

UNIVERSITE MONTPELLIER 1

Faculté de Droit

Année :
bibliothèque :

N° attribué par la

2	0	0	2
---	---	---	---

--	--	--	--	--	--	--

MEMOIRE de D.E.A Informatique et Droit

Sous la direction :
Du **Professeur Michel VIVANT**

**L'articulation des exceptions au droit d'auteur et des
mesures techniques de protection face à l'harmonisation
(Directive « droit d'auteur » du 22 mai 2001)**

**VAILLANT Isabelle
GONTHIER Jean-Brice**

Formation Doctorale : Informatique et Droit
Equipe de Recherche Informatique et Droit (E.A.2997)

Section du CNU : 01 Droit privé et sciences criminelles.71 Science de l'information et de la
Communication

E.R.I.D.

L'articulation des exceptions au droit d'auteur et des mesures techniques de protection des œuvres face à l'harmonisation

Résumé

La Directive 2001/29 a pour but l'harmonisation du droit d'auteur au niveau communautaire. Elle s'appuie, d'une part, sur une liste exhaustive d'exceptions facultatives, qui doit permettre aux Etats membres de créer un droit à l'image de leurs particularismes nationaux. Néanmoins, ne risque-t-elle pas d'arriver à l'opposé du but envisagé ?

D'autre part, tenant compte du développement d'Internet et des réseaux, le législateur européen entend protéger les auteurs dans la diffusion de leurs œuvres par la mise en place d'un système unifié de mesures techniques de protection.

L'articulation de ces deux aspects du texte européen doit permettre de vérifier si une harmonisation du droit d'auteur au sein de la communauté sera rendue possible.

Index

Directive / droit d'auteur / harmonisation / société de l'information / exceptions / reproduction provisoire / mesures techniques de protection / compensation équitable.

Joint of copyright exceptions and technological measures of works protection facing harmonization

Summary

European Union Copyright Directive was written in order to harmonize certain aspects of copyright and related rights in the information society. On the one hand, it creates an exhaustive list of exceptions. Its large nature should permit to create a unified law. Nevertheless, wouldn't it venture to cause the opposite result?

On the other hand, the European lawmaker creates a system of technological measures in order to protect online diffusion of works.

The joint of these two aspects of the European directive should permit to verify if a harmonization is possible.

Index

Directive / copyright / harmonization / information society / exceptions / temporary acts of reproduction / technological measures of protection / fair compensation.

L'articulation des exceptions au droit d'auteur et des mesures techniques de protection des œuvres face à l'harmonisation

Plan général

Chapitre 1. Des exceptions à la carte pour chacun des Etats membres : entre diversité et discordance

Section 1. Une liste exhaustive d'exceptions et de limitations introduite par la Directive

Section 2. Le droit français : quelques exceptions à prendre en compte

Chapitre 2. Un ensemble obligatoire de mesures techniques de protection : entre harmonie et interrogations

Section 1. L'harmonisation du régime juridique des protections techniques et l'effectivité des exceptions

Section 2. Une harmonisation dommageable pour les internautes ?

<u>Introduction</u>	6
<u>Chapitre 1.Des exceptions à la carte pour chacun des Etats membres : entre diversité et discordance</u>	12
<u>Section 1.Une liste exhaustive d’exceptions et de limitations introduite par la Directive</u>	13
<u>§ 1.Une pléthore d’options rendant douteuse une éventuelle harmonisation</u>	13
<u>I/.L’avènement de la « reproduction provisoire », seule exception obligatoire</u>	14
<u>A).Une définition aux contours à affiner</u>	14
<u>B).Un champ d’application nécessitant des éclaircissements</u>	16
<u>II/.Une profusion d’exceptions facultatives</u>	17
<u>A).Des exceptions dictées par des intérêts divers</u>	18
<u>1° Des exceptions garantissant des libertés fondamentales</u>	18
<u>2° Des exceptions se justifiant par des besoins d’intérêts publics</u>	18
<u>3° Des exceptions introduites pour pallier une incapacité des auteurs de contrôler et d’interdire certains actes</u>	18
<u>B).Des exceptions de nature à compromettre une entente juridique au niveau communautaire</u>	19
<u>1°.Une profusion d’exceptions, un frein à l’harmonisation</u>	20
<u>2°.Le test des trois étapes, une condition nécessaire mais contraignante</u>	21
<u>§ 2.Des exceptions au profit d’une utilisation à but non lucratif : une homogénéité de philosophie ?</u>	24
<u>I/.Le but non lucratif, la condition nécessaire des exceptions</u>	24
<u>II/.Quid de la « compensation équitable » ?</u>	24
<u>A).Une notion floue, à l’image de la rémunération pour reprographie ?</u>	24
<u>B). Un droit d’accès aux œuvres soumis à rémunération ?</u>	25
<u>Section 2.Le droit français : quelques exceptions à prendre en compte</u>	26
<u>§ 1.L’exception de copie provisoire</u>	27
<u>§ 2.Les dérogations au profit de certaines utilisations</u>	28

