹¹ Par exemple, l'on ne peut plus installer Limewire, un autre programme de pair-à-pair, si l'on n'accepte pas de déclarer «*I will not use Limewire BASIC for copyright infringement*» (en ligne : Limewire <<http://www.limewire.com>>).

¹¹² Voir Adam M. Eisgrau et Fred Von Lohmann, «MGM v. Grokster: Balancing the Protection of Copyright and Technological Innovation» (28 juillet 2005), en ligne : Electronic Frontier Foundation <http://www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/p2punitd_testimony.pdf>.

Stimuler la création en tenant compte des intérêts des titulaires et des utilisateurs doit rester l’objectif principal des autorités publiques, tel que nous l’expliquerons dans notre prochaine partie.

De nombreux autres problèmes spécifiques à l’Internet se posent¹¹³. Ils ont alarmé les États-Unis dès 1995. Malheureusement, il ne nous est pas possible de les étudier tous dans cette partie¹¹⁴. Ils sont le plus souvent causés par ce que George Takach a nommé les quatre dynamiques du droit des technologies de l’information, savoir, la rapidité du changement technologique, la nature éphémère de l’information, la confusion des sphères publique et privée et, enfin, l’érosion des frontières entre les problèmes nationaux et les problèmes internationaux¹¹⁵. Ils apparaîtront au fur et à mesure de nos commentaires sur les modèles théoriques de réglementation à l’heure numérique. Nous ne développerons pas non plus les différences entre les précédentes innovations technologiques et l’Internet. Nous pensons avoir suffisamment démontré l’inadéquation des règles anciennes et nous espérons avoir fait voler en éclats le mythe de la neutralité technologique. Bien sûr, certains défendent que l’émergence de la technologie a permis une protection renforcée en même temps qu’une violation plus facile. Cette idée procède, selon nous, d’un raisonnement erroné. La technologie a effectivement un potentiel régulateur important, mais il ne faudrait pas le surestimer. Nous en discuterons plus longuement dans la partie consacrée à l’autorégulation.

Pour conclure sur l’influence de la technologie, et spécialement de l’Internet, il est instructif de se référer à la conclusion d’un article de David Johnson et David Post :

[...] [W]hen the “persons” in question are not whole people, when their “property” is intangible and portable, and when all concerned may readily escape a jurisdiction they do not find empowering, the relationship between the “citizen” and the “state” changes radically. Law, defined as a thoughtful group conversation about core values, will persist. But it will not, could not, and should not be the same law as that applicable to physical, geographically-defined territories¹¹⁶.

Quant à savoir si l’on souhaite voir émerger une nouvelle réglementation en matière de droit d’auteur, il faut en mesurer les conséquences et cela devrait faire l’objet d’une étude extrêmement approfondie. Mais si ces auteurs se référaient, en employant le terme *law*, au «mode» de réglementation, nous adhérons pleinement à leur propos. Nous nous dirigeons donc ainsi vers l’analyse des différentes options dont disposent les législateurs.

¹¹³ Voir David R. Johnson et David Post, «Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace» (1996) 48 Stan. L. Rev. 1367 ; Michael Geist, *Internet Law in Canada*, 3^e éd., Concord (Ont.), Captus Press, 2002 ; de Broglie, *supra* note 107 aux pp. 19-26 ; Georges Chatillon, dir., *Le droit international de l’internet*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

¹¹⁴ Voir Lehman et Brown, *supra* note 97.

¹¹⁵ *Supra* note 13 à la p. 2.

¹¹⁶ *Supra* note 113 à la p. 1402.

C. Conclusion du deuxième chapitre

D'aucuns considéreront, même à la lecture de nos propos, que le droit ne nécessite aucun changement quel qu'il soit. Ce sont ceux-là même qui ne reconnaissent pas les révolutions scientifiques en droit¹¹⁷. Nous ne sommes pas persuadés de l'avènement d'un droit entièrement nouveau à l'ère postmoderne, mais ce dont nous sommes convaincus, c'est que l'histoire du droit d'auteur témoigne du fait que l'évolution du droit est quelque chose de tout à fait apodictique. Nous pensons avoir démontré que le défi technologique ne peut être éludé et qu'il doit faire l'objet d'une étude approfondie, de manière à déterminer son impact sur la législation existante. Parce qu'il s'agit du droit d'auteur et parce que l'Internet est fondamentalement différent, l'inapplication *de facto* de ce droit sur le réseau était presque inévitable. Nous nous attellerons maintenant à dégager ce que nous pressentons être la meilleure manière de réguler l'environnement numérique, en gardant à l'esprit tant la politique juridique du droit d'auteur dégagée dans notre première partie, que la nécessité absolue d'une mise en œuvre efficace de la réglementation.

III. Les modèles théoriques de réglementation à l'heure numérique

Dans cette partie, nous souhaitons dégager les différents modes de réglementation possibles et leurs applications. Nous analyserons les avantages et les inconvénients de chaque modèle, en nous intéressant particulièrement à leur applicabilité à l'Internet, mais nous insisterons davantage sur la corégulation. Il ne sera pas question, sinon dans une mesure limitée, de défendre qu'il ne faudrait pas appliquer le droit d'auteur sur l'Internet. Non seulement cela ne nous semble pas souhaitable au regard du caractère incitatif du *copyright*, mais, de plus, une telle assertion nous apparaît presque ridicule au vu de la direction qu'ont pris la législation et la jurisprudence mondiales. Il faut tout de même noter que cette volonté de voir toute législation abolie a eu une influence notable aux premières heures de l'Internet. John Perry Barlow prônait, dans une prose pour le moins intéressante, une liberté totale dans le cyberspace. Il y voyait un espace complètement indépendant des régulations étatiques ou supra-étatiques :

*Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather*¹¹⁸.

¹¹⁷ Voir Benoît Frydman, «Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques?» *Journal des tribunaux* n° 5821 (7 décembre 1996) 809.

¹¹⁸ John Perry Barlow, «A Declaration of the Independence of Cyberspace» (8 février 1996), en ligne : Electronic Frontier Foundation <<http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>.

Il a été suivi par certains auteurs et l'association qu'il a fait naître, l'Electronic Frontier Foundation, est aujourd'hui l'un des acteurs majeurs de l'Internet¹¹⁹. Il ne faut tout de même pas se méprendre, même si le rêve d'un réseau sans droit a quelque chose de romantique. En effet, il ne faudrait pas confondre le constat des difficultés d'application du droit d'auteur dans l'environnement numérique avec le souhait que celui-ci ne s'applique pas. Le droit d'auteur *devrait être* applicable¹²⁰, bien qu'il ne le soit pas actuellement ou, plus précisément, qu'il ne soit appliqué que de façon négligeable. Cependant, l'Internet demeure un phénomène global qui nécessite sans aucun doute d'être régulé¹²¹.

Il est donc primordial de s'interroger sur ce qui rend le droit inappliqué, sans se méprendre en arguant que le droit non appliqué devient non applicable¹²². La nuance est fine, mais n'en est pas moins réelle. Nous tenterons donc de démontrer que l'inapplicabilité du droit d'auteur trouve sa source dans le mode de réglementation que l'autorité adopte. En étudiant la légitimité, tant formelle que substantielle, et l'efficacité des approches législatives, nous pourrions en effet observer si et dans quelles mesures celles-ci influencent le droit d'auteur dans l'environnement numérique.

A. La réglementation étatique et supra-étatique

De manière générale, et assez logiquement, le droit est l'outil par lequel une société est régulée. On lui reconnaît, en principe, deux caractéristiques essentielles : la légitimité et l'applicabilité. Soulignons qu'il est ici question de la réglementation classique, où l'autorité se propose de promulguer, rechercher et punir les violations du droit d'auteur. Nous ne comptons pas nous pencher sur les fondements de la légitimité de l'instrument législatif, puisque cela relève plutôt du droit public¹²³. Nous étudierons cependant la conformité des normes générées par l'instrument législatif à la base de la politique du droit d'auteur. Il s'agira, de manière générale, de dégager dans quelles mesures cet instrument traditionnel, lorsque confronté aux réseaux numériques, présente de singulières imperfections. Cela renforcera la conviction, exprimée plus haut, selon laquelle le droit d'auteur n'a rien de technologiquement neutre.

¹¹⁹ Voir par ex. Johnson et Post, *supra* note 113 ; en ligne : Electronic Frontier Foundation <<http://www.eff.org>>.

¹²⁰ Voir de Broglie, *supra* note 107 à la p. 27.

¹²¹ Voir Andrew L. Shapiro, *The Control Revolution: How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know*, New York, Public Affairs, 1999 aux pp. 217-30 ; Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999 aux pp. 213-21 [Lessig, *Code*].

¹²² Voir Mark A. Lemley, «The Law and Economics of Internet Norms» (1997-98) 73 *Chicago-Kent L. Rev.* 1257.

¹²³ Voir Rolf H. Weber, *Regulatory Models for the Online World*, Zurich, Schulthess, 2002 à la p. 57 [Weber, *Regulatory Models*].

Si le droit d'auteur a vocation à s'appliquer sur l'Internet, les gouvernements ont dû s'adapter pour passer de la vocation à l'efficacité («*from applicability to enforceability*»). Les traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle en matière d'Internet¹²⁴, la *Directive 2001/29/CE*¹²⁵, le *DMCA* aux États-Unis¹²⁶ et le *Projet de loi C-60* au Canada¹²⁷, sont autant d'exemples de cette volonté d'encadrer le phénomène numérique par le biais de la loi. Cela nous apparaît être une bonne chose, mais renoncer à la neutralité technologique est un devoir si l'on veut réellement avoir une emprise sur les industries novatrices et sur les créations elles-mêmes. Cela étant, les efforts répétés des gouvernements et organismes supra-étatiques afin de faire passer le droit d'auteur d'un droit bafoué à un droit appliqué n'ont été récompensés que par des succès mitigés¹²⁸. De l'extension de la durée du droit d'auteur à l'introduction d'un droit de mise à disposition dans la liste des prérogatives de l'auteur, celui-ci voit toujours son œuvre circuler librement sur l'Internet. La question qui vient immédiatement à l'esprit est évidente : pourquoi? Plusieurs raisons justifient cet état de fait et les faiblesses de la réglementation traditionnelle ont été mises en exergue par de nombreux auteurs. On peut distinguer celles d'entre-elles qui ont trait à l'efficacité du droit d'auteur sur le réseau et celles qui ont trait à la légitimité de l'intervention législative.

