

RISQUES ET OPPORTUNITES POUR L'ACCES A LA CONNAISSANCE

James Love
CP Tech

Introduction

Le développement d'Internet et des autres technologies de l'information et communication (TIC) ont eu comme conséquence une dramatique augmentation de l'importance des biens et des services de la connaissance dans les milieux économiques et culturels, ainsi que dans la vie privée. En parallèle, l'agenda pour la recherche du développement et l'utilisation de nouvelles inventions médicales a obtenu une plus grande attention entre le public en général et les décideurs en matière politique et, malgré la relative modeste productivité actuelle par rapport à des nouveaux traitements, les espoirs sur la possibilité d'avancées médicales ont augmenté. Cette hausse des espérances est mise en opposition par des politiques chaque fois plus agressives quant à la fixation des prix des nouvelles médecines, ainsi que par une conscience croissante autour des déséquilibres en matière d'accès. Ce déséquilibre est basé en partie sur les prix élevés, conséquence des systèmes de protection de la propriété intellectuelle (PI)¹. En même temps est apparue une série de nouvelles méthodes de création et de propagation des biens de la connaissance avec des grandes promesses en termes d'expansion de l'accès à la connaissance et de réduction des déséquilibres de cet accès.

Les changements en technologie conduisent, en partie, à une re-évaluation profonde et de grande portée des règles dans lesquelles la connaissance sera contrôlée ou partagée.

Aucun de ces développements n'a lieu dans un vide social ou politique. Les intérêts commerciaux sont calculés pour exercer leur influence sur les gouvernements et les corps intergouvernementaux, tandis que le public en général est davantage concerné par les nouvelles TIC afin de jouer un rôle plus important dans ces discussions politiques.

Quel type de questions en rapport avec l'accès à la connaissance sont susceptibles d'être traitées dans une instance globale pour l'établissement de normes ?

Le rang d'actions des politiques publiques comprend un grand nombre de secteurs, en touchant de façon virtuelle chaque aspect de l'économie de la connaissance. On a proposé plusieurs mesures pour élever le grade d'appropriation et de contrôle de la connaissance, et il y a eu aussi plusieurs propositions, initiatives et expériences pour développer l'accès à la connaissance. Certaines de ces propositions et initiatives insèrent les droits de propriété intellectuelle, tandis que d'autres insèrent des politiques qui soutiennent ou minent, selon le cas, des nouvelles méthodes de collaboration ou des nouveaux modèles d'affaires pour la création et la propagation des biens de la connaissance.

¹ Brevets et droits exclusifs inclus en tenant compte des données scientifiques publiquement disponibles sur la sécurité et l'efficacité des médicaments.

Dans cette analyse, les questions sur la PI seront présentées en premier, en commençant avec ces instruments qui ne s'insèrent pas dans les brevets, en incluant aussi bien le droit d'auteur que d'autres régimes de PI « annexes », en particulier ceux basés sur des investissements des biens de la connaissance.

Droit d'auteur

Les régimes modernes de droit d'auteur insèrent la cession de certains droits commerciaux et non commerciaux de la part des gouvernements titulaires de formes ou manières particulières dans lesquelles s'exprime l'information, habituellement référencée comme « œuvres ». Ces œuvres peuvent comprendre des œuvres littéraires, qui incluraient actuellement tous les romans, œuvres de référence, journaux, lettres, poèmes, œuvres théâtrales, articles de journaux, livres, habitacles en ligne (*blogs*), y compris des messages par courrier électronique privés ou publics, ainsi qu'une variété d'autres œuvres comme des compositions musicales et chorégraphiques, des enregistrements de sons, des films, peintures, photographies, *logiciel libre*, dessins, conceptions, cartes, et des ajustements d'information sur des bases de données ou avis commerciaux.

La nature des droits varie dans les différents pays à l'intérieur d'un cadre global de traités et accords commerciaux qui établissent les normes globales. Les deux accords globaux principaux par rapport au droit d'auteur sont la Convention de Berne pour la Protection des Œuvres Littéraires et Artistiques² et l'Accord sur les Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle en rapport avec le Commerce (TRIPS, en anglais) de l'OMC, de 1994. Dans l'ensemble ces deux accords établissent les obligations nationales de base en rapport avec le droit d'auteur que les pays doivent respecter. Dans le cas contraire ils risquent des sanctions commerciales, en accord avec des procédures de l'OMC pour la résolution de conflits³.

Les titulaires des droits d'auteur cherchent des nouvelles normes globales qui vont bien au-delà des standards de Berne et de TRIPS. Ces efforts ont conduit au « Traité de l'OMPI sur les Droits d'Auteur », de 1996, qui a été accepté par plus de 50 pays, ainsi que dans plusieurs accords commerciaux, aussi bien régionaux que bilatéraux, qui ont d'énormes provisions en rapport au droit d'auteur et qui dépassent, dans une grande mesure, les requêtes des accords de Berne et du TRIPS.