<u>Chapitre 2.Un ensemble obligatoire de mesures techniques de protection : entre harmonie et interrogations</u>	30
<u>Section 1.L’harmonisation du régime juridique des protections techniques et l’effectivité des exceptions</u>	34
<u>§ 1.La protection juridique des protections techniques du droit d’auteur : vers une harmonisation</u>	34
<u>I/.Un régime juridique de la protection bien défini</u>	34
<u>A).Les conditions d’une protection</u>	35
<u>B).Des actes illicites sanctionnés fortement</u>	36
<u>1°.Les actes illicites</u>	36
<u>2°.Des sanctions fortes</u>	39
<u>II/.Un régime juridique laissant certaines questions en suspens</u>	41
<u>A).La protection des mesures techniques, droit d’auteur ou brevet ?</u>	41
<u>B).Quid de la responsabilité encourue pour la violation de la mesure technique ?</u>	42
<u>§ 2.La protection des mesures techniques et l’application des exceptions</u>	44
<u>I/.Les difficultés de mise en œuvre des exceptions</u>	44
<u>A).Le test des trois étapes, une condition pour passer outre les mesures techniques</u>	44
<u>B).Le contournement des mesures techniques autorisé contre rémunération</u>	45
<u>II/.Les solutions envisageables</u>	45
<u>A).Les solutions apportées par la Directive</u>	46
<u>1°.Les mesures volontaires des titulaires des droits</u>	46
<u>2°.L’intervention de l’Etat</u>	47
<u>a-La notion de mesures appropriées</u>	48
<u>b-Une limitation aux moyens de pression des bénéficiaires des exceptions</u>	49
<u>3°.La technique de révision périodique du texte</u>	50
<u>B).Les solutions proposées par la doctrine</u>	51
<u>Section 2.Une harmonisation dommageable pour les internautes ?</u>	52
<u>§ 1.Les utilisateurs, une liberté sous surveillance</u>	52
<u>I/.La copie privée amoindrie</u>	52
<u>A). Le principe d’une rémunération pour une utilisation sans autorisation</u>	52
<u>B).Un principe vidé de sa substance</u>	53

C). <u>Le test des trois étapes, un frein à la copie privée</u>	56
D). <u>Vers la suppression de l'exception de copie privée et sa rémunération ?</u>	57
II/. <u>Un accès limité à l'information ?</u>	59
A). <u>Le principe de libre accès, une injustice pour les auteurs</u>	59
B). <u>Un risque d'intrusion dans la vie privée des utilisateurs</u>	60
§ 2. <u>Les auteurs, une nouvelle donne</u>	60
I/. <u>Quid du choix de la protection ?</u>	60
A). <u>Le risque de monopole</u>	61
B). <u>Un éventuel contrôle de la création</u>	61
II/. <u>L'édition numérique à l'image de l'édition physique</u>	61
A). <u>Le droit à rémunération</u>	62
B). <u>La conservation du droit moral</u>	62
<u>Conclusion</u>	63

Introduction

1. La Directive n°2001/29/CE du 22 mai 2001 intitulée « de l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information » va contribuer à modifier sensiblement notre conception française du droit d'auteur, et plus largement à l'émergence d'un nouveau droit européen de la propriété littéraire et artistique.

2. Ce texte s'inscrit dans la continuité d'un droit reconnu universellement depuis le XVIII^e siècle, dû au développement de l'imprimerie qui a favorisé la diffusion des œuvres.