1. Efficacité

Notons en premier lieu une difficulté évidente : l'érosion de la frontière entre les problèmes nationaux et internationaux dont nous parlions précédemment. En effet, le caractère international de l'Internet entraîne une exploitation mondiale des œuvres à laquelle la réglementation classique n'a pas les moyens de répondre¹²⁹. Le droit international privé n'est pas facile d'application dans un monde sans frontières. En effet, «la détermination même du pays d'origine de l'œuvre pourra poser des difficultés redoutables tant il est délicat de savoir, sur l'internet, l'emplacement géographique de votre lieu d'entrée sur le réseau, pour autant que ces notions mêmes aient encore un sens dans cet environnement»¹³⁰. Benoît Frydman ajoute que la nature de l'Internet entraîne souvent, en droit international privé, sur des voies sans issue. Si le droit international privé a pour effet de rendre applicables plusieurs législations dont le contenu et les mécanismes diffèrent, on devrait reconnaître son

¹²⁴ *Traité OMPI sur le droit d'auteur*, supra note 63 ; *Traité OMPI sur les interprétations*, supra note 70.

¹²⁵ *Supra* note 61.

¹²⁶ *Supra* note 5.

¹²⁷ P. L. C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 1^{ère} sess., 38^e Parl., 2005 [Projet de loi C-60]. Ce projet de loi a été écarté à la suite de la chute du gouvernement.

¹²⁸ Voir *contra* Lemley, supra note 122 à la p. 1294.

¹²⁹ Voir Emmanuel Derieux, «La régulation internationale de l'Internet : régime de responsabilité et droit d'auteur» (2001) 2 *Annuaire français des relations internationales* 889 à la p. 900.

¹³⁰ Voir de Broglie, supra note 107 à la p. 36.

inadéquation¹³¹. Il s'agit d'un premier indice de l'inapplicabilité d'un droit que l'on espère voir appliqué par des mécanismes qui ne cadrent pas avec les nouvelles technologies. Ainsi, l'efficacité des droits de l'auteur est singulièrement remise en question¹³².

Les traités internationaux peuvent sembler répondre à ce type de problème. S'ils ne prévoient, logiquement, rien en matière de droit international privé, l'uniformisation dont ils sont les vecteurs aurait probablement pour effet de résoudre cette difficile question¹³³. En matière de droit d'auteur, nous notons la *Convention de Berne*¹³⁴, l'*ADPIC*¹³⁵, la *Directive 2001/29/CE*¹³⁶ ainsi que les traités pertinents de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle¹³⁷. Cette dernière institution a d'ailleurs tout un programme consacré au droit d'auteur dans l'environnement numérique¹³⁸. Bien entendu, d'aucuns peuvent formuler le souhait de voir naître une convention internationale sur les principes régissant les activités dans le cyberspace et il est important de suivre les développements intéressants de cette matière¹³⁹.

Cependant, ni la réglementation traditionnelle, ni le droit international, ne peuvent répondre à la demande de flexibilité et de réactivité d'une technologie toujours en mouvement. Lorsque ces instruments sont utilisés par une autorité qui entend promulguer, rechercher et punir, on s'aperçoit vite de leurs limites. On le constate, la technologie évolue à une vitesse impressionnante, alors que la loi, et le traité de manière encore plus remarquable, doivent se mûrir. Le risque est donc de voir une loi adoptée avec un retard important¹⁴⁰, ce qui serait préjudiciable à son

¹³¹ Benoît Frydman, «Quel droit pour l'Internet ?» dans *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, 279 à la p. 282 [Frydman, «Quel droit ?»].

¹³² Voir de Broglie, *supra* note 107 à la p. 32.

¹³³ Une difficulté similaire a été ainsi résolue en matière d'activités maritimes, où il s'opère en effet un changement de paradigme entre une approche territoriale, qui ne fonctionne plus, et une approche fonctionnelle. Voir Jean-Jacques Lavenue, «Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis» (1996) 3 R.R.J. 811.

¹³⁴ *Supra* note 35.

¹³⁵ *Supra* note 71.

¹³⁶ *Supra* note 61.

¹³⁷ *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, *supra* note 63 ; *Traité de l'OMPI sur les interprétations*, *supra* note 70.

¹³⁸ Voir Mihály Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: the 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford, Oxford University Press, 2002. Voir aussi Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *Plan d'action dans le domaine du numérique de l'OMPI*, en ligne : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle <http://www.wipo.int/copyright/fr/digital_agenda.htm>.

¹³⁹ Voir Rolf H. Weber, *Towards a Legal Framework for the Information Society*, Zurich, Schulthess, 2003 à la p. 72 [Weber, *Legal Framework*] ; Lavenue, *supra* note 133.

¹⁴⁰ Voir Weber, *Regulatory Models*, *supra* note 123 à la p. 59 ; Christian Paul, *Du droit et des libertés sur l'internet : La corégulation, contribution française à une régulation mondiale*, Paris, République française, 2000 à la p. 61.

efficacité. Si, en effet, une loi qui ne correspond plus à la réalité technologique du moment est adoptée, son influence sera à peu près nulle.

Il faut également s'attacher à déterminer si une loi est assez étoffée pour s'appliquer aux situations juridiques nouvelles que l'Internet peut induire. On remarquera, comme Gabriel de Broglie, que la loi est souvent lacunaire¹⁴¹. Nous discutons plus haut de l'exemple des échanges de fichiers par le biais de logiciels de type pair-à-pair, où l'autorité, se trouvant dans l'impossibilité d'encadrer ce phénomène, a affublée la loi, par le biais des traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, d'un nouveau droit, la mise à la disposition¹⁴². Enfin, en admettant même la possibilité d'une réglementation complète et cohérente, l'applicabilité du droit est encore menacée par la lenteur qui caractérise les systèmes policier et judiciaire. Comme le rappelle Christian Paul, «la construction jurisprudentielle s'avère progressive et lente puisqu'elle nécessite l'attente des décisions des juridictions supérieures pour acquérir sa valeur»¹⁴³.

Sur une note plus légère, l'exemple donné par une bande dessinée suffira à nous éclairer¹⁴⁴. On y voit un enfant courir dans une maison et l'on devine sa mère, de loin, qui lui crie d'arrêter. L'enfant s'arrête un instant et dit : «*The law is on the books but it will take all their resources to enforce it*»¹⁴⁵, avant de s'envoler sous les cris vains de sa mère. Dans le contexte de l'Internet, cette phrase prend évidemment tout son sens. L'enfant représente les utilisateurs, et sa mère, le policier ou l'organe de surveillance chargé d'appliquer une norme. On peut facilement deviner que le manque de ressources est, sur le réseau, bien plus problématique.

2. Légitimité

Il existe deux types de légitimité : celle qui porte sur l'institution elle-même et celle qui a trait au contenu que fait naître l'institution. Ainsi, lorsqu'on s'interroge sur l'instrument législatif en lui-même, sans en analyser le contenu, on s'aperçoit rapidement de sa légitimité. On peut en effet critiquer l'une ou l'autre norme pour son manque de clarté ou son injustice, la légitimité des instruments législatifs n'est pas mise en cause, du moins dans les pays démocratiques¹⁴⁶. Toutefois, il faut également se poser la question de savoir si le contenu généré par l'institution est légitime, cette fois en fonction de la politique juridique du droit d'auteur que nous avons dégagée plus haut. Si on accepte l'assertion selon laquelle le droit d'auteur, comme le

¹⁴¹ *Supra* note 107 aux pp. 37-48.

¹⁴² On peut aussi citer l'exemple du régime des hyperliens, justement affecté par ce même droit. Voir Benizri, «L'hyperlien», *supra* note 106.

¹⁴³ *Supra* note 140 à la p. 61.

¹⁴⁴ Bill Watterson, *Calvin & Hobbes*.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Contra* Viktor Mayer-Schönberger, «The Authority of Law in Times of Cyberspace» (2001) 1 *Journal of Law Technology & Policy* 1 à la p. 8.

copyright, tend à se fonder sur la théorie économique, cela signifie que l’innovation doit occuper une place importante dans les considérations qui pèsent sur l’adoption des normes. Or, comme le note Lawrence Lessig, lorsqu’il s’agit de l’application du droit d’auteur sur l’Internet, les gouvernements ont vite fait de sacrifier cet objectif essentiel du droit d’auteur sur l’autel du contrôle que les titulaires de droits entendent exercer¹⁴⁷. «[W]e have established a regime where the future will be as the copyright industry permits»¹⁴⁸, écrit-il. Tout en reconnaissant que l’Internet a posé un problème particulier aux titulaires, qui voient leurs œuvres exploitées sans compensation, l’auteur critique la réponse de la loi. Si l’Internet a induit un déséquilibre, la loi ne devrait pas y répondre par un nouveau déséquilibre mais plutôt en essayant de le corriger¹⁴⁹. L’argument de l’auteur est fondé sur l’application stricte des principes qui sous-tendent le *copyright*. Le non-respect du fondement économique du droit d’auteur est donc le premier problème de la réglementation étatique au niveau de la politique juridique.

Comme nous pensons l’avoir démontré, la recherche d’une piste compensation et la mise en place d’un droit incitant à la création ne sont pas les seuls objectifs qu’il convient de poursuivre. Ainsi, un des principaux problèmes de la réglementation étatique et supra-étatique est qu’elle n’est pas destinée, en principe, à reposer sur une collaboration entre les acteurs privés et l’État. Or, on se rappellera utilement que la politique du droit d’auteur nécessite une recherche d’équilibre entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs. Cela entraîne un rejet par ces derniers des initiatives purement étatiques, car elles ont tendance à privilégier les auteurs¹⁵⁰. Si l’équilibre a été troublé dans le passé, c’était sans compter les associations d’utilisateurs, telle l’Electronic Frontier Foundation, qui s’élèvent aujourd’hui presque systématiquement contre toute tentative de réglementation¹⁵¹. Benoît Frydman rappelle que les juristes européens appréhendent souvent mal ce type d’associations et y voient un anarchisme déguisé¹⁵². D’une part, nous rejoignons ses conclusions lorsqu’il note que ces organismes sont parties intégrantes d’une certaine culture américaine qu’il faut éviter de confondre avec la tentation de l’anarchisme. D’autre part, nous pensons qu’il est primordial de tenir compte de leur impact, de les considérer comme une voix importante de la société civile et d’en mesurer l’importance, bien qu’il ne s’agisse, selon nous, que d’un symptôme. La législation présente en effet un problème plus grand que celui de l’inapplicabilité et elle ne tient pas, ou pas assez, compte des revendications des utilisateurs.

¹⁴⁷ Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Vintage Books, 2002 aux pp. 199-217 [Lessig, *The Future of Ideas*].

¹⁴⁸ *Ibid.* à la p. 201.

¹⁴⁹ *Ibid.* à la p. 200.

¹⁵⁰ Par ex. l’introduction du droit de mise à disposition ou le régime juridique des mesures techniques de protection.

¹⁵¹ Voir Frydman, «Quel droit ?», *supra* note 131 à la p. 286. Voir aussi *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

¹⁵² *Ibid.* aux pp. 286-87.