Entre les objectifs des traités et des plus récents accords commerciaux, nous pouvons trouver des extensions de délai concernant les protections ; de nouveaux et plus larges droits économiques, comme le droit de mettre à disposition du public une œuvre, obligations pour appliquer des restrictions de mesures technologiques de protection et de gestion des droits numériques et, dans certains cas, des restrictions à des limites et exceptions traditionnelles, telle que l'autorisation inévitable de licences ou d'autres formes de la doctrine de la première vente (l'extension des droits après la vente de l'œuvre). De nouvelles obligations à ce sujet apparaissent aussi dans les accords auxquels participent les Etats-Unis (USA) ou l'Union Européenne (UE).

² Du 9 septembre 1886, complété à Paris le 4 mai 1896, révisé à Berlin le 13 novembre 1908, complété à Berne le 20 mars 1914 et révisé à Rome le 2 juin 1928, Bruxelles le 26 juin 1948, Stockholm le 14 juillet 1967, à Paris le 24 juillet 1971 et amendé le 28 septembre 1979. http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html

³ En accord avec l'article 9 de TRIPS, « Les Membres observeront les articles 1 et 21 de la Convention de Berne (1971) et l'Annexe de celle-ci. Cependant, en vertu du présent Accord aucun membre n'aura de droits ni obligations en ce qui concerne les droits conférés par l'article 6bis de la Convention ni en ce qui concerne les droits qui dérivent de celle-ci. »

Droits relatifs (liés entre eux)

Il existe également une série de droits « relatifs » ou « liés entre eux », dont certains sont similaires au droit d'auteur, tels que le droit de représenter ou reproduire un enregistrement sonore, ainsi que d'autres droits ayant peu en commun avec le droit d'auteur et demandent, en général, quelque chose de créatif pour illustrer la protection.

Dans quelques pays les organismes de radiodiffusion reçoivent certains droits, indépendants du droit d'auteur, en ce qui concerne le matériel qu'ils transmettent. La base théorique pour les droits de ces organismes de radiodiffusion n'est pas l'acte créatif en lui-même mais plutôt l'acte de transmission de l'information. Le droit de transmission peut inclure du matériel qui appartient au domaine public et peut représenter un niveau de droits supplémentaire à ceux accordés au titulaire des droits d'auteur pour le travail de création.

La Convention Internationale sur la Protection des Artistes-Interprètes ou des Exécutants, les Producteurs de Phonogrammes et les Organismes de Radiodiffusion de 1961, connue comme la « Convention de Rome », établit les standards globaux pour ces droits, mais elle n'est pas acceptée en totalité comme le sont les standards établis par la Convention de Berne pour les œuvres protégées par le droit d'auteur. Les Etats-Unis, par exemple, n'ont jamais signé la Convention de Rome. Les droits des intéressés sont aussi traités dans l'Article 14 de TRIPS – l'instrument global le plus important.

Le terme, *sui generis*, expression latine qui signifie « unique en son genre », est utilisée pour décrire des droits de la propriété intellectuelle qui ne correspondent pas aux concepts traditionnels de droit d'auteur, brevets, marque déposée ou secret commercial. Les régimes spéciaux créés pour exiger une protection spéciale des producteurs de végétaux, chips semi-conducteurs ou données utilisées dans le registre de médicaments ou engrais chimiques d'usage agricole, sont quelques exemples de ces régimes *sui generis*. Quelques pays accordent actuellement des droits sur des bases de données. Ce régime *sui generis* sur des bases de données est relativement nouveau et suit l'adoption d'une directive de l'UE qui exige de ses membres la protection de l'information intégrée à des bases de données, même si ces éléments ne traitent pas de la protection par droit d'auteur – par exemple, quand les éléments sont constitués par données et non par œuvres de création. Le critère pour la protection se focalise sur l'effort et l'investissement réalisés par le titulaire de la base de données plus que par la nature créative du travail. Le droit *sui generis* sur les bases de données a plusieurs ressemblances avec le droit de transmission. Dans ce cas on assigne un droit sur l'information en se basant sur l'acte de transmission, et il n'est pas exigé du transmetteur ou du propriétaire de la base de données qu'il démontre quelque effort créatif. Ces deux droits, celui de la transmission et celui de la base de données, créent un nouveau niveau d'appropriation de l'information, outre les droits du titulaire du droit d'auteur (si il y en avait) sur l'information sous-jacente qui est transmise.

Les régimes *sui generis* en ce qui concerne les bases de données soumettent à polémique. Une tentative pour l'adoption d'un traité de l'OMPI sur les composants des bases de données non originales a échoué en 1996 et les Etats-Unis continuent de rejeter ce type de mise au point du, en partie, à l'opposition d'une coalition hétérogène de bibliothécaires, de chercheurs universitaires, de groupes de consommateurs, d'entreprises de bases de données et la Chambre du Commerce des Etats-Unis.

Quelques experts ont demandé à l'UE qu'elle reconsidère sa directive à la lumière, et de façon évidente car elle risque de retarder le développement des nouvelles bases de données et des

services basés sur la connaissance⁴. Toutefois, l'UE cherche actuellement à étendre à ces partenaires commerciaux, de façon agressive, ce régime *sui generis* en ce qui concerne des bases de données, comme faisant partie de leurs agendas de commerce.