3. La Convention de Berne du 9 octobre 1886 constitue le premier texte international sur le sujet. Il est en outre d'influence française très marquée. Ce texte a été repris en 1948 par l'ONU dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, convention internationale ratifiée par la France, qui dispose dans son article 27 : « Chacun a droit à la protection de ses intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire, ou artistique dont il est l'auteur. » Le droit d'auteur devient ainsi un Droit de l'Homme. Or ces Droits de l'Homme sont inhérents à la nature humaine (« ensemble de facultés et prérogatives considérées comme appartenant naturellement à tout être humain », Cornu), antérieurs et supérieurs à l'Etat, qui doit les respecter. Mais cette Convention d'ordre international devait trouver application dans tous les pays, alors que ce « droit d'auteur » n'a pas la même essence partout. De plus, le 6 septembre 1952, la Convention Universelle sur les Droits d'auteur, prise sur l'initiative de l'Unesco, propose de reconnaître « des minima », c'est-à-dire des degrés de protection variables selon les pays signataires de la Convention de Berne. Plus tard, l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) vient à connaître de cette dernière par l'intermédiaire des Accords sur le Droit de Propriété Intellectuelle et Commerciale (ADPIC), qui y sont intégrés. Enfin, deux protocoles additionnels du 20 décembre 1996 viennent réaffirmer la pertinence du droit d'auteur dans le numérique. Il s'agit des Traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur (World Intellectual Property Organisation Copyright Treaty (WCT)) et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (World Intellectual Property Organisation Performances and Phonograms Treaty). Adoptés en 1996, le WCT et le WPPT visent à actualiser et à améliorer la protection au niveau international, mise en place avant l'apparition des ordinateurs personnels et le développement de l'Internet. Le WCT introduit de nouvelles règles de grande portée, visant à protéger les droits des créateurs dans l'environnement numérique. Il protège notamment les œuvres littéraires et artistiques, catégorie qui englobe tant les livres que les programmes d'ordinateur, la musique, l'art ou encore les films. Il actualise et complète la

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, le principal traité sur le droit d'auteur en vigueur actuellement au niveau mondial, adopté en 1886 et dont la dernière révision date de 1971¹. Ces deux Traités sont, au niveau international, les textes de base pour l'agenda numérique du droit d'auteur. Il s'agit également d'inciter les Etats à adopter de manière plus ou moins uniforme des lois relatives aux mesures de protection techniques. En effet, la question se pose de savoir si la numérisation des œuvres et des interprétations, celle des supports d'enregistrement ou encore celle des modes de diffusion, constituera une technologie de rupture ou simplement un nouvel outil. Le progrès des technologies de diffusion de l'information a multiplié les possibilités techniques de piratage des œuvres de l'esprit. Mais les mesures techniques sont aussi un moyen pratique de renforcer le droit de la propriété intellectuelle. L'informatique est également un outil pour renforcer la distribution des œuvres et autres prestations protégées.

4. Le droit communautaire, pour sa part, place le créateur en position dominante et tente d'harmoniser les différentes législations nationales qui le composent au travers de nombreuses directives (sept en un peu plus de dix ans), telles que « logiciel et droit d'auteur » en 1991, « diffusion câble et satellite » en 1993, et « protection des bases de données » en 1996. Ces directives procurent un niveau de protection plutôt élevé au droit d'auteur et restent fidèles aux objectifs et aux traditions de protection de la propriété intellectuelle au sein de l'Union Européenne. En même temps, elles reflètent un équilibre entre les droits et les intérêts en jeu, notamment ceux des ayants droit, des utilisateurs commerciaux, des consommateurs et du public en général.

5. La Directive 2001/29 du 22 mai 2001 est venue harmoniser certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information alors même que les traités OMPI du 20 décembre 1996 n'étaient pas encore entrés en vigueur. En effet, il était prévu qu'ils entrent en vigueur trois mois après être ratifiés par trente États. La Communauté Européenne avait déjà décidé, le 16 mars 2000, d'adhérer aux deux Traités OMPI. De plus, en raison des accords d'association que la Communauté a conclus avec des pays tiers, la ratification par la Communauté Européenne et ses Etats membres sera le déclic pour une ratification par plus de vingt-cinq autres pays. Or, le Gabon a été le trentième pays à adhérer au WCT en décembre dernier, et le Honduras est devenu, le 20 février 2002, le trentième État à ratifier le WPPT. Ainsi, le WCT est entré en vigueur ce 6 mars 2002, et le WPPT entrera en vigueur le 20 mai 2002.