Or, l'Internet, en permettant justement ce dialogue, devient un instrument démocratique d'une valeur inestimable. En tant qu'espace public, il «offre notamment aux individus, devenus citoyens, le lieu d'une possible discussion sur les règles de la justice»¹⁵³. Il faut en effet se souvenir qu'

un des principaux arguments historiques en faveur des régimes représentatifs modernes, et donc à l'encontre de la démocratie directe, tenait à l'impossibilité technique de consulter l'ensemble des citoyens d'un État et pour ceux-ci de débattre en un même lieu. Un des mérites d'Internet consiste précisément à relativiser cette difficulté¹⁵⁴.

Cette possibilité démocratique est également décrite en termes de distance et de transparence¹⁵⁵. D'une part, il faut reconnaître que la distance entre les citoyens et leurs gouvernements s'est singulièrement amenuisée. D'autre part, on voit aussi se développer sur l'Internet un certain nombre d'initiatives qui ont pour objet de rendre les actions du pouvoir plus transparentes. En effet, comme le rappelle Christian Paul, les documents étatiques, les débats parlementaires, les lois et leurs commentaires sont plus que jamais faciles d'accès¹⁵⁶. À la politique du droit d'auteur, il faut donc ajouter le caractère ouvert de l'Internet en général. Tant que les gouvernements ne reconnaîtront pas ce caractère à l'Internet, ils ne pourront ériger un droit viable dans l'environnement numérique. Les utilisateurs, nous l'avons vu, ont un poids important et ils le revendiquent avec raison. Il faut donc trouver un moyen raisonnable de les impliquer dans l'élaboration des normes qui gouvernent l'environnement numérique.

L'absence totale de régulation dans l'univers numérique, défendue aux premières heures de l'Internet, n'est donc plus acceptée. Si la réglementation classique du droit d'auteur ne permet pas d'assurer la mise en application de celui-ci sur l'Internet, elle demeure légitime dans le sens le plus strict, bien qu'elle ne soit plus conforme à la politique juridique qui sous-tend le droit d'auteur. De ces différentes constatations se sont inspirés de nombreux auteurs pour proposer d'autres formes de régulation dans le cyberspace.

B. L'autorégulation et la réponse de la technologie

Une doctrine foisonnante s'est faite la championne d'un schéma normatif nouveau : l'autorégulation. Celle-ci doit être immédiatement distinguée d'une approche tout à fait anarchique. Elle suppose en effet l'établissement de normes, mais indépendamment de toute autorité. Voudrait-on définir plus précisément les contours de l'autorégulation, l'on se retrouverait impuissants face à l'abondance de concepts différents que ce mot désigne. Selon cette doctrine, les acteurs privés sont chargés de la création de normes qui peuvent prendre différentes formes. Nous étudierons dès

¹⁵³ *Ibid.* à la p. 300.

¹⁵⁴ *Ibid.* à la p. 301.

¹⁵⁵ *Supra* note 140 à la p. 30.

¹⁵⁶ *Ibid.*

lors brièvement les codes de conduites, l'architecture elle-même et, avec plus de détails, la régulation par le biais de la technologie.

1. De l'autre à soi : les codes de conduite

Il s'est développé sur l'Internet, du fait des lacunes de la réglementation étatique ou d'un souci de liberté, un usage marqué des codes de conduites. Ceux-ci se fondent sur le postulat suivant : l'évolution des technologies nécessite des règles souples, adaptées aux spécificités de chaque secteur d'activités. Par conséquent, les utilisateurs apparaissent être les mieux placés pour surmonter ces difficultés¹⁵⁷. Ils s'engagent alors eux-mêmes, et enjoignent les autres utilisateurs, à respecter un certain nombre de règles qu'ils tiendront pour loi. On a pu nommer cet ensemble de normes, en fonction des secteurs, «netiquette» ou «*lex electronica*»¹⁵⁸. Ainsi, les normes doivent être scrupuleusement appliquées et l'on n'hésite pas, par hypothèse, à condamner l'éventuel contrevenant à une expulsion ou une autre forme de répression tout à fait privée. Si ce schéma peut faire penser aux mécanismes traditionnels du commerce et, plus spécialement, à l'instrument puissant qu'est le contrat, il ne faudrait pas s'y méprendre : les contrats ne sont pas unilatéraux par nature, contrairement à la plupart des codes de conduite de l'Internet. On pourrait aussi rapprocher cette institution de la *lex mercatoria*, cette coutume qui consacre les usages honnêtes en matière commerciale¹⁵⁹. Cela étant dit, on notera, avec Benoît Frydman, que cette source du droit est généralement acceptée par les commerçants, par opposition aux règles de *netiquette*, qui «ne reflètent pas forcément leurs pratiques et qui ne bénéficient pas de leur consentement»¹⁶⁰. Dès lors, l'assertion selon laquelle l'autorégulation peut être définie comme «*a concept of private groups which — on their own initiative — make decisions that limit their behavior, bound only by broad laws of general application*»¹⁶¹ doit être nuancée. En effet, les usagers dont nous parlons sont évidemment les acteurs les plus importants d'un secteur d'activités donné. De ce fait, les codes de conduite sont le plus souvent imposés par les puissants qui agissent sur le réseau, qu'ils s'agissent d'intermédiaires, fournisseurs d'accès ou de services¹⁶² ou, plus rarement, de commerçants électroniques d'un secteur donné. Certains les qualifient de «codes volontaires des industries», à distinguer, selon Monroe E. Price et Stefaan G. Verhulst, des codes obligatoires, dont

¹⁵⁷ Voir Dominique Gillerot et Axel Lefebvre, *Internet : la plasticité du droit mise à l'épreuve*, Bruxelles, Fondation Roi Bauduin, 1998 à la p. 42.

¹⁵⁸ Voir Johnson et Post, *supra* note 113 ; Lavenue, *supra* note 133 à la p. 824 ; Frydman, «Quel droit ?», *supra* note 131 à la p. 310.

¹⁵⁹ Voir Vincent Gautrais, Guy Lefebvre et Karim Benyekhlef, «Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica*» [1997] R.D.A.I. 547.

¹⁶⁰ «Quel droit ?», *supra* note 131 à la p. 312.

¹⁶¹ Weber, *Regulatory Models*, *supra* note 123 à la p. 80 [nos soulignés].

¹⁶² Voir Reed, *supra* note 99 à la p. 301.

nous reparlerons ci-après, et des contrats de services¹⁶³. Ces derniers sont intéressants en ce qu'ils donnent aux codes volontaires de conduite, dont nous avons souligné le caractère unilatéral, une dimension contractuelle et légitime, dans une certaine mesure, la diffusion de ces codes¹⁶⁴.

Cependant, les codes de conduites, en tant qu'instruments de régulation du réseau, sont problématiques pour des raisons qui en occultent l'avantage unique, à savoir une applicabilité plus grande induite d'une participation directe des usagers¹⁶⁵ et de la possibilité d'une évolution rapide de ce type de normes¹⁶⁶. D'une part, en effet, comme en matière de liberté d'expression, le droit d'auteur est une matière complexe. Or, comme le constatent certains auteurs, la liberté d'expression ou les autres libertés fondamentales sont parfois violées par ces codes de conduite de manière à dégager les fournisseurs de services de toute responsabilité¹⁶⁷. Il n'est évidemment pas sain que la liberté d'expression sur le réseau dépende simplement de rapports de force économiques¹⁶⁸. D'autre part, nous avons démontré l'importance de l'équilibre entre auteurs et utilisateurs pour l'établissement d'un système de droit d'auteur viable. Or, les codes de conduite étant le plus souvent mis en place par les intermédiaires en matière de propriété littéraire et artistique, soit la protection est beaucoup trop forte, parce que les intermédiaires veulent éviter toute responsabilité, soit elle est trop faible, parce que ceux-ci ne mesurent pas la complexité de la matière ou veulent garder leurs membres. Par ailleurs, leurs objectifs sont souvent bien plus diversifiés que la simple application de la loi. Une étude montre en effet clairement qu'il peut s'agir notamment d'utiliser les codes de conduite comme des instruments publicitaires ou pour éviter la réglementation étatique¹⁶⁹. La légitimité d'une telle approche est donc à évaluer au cas par cas, mais qui le fera? Laisser à des acteurs qui dépendent essentiellement des règles du marché la régulation de la propriété intellectuelle n'est probablement pas souhaitable.

¹⁶³ *Self-Regulation and the Internet*, La Haye, Kluwer Law International, 2005 à la p. 31 ; de Broglie, *supra* note 107 à la p. 84.

¹⁶⁴ *Ibid.* à la p. 32 ; Frydman, «Quel droit ?», *supra* note 131 à la p. 312 (l'exemple communément cité est le contrat de services d'AOL).

¹⁶⁵ Ou, plus précisément, de certains d'entre eux. Voir Weber, *Legal Framework*, *supra* note 139 à la p. 73.

¹⁶⁶ Voir Price et Verhulst, *supra* note 163 aux pp. 42-44.

¹⁶⁷ Voir de Broglie, *supra* note 107 à la p. 84 ; Frydman, «Quel droit ?», *supra* note 131 à la p. 312.

¹⁶⁸ Voir de Broglie, *ibid.* aux pp. 84-85.

¹⁶⁹ Voir Philip Eijlander, «Possibilities and Constraints in the Use of Self-Regulation and Co-Regulation in Legislative Policy: Experiences in the Netherlands—Lessons to Be Learned for the EU ?», en ligne : (2005) 9:1 E.J.C.L. 2 à la p. 3 <www.ejcl.org>. Voir aussi Lessig, *Code*, *supra* note 121 à la p. 220. Lessig remarque :

When government steps aside, it is not as if nothing takes its place. Paradise does not prevail. It's not as if private interests have no interests, as if private interests don't have ends they will then pursue. To push the antigovernment button is not to teleport us to Eden. When the interests of government are gone, other interests take their place. Do we know what those interests are? Are we so certain they are better? (*ibid.*)

Enfin, soulignons que l'absence de stabilité est un défaut autant qu'un avantage des codes de conduite. Si l'évolution rapide des normes est assurée, c'est au prix de la prévisibilité qu'offre la réglementation étatique :

*At virtually any time, participants in a specific community can decide to abolish a self-regulatory structure without being forced to follow a specific procedure. The risk thus exists that a self-regulatory framework that has become too burdensome for the key players in the market will be weakened*¹⁷⁰.

Les codes de conduite, en tant que tels et à eux seuls, ne sont donc pas satisfaisants pour assurer l'applicabilité du droit d'auteur sur l'Internet. Nous noterons cependant plus loin leur utilité lorsqu'ils sont élevés au niveau de l'État par le biais du processus de corégulation.