Limites et exceptions du droit d'auteur et des droits relatifs

Dans sa plus forte position, le droit d'auteur procure un droit exclusif pour autoriser l'usage d'une œuvre mais ces droits ne sont en aucune forme, illimités. Dans plusieurs juridictions et pour diverses œuvres et divers usages, les limites et exceptions de ces droits sont étendues.

Les premières limites se réfèrent à ce qu'il soit protégé sous le droit d'auteur. L'Accord de TRIPS établit que « la protection du droit d'auteur comprendra les expressions mais pas les idées, les procédures, les méthodes d'opération ou les concepts mathématiques ». Quelques gouvernements excluent de la protection du droit d'auteur les œuvres des employés du gouvernement ou les textes à nature législative, administrative ou légale. La Convention de Berne établit que la protection ne s'étend pas aux « nouvelles du jour ni aux événements qui ont le caractère de simples communiqués de presse ». Quelques juridictions, y compris celles des Etats-Unis, sont assez rigoureuses pour exclure de la protection par le droit d'auteur, l'information constituée par la simple accumulation de données, comme ces annuaires qui énumèrent des noms, directions et numéros de téléphones.

Il existe également des limites temporaires des droits, connus comme le *délai de protection*, une différence importante entre la PI et les droits sur les biens physiques et la propriété réelle. Les délais de protection varient selon différents accords et sont, en général, plus étendus dans les plus récents, et particulièrement dans ces accords bilatéraux ou régionaux qui incluent les Etats-Unis et l'UE.

Même quand les œuvres sont protégées, le gouvernement peut donner l'autorisation pour quelques utilisations sans la permission du titulaire du droit, en accord avec les règles qui incluent des standards pour des pratiques justes, le paiement d'une rémunération ou la nécessité de corriger des pratiques anti-compétitives. Comme le mentionne le Professeur Sam Ricketson⁵:

“Pendant longtemps il a été reconnu que, dans certaines circonstances les exceptions ou les limites du droit d'auteur ou des droits liés entre eux peuvent être justifiées. Ainsi, au début des négociations qui ont donné lieu à la Convention de Berne en 1884, le distingué délégué suisse, Numa Droz, a affirmé que les « limites à la protection absolue sont dûment établies par l'intérêt public ». En conséquence, la Convention de Berne contient des dispositions du premier Acte de Berne de 1886 qui accorde une liberté aux Etats membres pour établir des limites aux droits d'auteurs dans des circonstances déterminées ».

Les pays ont mis en œuvre, en fonction de l'intérêt public, des exceptions dans divers secteurs d'importance. Comme l'a observé la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (UNCTAD, en anglais) et dans le Registre de Référence sur le TRIPS et le Développement⁶ du Centre International pour le Commerce et le Développement Soutenable (ICTSD, en anglais) :

⁴ <http://news.ft.com/cms/s/4cd4941e-3cab-11d9-bb7b-00000e2511c8.html> James Boyle: "A natural experiment," FT, 22 Novembre 2004.

⁵ Comité Permanent sur Droits d'Auteur et Droits Liés entre eux, Neuvième Session. Genève, 23-27 Juin 2003. Etude sur les Limites et Exceptions Relatives au Droit d'Auteur et les Droits Liés entre eux ans l'Environnement Numérique, préparé par Sam Ricketson Professeur de Droit à l'Université de Melbourne et avocat, Victoria (Australie). http://www.wipo.int/documents/fr/meetings/2003/sccr/doc/sccr_9_7.doc

⁶ <http://www.cambridge.org/9780521850445>. Resource Book on TRIPS and Development, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, Cambridge University Press, 2005. Page 186.

*"[...] les limites pour faciliter l'utilisation privée, dans l'enseignement, la recherche et autres objectifs sociaux importants, sont généralement considérés comme un aspect important des réglementations du droit d'auteur. Dans les juridictions légales continentales, les lois nationales de droit d'auteur fournissent des exceptions spécifiques pour des cas dont les secteurs ont été mentionnés précédemment. Les juridictions coutumières suivent les doctrines de l'utilisation ou du traitement équitables, sur la base desquelles des exceptions semblables ont été développées à travers la jurisprudence"*⁷.

Selon Ruth Okediji, dans l'article d'une prochaine édition, « le système international du droit d'auteur : considérations sur les limitations, exceptions et intérêt public pour les pays en développement dans l'environnement numérique », « *il y a eu quelques études sur les limitations et exceptions à l'intérieur du système international du droit d'auteur [...] la diffusion effective des biens de la connaissance est directement en rapport avec les limitations établies pour les droits protégés par des brevets ou droits d'auteur, des titulaires de ces biens. Les limitations et exceptions sont un élément important dans la création d'un environnement dans lequel les initiatives domestiques et les politiques de développement peuvent enraciner des racines, spécifiquement en rapport avec l'éducation et la connaissance scientifique de base. Une citoyenne bien informée, éduquée et qui a des capacités est indispensable pour le processus de développement. Okediji a continué en disant « Bien que l'importance de l'accès aux biens de la connaissance a été soulignée en rapport avec les pays en développement, on ne doit pas oublier que l'accès est aussi une partie importante de l'équilibre du droit d'auteur des pays développés »*. Les bibliothèques et les institutions éducatives, par exemple, permettent aussi l'accès dans les pays développés, et dépendent des limitations et des exceptions aussi bien dans les pays développés que ceux en développement.