La Directive est entrée en vigueur le 22 juin 2001 et doit être transposée par les Etats membres pour le 22 décembre 2002. Certains d'entre eux ont déjà commencé à préparer des projets de loi (par exemple la Belgique).

L'objectif de cette Directive a été d'adapter la législation relative aux droit d'auteur et droits voisins aux évolutions technologiques et particulièrement à la société de l'information, et de transposer, interpréter de façon uniforme et mettre en œuvre les principales obligations internationales découlant des deux Traités au niveau communautaire. L'adoption et la mise en oeuvre de la Directive permettront donc à la Communauté et à

¹ Pierre Sirinelli in « Rapport introductif – Colloque Directive 2001/29/CE Bilan et Perspectives » 25 octobre 2001.

ses Etats membres de les ratifier.² Et, pour la première fois, cette Directive, dans ses considérants 3 et 9, déclare que la propriété intellectuelle est reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété. Parmi les différents points abordés par la directive, le droit de reproduction est sans aucun doute celui qui a soulevé le plus de controverses. En effet, le développement du numérique a bouleversé la notion classique de reproduction.

Ce texte est l'objet d'un compromis entre deux conceptions de la protection des œuvres : le droit d'auteur et le copyright. En effet, les Etats-Unis ont adopté en 1998 le Digital Millenium Copyright Act (DMCA) qui empêche de diffuser ou de communiquer les moyens permettant d'outrepasser les systèmes de protection des contenus artistiques (cf. l'affaire Sklyarov, juillet 2001, et Johansen, 1999³). L'European Union Copyright Directive (EUCD pour les Anglo-saxons soit Directive 2001/29) reprend beaucoup de propositions du DMCA, notamment la possibilité de poursuivre ceux qui mettraient à disposition du public des logiciels destinés au piratage.

6. La conception française du droit d'auteur va se trouver modifiée, tant dans ses fondements que dans ses valeurs protectrices, du fait de sa confrontation avec le copyright. En effet, selon une acception générale, le droit d'auteur se définit comme le « droit exclusif sur l'exploitation des activités [des auteurs et créateurs], avec le corollaire en vertu duquel son exercice doit, pour une pleine efficacité, être renforcé par la collectivité »⁴. La conception française, pour sa part, est fondée sur le principe de la propriété incorporelle : « c'est le droit d'exploiter une chose créée par l'esprit, dans les conditions matérielles et morales posées par celui qui est à son origine »⁵. On peut compléter cette définition en remarquant que le droit d'auteur est l'« ensemble des droits que la loi accorde au créateur d'une œuvre de l'esprit, lui conférant un monopole d'exploitation sur celle-ci » (Antoine Latreille).

En effet, si l'on analyse l'évolution qu'a subi le droit d'auteur depuis sa reconnaissance en tant que droit naturel de la personne, c'est-à-dire un droit découvert et précisé par la loi, on peut s'apercevoir que, parti d'une conception matérialiste du droit d'auteur -on parle alors de propriété- on a abouti à une protection de l'auteur sur son œuvre à la fois morale et pécuniaire.

7. La conception du droit d'auteur sous l'Ancien Régime, appelée « privilège des libraires », marquait un monopole de reproduction, dont l'auteur était exclu, lorsque l'imprimeur avait pris l'initiative de la reproduction d'un ouvrage. La Révolution française, d'influence libérale et bourgeoise, va engendrer plusieurs textes très attachés à la propriété de l'auteur sur son œuvre. Par exemple, la loi Le Chapelier de 1791 reconnaît un droit de représentation à l'auteur d'une pièce de théâtre, et la loi Lakanal de 1793 reconnaît un droit de reproduction et un monopole de l'auteur sur la reproduction de ses œuvres.

« La plus sacrée, la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage, fruit de la pensée de l'écrivain. »

² Sylvie van de Geer in « Analyse de la Directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparative », Séverine Dusollier et Alain Strowel, 10 avril 2001- Adoption de la Directive 2001 sur les droits d'auteur.