2. De l'autre à l'architecture : le code

Dans un ouvrage paru en 1999, Lawrence Lessig discute des sources du droit sur l'Internet et développe l'idée selon laquelle l'architecture du réseau elle-même en constitue la loi principale, d'où la célèbre formule «*code is law*»¹⁷¹. Le postulat qui sous-tend cette assertion peut être résumé comme suit : l'ensemble des normes du réseau se divise en quatre catégories, soient la loi, le marché, les normes sociales et l'architecture¹⁷². L'architecture, les machines et les programmes qui la mettent en place ont une importance toute particulière pour Lessig, puisque ceux-ci permettront ou non certains usages. L'architecture se définit donc comme les normes qui sont intrinsèques à l'objet. Pour comprendre cette idée, il suffit de la transposer au monde physique. Prenons l'exemple de la taille minimale d'un immeuble de bureaux pour quatre-vingt personnes. La loi n'est alors qu'une norme secondaire qui peut, dans certains cas, s'avérer moins efficace que l'architecture pour remplir une fonction donnée. Si le but est d'éviter le vol de cet immeuble, la taille de celui-ci est plus efficace que le droit pénal¹⁷³. L'architecture du réseau a un effet similaire en ce qu'elle offre, puisqu'elle décentralise l'intelligence, un cadre qui permet la liberté et empêche, dans une large mesure, l'autorité de limiter cette liberté¹⁷⁴. Cependant,

[w]e must distinguish between two claims. One is that, given the architecture of the Net as it is, it is difficult for government to regulate behavior on the Net. The other is that, given the architecture of the Net, it is difficult for the government to regulate the architecture of the Net. The first claim, I believe, is true. The second is not. Even if it is hard to regulate behavior given the Net as it is, it is not hard for the government to take steps to alter, or supplement, the

¹⁷⁰ Voir Weber, *Regulatory Models*, supra note 123 à la p. 85.

¹⁷¹ *Code*, supra note 121.

¹⁷² *Ibid.* à la p. 88.

¹⁷³ *Ibid.* aux pp. 86-90.

¹⁷⁴ Pour un certain nombre d'exemples, voir Graham Greenleaf, «An Endnote on Regulating Cyberspace : Architecture vs Law ?» (1998) 21 U.N.S.W.L.J. 593 ; Lessig, *The Future of Ideas*, supra note 147 à la p. 35.

*architecture of the Net. And it is those steps in turn that could make behavior on the Net more regulable*¹⁷⁵.

Il faut remarquer que cette possibilité de réglementation, contenue dans la technologie elle-même, ne se réduit pas à un fantasme de Lessig. Timothy Wu¹⁷⁶, Joel R. Reidenberg¹⁷⁷ et Graham Greenleaf¹⁷⁸ sont du même avis, avec quelques différences qui leur sont propres. Même les critiques les plus amères de l'œuvre de Lessig reconnaissent à l'architecture ce potentiel¹⁷⁹.

L'architecture peut donc être modifiée de manière à faire respecter un certain nombre de règles. Et Lessig d'avancer, nombreux exemples à l'appui, que le code (architecture) devient progressivement le code (loi). En matière de droit d'auteur particulièrement, l'architecture, selon un scénario presque apocalyptique, détrônerait la loi¹⁸⁰. Il ajoute, dans un article publié peu après son livre :

*[t]here is nothing to guarantee that the regime of values constituted by code will be a liberal regime; and little reason to expect that an invisible hand of code writers will push it in that direction. Indeed, to the extent that code writers respond to the wishes of commerce, a power to control may well be the tilt that this code begins to take*¹⁸¹.

Rejoint par d'autres, il dénonce le discours libertaire et plaide dès lors pour une action collective, pour plus de réglementation¹⁸². Ce ne serait qu'en suivant cette voie que l'on éviterait le désastre d'un réseau dont les règles seraient fixées par le marché. Si nous adhérons pleinement à l'analyse de Lessig quant à l'importance du code dans la régulation de l'Internet, nous nous distançons de ses conclusions sur deux points¹⁸³. Tout d'abord, utiliser de la réglementation étatique pour combler les lacunes d'une autorégulation technique n'apparaît pas judicieux au vu de nos commentaires sur le mécanisme traditionnel de réglementation. Lessig lui-même reconnaît, dans un écrit

¹⁷⁵ Lessig, *Code*, *supra* note 121 aux pp. 43-44.

¹⁷⁶ «Application-Centered Internet Analysis» (15 mars 1999), en ligne : Social Science Research Network <<http://ssrn.com/abstract=157928>>; Timothy Wu, «When Code Isn't Law» (2003) 89 Va. L. Rev. 679. Voir aussi Pierre Trudel, «Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ?» (2000) 32 Sociologie et sociétés 189 aux pp. 203-04.

¹⁷⁷ «Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology» (1998) 76 Tex. L. Rev. 553.

¹⁷⁸ *Supra* note 174.

¹⁷⁹ Voir David G. Post, «What Larry Doesn't Get : Code, Law, and Liberty in Cyberspace» (2000) 52 Stan. L. Rev. 1439.

¹⁸⁰ *Supra* note 121 à la p. 126.

¹⁸¹ Lawrence Lessig, «The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach» (1999) 113 Harv. L. Rev. 501 à la p. 548.

¹⁸² *Code*, *supra* note 121 aux pp. 66 et suivantes. Pour une réponse circonstanciée de ce mouvement, voir notamment Post, *supra* note 179. Voir aussi Stuart Biegel, *Beyond our control ? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2001 à la p. 314 ; Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 2006 à la p. 18.

¹⁸³ Pour d'autres critiques, voir Weber, *Regulatory Models*, *supra* note 123 aux pp. 98-99.

ultérieur, que la loi devrait faire face à d’importants problèmes de mise en œuvre si elle tentait de réglementer l’usage de l’architecture. Il note, comme nous l’avons fait plus haut, que cet instrument manquerait de flexibilité¹⁸⁴. De plus, et en cela nous arrivons à notre prochaine section, aussi important que puisse paraître le code, il ne faudrait pas y voir une solution miracle.

3. De l’autre à la machine : la réponse de la technologie

Longtemps avant que Lessig ne formule l’hypothèse que nous venons d’étudier, selon laquelle, *globalement*, l’architecture de l’Internet est sa loi la plus importante, les titulaires de droits d’auteur cherchaient déjà, *localement*, dans la technologie elle-même, la réponse à la technologie. Nous exposerons maintenant, de manière aussi concise que possible, les initiatives dans ce domaine et leur opportunité en tant que moyens de régulation du droit d’auteur sur l’Internet. Les critiques que nous formulerons vaudront également, *mutatis mutandis*, à l’égard de la théorie de Lessig.

On nomme «gestion numérique des droits» («*Digital Rights Management*») une variété d’outils numériques principalement destinés à faire respecter des droits. Il peut s’agir d’identifier l’œuvre, d’en restreindre son utilisation ou encore d’en empêcher la communication ou la reproduction à l’aide de mesures de protection technologiques¹⁸⁵. Pour comprendre cette matière, encore faut-il en dégager les tenants et aboutissants législatifs. Nous nous concentrerons ensuite sur les problèmes posés par l’usage de la technologie.

Déjà en 1991, bien avant que l’usage massif des œuvres n’en fasse une priorité pour les grands éditeurs de contenu numérique, la matière avait été abordée dans une directive européenne à propos des programmes d’ordinateurs¹⁸⁶. L’autorité européenne, tel que nous le supposons, pressentait déjà l’influence de ce type de mesures dans l’environnement numérique. Elle faisait donc presque aveu d’échec en introduisant un système destiné à punir quiconque contreviendrait à cette forme de réglementation privée. Elle disposait tout de même prudemment, et de manière assez restrictive¹⁸⁷, que ne seraient punies que les personnes qui «mettr[aient] en circulation ou dét[rieraient] à des fins commerciales tout moyen ayant pour seul but de faciliter

¹⁸⁴ Lawrence Lessig, *Free Culture : How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York, Penguin Press, 2004 aux pp. 193-94.

¹⁸⁵ Par exemple, on empêchera la lecture d’un certain fichier sur plusieurs médiums différents ou encore les copies successives. Voir de Broglie, *supra* note 107 aux pp. 73-76. Pour la typologie des mesures techniques, voir Séverine Dusollier, *Droit d’auteur et protection des œuvres dans l’univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2005 aux pp. 39-54.

¹⁸⁶ Voir CE, *Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d’ordinateur*, [1991] J.O. L 122/42, art. 7.1(c) [*Directive 91/250/CEE*].

¹⁸⁷ Voir Thierry Maillard, «Mesures techniques de protection, logiciels et acquis communautaire : Interfaces et interférences des directives 91/250/CEE et 2001/29/CE» (2005) 5 *Revue Lamy Droit de l’Immatériel* 1.

la suppression non autorisée ou la neutralisation de tout dispositif technique éventuellement mis en place pour protéger un programme d'ordinateur»¹⁸⁸. De même, dès 1992 aux États-Unis, on interdisait de contourner une protection technologique visant à interdire la copie en série¹⁸⁹. Le libellé précis et restrictif de ces deux instruments n'est pas fortuit, mais il a été défié par l'adoption, en 1996, des traités relatifs à l'Internet de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Ceux-ci mettent en place un système similaire en matière de droit d'auteur et de droits voisins, mais ne limitent pas leurs champs d'application aux seuls programmes d'ordinateurs ou à la copie en série. En effet, l'article 11 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* et l'article 18 du *Traité de l'OMPI sur les interprétations* obligent les États à adopter des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques qui sont mises en œuvre par les titulaires de droits et qui restreignent l'accomplissement d'actes qui ne sont pas autorisés par les titulaires ou permis par la loi¹⁹⁰. Le *DMCA* aux États-Unis, la *Directive 2001/29/CE* et le Projet de loi C-60, maintenant avorté, ont pour objet d'introduire dans les législations nationales le contenu de ces traités. Sans entrer dans les difficultés d'adaptation des législations nationales ou régionales aux exigences des traités internationaux, nous noterons que les dispositions anti-contournement ont finalement été adoptées dans la plupart des régions concernées¹⁹¹.

Bien qu'elles soient différentes, ces législations se trouvent tout de même être remarquablement similaires quant à leurs défauts. Nous l'avons dit, l'idée même de protéger les mesures de protection technologiques procède, selon nous, d'un aveu d'échec des autorités étatiques et supra-étatiques, qui correspond aux lacunes que présente la réglementation classique¹⁹². C'est également un aveu d'échec de la technologie elle-même : si la technologie suffisait à faire appliquer le droit d'auteur, il ne serait pas nécessaire de lui adjoindre une protection législative. Comme l'écrit très justement Jane Ginsburg :

[...] supplying a technological lock may offer only short-lived solace: the measure may be effective only for so long as it takes to develop and distribute a device to break it. If end users may easily procure the means to circumvent technological impediments, then we are back where we started, without a middleman against whom copyright may effectively be enforced. Hence the conclusion followed that legal protection supplemented by technological protection will fail unless the technological protection is in turn backed up by

¹⁸⁸ *Directive 91/250/CEE*, supra note 186, art. 7.1(c).

