Le lisible et l'illisible

The Legible and the Illegible

Sous la direction de
Ysolde Gendreau
Editor

Les Éditions Thémis

CRDP
Université de Montréal

La réception des nouvelles techniques dans la loi : l'exemple de la propriété intellectuelle

André Lucas*

I. Le constat 128

II. Les causes 131

III. Le nécessaire sursaut 134

* Professeur à l'Université de Nantes, France.

Quand le juriste se lasse d'empiler des textes dont l'encre est à peine sèche, de réconcilier des dispositions qui se contredisent ou, tout simplement, de s'échiner à leur donner un sens, vient un moment où, guetté par le découragement, il laisse son sac au bord du chemin, s'arrête et se pose la question fondamentale, la seule qui vaille : tout cela est-il bien raisonnable? Merci à la Faculté de droit de l'Université de Montréal de nous offrir cette salutaire pause respiratoire.

Je limiterai mon propos à ce que j'ai appelé la réception des nouvelles techniques[1] dans la propriété intellectuelle, en pratique, parce qu'il faut bien cibler, à l'incidence de la révolution numérique sur le droit d'auteur. Il y a déjà de quoi alimenter la réflexion... L'approche sera française, et, au-delà, européenne[2] puisque la matière fait l'objet d'une harmonisation à travers des directives communautaires déjà nombreuses dont certaines intéressent directement le numérique : la directive de 1991 sur les programmes d'ordinateur, la directive de 1996 sur les bases de données et la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Peut-être n'est-il pas inutile de rappeler que la directive est un texte de portée générale qui doit être transposé par les 15 États membres dans leur propre législation. En principe, les États disposent d'une certaine marge de liberté pour cette transcription, dès lors qu'ils respectent les objectifs assignés. Mais en pratique, le choix fait par la plupart d'entre eux a été de recopier purement et simplement

---

1 En rejetant l'anglicisme « technologies » bien qu'il soit passé dans le langage courant.

2 On pourrait tout aussi bien mener le raisonnement à partir des deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) du 20 décembre 1996.

les directives en cause. Le moins qu'on puisse dire est que cette influence communautaire ne contribue pas à améliorer la lisibilité du droit.

Il faut commencer par le constat de l'illisibilité législative, même s'il est amer. Il s'agira ensuite de rechercher les causes véritables du phénomène et de montrer qu'il est temps de renverser la vapeur du navire de la loi.

I. Le constat

Les professeurs de droit français (j'imagine que c'est vrai aussi pour leurs collègues québécois) enseignent dès le premier cours aux étudiants que la loi s'entend de « *toute règle de droit générale et permanente* ». Il n'est pas sûr qu'ils soient encore dans le vrai.

La loi n'a pas toujours un caractère normatif. On voit se multiplier en France les dispositions législatives qui enfilent des généralités comme des perles, sans édicter la moindre norme. Par exemple on dira que « le droit au logement est un droit fondamental »[3], façon pour le législateur de compenser par des mots l'absence de politique efficace en matière de construction, ou quand le verbe permet de vaincre la résistance des faits...

La loi n'a pas toujours un caractère permanent. Outre qu'on voit apparaître des lois expérimentales, dont la durée est limitée à un certain délai, par exemple de cinq ans, il arrive que le législateur annonce la couleur d'emblée en menaçant les intéressés d'une nouvelle loi plus sévère au cas où ils ne jouent pas le jeu prévu[4].

---

3 Art. 1er de la loi du 6 juillet 1989.

4 Ainsi, lors de la l'élaboration de la directive de 1996 sur les bases de données, la question s'était posée de savoir s'il fallait recourir au système de la licence légale, en transformant le droit exclusif *sui generis* des producteurs de bases de données sur le contenu de leurs bases en un simple droit à

Quant à la généralité de la loi, qui nous intéresse directement, elle se retrouve de moins en moins dans les textes régissant l'adaptation du droit aux nouvelles techniques. Les rédacteurs des textes communautaires, comme des lois nationales, évitent les formules générales, se réfugient dans des énumérations, veulent trancher de tout, écartent tout ce qui peut ressembler à des notions cadres (le bon père de famille, l'homme raisonnable).

Pourtant, Montesquieu avait bien montré la voie. Sous la rubrique « Choses à observer dans la composition des lois »[5], il prévenait « ceux qui ont un génie assez étendu pour pouvoir donner des lois à leur nation ou à une autre » de bien tourner la plume dans leur encrier, affirmant par exemple : « Lorsque dans une loi les exceptions, limitations, modifications ne sont point nécessaires, il vaut beaucoup mieux n'en point mettre; de pareils détails jettent dans de nouveaux détails ». Plus tard, Portalis se fera l'écho de ces préoccupations de bon sens dans son *Discours préliminaire sur le projet du Code civil* : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière »[6].