³ Les Echos.net, 4 mars 2002 « La DMCA continue à susciter la controverse. Non seulement il interdit la copie privée, mais une clause interdit, en outre, le développement et la diffusion de technologies de décryptage des systèmes de protection des œuvres, même sans intention de piratage ou de bénéfice commercial. »

⁴ Pierre-Yves Gautier « Propriétés littéraires et artistiques » PUF 1999, n° 2

⁵ Pierre-Yves Gautier « Propriétés littéraires et artistiques » PUF 1999, n° 13

C'est par cette déclamation, (qui est d'ailleurs le plagiat d'une plaidoirie célèbre), que le rapporteur Le Chapelier a introduit la présentation de la loi du 19 janvier 1791, texte fondateur du droit d'auteur français, l'un des plus protecteurs des intérêts des créateurs. Il s'appuie sur deux principes qui n'ont pas été remis en cause à ce jour :

- Les auteurs bénéficient d'un droit exclusif sur leurs créations, se décomposant en un droit patrimonial très protégé et en un droit moral inaliénable ;
- Ce droit est attaché à l'auteur jusqu'à sa mort, et même soixante-dix ans après sa mort.⁶

8. L'évolution du droit d'auteur s'effectue alors de façon prétorienne, intégration successive de la photo, du cinéma, ... Néanmoins, cette influence du juge entraîne une insécurité juridique pour le justiciable du fait du risque de revirement de jurisprudence ou d'inadéquation avec les conventions internationales. C'est pourquoi le législateur se devait de réagir. Ce qu'il fit avec la loi du 11 mars 1957, qui pose les bases du droit d'auteur et reprend les solutions dégagées par la jurisprudence. Ce texte fut complété entre autres par la loi du 3 juillet 1985 prenant en compte les évolutions techniques, informatiques, audiovisuelles, ...

A la lumière de ces évolutions, notre droit apparaît globalement adapté. Pourtant, la Directive 2001/29 vient le remettre en cause du fait de l'émergence des nouveaux moyens de diffusion des œuvres. En effet, l'avènement de la société de l'information et des services numériques a modifié la donne en ce qui concerne la propriété intellectuelle. Le but de la Directive est alors de trouver un équilibre entre la protection des intérêts des titulaires de droits et l'accès du public aux œuvres dans un but technique, éducatif ou privé.

9. Dès lors, cette notion d'œuvre mérite quelques éclaircissements. Il est de tradition, comme en dispose l'article L.111-1 du Code de la Propriété Intellectuelle (CPI), que l'œuvre de l'esprit est une création de forme originale, et que l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur celle-ci, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété intellectuelle personnel opposable à tous.

En vertu de ce principe, l'auteur dispose d'un certain nombre de prérogatives patrimoniales. Il s'agit principalement des droits de reproduction et de représentation (articles L.122-2 et L.122-3 du CPI). La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque. La reproduction, quant à elle, consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte.

10. La Directive 2001/29/CE, dans ses articles 2, 3 et 4, définit l'ensemble des prérogatives reconnues à l'auteur, qui s'apparentent globalement à celles existantes en droit français. En effet, celles-ci se composent :

-Du droit de reproduction, défini à l'article 2 comme, « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie. » Ce droit est reconnu à la fois aux auteurs et aux auxiliaires de la création, et préexiste déjà en droit français.

-Du droit de communication d'œuvres au public, et du droit de mise à la disposition du public d'autres objets protégés, définis à l'article 3 comme, « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication et toute mise à disposition au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. » Le droit de communication est reconnu aux seuls auteurs, tandis que le droit de mise à disposition est reconnu tant aux auteurs qu'aux auxiliaires de la création. Ceux-ci sont regroupés sous l'appellation « droit de représentation » en droit français.

-Du droit de distribution, défini à l'article 4 comme, « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-

⁶ Cf. Cabinet Breese et Majerovicz, <http://www.breese.fr> .

ci. » Ce droit est reconnu aux auteurs et est sujet à épuisement communautaire. Celui-ci devra faire l'objet d'une intégration en droit français, qui le méconnaissait jusqu'à présent.