¹⁸⁹ Voir 17 U.S.C. § 1002(c) (1992).

¹⁹⁰ *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, supra note 63, art. 11 ; *Traité de l'OMPI sur les interprétations*, supra note 70, art. 18.

¹⁹¹ Voir Jeffrey P. Cunard, Keith Hill et Chris Barlas, *Tendances récentes dans le domaine de la gestion numérique des droits*, Genève, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, 2004.

¹⁹² Voir la partie III.A.

further legal protection against the provision of circumvention devices or services [note omise]¹⁹³.

Cela se rapproche de la métaphore du mur et du canon. Le mur a beau s'épaissir pour protéger la forteresse, la puissance du canon sera inévitablement, avec le temps, ajustée pour le percer. De plus, l'utilisation de la technologie comme moyen de régulation amène à considérer quelques questions. Il faut en effet en premier lieu analyser si et dans quelles mesures ce type de régulation correspond à l'équilibre recherché entre les droits des titulaires et ceux des utilisateurs. Si les éditeurs de contenu détiennent le pouvoir de déterminer l'étendue de leurs droits et qu'il n'est pas possible pour les utilisateurs de s'y opposer, y a-t-il encore équilibre des intérêts? La doctrine¹⁹⁴ et la jurisprudence¹⁹⁵ à travers le monde illustrent parfaitement notre propos. On y discute de la possibilité, pour les éditeurs, d'empêcher les utilisateurs de jouir des exceptions au droit d'auteur dont ils sont les bénéficiaires, qu'il s'agisse de la théorie de l'épuisement des droits, de la copie privée ou de l'utilisation équitable. À titre d'exemple, aux États-Unis, l'affaire «DeCSS» s'est soldée par la condamnation d'un étudiant qui avait écrit un programme permettant de contourner la protection anti-copie des DVDs¹⁹⁶. En France, dans l'affaire *Studio Canal*, un consommateur se plaignait de n'avoir pas pu copier un DVD sur une cassette vidéo alors qu'il aurait du bénéficier de l'exception pour copie privée. La Cour de cassation a cependant décidé de casser l'arrêt condamnant les éditeurs, en disposant que la

¹⁹³ Jane C. Ginsburg, «Legal Protection of Technological Measures Protecting Works of Authorship : International Obligations and the US Experience» (Août 2005), Columbia Public Law Research Paper N° 05-93 à la p. 3, en ligne : Social Science Research Network <<http://ssrn.com/abstract=785945>>. Voir aussi Dusollier, *supra* note 185 aux pp. 55-57 («[L]a loi vient électrifier la clôture technique, par la sanction de son effraction», à la p. 57).

¹⁹⁴ Voir notamment Dusollier, *ibid.* à la p. 204. Dusollier note qu'«[à] parcourir les différentes législations européennes et américaines récentes, il apparaît que le sort des exceptions aux droits de l'auteur est fortement fragilisé. [...] la protection juridique de cette protection technique s'embarrasse assez peu des exceptions et limitations aux droits de l'auteur, en dépit du souci des traités OMPI de 1996 d'en sauvegarder le bénéfice effectif» (*ibid.*); Dan L. Burk et Julie E. Cohen, «Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems» (2001) 15 Harv. J.L. & Tech. 41; David Lange et Jennifer Lange Anderson, «Copyright, Fair Use and Critical Appropriation» (2001), en ligne : Center for the Study of the Public Domain <<http://www.law.duke.edu/pd/papers/langeand.pdf>>; Glynn S. Luney Jr., «The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying and the Digital Millennium Copyright Act» (2001) 87 Va. L. Rev. 813; Bernt Hugenholtz, «Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid» (2000) 11 Eur. I.P. Rev. 499; Jane Bailey, «Deflating the Michelin Man: Protecting Users' Rights in the Canadian Copyright Reform Process» dans Geist, *supra* note 3, 125.

¹⁹⁵ Voir par ex. Cass. civ. 1^{re}, 28 février 2006, J.C.P. 2006.II.10084 (note André Lucas) [*Studio Canal*]; *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F.Supp.2d 294 (S.D.N.Y. 2000) [*Reimerdes*]; *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429 (2^e Cir. 2001) [*Corley*]; *Sony Computer Entertainment America Inc. v. Gamemasters*, 87 F. Supp. 2d. 976 (N.D. Cal. 1999). De manière différente, considérant les mesures de protection technologique comme des vices cachés, voir Trib. gr. inst. Paris, 10 janvier 2006.

¹⁹⁶ Voir *Reimerdes*, *ibid.*; *Corley*, *ibid.*

copie privée pouvait avoir un effet non négligeable sur l'exploitation normale de l'œuvre et devait donc être écartée au profit de la protection technologique¹⁹⁷.

Le pouvoir exorbitant des éditeurs apparaît donc, éclatant. Aurait-on trouvé une façon miraculeuse de réguler l'environnement numérique? Nous ne le pensons pas. Il n'est évidemment pas normal que les droits des (ou les exceptions au profit des) utilisateurs soient ainsi sacrifiés sur l'autel de l'applicabilité. À cet effet, il est intéressant de noter les remarques de Dan Burk et Julie Cohen :

Where technological constraints substitute for legal constraints, control over the design of information rights is shifted into the hands of private parties, who may or may not honor the public policies that animate public access doctrines such as fair use. Rightsholders can effectively write their own intellectual property statute in computer code. Moreover, to the extent that the DMCA appears to legitimate technological controls over copyrighted works, without regard to their effect on public policy, the statute effectively grants rubber-stamp approval to such private legislation¹⁹⁸.

L'équilibre des intérêts n'est donc plus assuré. Récemment, l'affaire des CD Sony est apparue comme une énième occurrence de ce déséquilibre. Sony utilisait des mesures de protection technologique sur ses disques. En octobre 2005, un chercheur découvrit que la technique utilisée par Sony était une forme de «*rootkit*», un type de programme connu dans le monde des distributeurs de «*spam*» et de logiciels espions¹⁹⁹. Le problème venait du fait que ce *rootkit*, imperceptible pour l'utilisateur lambda, en plus de protéger l'œuvre, ouvrait une brèche dans le système d'exploitation de l'ordinateur hôte qui pouvait être exploitée pour infecter ce dernier. Toute tentative d'effacer ce programme endommageait le système d'exploitation et violait le droit d'auteur dans la plupart des pays ayant introduit dans leur droit national les dispositions anti-contournement des traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Sony dut dédommager les personnes ayant acheté les CD en question, mais la puissante société ne s'est pas engagée à ne plus faire la même erreur. De fait, les grandes entreprises de distribution font actuellement pression sur les gouvernements afin d'obtenir, dans les législations sur les logiciels espions, des exemptions en ce qui concerne la gestion numérique des droits²⁰⁰. On a d'ailleurs pu écrire que l'expression «gestion numérique des droits» était inappropriée puisqu'il s'agit plutôt pour les industries de choisir, de manière discrétionnaire, les restrictions

¹⁹⁷ *Studio Canal*, *supra* note 195.

¹⁹⁸ *Supra* note 194 à la page 51. Voir aussi Dusollier, *supra* note 185 à la p. 150.

¹⁹⁹ Voir Julie E. Cohen, «Pervasively Distributed Copyright Enforcement» (2006) 95 *Geo. L.J.* 1 à la p. 6 [Cohen, «Enforcement»]. Voir aussi Jeremy deBeer, «How Restrictive Terms and Technologies Backfired on Sony BMG Music» (2006) 6 *Internet and E-Commerce Law in Canada* 93.

²⁰⁰ Voir Cohen, «Enforcement», *ibid.* aux pp. 6-7.

dont ils veulent affubler leurs œuvres, indépendamment de toute considération juridique²⁰¹.

Ajoutons que les mesures de protection technologique ne sont pas dénuées de conséquences à la lumière d’autres domaines du droit. En effet, les commentaires de plusieurs auteurs sur les risques liés à l’usage de ces mesures au regard du droit à la vie privée sont pertinents²⁰². Ainsi, la gestion numérique des droits permet, en plus de protéger l’œuvre et/ou en vue de la protéger, de surveiller ce que les utilisateurs lisent, écoutent ou regardent²⁰³. Cela ne signifie évidemment pas que la gestion numérique implique, de manière inévitable, une violation du droit à la vie privée. Il s’agit simplement d’un risque important dont il convient de prendre la mesure²⁰⁴. Or, même si le *DMCA* et la *Directive 2001/29/CE* semblent s’appliquer à ce problème, elles ne réconcilient en rien la gestion numérique des droits avec la vie privée²⁰⁵. On ne peut que suivre alors la recommandation de Gabriel de Broglie : «l’État doit, en tout état de cause, entourer le recours à ces techniques d’identification de l’œuvre de fortes garanties sur leur contenu, leur stockage, leur conservation et leur diffusion»²⁰⁶.

Nous avons jusqu’à présent démontré que la réglementation moderne, qui entoure l’usage de la technologie et entraîne un déséquilibre patent entre les intérêts des titulaires et ceux des utilisateurs, se trouve souvent insuffisante pour protéger la vie privée et a essentiellement pour but de répondre à la métaphore du mur et du canon. Mais la réglementation traditionnelle, en l’occurrence les traités pertinents de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, s’expose aux mêmes critiques que celles que nous exposons plus haut en matière d’applicabilité de la loi étatique. La métaphore du mur et du canon est donc en définitive toujours valide car l’instrument législatif fait encore face à une utilisation de masse. En effet, Timothy Wu expose très clairement le problème de l’acquiescement des gouvernés («*compliance*»)²⁰⁷. Il défend l’idée selon laquelle, lorsqu’un type de régulation ne convient pas aux gouvernés, ils développent des mécanismes d’évitement ou font pression pour un changement²⁰⁸. Ainsi, en ce qui concerne la gestion numérique des

²⁰¹ Voir Pamela Samuelson, «DRM {and, or, vs.} the law» (2003) 46:4 *Communications of the Association for Computing Machinery* 41 à la p. 42.

²⁰² Voir Julie E. Cohen, «DRM and Privacy» (2003) 18 *Berkeley Tech. L.J.* 575 ; de Broglie, *supra* note 107 à la p. 83 ; Lee A. Bygrave, «The Technologisation of Copyright : Implications for Privacy and Related Interests» (2002) 24 *Eur. I.P. Rev.* 51.

²⁰³ Voir Stefan Bechtold, «The Present and Future of Digital Rights Management—Musings on Emerging Legal Problems» dans Eberhard Becker *et al.*, dir., *Digital Rights Management: Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, Berlin, Springer, 2003, 597 à la p. 617.