---

rémunération. Finalement, la directive n'a pas suivi cette voie, mais l'article 16.3 manie le bâton en imposant à la Commission de présenter tous les trois ans un rapport vérifiant notamment si l'application du droit *sui generis* « a entraîné des abus de position dominante ou d'autres atteintes à la libre concurrence qui justifieraient des mesures appropriées, dont la mise en place d'un régime de licences non volontaires ».

5 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, édition établie par Laurent Versini, Paris, Gallimard, 1995.

6 Jean-Étienne-Marie PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet du Code civil », dans *Discours et rapports sur le Code civil*, (1844), coll. « Bibliothèque de philosophie politique et juridique », Centre de philosophie politique et juridique URA-CNRS, Université de Caen, 1992, p. 1.

Force est d'admettre que ces bons conseils n'ont pas toujours été suivis. En pleine tourmente révolutionnaire, Mirabeau lui-même raillait (déjà) le « galimatias »[7] et suggérait plaisamment : « J'observe, en finissant, qu'il ne serait pas mal que l'Assemblée nationale de la France parlât français et même écrivît en français les lois qu'elle propose ».

Au moins le législateur de 1789 avait-il l'excuse de l'urgence...

Le mal, on le sait bien, est devenu endémique, et le « galimatias » prospère. C'est particulièrement vrai dans le domaine de la propriété intellectuelle appliquée aux nouvelles techniques.

Je ne peux à cet égard résister au plaisir (mais c'est aussi du dépit pour tout amoureux de la langue) de citer la perle qu'est l'article L.122-6-1.IV du *Code de la propriété intellectuelle*, dans la rédaction que lui a donnée la loi du 10 mai 1994 transposant (recopiant ici) la directive de 1991 sur les programmes d'ordinateur, ainsi rédigé :

> « La reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1° ou du 2° de l'article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes :
>
> 1° Ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin;
>
> 2° Les informations nécessaires à l'interopérabilité n'ont pas été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1° ci-dessus;

[7] Séance de l'Assemblée nationale du 22 septembre 1789, dans *Œuvres de Mirabeau*, précédées d'une notice sur sa vie et ses ouvrages par M. Mérilhou, t. 1, Lecointe et Pougin,1834, p. 262.

3° Et ces actes sont limités aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité.

Les informations ainsi obtenues ne peuvent être :

1° Ni utilisées à des fins autres que la réalisation de l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante;

2° Ni communiquées à des tiers sauf si cela est nécessaire à l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante;

3° Ni utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un logiciel dont l'expression est substantiellement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur.

L'article 6.4 de la directive sur la société de l'information de 22 mai 2001, impossible à citer dans son intégralité sans décourager le lecteur le plus opiniâtre, qui s'emploie à concilier les exceptions au droit d'auteur et les systèmes de protection technique (notamment les dispositifs anti-copie), est de la même veine. Un orateur disait, au cours du colloque organisé hier par l'ALAI-Canada, qu'il était « difficile à comprendre ». Personne ne le contredira.

II. Les causes

Il est bien difficile de démêler les causes de cette situation préoccupante.

On prétend parfois que la baisse de qualité des textes vient de ce qu'il y a de moins en moins de juristes dans les assemblées parlementaires, qui, au XIX^{e} siècle, étaient essentiellement composées en France d'avocats, alors que ce sont maintenant les fonctionnaires, pas forcément juristes, qui sont majoritaires. L'explication est tout de même un peu courte. De même que celle qui rejetterait la responsabilité sur l'Université, qui ne saurait plus former de bons juristes...

Plus sûrement, on peut mettre en cause le stakhanovisme législatif qui continue à sévir en France comme dans beaucoup d'autres pays, en dépit des sonnettes d'alarme tirées par d'innombrables rapports officiels. On a beau dire, les responsables politiques raisonnent encore comme si leurs électeurs jugeaient de l'efficacité de leurs actions au volume de lois votées durant la législature.

Il y a aussi, et c'est relativement nouveau en France, une certaine méfiance envers le juge dont le législateur cherche plus ou moins consciemment à limiter la liberté de manœuvre en l'enfermant dans des définitions étroites et des énumérations limitatives.

Décisif est, hélas, le triomphe du « lobbying », parfois dissimulé sous le manteau séduisant de l'autorégulation. La loi n'est plus le résultat de la recherche de l'intérêt général, qui transcende les intérêts particuliers, mais celui d'un compromis entre les intérêts des différents groupes de pression identifiés comme tels. Ceux-ci se moquent bien des grands principes et veulent des solutions toutes faites, d'où la casuistique législative. C'est vrai tout particulièrement dans le domaine de l'adaptation du droit d'auteur à l'environnement numérique. Les enjeux sont en effet tellement importants que les grands opérateurs veulent peser de tout leur poids sur la règle du jeu, comme on l'a vu à Bruxelles avec les directives sur les programmes d'ordinateur, les bases de données ou le commerce électronique ou avec la proposition de directive sur la société de l'information, qui ont donné lieu à un « lobbying » frénétique, dont témoigne par exemple le nombre de considérants.