11. En théorie, le droit français permettait la protection de ces prérogatives sur Internet, mais il était techniquement impossible de les faire respecter. C'est pourquoi la Directive 2001/29 est intervenue pour permettre théoriquement une telle protection. (cryptologie interdite puis autorisée, droit au cryptage des œuvres en ligne, sanctions du créateur d'outils de piratage...) Elle établit un régime juridique cohérent et stable pour des dispositifs techniques de protection et d'information, dont l'efficacité reste à démontrer. Plus exactement, le texte prévoit deux régimes autonomes à travers ses articles 6 et 7. Cette distinction, calquée sur celle des Traités OMPI de 1996, s'articule entre le régime des dispositifs techniques de protection des créations ou, autrement dit, les dispositifs coercitifs ; et celui propre aux dispositifs d'information sur ces mêmes créations⁷.

L'article 3 définit la mesure technique de protection comme étant « toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre 3 de la Directive 96/9/CE ». La Directive harmonise cette protection légale des dispositifs anti-copies et de gestion des droits permettant ainsi aux titulaires des droits d'utiliser des techniques telles que le cryptage pour bloquer la reproduction des œuvres et pour limiter les pratiques de téléchargement de musique sur l'internet. Cependant, ce texte ne définit pas de mesures techniques particulières, ni de moyens précis d'assurer leur protection, mais en impose seulement le principe, ce qui est de son essence même, c'est-à-dire fixer un objectif en laissant les Etats membres libres des moyens pour y parvenir.

12. L'obligation de légiférer en vue de l'établissement de telles mesures va dans le sens d'une harmonisation des droits nationaux sur la question, et on assiste à l'émergence d'un système juridique européen unique et cohérent en matière de protection des œuvres en ligne.

13. Néanmoins ce texte ne se limite pas à ce seul aspect, il prévoit également des exceptions permettant certaines formes de reproduction, de représentation et de distribution à usage non commercial.

En effet, dans son article 5, la Directive propose une liste d'exceptions et de limitations, permettant à l'utilisateur d'une œuvre le contournement des droits exclusifs de l'auteur en cas d'exploitation dans un but non lucratif. Il s'agit d'une liste exhaustive d'exceptions globalement facultatives, mis à part le cas particulier de la reproduction provisoire. Cette liste fermée contraint les Etats à opter pour des exceptions prédéfinies, parallèlement ils bénéficient d'une grande latitude dans le choix de celles-ci.

Cette dernière faculté risque d'aller à l'encontre d'une harmonisation des politiques communautaires en matière de droit d'auteur, puisque ces limitations formellement énumérées par la Directive ne se retrouveront pas intégrées de manière identique au sein de chaque législation nationale.

14. A la lumière de ces développements, la Directive 2001/29/CE réunit en son sein deux systèmes dont la mise en œuvre semble se contrarier : d'une part une liste de dérogations laissant toute latitude aux Etats quant à leur intégration, et d'autre part un ensemble de dispositions protectrices uniformisant les législations des Etats membres de l'Union Européenne.

15. La question juridique majeure est celle de l'équilibre à trouver entre la propriété intellectuelle et le droit des utilisateurs : les mesures techniques renforcent-elles les droits de propriété intellectuelle ? Sont-elles conciliables avec les exceptions au droit d'auteur ? Dès lors, dans quelle mesure exceptions facultatives et

⁷ Antoine Latreille in « Protection des dispositifs techniques – Colloque Directive 2001/29/CE Bilan et Perspectives » 25 octobre 2001

mesures techniques obligatoires peuvent-elles être conciliées dans un objectif d'harmonisation communautaire de la Propriété littéraire et artistique ?

16. Par conséquent, après avoir analysé, d'une part, la teneur et la diversité des exceptions définies par la Directive et apprécié en quoi celles-ci sont susceptibles de se heurter au principe d'harmonisation envisagé (chapitre 1), il conviendra d'autre part d'apprécier leur mise en œuvre au regard de la rigidité dont est empreint le régime assigné aux mesures techniques de protection (chapitre 2). La directive compose une valse à trois temps, en premier lieu, elle reprend l'acquis, puis l'enrichit et le modifie, et enfin, elle y renvoie.⁸

⁸ « La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », Valérie-Laure BENABOU, Revue Communication-Commerce Electronique, octobre 2001 p.8 chr.23.