²⁰⁴ Voir Ian Kerr, «Hacking @ Privacy: Anti-Circumvention Laws, DRM and the Piracy of Personal Information» [2005] *Canadian Privacy Law Journal* 1 à la p. 5.

²⁰⁵ *DMCA*, *supra* note 5, art. 1201 ; *Directive 2001/29/CE*, *supra* note 61 à la p. 17. Voir aussi Bechtold, *supra* note 203 à la p. 618.

²⁰⁶ de Broglie, *supra* note 107 à la p. 83.

²⁰⁷ «When Code Isn’t Law», *supra* note 176.

²⁰⁸ *Ibid.* aux pp. 688-97.

droits, on constate aisément que le tatouage des œuvres n'est pas efficace, qu'il est toujours possible d'échanger des fichiers par le biais de logiciels de partage et que les logiciels de contournement sont toujours disponibles²⁰⁹.

À cet effet, l'exemple de l'échange de fichiers par le biais de logiciels de type pair-à-pair est éclairant. Si Napster n'a pas survécu aux actions en justice²¹⁰, ce n'est que pour voir d'autres logiciels d'échanges émerger. De plus, il y a fort à parier que le test dit «de l'intention», introduit en complément de l'arrêt *Sony*²¹¹ par l'affaire *Grokster*²¹², subira le même sort. Les programmeurs écrivent donc un code qui a plus pour but l'évitement de la loi que le changement de celle-ci. Dans l'exemple de l'échange de fichiers, il s'agit d'écrire un code qui ressemble le plus possible à l'exception de copie privée²¹³. De plus, on remarque que la rhétorique utilisée par les distributeurs de ce type de logiciels met bien plus l'accent sur le partage que sur le vol : «*In the end, P2P networks not only exploit the limits of legal enforcement, but also dodge the system of social norms that fortifies the relevant legal rules*»²¹⁴. Le fait que les règles établies soient allégrement violées malgré l'existence de la possibilité d'un réglementation fondée sur l'utilisation de la technologie nous amène à penser à la possibilité de contrôle d'une immense population. En effet, on remarque que l'utilisation massive des œuvres, la technologie elle-même et la faiblesse de la réglementation empêchent l'autorégulation, ce qui ne nous semble pas acceptable. Nous avons démontré plus haut que la théorie générale du droit d'auteur tend à se fonder singulièrement sur la doctrine économiste. Or, si on accepte l'idée selon laquelle les auteurs ne créent pas en l'absence d'incitatifs ou de récompenses, comme nous avons tenté de le démontrer dans notre premier chapitre, il est nécessaire de prévenir la violation massive du droit d'auteur.

Le constat est évidemment malheureux et l'on ne peut décemment défendre une utilisation de la technologie seule pour réguler le réseau²¹⁵. On est donc porté à analyser l'importance, souvent négligée, du rôle des intermédiaires en matière de droit d'auteur, ceux que Timothy Wu nomme «*gatekeepers*». Se fondant sur une jurisprudence étoffée et sur l'exemple récent de l'échange de fichiers, il explique que le droit d'auteur a toujours compté sur les intermédiaires pour s'assurer de son applicabilité. De la même manière que le docteur constitue l'intermédiaire privilégié et hautement réglementé pour l'obtention de médicaments, ceux qui possèdent le pouvoir de diffuser les œuvres, de les copier et de les distribuer, devraient *de facto* être les garants de l'applicabilité du droit d'auteur²¹⁶. L'auteur prétend qu'il ne

²⁰⁹ Sur ce point, nous ne pouvons résister à la tentation de citer <<http://www.google.com>>.

²¹⁰ *Voir A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9^e Cir. 2001).

²¹¹ *Supra* note 89.

²¹² *Supra* note 92.

²¹³ Voir Wu, «When Code Isn't Law», *supra* note 176 aux pp. 707-09.

²¹⁴ Voir *ibid.* aux pp. 725-26.

²¹⁵ Voir Joel R. Reidenberg, «States and Internet Enforcement» (2003) 1 *University of Ottawa Law & Technology Journal* 213 aux pp. 222-25.

²¹⁶ «When Code Isn't Law», *supra* note 176 à la p. 712-13.

faudrait pas voir dans l’Internet lui-même la cause du déclin du système des intermédiaires. Cependant, ce médium en constitue probablement l’exemple le plus significatif, son architecture étant basée sur un système de pair-à-pair («*end-to-end*»). Du fait de la désintermédiation, l’applicabilité du droit d’auteur vacille. Il ne faudrait tout de même pas en déduire que le rôle des intermédiaires sur l’Internet est nul. Si nous adhérons aux propos de Wu quant aux causes du problème, nous partageons cependant les conclusions avancées par Ronald J. Mann et Seth R. Belzley²¹⁷. Ainsi, les intermédiaires, pendant relativement longtemps, se sont trouvés négligés par le pouvoir. On se rendait bien compte de leur importance mais on n’avait pas encore pris conscience que le droit d’auteur ne pouvait se détacher d’intermédiaires puissants et réglementés. On s’est contenté, ces dernières années, de rechercher une faute, de baser la responsabilité sur la complicité et, finalement, d’exonérer généralement les intermédiaires de toute responsabilité²¹⁸. Il faut donc réintroduire un système fort de responsabilisation des intermédiaires si l’on désire voir émerger un modèle de régulation viable sur l’Internet. La question à se poser ne serait plus alors «Sont-ils légalement responsables?», mais bien «Constituent-ils un moyen efficace pour faire appliquer le droit?»²¹⁹. Or, comme le note Jonathan Zittrain :

*If carefully implemented and circumscribed, however, government mandated destination-based filtering stands the greatest chance of approximating the legal and practical frameworks by which sovereigns currently sanction illegal content apart from the Internet*²²⁰.

Dès lors, les gouvernements devaient encourager les intermédiaires à faire appliquer le droit dès qu’ils ont la possibilité de le faire et indépendamment de leur participation aux activités incriminées. Un tel critère objectif permettrait aux législateurs à travers le monde de résoudre le problème de l’utilisation massive des œuvres en mettant au service du droit d’auteur un système de contrôle décentralisé²²¹.

C. La corégulation

Nous en arrivons donc à la défense d’une troisième voie, celle de la corégulation. Les lacunes de la réglementation classique apparaissent en effet essentiellement liées à la difficulté particulière de mise en œuvre des normes dérogées. L’autorégulation semble plus problématique encore, passant outre les critères de légitimité nécessaires

²¹⁷ «The Promise of Internet Intermediary Liability» (2005–06) 47 Wm. & Mary L. Rev. 239.

²¹⁸ Voir *ibid.* aux pp. 259-260.

²¹⁹ Voir *ibid.* à la p. 265. On pourrait se poser la question de savoir si un tel système est juste, s’il est légitime autant qu’il est justifié. Voir aussi *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427.

²²⁰ «Internet Points of Control» (2003) 44 B.C.L. Rev. 653 à la p. 688.

²²¹ Voir Mann et Belzley, *supra* note 217 aux pp. 306-07 («*Internet intermediaries [...] are easy to identify and have permanent commercial roots inside the jurisdictions that seek to regulate the internet. Further, these internet intermediaries are essential to most of the transactions on which the internet pirates rely*»).

et ne répondant pas de manière satisfaisante à l'efficacité recherchée. La décentralisation du contrôle fait l'objet de la troisième et dernière option législative et elle est couplée, dans notre étude, à une concertation des acteurs. Si, en effet, nous avons pu démontrer les lacunes de la réglementation classique et les défauts inhérents à l'autorégulation dans ses différentes formes²²², il nous a également été possible de dégager les avantages de ces mécanismes. D'une part, la loi et le traité offrent une légitimité de principe notable. D'autre part, la technologie promet l'efficacité, si tant est que l'on n'entend pas l'appliquer sans réserve et que l'on y fasse participer les intermédiaires. Ces deux considérations, l'applicabilité et la légitimité ont un écho particulier en droit d'auteur. L'inapplicabilité ne correspond pas à la vocation économique du droit d'auteur tandis que l'illégitimité menace l'équilibre entre les intérêts des auteurs et ceux des utilisateurs. La combinaison de plusieurs approches semble donc inévitable²²³. Nous étudierons la forme particulière de la corégulation puisque l'objet de notre étude est de démontrer qu'il existe dans cette forme de gouvernance un potentiel non négligeable tant d'efficacité que de légitimité.

1. L'émergence d'un nouveau modèle

C'est à un rapport du Conseil d'État français que l'on doit l'introduction du vocable lui-même dans le contexte de l'Internet²²⁴. Le concept ne fut cependant développé réellement qu'en l'an 2000, lorsque le député Christian Paul remit un rapport au premier ministre Lionel Jospin²²⁵. Celui-ci dressait un portrait de l'état du droit face aux défis de la société de l'information. Il introduit le concept de corégulation, qu'il distingua d'un réel mode de régulation, en tant que «méthode adaptée aux temps nouveaux»²²⁶. Le député y voyait un moyen d'entourer plutôt que de compléter les moyens de régulations existants. Il devait s'agir, d'une part, de mettre en place un forum d'échange d'informations entre les acteurs de l'Internet et l'autorité publique, de manière à ne pas voir l'État et les lois dépassés par la technologie, et, d'autre part, d'explorer les possibilités d'une combinaison des moyens à la disposition de l'autorité publique et des modes de régulation nés de la seule volonté des acteurs²²⁷. Bref, l'objectif était de dégager un consensus sur la légitimité et de trouver un terrain d'accord quant à l'applicabilité.

²²² Michel Vivant désigne la réglementation étatique et l'autorégulation comme des systèmes monistes, qui ne répondent pas réellement au défi technologique, et préconise une intervention de plusieurs acteurs («Internet et modes de régulation» dans Eric Montero, dir., *Cahiers du CRID n° 12 : Internet face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1997 à la p. 215).

²²³ Voir Weber, *Legal Framework*, supra note 139 aux pp. 75-76.

²²⁴ Voir Jean-François Thery et Isabelle Falque Pierrotin, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La documentation française, 1998. Le terme avait précédemment été utilisé dans d'autres domaines du droit, tel le droit de l'environnement ou le droit administratif.

²²⁵ Supra note 140.

²²⁶ *Ibid.* à la p. 17.

²²⁷ *Ibid.* à la p. 75.

Cette idée, dont la France a été le porte-drapeau²²⁸, a été reprise par la Commission européenne, dont le *Livre blanc* offre la définition suivante :

La corégulation associe des mesures législatives ou réglementaires contraignantes à des mesures prises par les acteurs les plus concernés en mettant à profit leur expérience pratique . Il en résulte une plus large appropriation des politiques en question, en faisant participer à leur élaboration et au contrôle de leur exécution ceux qui sont concernés au premier chef par les mesures d'application. Ceci conduit souvent à un meilleur respect de la législation, même lorsque les règles détaillées ne sont pas contraignantes²²⁹.