La Convention de Berne établit une exception obligatoire qui permet l'utilisation de rendez-vous d'un travail qui a été légalement mis à disposition du public ⁸ - Une exception fortement soutenue par les œuvres universitaires. La Convention de Berne renvoie aussi de façon spécifique quelques utilisations d'œuvres en rapport avec l'enseignement ou dans l'information d'événements actuels et annote quelques cas où l'utilisation non volontaire des œuvres peut être autorisée (soumise à une rémunération équitable pour les auteurs). Outre de telles mentions spécifiques, il existe aussi des clauses plus générales d'exceptions dans les traités et accords commerciaux, qui incorporent divers essais de trois pas qui régulent des exceptions supplémentaires.

Selon la Convention de Berne les pays peuvent autoriser la reproduction d'œuvres(1) dans des situations spéciales, tant que la reproduction (2) ne génère pas de conflit avec l'exploitation normale de l'œuvre et (3) ne nuise pas de façon irrationnelle aux intérêts légitimes de l'auteur. La même prévision est reprise, de manière quelque peu différente, dans l'Article 13 de l'Accord de TRIPS. Le contexte dans l'Accord de TRIPS est plus large, appliquant à toute limitation ou exception des droits exclusifs (non seulement au droit de reproduction) ce qui permet de renvoyer les intérêts légitimes du « titulaire des droits » et non ceux de « l'auteur ». Divers accords commerciaux bilatéraux ou régionaux font aussi des prévisions qui sont fidèles au langage de TRIPS.

L'essai des trois pas, est, en dernier ressort, politique – dont un appel en justice a été lancé au sujet de termes ambigus tels que « spécial », « normal », « irrationnel », et « légitime ». Sous la

⁷ (Note Nr. 160 dans le texte original) Voir Carlos Correa, Fair use in Digital era, International Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC), vol.33, No. 5/2002. Pour une analyse de cette doctrine dans le contexte du système légal des Etats-Unis, voir R.Okediji, Toward and International faire Use Doctrine, Columbia Journal of transnational Law, vol. 39, 2000-2001, pp.75 et seq.

⁸ Pourvu que l'utilisation soit « compatible avec la juste pratique » et « n'excède pas ce qui était justifié par l'objectif ».

Convention de Berne, les pays membres sont totalement libres de faire eux-mêmes ces jugements.

Résolution de conflits et la preuve des trois pas

Dans l'Accord de TRIPS l'évaluation des preuves des trois pas est soumise à des procédures multilatérales de résolution de conflits et son accomplissement est soutenu par de graves sanctions commerciales. Le rapprochement de la résolution de conflits est actuellement utilisé dans divers accords commerciaux bilatéraux et régionaux, ce qui crée la possibilité d'un *forum shopping* et de normes globales incongrues. On espère que les pays en développement obtiennent de meilleurs résultats dans les procédures multilatérales de conflits, afin que le nombre de pays qui remettent des cas soit plus grand et que les intérêts des consommateurs soit probablement mieux représenté.

Les sujets qui peuvent être résolus dans les procédures de résolution de conflits incluent toute la gamme d'exceptions gratuites et rémunérées aux droits exclusifs – par exemple, schémas d'octroi obligatoire de licences, degré de certaines utilisations personnelles, gratuité des œuvres commerciales à but non lucratif, ainsi que le degré d'effort des gouvernements dans l'application des lois contre l'infraction ou l'anti-circonvension de mesures technologiques de protection et schémas de gestion de droits numériques.

Les résultats des procédures de résolution de conflits seront très influencés par les normes globales, incluant la pratique étatique, les nouveaux traités et accords commerciaux multilatéraux et régionaux et diverses « lois douces » de forums comme le Sommet Mondial de la Société de l'Information (SMSI) ou d'organismes qui agissent dans les secteurs du développement et des droits humains.

Le « Traité de l'OMPI sur les Droits d'Auteur » (WCT, en anglais) de 1996 n'est pas actuellement en harmonie avec l'Accord de TRIPS, mais il est souvent inséré dans les accords commerciaux bilatéraux. Il fournit aussi une expression moderne des normes multilatérales. Le préambule du WCT établit « la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et les intérêts du public en général, en particulier dans l'éducation, la recherche et l'accès à l'information, comme indiqué dans la Convention de Berne ». L'Article 10 de ce traité comprend une preuve des trois pas, semblable à celle de TRIPS, en plus d'une déclaration accordée sur les limitations et exceptions du droit d'auteur, qui exprime ce qui suit :

“Il est compris que les dispositions de l'Article 10 permettent aux Parties Contractantes d'appliquer et d'étendre dûment les limitations et exceptions de l'environnement numérique, dans leurs législations nationales, comme celles qui ont été considérées acceptables en vertu de la Convention de Berne. Il faudra également comprendre que ces dispositions permettent aux Parties Contractantes d'établir des nouvelles exceptions et limitations qui soient adaptées à l'environnement de réseau numérique. Il est aussi entendu que l'Article 10.2) ne réduit ni n'étend le cadre d'application des limitations et exceptions autorisées par la Convention de Berne. ”

Extinction des droits (la doctrine de la première vente)

Un secteur particulièrement contesté dans le domaine des biens protégés par le droit d'auteur fait référence à l'extinction des droits du vendeur une fois que le bien est mis sur le marché lors d'une vente légale. Ce sujet peut être renvoyé comme « la doctrine de la première vente » ou comme « l'extinction des droits » (deux expressions qui seront utilisées par la suite). Les politiques nationales varient de façon considérable, aussi bien entre les pays que par rapport aux différents types d'œuvres protégées par les droits d'auteur.