La dimension communautaire, je l'ai dit, n'a rien arrangé. D'abord, sur le fond, l'harmonisation dans le domaine du droit d'auteur s'est faite à dessein sur la base d'une politique que l'on a appelé la « politique des petits pas ». C'est qu'en effet la matière est, comme toujours dès qu'on touche à la culture, très passionnelle, surtout en Europe. Les traditions juridiques des pays européens sont différentes, non seulement à cause de l'opposition entre les systèmes de copyright et les systèmes de droit d'auteur, mais à cause des différences souvent importantes entre ces derniers. Prétendre unifier les principes, c'était, à coup sûr, déclencher des guerres de religion. Qu'il suffise de penser au droit moral (aux droit

moraux comme l'on dit au Canada). D'où le choix d'aborder au fur et à mesure, sans ambition excessive, des questions ponctuelles, souvent techniques : les programmes d'ordinateur, le droit de location, le satellite, le câble, la durée, les bases de données. Ajoutez les négociations très difficiles entre États membres qui ne renoncent pas facilement à leurs habitudes, et veulent obtenir sans cesse de nouvelles précisions. Le résultat, on pouvait s'y attendre, ce sont des textes analytiques et touffus, très difficiles d'accès.

De plus, quant à la forme, le processus d'élaboration des directives ne peut que dégrader la qualité de la langue juridique. Pour raisonner d'un point de vue français, il faut bien voir que les directives sont parfois pensées, avant d'être rédigées, dans une autre langue que le français, par exemple en anglais ou en allemand, et les canadiens sont bien placés pour savoir la difficulté de l'art de traduire, qui oblige à transposer, bien au-delà des mots, des schémas de pensée[8].

Si au moins chaque État prenait ensuite la peine de réécrire la directive dans une langue acceptable, comme le droit communautaire en ouvre la possibilité, le mal serait moindre. Mais dans la pratique, le caractère technique des textes et le souci de ne pas remettre en cause des compromis péniblement acquis ont conduit les législateurs nationaux, par facilité, à recopier servilement la directive. C'est donc la même version bruxelloise (au sens de communautaire) qui l'on retrouve dans tous les pays de l'Union. Il arrive qu'on ne comprenne pas très bien ce qu'elle veut dire. Le ministère de la Culture se console en se disant que personne ne le sait non plus à Bruxelles... et que l'important est de « coller » au texte communautaire. Ce sera à la Cour de justice, le moment venu, de lui donner un sens.

[8] Voir par exemple COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La rédaction française des lois*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1980.

III. Le nécessaire sursaut

On justifie parfois ces dérives en faisant valoir que la complexité des problèmes posés, par exemple par les techniques numériques, impose cette démarche analytique seule capable de limiter l'aléa judiciaire. L'argument n'est pas recevable. On aura beau mettre tous les détails qu'on voudra dans une loi, on n'empêchera pas les procès. Mieux (ou pire), plus on en dira, plus on court le risque de mal le dire et de se contredire.

On dit aussi qu'il faut bien entrer dans les détails pour courir après une réalité technique qui évolue bien plus rapidement que dans le passé. Certains ajoutent même : si les juristes restent les bras croisés, il se créera un vide juridique. Il y a un véritable fantasme, relayé par les médias et souvent par les responsables politiques, du vide juridique. La vérité est que les groupes de pression appellent vide juridique la règle existante qui ne leur convient pas. Prétendre légiférer à chaque nouvelle percée technique, c'est se condamner à une fuite en avant qui ne peut être que porteuse d'insécurité juridique. Prenons un exemple. Dans plusieurs pays (pas au Canada), on a légiféré sur la responsabilité des fournisseurs d'accès au regard de l'illicéité des « contenus » (comme on dit dans la langue de bois cybernétique). Ce fut un des thèmes majeurs de la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000. Or, on a raisonné, dans l'urgence, sur la base d'un état de la technique qui n'est déjà plus le même qu'au moment où la controverse a fait rage. Il aurait fallu commencer par se poser la question : est-ce que la fonction de fournisseur d'accès ou d'hébergement a un avenir sur les réseaux numériques? Certains spécialistes en doutent, qui observent que l'augmentation spectaculaire des performances (des débits) changera très certainement la donne. La donne technique, mais sans doute aussi la donne juridique. En revanche, il est probable que la question de la responsabilité liée à l'utilisation des moteurs de recherche et des liens hypertextes restera posée. Mais la directive communautaire se borne à annoncer des études sur ce point. Autant dire qu'il faudra remettre l'ouvrage sur le métier. Voilà à quoi conduit l'obsession de l'adaptation du droit à la réalité technique.