Il s'agit plus que probablement de la meilleure définition que nous ayons pu trouver sur le sujet. Nous reviendrons toutefois sur les composantes de celle-ci lorsque nous étudierons l'opportunité d'appliquer un mécanisme de corégulation au domaine du droit d'auteur. On remarquera que dans un accord interinstitutionnel ultérieur, la définition a été modifiée pour ne retenir que la seconde branche, soit le fait de laisser l'application d'objectifs déterminés aux «parties concernées»²³⁰, sans mentionner la possibilité de les inclure dans l'élaboration des objectifs eux-mêmes. Quoiqu'il en soit, la France et, encouragés par l'élévation de la notion au niveau européen, de nombreux autres pays ont mis en place des organismes chargés d'explorer la notion. Au niveau européen surtout, notons la création du European Internet Coregulation Network qui regroupe notamment des organismes français, belge, allemand, italien et britannique.

Il convient déjà de distinguer entre la corégulation-production et la corégulation-application. La première s'entend comme un lieu d'échange et de concertation qui peut prendre différentes formes (organisme indépendant, consultation par l'autorité, élévation d'une norme privée — tel un code de conduite — au niveau de loi), tandis que la seconde s'attache à organiser un partenariat public/privé pour une meilleure application du droit. Toutefois, il est bien évident que celles-ci se combinent aisément, ce qui constitue le principal avantage de la corégulation.

D. Passer d'un modèle de gouvernement à un modèle de gouvernance

Il faut noter que le concept de corégulation lui-même, spécialement en Europe, dénote une transition d'un modèle de gouvernement, où l'autorité promulgue,

²²⁸ Voir Jacques Chirac, «Intervention de M. Jacques Chirac Président de la République à propos des nouvelles technologies de l'information», 21^e Sommet franco-africain, Yaounde (Cameroun), 19 janvier 2001 [non publiée], en ligne : <http://www.elysee.fr/elysee/francais/interventions/discours_et_declarations/2001/janvier/intervention_de_m_jacques_chirac_president_de_la_republique_a_propos_des_nouvelles_technologies_de_l_information_et_la_mondialisation.567.html>.

²²⁹ Commission des communautés européennes, *Gouvernance européenne : Un Livre blanc*, Bruxelles, Commission des communautés européennes, 2001 à la p. 25 [*Livre blanc*].

²³⁰ Voir CE, *Accord interinstitutionnel «Mieux légiférer»*, [2003] J.O. C 321/1 [*Accord interinstitutionnel*].

recherche et punit, à un modèle de gouvernance plus flexible et plus à même d'intégrer certaines considérations issues du secteur privé. En matière de droit d'auteur en particulier, nous avons vu que «le réseau numérique suggère des transformations de nos cadres conceptuels»²³¹ et que la neutralité technologique ne subsistait qu'en tant que fantôme. La gouvernance apparaît donc comme une issue inévitable à cet épineux problème.

La gouvernance peut être définie comme l'élévation des intérêts de la société civile au niveau de l'État²³². Comme le rappelle le rapport sur la gouvernance de l'Internet élaboré par le European Internet Coregulation Network,

*This pattern of governance involves a matter of principle: all parties concerned in the development and the uses of the Internet have a legitimate right to contribute to the definition of the rules governing them. It is also built on a matter of efficiency: many problems quite simply cannot be solved without the active contribution of all parties*²³³.

Nous retrouvons dans cette assertion les deux composantes essentielles de la corégulation, soient la légitimité et l'applicabilité. La corégulation semble n'être en réalité qu'une occurrence de la tendance, de plus en plus marquée, à privilégier la doctrine de la gouvernance par rapport aux mécanismes traditionnels. À cette doctrine, Benoît Frydman reconnaît cinq caractéristiques essentielles²³⁴ :

1. La transition de la logique institutionnelle à la logique marchande;
2. L'émergence d'un modèle de corégulation par l'atténuation du rôle de l'État au profit des acteurs privés;
3. La transformation des règles issues d'une logique de punition au profit d'une logique procédurale, plus axée sur le résultat et le mode de production de la norme que sur son fonctionnement;
4. L'utilisation plus marquée de la technologie au service de l'application du droit;

²³¹ Voir Danièle Bourcier, «Comment s'accorder sur les normes ? Le Droit et la Gouvernance face à l'Internet» (hiver 2006) à la p. 8, en ligne : Lex Electronica <<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/bourcier.htm>>.

²³² Une autre définition peut être trouvée dans Renate Mayntz, «Common Goods and Governance» dans Adrienne Héritier, dir., *Common Goods: Reinventing European and International Governance*, Lanham (Ma.), Rowman & Littlefield, 2002, 15 à la p. 21 («[g]overnance is the type of regulation typical of the cooperative state, where state and non-state actors participate in mixed public/private policy networks»).

²³³ European Internet Coregulation Network, «Report on "Internet Governance"» (28 juillet 2005), en ligne : Forum des droits sur l'Internet <http://network.foruminternet.org/article.php3?id_article=23>.

²³⁴ Benoît Frydman, «Coregulation: a Possible Legal Model for Global Governance» dans Bard De Schutter et Johan Pas, dir., *About Globalisation*, Bruxelles, VUB Press, 2004 à la p. 231 [Frydman, «Coregulation»].

5. L'accent mis sur les libertés fondamentales.

Ces caractéristiques sont d'une importance capitale pour appréhender le concept de corégulation dans son contexte. Il ne faudrait en effet pas négliger ce nouveau mode de régulation pour de mauvaises raisons. Il n'est pas question dans cette étude de dégager une notion inutile ou inutilisable. Nous voulons souligner que la gouvernance fait l'objet d'une doctrine abondante et il semblerait qu'à l'ère de la mondialisation, indépendamment même de l'Internet, elle s'impose progressivement comme un modèle dominant²³⁵. Ainsi, on ne peut négliger les nouvelles options législatives qui s'y greffent. Si la gouvernance constitue en effet l'outil régulateur de demain, la corégulation est d'autant plus importante. Son utilité a d'ailleurs déjà fait l'objet d'études dans de nombreux autres domaines, tels qu'en témoignent différents rapports du Forum des droits sur l'Internet, l'organisme créé en France à la suite du rapport de Christian Paul²³⁶. Ils ne concernaient cependant pas spécifiquement le droit d'auteur ou, à tout le moins, pas de manière globale²³⁷. Notre objectif est de démontrer que la forme de gouvernance qu'est la corégulation est également et parfaitement adaptée pour réguler le droit d'auteur sur l'Internet.

1. La corégulation pour le droit d'auteur

Nous souhaitons distinguer les deux pôles de notre étude, la légitimité et l'applicabilité, et les confronter aux composantes de la corégulation. En réalité, l'examen des caractéristiques d'une norme s'effectue dans cet ordre : la question de la légitimité se pose en amont de la production de normes, tandis que celle de l'applicabilité s'inscrit dans l'étude du fonctionnement effectif de celles-ci.

La légitimité, comme nous l'avons énoncé, s'apprécie de deux manières. D'une part, quant à la légitimité formelle de la loi, que l'on peut lier à des considérations de représentativité, la question sera de savoir si la norme a bien été établie par un organe compétent. Il s'agit de l'avantage que nous avons dégagé pour la réglementation étatique et ce qui manquait de manière générale dans les mécanismes d'autorégulation. En ce qui concerne la corégulation, l'intégration des pouvoirs

²³⁵ Voir *ibid.* à la p. 243 ; Yves Poullet, «Les aspects juridiques des systèmes d'information» (hiver 2006), en ligne : Lex Electronica <www.lex-electronica.org/articles/v10-3/poullet.htm>; Vivant, *supra* note 222 à la p. 215 ; François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 à la p. 26 ; Laurent Pech, «Droit et gouvernance : vers une "privatisation" du droit» (6 février 2004), en ligne : Université de Québec à Montréal <<http://www.er.uqam.ca/nobel/ieim/IMG/pdf/document-2004-02-pech-2.pdf>>.

²³⁶ Voir notamment les recommandations sur le commerce électronique, la vie privée ou la protection des mineurs, en ligne : Le Forum des droits sur l'Internet <<http://www.foruminternet.org/recommandations/>>.

²³⁷ Voir les recommandations «Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique» ou «Hyperliens : Statut Juridique», en ligne : Le Forum des droits sur l'Internet <<http://www.foruminternet.org/recommandations/>>.

publics dans le processus amène indéniablement, du moins dans les pays démocratiques, une telle légitimité formelle, d'abord au niveau de la représentativité, par la participation de différents acteurs et les avis qu'ils émettent au nom de leurs secteurs respectifs, puis au niveau des objectifs politiques pour lesquels l'autorité participante a été élue et, enfin, grâce à la consécration législative que les pouvoirs publics donneront aux mesures décidées²³⁸. Par conséquent, l'avantage principal de la réglementation étatique subsiste dans le modèle de corégulation.

De manière plus importante encore, nous avons vu que la légitimité substantielle, celle qui a trait au contenu de la norme et, en matière de droit d'auteur en particulier, à l'équilibre des intérêts entre auteurs et utilisateurs, est malmenée par les systèmes monistes de réglementation ou d'autorégulation. Dans le modèle de corégulation, cependant, ce souci important est dissipé. En effet, en amont de la règle à établir, il y a une réelle concertation, une coopération entre les secteurs public et privé, ce qui témoigne de la matérialisation de la définition de la corégulation issue du *Livre blanc* sur la gouvernance européenne²³⁹ : il y a une appropriation de la politique juridique parce qu'il y a participation directe des acteurs au niveau de l'élaboration de la norme. Que la norme soit établie à partir d'un code de conduite préexistant ou qu'elle soit dégagée à partir d'un consensus, la participation des acteurs se traduit par une plus grande légitimité. Ainsi, la norme dégagée respecte la seconde branche de la théorie du droit d'auteur (et du *copyright*) que nous avons dégagée dans notre première partie : l'équilibre des intérêts. Dans le modèle de la corégulation, une place plus importante est accordée au public et aux utilisateurs, alors que le modèle classique de réglementation ne respectait pas les intérêts de ces derniers que les formes d'autorégulation rendaient ces intérêts prédominants.