Les politiques par rapport à la doctrine domestique de la première vente déterminent le degré de liberté que possède l'acheteur d'une œuvre pour la revente éventuelle, le prêt, le revenu ou la donation de celle-ci. Avant que les ordinateurs ne soient un moyen important de diffusion d'œuvres, ces sujets étaient une préoccupation fondamentale pour les individus tels que des vendeurs de seconde main de livres ou d'enregistrements musicaux, de vidéo-club ou bibliothèques. Comme conséquence de l'expansion de l'utilisation des nouvelles TIC, ces sujets sont devenus beaucoup plus complexes. Les éditeurs du *logiciel libre (software)*, données, musique, films, jeux vidéo et autres œuvres numériques cherchent chaque fois à limiter non seulement la revente, la location, le prêt ou la donation des œuvres, mais aussi les façons dont ces dernières sont utilisées par une personne – par exemple, en imposant des restrictions à une œuvre de sorte qu'elle puisse être seulement utilisée dans un seul appareil, ou pour un temps limité. Le degré dans lequel les lois nationales de protection du droit d'auteur appliquent des restrictions sur l'acheteur d'une œuvre varie selon les pays.

Dans un système international d'extinction des droits il est possible qu'il existe un commerce parallèle de biens protégés par le droit d'auteur – la pratique de vente des biens dans un pays où les prix sont plus bas et l'importation future de ces biens dans un pays où les prix sont élevés. Le commerce parallèle freine les prix élevés domestiques des biens protégés par le droit d'auteur. Dans certaines juridictions il a été démontré que les restrictions des vendeurs dans le commerce parallèle sont des violations des lois de la concurrence. Dans d'autres cas ces restrictions sont autorisées ou appliquées par les gouvernements.

Dans l'Article 6 de l'Accord TRIPS les gouvernements sont habilités pour rédiger des lois qui reconnaissent l'extinction des droits des vendeurs pour préparer la revente, la location, le prêt ou le partage d'une œuvre. Les pays ont également une souplesse pour reconnaître l'extinction des droits aussi bien au niveau national qu'international ; ou dans certains cas limités, y compris dans l'UE, l'extinction régionale.

Les titulaires des droits d'auteur recherchent des mesures dans les accords commerciaux bilatéraux et régionaux qui affaiblissent la souplesse établie dans l'Accord de TRIPS pour reconnaître l'extinction des droits des biens protégés par le droit d'auteur, en tenant compte du succès obtenu par l'industrie pharmaceutique dans divers accords de libre commerce des États-Unis en relation avec l'obtention de restrictions contre le commerce parallèle de biens brevetés.

Divers groupes de la société civile, y compris Consumer Project on Technology (CP Tech) ont effectué une requête pour reconsidérer les règles de TRIPS afin qu'elles permettent la reconnaissance de l'extinction des droits entre des pays avec des recettes équivalentes ou supérieures pour certains biens, incluant ceux en relation avec les médicaments et la majeure partie des biens protégés par des brevets ou droits d'auteur. Cette politique permettrait l'utilisation du commerce parallèle pour éviter les abus dans la fixation des prix dans des pays ayant des systèmes de distribution inefficaces ou mono-politiques et reconnaîtrait l'intérêt public dans la segmentation du marché entre des pays ayant des niveaux différents. Ceci demanderait des changements dans l'Accord de TRIPS et dans ces accords commerciaux bilatéraux ou régionaux qui traitent de l'extinction des droits.

Mesures techniques de protection - Gestion de droits numériques

Le développement des nouvelles technologies numériques pour stocker, plagier ou distribuer l'information a créé une infinité de nouvelles occasions pour la partager. Avant même qu'Internet soit utilisé de façon importante par le public en général, les éditeurs d'enregistrements musicaux,

de films et de bases de données ont devancé une expansion du plagiat des œuvres. Ils étaient préoccupés car les programmeurs du *logiciel libre* (software) ont pu, de façon systématique, créer des stratagèmes pour éviter les mesures de protection qui étaient développées pour contrôler le plagiat non autorisé des œuvres. En même temps, des experts universitaires et certaines bibliothèques, consommateurs de droits numériques, ainsi que des entreprises consommatrices de haute technologie, ont exprimé leur préoccupation au sujet des mesures technologiques de protection et au sujet des systèmes de gestion des droits numériques qui affaibliraient la capacité des usagers de profiter des limitations traditionnelles et des exceptions des œuvres protégées par le droit d'auteur, y compris celles en relation avec des utilisations personnelles, à but non lucratif et commercial, en noyant l'innovation dans le secteur des nouvelles technologies et en nuisant à l'intimité et la liberté.