Chapitre 1. Des exceptions à la carte pour chacun des Etats membres : entre diversité et discordance

1. La Directive a pour but une harmonisation des législations au niveau européen. Néanmoins, elle intègre de nombreuses exceptions et/ou limitations, au caractère facultatif, qui ne semblent pas aller dans le sens d'une telle harmonisation.

2. En effet, dans ses considérants 14⁹ et 22¹⁰, la Directive assigne une place importante à la notion de culture : il s'agit de mettre en place un droit d'auteur fort pour la promotion de la culture. Mais pour ce faire, les utilisateurs doivent également pouvoir avoir facilement accès aux œuvres. C'est pourquoi le législateur communautaire a décidé d'entendre de façon large les exceptions à la protection, comme nous pouvons le constater en lisant le considérant 31¹¹. On y lit qu'il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits, ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés. Ainsi, la Directive édicte-t-elle une liste détaillée d'exceptions (section 1), qui permet d'observer le peu de modifications que cela entraînera au niveau de notre droit interne (section 2).

⁹ Considérant 14 : La présente directive doit promouvoir la diffusion du savoir et de la culture par la protection des œuvres et autres objets protégés, tout en prévoyant des exceptions ou limitations dans l'intérêt du public à des fins d'éducation et d'enseignement.

¹⁰ Considérant 22 : Une promotion adéquate de la diffusion de la culture ne peut conduire à sacrifier la protection rigoureuse des droits et à tolérer les formes illégales de mise en circulation d'œuvres culturelles contrefaites ou piratées.

¹¹ Considérant 31 : Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés. Les exceptions et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les États membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique. Les disparités qui existent au niveau des exceptions et des limitations à certains actes soumis à restrictions ont une incidence négative directe sur le fonctionnement du marché intérieur dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. Ces disparités pourraient s'accroître avec le développement de l'exploitation des œuvres par-delà les frontières et des activités transfrontalières. Pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, ces exceptions et limitations doivent être définies de façon plus harmonieuse. Le degré d'harmonisation de ces exceptions doit être fonction de leur incidence sur le bon fonctionnement du marché intérieur.

Section 1. Une liste exhaustive d'exceptions et de limitations introduite par la Directive

1. C'est à l'article 5 de la Directive que nous pouvons trouver une liste exhaustive des exceptions que les Etats membres ont la faculté de prévoir, pour limiter les droits exclusifs d'exploitation reconnus aux auteurs, aux artistes interprètes, aux producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, ainsi qu'aux organismes de radiodiffusion. Les Etats ne pourront certes pas ajouter d'exceptions supplémentaires à celles qui figurent dans la liste, mais ils pourront transposer des exceptions que leur droit ignorait jusque là.

2. Pourtant, si l'on souhaite harmoniser valablement la propriété intellectuelle en droit communautaire, il est important que les exceptions soient les mêmes dans les législations des différents Etats membres. D'ailleurs, le considérant 31 de la Directive précise que « pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, ces exceptions et limitations doivent être définies de façon plus harmonieuse ». Or, parmi les vingt et une exceptions, il n'y en a qu'une dont la transposition est obligatoire. Les Etats membres sont donc libres de les transposer pour la plupart, affirme l'article 5 : les Etats membres ont « la faculté de prévoir des exceptions ou limitations » aux droits patrimoniaux. En effet, bien que les exceptions soient limitativement énumérées, leur importance quantitative laisse présager d'une transposition nationale à géométrie variable, qui risque de paralyser fortement l'harmonisation du droit d'auteur dans la société de l'information. (§ 1) Toutefois, ne peut-on constater une certaine homogénéité de philosophie dans l'exigence faite aux exceptions d'être effectuées dans un but non lucratif ? (§ 2)

§ 1. Une pléthore d'options rendant douteuse une éventuelle harmonisation

Ainsi, l'article 5 de la Directive prévoit non moins de vingt-et-un cas d'exception au droit d'auteur, dont seulement une est obligatoire : la nouvelle exception pour copie provisoire (I). Toutes les autres sont facultatives : les Etats membres ne sont pas obligés de les introduire dans leur droit interne (II). Mais une telle situation nous amène à nous interroger sur l'effectivité de l'harmonisation envisagée.