À défaut d'application pratique actuelle dans le domaine du droit d'auteur, il faut imaginer le potentiel d'une norme érigée après une réelle concertation de tous les acteurs concernés et non seulement des acteurs prépondérants. Nous l'écrivions précédemment, le potentiel démocratique d'Internet nous apparaît essentiel. Par exemple, si les normes relatives au droit de reproduction se trouvaient repensées dans un espace de discussion commun, il y a fort à parier, selon nous, que la légitimité de celles-ci correspondrait parfaitement à la nature du droit d'auteur et qu'elle permettrait une plus grande efficacité en termes réglementaires. En effet, il faut encore analyser si les normes issues des mécanismes de l'autorégulation respecteront l'autre branche importante de la théorie du droit d'auteur, soit la théorie économique. Cette théorie, qui sous-tend aussi bien la conception anglo-saxonne que l'idée française de la propriété littéraire et artistique, se trouve bafouée si l'on viole le droit d'auteur. Son caractère d'incitatif à la création serait en effet perdu sans un droit non seulement consacré mais aussi appliqué de façon efficace.

²³⁸ Timothy Fenoulhet, «La co-régulation : Une piste pour la régulation de la société de l'information ?» (2002), en ligne : Droits & Technologies <www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/75-1.pdf> à la p. 9.

²³⁹ *Supra* note 229.

Tel que souligné au début de cet article, le droit protège les créateurs dans la mesure où il élève le coût des copies pirates²⁴⁰, mais encore faut-il que les contrefacteurs n’aient pas la possibilité de ne jamais tomber sous le coup de la loi, du fait d’un manque de ressources par l’autorité. La réglementation classique a fait naître cette préoccupation pour les titulaires de droit, pour des raisons qui tiennent tant à la nature de l’Internet qu’à la fâcheuse tendance de l’autorité à privilégier les créateurs par rapport aux utilisateurs. En ce qui concerne l’autorégulation, il nous a été possible de démontrer que, dans bien des cas, la technologie seule ne parvenait pas à faire appliquer complètement le droit d’auteur. En matière de corégulation pourtant, l’espoir est permis. Dans son volet «pré-normatif», elle assure d’une meilleure efficacité :

elle intervient dans la phase préliminaire d’une réglementation qui si elle est prise par l’Etat ou une autre autorité de régulation, verra sa légitimité renforcée et son effectivité mieux assurée par la prise en compte des intérêts de tous les acteurs concernés et leur engagement de respecter le consensus obtenu dans le cadre de ce processus²⁴¹.

Si l’on adjoint en plus à ce mécanisme son caractère «post-normatif», soit la participation des acteurs à l’efficacité de la norme²⁴², on se retrouvera presque assurés de l’application de la loi. D’aucuns ne verront pas de différence entre la corégulation telle que nous l’exposons et les dispositions anti-contournement des traités de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Dans ceux-ci, en effet, on retrouve une norme appliquée par les acteurs privés mais promulguée par l’autorité. La différence tient à ce que, d’une part, l’autorité n’a pas coopéré avec le secteur privé pour l’élaboration de la norme et, plus fondamentalement, elle n’a pas visé à réintroduire une responsabilité forte des intermédiaires. Cela constitue d’ailleurs le dernier point fort de la corégulation. Contrairement aux initiatives précédentes pour la régulation de l’Internet, elle met un accent singulier sur le rôle des intermédiaires, ce qui apparaît parfaitement au diapason avec la théorie du droit d’auteur²⁴³. Nous voyons en effet apparaître, dans chacune des recommandations du Forum des droits sur l’Internet, le plus prolifique des organismes de corégulation, une tendance notable à privilégier la mise en application du droit à travers les intermédiaires.

Pour comprendre la portée de l’assertion selon laquelle le droit d’auteur nécessite un système d’intermédiaires forts et que cette proposition est d’autant plus vraie dans le domaine numérique, nous illustrerons cette étude par l’exemple du mécanisme de «*notice and take-down*». Cela nous permettra d’ailleurs d’exposer de quelle manière

²⁴⁰ Voir *ibid.*

²⁴¹ Voir Yves Poulet, «Technologies de l’information et de la communication et “co-régulation” : une nouvelle approche ?» (2004) à la p. 6, en ligne : Droits & technologies <www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/120-1.pdf> [nos italiques].

²⁴² Voir *Accord interinstitutionnel*, *supra* note 230.

²⁴³ Voir Mann et Belzley, *supra* note 217 ; Wu, «When Code Isn’t Law», *supra* note 176. Comparer Jonathan Zittrain, «A History of Online Gatekeeping» (2006) 19 Harv. J.L. & Tech. 253.

s'articule le volet «applicabilité» du mécanisme de corégulation. La procédure de «*notice and take-down*» est en réalité un régime de responsabilité limitée des intermédiaires, qui a notamment été mis en place aux États-Unis²⁴⁴ et en Europe²⁴⁵. Il ne sera pas question d'en faire ici l'étude détaillée, mais l'on tentera d'en extraire l'essence. Ainsi, partant du constat selon lequel les intermédiaires disposent d'un pouvoir exorbitant au niveau du contrôle du contenu, les législateurs américain et européen ont soumis ceux-ci à une pression s'approchant sensiblement d'un réel mécanisme de corégulation (volet «applicabilité»)²⁴⁶. En effet, nonobstant leurs différences, les régimes de responsabilité des intermédiaires ont le même effet général. Il s'agit en principe d'exonérer les intermédiaires de toute responsabilité, pour autant qu'ils n'aient pas connaissance de ce qu'une activité illicite prenne place sur leurs serveurs. S'ils en ont connaissance, ils doivent immédiatement prendre les mesures nécessaires afin de rendre le contenu illicite inaccessible ou de le retirer complètement de leurs serveurs. Il appartient donc au secteur privé de faire naître cette connaissance auprès des intermédiaires, pas à la police ou à l'État. En réalité, l'autorité contrôle toujours tout ce qui se passe en ligne, mais laisse l'application des normes qu'elle adopte au secteur privé, ce qui nous paraît beaucoup plus efficace. Dans le cas qui nous occupe, au lieu de laisser à l'autorité le soin de rechercher les violations, ou de prendre les mesures nécessaires en cas de violation, et afin également d'éviter les coûts exorbitants d'actions en justice successives, le titulaire de droits peut simplement envoyer un avis à l'intermédiaire et voir celui-ci retirer au plus vite le contenu incriminé de peur de voir sa responsabilité engagée. Cela est plus rapide, plus efficace et moins coûteux, sans voir l'État se départir de son rôle, ce qui garantit au moins à la norme sa légitimité formelle. L'autorité étatique, ou supra-étatique, conserve un pouvoir suffisant pour influencer les intermédiaires et ceux-ci font face à la pression des utilisateurs. Si, en réalité, on adjoignait une certaine légitimité à ce mécanisme, à travers la concertation, il nous apparaîtrait plus que probablement comme le futur de la réglementation des réseaux en matière de droit d'auteur. Bien sûr le mécanisme de «*notice and take-down*» n'est pas dépourvu de défauts, loin s'en faut²⁴⁷, mais il constitue l'une des avenues de la piste intéressante qu'est la corégulation.

²⁴⁴ Voir *DMCA*, *supra* note 5.

²⁴⁵ Voir CE, *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du conseil du 8 juin 2001 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»)*, [2000] J.O. L 178/1. Voir aussi *Directive 2001/29/CE*, *supra* note 61 à la p. 16.

²⁴⁶ Voir Frydman, «Coregulation», *supra* note 234 à la p. 239.

²⁴⁷ Voir Susan Hong, «The Digital Millennium Copyright Act and Protecting Individual Creative Rights: A Proposal for On-Line Copyright Arbitration», Note, (2001) 2 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 110 aux pp. 113-14 ; Andrew Bernstein et Rima Ramchandani, «Don't Shoot the Messenger! A Discussion of ISP Liability» (2002) 1 *C.J.L.T.* 77 à la p. 84 ; David L. Clark, «Digital Millennium Copyright Act: Can It Take Down Internet Infringers ?» (2002) 6 *Computer L. Rev. & T.J.* 193 ; Christian Ahlert, Chris Marsden et Chester Yung, «How "Liberty" Disappeared from

La corégulation devra donc encore faire ses preuves dans d'autres domaines du droit d'auteur, mais force est de constater qu'elle répond globalement à toutes nos considérations relatives à l'émergence d'un modèle de régulation viable pour le droit d'auteur dans l'univers numérique. Elle constitue aussi une formidable promesse si on l'exploite avec intelligence et si l'on tient compte des commentaires relatifs à l'importance des intermédiaires.

Conclusions : «Droit d'auteur et co (régulation)»

L'idée première de cette étude était de démontrer qu'un régime viable de régulation pour le droit d'auteur comme pour le *copyright* est possible. Du fait de la dimension internationale de cette assertion, nous nous sommes attelés à démontrer que le droit d'auteur et le *copyright* voyaient leurs divergences s'estomper au profit de deux considérations majeures, la théorie économique et l'équilibre des intérêts. Ces deux considérations correspondent elles-mêmes aux valeurs fondamentales en fonction desquelles nous avons tenté d'évaluer les différents modes de réglementation, soient, respectivement, l'applicabilité et la légitimité. En effet, c'est précisément parce que le droit d'auteur et le *copyright* répondent selon nous aujourd'hui à la théorie économique, qui se fonde sur la fonction d'incitatif du droit, que l'applicabilité doit être assurée. De manière comparable, l'équilibre des intérêts, que nous avons dégagé comme critère primordial, apparaît comme une mesure de la légitimité de la réglementation. Après avoir démontré que les nouvelles technologies ne pouvaient être écartées car elles menaçaient de manière particulière et inédite les mécanismes du droit d'auteur traditionnel, nous avons tenté de dresser un panorama des options législatives actuelles. Nous avons dès lors démontré l'inadéquation tant de l'absence de réglementation que de la régulation classique ou de l'autorégulation. À partir des conclusions établies, nous avons pu dégager qu'une combinaison de ces modes de régulation était nécessaire. La corégulation est donc apparue comme une solution aux problèmes d'application effective et de légitimité des initiatives actuelles en matière de droit d'auteur.

Nous pensons que cette dernière méthode, qui conjugue avec brio un souci de légitimité dans sa phase «pré-normative» avec une application renforcée par la participation du secteur privé, devrait être privilégiée au niveau global. L'Europe semble avoir pris la mesure des possibilités de la corégulation, malgré les divergences apparentes entre le *copyright* anglais et le droit d'auteur continental. Si, comme nous le pensons, le droit d'auteur tend à s'harmoniser, il est sérieusement temps de s'interroger sur la manière dont les législateurs vont en dessiner les contours dans les diverses régions du monde. Or, la corégulation se trouve à être à la croisée des chemins entre la théorie économique, qui privilégie l'efficacité, et la balance des intérêts, elle-même basée sur un souci de légitimité. Si tant est que les contours en

soient bien dessinés, et que les législateurs se rendent compte de la place qu'occupent les intermédiaires dans le processus de régulation, la corégulation apparaît être une solution viable aux problèmes d'application du droit d'auteur sur l'Internet, conforme à la politique du droit d'auteur d'aujourd'hui et de demain.