Avant même que les gouvernements agissent, quatre nouveaux traités pour l'établissement de normes globales pour des nouvelles mesures, qui donneraient, aux titulaires des droits d'auteur et autres droits, y compris aux interprètes et producteurs d'œuvres protégées pour les droits d'auteur et aux éditeurs de bases de données, des nouveaux pouvoirs pour contrôler et effectuer le suivi du plagiat et l'utilisation partagée de l'information, ont été considérés par l'OMPI. Deux de ces traités ont été adoptés. Leurs conclusions ont été influencées de façon considérable par l'opposition organisée au niveau des intérêts des consommateurs et ont mis en avant plusieurs engagements et prévisions pour considérer la légitime préoccupation des usagers.

Les deux traités de l'OMPI de 1996⁹ - le Traité de l'OMPI sur les Droits (WCT, en anglais) et le Traité de l'OMPI sur l'Interprétation ou l'Exécution des Phonogrammes (WPPT, en anglais) – ont créé des obligations globales pour la prohibition de l'anti-circumvention des mesures technologiques de protection (TPM, en anglais) et des gestion des droits numériques (DRM, en anglais).

La mise en œuvre de ces obligations aux Etats-Unis a inclus la législation de l'Acte des Droits d'Auteur du Millénaire Numérique (*Digital Millennium Copyright Act*, DMCA)¹⁰ en 1998. La DMCA a plusieurs restrictions contestées par rapport au développement de nouvelles technologies, ainsi qu'un ensemble d'exceptions qui sont spécialement décidées pour préserver certains droits des usagers dans des secteurs comme l'éducation ou le développement de produits opérationnels.

Bien que la majeure partie des membres de l'Union Européenne n' pas adhéré formellement au WCT ou au WPPT, l'UE a adopté plusieurs directives qui traitent ces sujets, dont la plus importante est la directive de 2001 sur la protection des technologies contre la circumvention de technologies de gestion de droits numériques¹¹.

L'obligation d'inclure un langage anti-circumvention /TMP/DRM est établie dans plusieurs accords commerciaux bilatéraux, y compris dans tous les traités de libre échange auxquels participent les Etats-Unis.

De nombreux groupes d'experts universitaires, de bibliothèques, d'éducation, de groupes de consommateurs, de défense des libertés civiles, de *logiciel libre* (software) gratuit et d'organisations de développement ont lancé une requête à l'OMPI pour évaluer les risques que les mesures TMP/DRM présentent pour l'accès à la connaissance – en particulier dans des secteurs où les politiques publiques ont favorisé, de façon traditionnelle, l'accès. Quand elles sont en service, les mesures TMP/DRM développement grandement les pouvoirs des éditeurs pour contrôler les

⁹ <http://www.wipo.int/treaties/fr/>

¹⁰ <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

¹¹ http://en.wikipedia.org/wiki/EU_Copyright_Directive

utilisations des œuvres, en changeant de façon dramatique l'équilibre entre les droits des consommateurs et ceux des éditeurs.

Il existe une attention chaque fois plus grande, non seulement sur l'impact négatif des mesures TMP/DRM sur les limitations et les exceptions traditionnelles du droit d'auteur, mais aussi sur les problèmes consécutifs pour préserver l'accès à des œuvres qui ne sont pas encore exploitées au niveau commercial (œuvres orphelines) et les façons dont les consommateurs peuvent utiliser leurs œuvres. Les nouvelles technologies de DRM pour la musique et le *logiciel libre* (software) restreignent fréquemment, par exemple, les appareils que peut utiliser une personne ainsi que le nombre de fois ou le temps durant lequel une œuvre peut être utilisée.

Les mesures TMP/DRM introduisent de grands risques pour la vie privée et la liberté, dans la mesure où chaque fois il devient impossible de contrôler les données des usagers. Ceci s'étend à la question de l'identification des personnes qui diffusent une documentation de gouvernements ou de corporations liées aux violations des droits humains, par exemple, ou dont les activités sont contraires aux normes sociales .

La proposition de l'OMPI pour un Traité sur la Transmission/Diffusion sur le Web

Le Secrétariat de l'OMPI et quelques Etats membres recherchent une nouvelle conférence pour considérer un nouveau traité qui fournit une protection aux organismes de radiodiffusion aérienne, diffusion par câble ou à travers le Web. Le traité est hautement controversé par les organisations qui représentent les droits des consommateurs et les intérêts de la société civile, ainsi que pour beaucoup de titulaires de droits d'auteur. La proposition du traité étendrait les protections disponibles pour les organismes de radiodiffusion bien au-delà des limites établies par l'Accord de TRIPS de l'OMC en fournissant de nouveaux droits commerciaux qui sont étendus aux œuvres que les transmetteurs ne créent pas et qu'ils ne possèdent pas selon les lois de droit d'auteur.