Certes, il faut reconnaître que la complexité des problèmes auxquels est confronté le législateur moderne est plus grande que par le passé, et qu'il est plus difficile en l'an 2000 qu'au XIX[e] siècle de suivre les conseils de Montesquieu et de Portalis. La ligne tracée par le législateur ne peut pas toujours être rectiligne. Non seulement, comme le dit le doyen Carbonnier dans son ouvrage *Flexible droit*[9], « le droit est trop humain pour s'étendre à l'absolu de la ligne droite », mais il est encore plus difficile de légiférer sur des matières neuves en utilisant des concepts généraux, comme le bon père de famille du Code civil. L'adaptation de la propriété intellectuelle aux nouvelles techniques offre un bon exemple de ces difficultés. Nous sommes en effet dans une discipline où les grands principes ne se laissent pas aisément apercevoir. Tout y est affaire de compromis, de balance d'intérêts, dont le fléau n'est pas arrêté au même endroit selon les pays et selon les époques. Comment enfermer le droit dans des formules toutes faites, alors qu'on est tout prêt à dire demain le contraire de ce qu'on affirme aujourd'hui? Prenons l'exemple de la protection des programmes d'ordinateur par les brevets d'invention. En Europe, dans les années 1970, la décision a été prise de refuser la brevetabilité. Elle était purement conjoncturelle. L'obscur secrétaire d'État qui présentait le projet de loi en France, M. Jacques Chirac, avait tenu en substance ce langage : nous proposons de refuser les brevets de logiciels parce que telle est la tendance au plan international et notamment aux États-Unis d'Amérique. Cependant, si la situation évolue, il faudra bien reprendre l'examen de la question. Et c'est ce qui se passe ces derniers mois, les autorités communautaires étant plutôt favorables à l'abandon de la prohibition.

Il est difficile de critiquer cet empirisme, qui est inévitable. Mais cela complique, à n'en pas douter, la tâche de ceux qui font les lois.

---

9 Jean CARBONNIER, *Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 5[e] éd., Paris, L.G.D.J., 1983.

Prenons un autre exemple, en revenant à la question de la responsabilité des intermédiaires sur Internet. Si l'on dit, et cela est le bon sens, que ces intermédiaires doivent tenir compte des mises en garde qui leur sont adressées, sous peine d'engager leur responsabilité, il est normal de se demander quelles formes doit prendre cette mise en garde. Le *Digital Millennium Copyright Act* américain de 1998 entre dans le détail de cette procédure dite de « *notice and take down* ». La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique préfère renvoyer à d'hypothétiques accords collectifs. N'est-ce pas botter en touche?

Malgré tout, ces circonstances atténuantes ne doivent pas faire oublier la direction à suivre. C'est celle du reflux. Il faut absolument que les lois soient plus simples. Montesquieu, encore lui, écrivait : « Les lois ne doivent point être subtiles, elles sont faites pour des gens de médiocre entendement, elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille ». Les rédacteurs du Code civil avaient parfaitement incarné cette tradition. Je cite toujours à mes étudiants l'exemple de Stendhal qui, disait-on, lisait tous les matins un article du Code dont il admirait la concision et la précision, et j'ajoute : Stendhal n'aurait pas lu, en tout cas pas tous les matins, l'article L.122-6-1 du *Code de la propriété intellectuelle* ou l'article 6.4 de la directive sur la société de l'information!

Mais, n'en déplaise à Stendhal, ce n'est pas seulement un souci d'esthétique qui doit nous inciter à militer en ce sens. La lisibilité de la loi est indispensable pour assurer sa légitimité. Ripert, en 1949, fit grand bruit en dénonçant le « déclin du droit », qu'il attribuait en partie à cet émiettement des règles. M. Jean-Denis Bredin, civiliste réputé et membre de l'Académie française, a relevé de son côté que « cette multiplication des textes, qui prétendent tout prévoir, ne cesse d'alimenter le mépris du droit ». Ceci est d'autant plus vrai dans le domaine du droit d'auteur, dont le principe est de plus en plus contesté par les utilisateurs, notamment les internautes.

Le temps est venu du sursaut. Il faut en revenir à Portalis, l'un des rédacteurs du Code civil français, qui disait : « il faut ne toucher aux lois que d'une main tremblante ». Il faut trembler avant de faire des nouvelles lois et trembler avant de faire des lois trop longues et trop touffues. Au fond, il revient au législateur de s'appliquer à lui-même le conseil qu'il impose à certains fournisseurs, de vins par exemple, de donner au public : « à consommer avec modération ». Peut-être, c'est un vœu (ou un rêve), la France pourrait-elle, revenant à ses racines, donner l'exemple de cette sobriété. Je parle de la sobriété législative, parce que pour la sobriété tout court...