Le délai minimum de protection pour les organismes de radiodiffusion serait étendu de 20 années d'après l'Accord de TRIPS à 50, bien que les droits de la propriété intellectuelle soient justifiés avec l'argument de protéger les placements des organismes de radiodiffusion, plus que par une contribution créative des œuvres. Ces droits de propriété intellectuelle étendus, qui sont obtenus par la transmission de l'information, seraient alors étendus bien au-delà des transmissions traditionnelles de radio et télévision pour Internet, où l'impact serait bien plus problématique. Aucun pays n'a essayé de mettre en œuvre un droit de propriété pour les organismes de diffusion via Internet, ce qui explique qu'aucun antécédent de ces régimes n'a été appliqué à cet espace.

Contrats

Un domaine dans lequel les normes globales évoluent rapidement est celui de la condition des contrats. En particulier ceux qui impliquent des contrats non négociés sur des œuvres protégées par le droit d'auteur, des bases de données et autres biens de connaissance. Les éditeurs cherchent à étendre grandement la condition légale et l'utilisation des contrats pour restreindre l'accès aux œuvres et des données protégées par le droit d'auteur. Ces efforts présentent différents aspects. Un d'entre eux est en rapport avec la formulation des contrats. Les éditeurs cherchent la vaste reconnaissance pour que les présentations numériques de contrats incluses dans les œuvres soient considérées comme des instruments liés entre eux de façon légale. Dans quelques cas, les contrats sont acceptés à travers des accords passés au milieu d'un *click*, qui sont demandés avant que les œuvres puissent être utilisées. Dans le futur, cependant, les éditeurs rechercheront l'approbation automatique des contrats entre l'œuvre et l'appareil qui utilise cette œuvre. Une partie de ces travaux font actuellement partie du programme de travail de la

Commission des Nations Unies pour le Droit Marchand (*United Nations Commission on International Trade Law*, UNCITRAL).

Les éditeurs recherchent également des mesures plus fortes pour imposer l'application de tels contacts à travers les frontières, à travers des instruments comme la récente Convention de la Haye au sujet de la Jurisdiction et Application des Sentences Etrangères (*Hague Convention on Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*) et des prévisions semblables contenues dans des accords commerciaux bilatéraux et régionaux.

L'acceptation de contrats non négociés pour gérer l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur retournera les lois de droit d'auteur insignifiantes et donnera aux éditeurs la privatisation, dans l'essentiel, de l'établissement des politiques. Pour faire face aux problèmes que cette situation présente, la société civile devra insister sur le développement de nouvelles formes de traitement du problème des contrats non négociés, ce qui est particulièrement problématique dans un monde de transactions à travers les frontières.

Contrôle des pratiques anti-compétitives

L'Article 40 du TRIPS représente une prévision de grande importance pour la protection de l'intérêt public qui a été en grande mesure sous-utilisée. Cet article établit que « *Les Membres conviennent que certaines pratiques ou conditions relatives à la concession des licences des droits de la propriété intellectuelle qui restreignent la compétence, peuvent avoir des effets néfastes pour le commerce et peuvent empêcher le transfert et la divulgation de la technologie.* » et que « *Aucune disposition du présent Accord n'empêchera que les Membres spécifient dans leur législation les pratiques ou conditions relatives à la concession de licences qui peuvent représenter dans certains cas un abus des droits de propriété intellectuelle qui ait un effet négatif sur la concurrence du marché correspondant* ».

Du point de vue des procédures de résolution de conflits de l'OMC, l'Article 40 est extrêmement important, parce qu'il reste en dehors de l'essai des trois pas de l'Article 13, en fournissant un mécanisme différent pour le traitement d'un vaste panel de sujets, en incluant, par exemple, des échecs dans la concession de licences de PI en termes raisonnables, la fixation de prix excessifs ou les restrictions qui frustrent l'échange ou le transfert technologique. Dans les accords commerciaux bilatéraux récents auxquels ont participé les Etats-Unis, seul l'accord entre le Chili et les Etats-Unis contient une provision de ce type.

Un agenda pour l'accès à la connaissance

Le 4 octobre 2004, l'Assemblée Générale de l'OMPI a donné son accord pour adopter une proposition présentée par l'Argentine et le Brésil pour établir un Agenda de l'OMPI pour le Développement¹².

Cette proposition a été fortement soutenue par les pays en développement, ainsi que par un grand contingent de la société civile. Avant la réunion de l'Assemblée Générale, des centaines d'organisations à but non lucratif, des scientifiques, des universitaires, ainsi que des individus à titre personnel, ont signé la « Déclaration de Genève sur le Futur de l'OMPI »¹³, où un appel à l'OMPI a été lancé pour focaliser sur les nécessités des pays en développement ainsi que pour considérer la PI comme l'un des outils pour le développement, et non comme une fin en soi¹⁴.

¹² http://www.wipo.org/documents/fr/document/govbody/wo_gb_ga/pdf/wo_ga_31_11.pdf

¹³ <http://vecam.org/IMG/pdf/futurOMPI.pdf>

¹⁴ Shashikant, Sangeeta (2005), *Propriété Intellectuelle et "l'Agenda de Développement" de l'OMPI*, http://wsispapers.choike.org/briefings/fra/sangeeta_ompi_fr.pdf.

Le projet de Traité sur l'Accès à la Connaissance

Suite à la proposition d'un « Agenda pour le Développement » de l'OMPI, la société civile et les organisations universitaires, dont CP'Tech, ont mené une initiative pour promouvoir un nouveau « Traité pour l'Accès à la Connaissance », qui protégerait l'accès à la connaissance et le transfert technologique aux pays en développement¹⁵.

Cette proposition tient compte de beaucoup de sujets détaillés dans ce document qui présentent une menace pour les citoyens et les consommateurs, particulièrement dans les pays en développement, et fournit une liste des prévisions en rapport avec les limitations et exceptions du droit d'auteur et des droits relatifs (comprenant des limitations et exceptions générales au droit d'auteur, doctrine de la première vente, DRM et mesures en rapport à l'anti-circumvention de TPM, des œuvres non originales ou créatives, œuvres orphelines, octroi obligatoire de licences des œuvres protégées par le droit d'auteur des pays en développement, entre autres).

Le traité proposé fixe également des dispositions pour l'octroi de brevets, et inclut une section spéciale consacrée à la promotion de mesures pour développer l'accès à la connaissance. Les mesures incluses dans cette section cherchent à renforcer les libertés d'accès aux biens communs de la connaissance, en particulier ceux basés sur des recherches financées par des fonds publics.

La promotion de standards ouverts, le contrôle des pratiques anti-compétitives, le transfert de technologie aux pays en développement ainsi qu'une clause dont le financement de biens de connaissance ouverts et gratuits est obligatoire, ont été inclus dans le brouillon du traité.

Traité de Recherche et de Développement (R&D) Médicaux

Un groupe d'économistes, scientifiques et d'experts en santé publique ont commencé en 2002, à travailler dans un cadre commercial alternatif pour la recherche et le développement (R&D) médicaux. Ceci a amené à la proposition d'un nouveau traité cadre qui remplacerait, en dernière instance, les traités commerciaux existants et prévus qui ont comme foyer les brevets ou les prix des drogues¹⁶.

Le nouveau paradigme inclut des obligations nationales minimales pour le soutien de R&D médicaux, avec des souplesses en rapport avec les différents modèles d'affaire, des règles de la PI ou d'autres mécanismes (tels que des rapprochements de sources ouvertes) que les pays choisissent pour soutenir R&D. Il existe en outre des mécanismes d'établissement de priorités, incluant un système de crédits pour des investissements de projets particuliers qui favorisent des objectifs d'intérêt social ou public.

Depuis 2002, la proposition d'un nouveau traité de R&D médicaux¹⁷ a été examinée en réunions, ateliers et consultations, et il a été demandé à divers gouvernements qu'ils évaluent le traité ainsi proposé. Le 24 février 2005, une lettre a été présentée devant le Conseil Exécutif de l'Assemblée Mondiale de la Santé et devant la Commission des Droits de Propriété Intellectuelle, Innovation et Santé Publique (CIPIH, en anglais) de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS). Cette lettre

¹⁵ Le texte du brouillon de nouveau traité proposé est disponible sur <http://www.cptech.org/a2k/>

¹⁶ Love, James and Tim Hubbard, *Make drugs affordable: Replace TRIPS-plus by R&D-plus*, Bridges No.6, Junio de 2004. <http://www.cptech.org/ip/health/rndtf/bridges042004.pdf>

¹⁷ Le brouillon du Traité de Recherche et de Développement Médicaux proposé est disponible sur le site web de CP Tech: <http://www.cptech.org/workingdrafts/rndtreaty4es.pdf>.

signée par 162 scientifiques, experts en santé publique, professeurs de droit, économistes, représentants de gouvernement, membres des parlements et organisations de la société civile, affirme que le cadre actuel pour le soutien de R&D médicaux contient de nombreux défauts et impose d'importants coûts, y compris des problèmes de distribution et d'accès aux médicaments ; marketing coûteux, trompeur et excessif des produits ; barrières pour la recherche de suivi ; distorsion de l'investissement vers des produits qui offrent peu ou aucune avance thérapeutique sur des traitements déjà existants ; et faibles investissements en traitements pour les pauvres, en investissement de base ou en biens publics.

Les signataires de la lettre *« appellent la Commission des Droits de Propriété Intellectuelle, Innovation et Santé Publique de l'Organisation Mondiale de la Santé (WHO CIPIH) à débattre sur le cadre global approprié pour soutenir R&D médicaux, et à évaluer le Bronillon du Traité de R&D. Cette initiative cherche à remodeler la politique globale pour atteindre au mieux son objectif qui est de fournir un accès universel à la médecine ».*

La lettre exprime également que *« la proposition du traité reconnaît l'importance d'assurer des sources fiables de financement pour l'innovation, y compris R&D pour des maladies négligées et d'autres priorités de la santé publique, et fournit des occasions pour expérimenter des nouveaux et prometteurs mécanismes pour financer R&D [...] Pour créer les meilleurs mécanismes possibles, les décisions politiques devront considérer le plus large panel d'options, y compris cette idée innovatrice, flexible et qui préserve les options ».*