I/.L'avènement de la « reproduction provisoire », seule exception obligatoire

La Directive, tenant compte du caractère indispensable des reproductions provisoires propres à l'univers numérique, instaure une nouvelle exception obligatoire au droit exclusif de reproduction (considérant 33¹²) : la « reproduction provisoire » Encore appelée « exception de réseau »¹³, elle est énoncée à l'article 5.1 de la Directive¹⁴, mais n'est pas nettement définie par les experts de Bruxelles. En effet des zones d'ombre perdurent aussi bien sur le plan de son contenu proprement dit (A), que sur l'étendue de son champ d'application (B).

A).Une définition aux contours à affiner

1. L'article 5.1 de la Directive « définit » les actes de reproduction provisoire comme étant transitoires ou accessoires et constituant une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique. Ces actes sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2¹⁵.

Cette exception vient donc modifier la situation à propos de certaines copies techniques. En effet, sur les réseaux, de nombreuses copies sont indispensables car elles se justifient par des impératifs techniques, mais sont bien souvent provisoires. Il est alors logique que ces reproductions éphémères échappent au droit d'auteur, car il est essentiel de permettre librement l'acheminement licite des œuvres sur le réseau. Cette

¹² Considérant 33 : Le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à autoriser certains actes de reproduction provisoires, qui sont transitoires ou accessoires, qui font partie intégrante et essentielle d'un processus technique et qui sont exécutés dans le seul but de permettre soit une transmission efficace dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, soit une utilisation licite d'une oeuvre ou d'un autre objet protégé. Les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre. Pour autant qu'ils remplissent ces conditions, cette exception couvre les actes qui permettent le survol (browsing), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (caching), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information. Une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi.

¹³ « Survol de la Directive relative à la protection des droits d'auteurs et des droits voisins dans la société de l'information », Valérie-Laure BENABOU, Revue Lamy Droit des Affaires, décembre 2001, n°44 p.15.

¹⁴ Article 5 Exceptions et limitations :

1. Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre:

- a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou
- b) une utilisation licite d'une oeuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2.

¹⁵ Article 2 Droit de reproduction :

Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie:

- a) pour les auteurs, de leurs oeuvres;
- b) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;
- c) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;
- d) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;
- e) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.

transmission des « contenus » apparaît désormais comme l'élément le plus important de la problématique actuelle des réseaux.¹⁶

2. Ces copies éphémères peuvent être des reproductions dans les ordinateurs de routage, ou consister en une copie « cache » (ou tampon) effectuée par certains fournisseurs d'accès Internet pour stocker l'information sur un centre plus proche, permettant ainsi d'accélérer l'accès aux données et la fluidité du réseau. Il peut s'agir également du « butinage », ou « browsing », sorte de survol qui permet de se déplacer de site en site à la recherche d'informations. Il s'agit donc en général d'actes indispensables, qui n'ont pas de signification en eux-mêmes, et qui ne portent pas atteinte aux intérêts économiques des titulaires des droits. Il est donc logique de faire échapper ces copies au droit d'auteur, afin que les monopoles ne soient pas présents de façon absurde et abusive.¹⁷

Ces actes sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2.

3. Cependant, tous les auteurs ne sont pas d'accord avec cette conception. Par exemple, M. le Professeur Pierre Sirinelli¹⁸ est plus dubitatif sur le bien-fondé de la solution quant à l'exception pour browsing ou caching. Selon lui, seule la nécessité devrait faire loi. Ainsi, si l'exception est vraiment indispensable, il faut l'adopter. Mais si elle n'est que commodité, comme c'est le cas selon lui pour le caching, peut-être vaut-il mieux s'abstenir.¹⁹

4. Ainsi, comme nous pouvons le constater, il n'existe pas de définition exacte de l'exception pour copie transitoire, et cela pose parfois des problèmes d'interprétation en vue de son application.

5. Toutefois, à défaut de définition plus précise posée par la Directive, nous pouvons déterminer les conditions d'application de l'exception. Tout d'abord, la reproduction doit être de nature provisoire, c'est-à-dire transitoire ou accessoire. Le terme « transitoire » semble viser les copies éphémères nécessaires à la transmission des données (comme par exemple le routing). Le terme « accessoire », quant à lui, semble viser les stockages temporaires effectués pour des raisons techniques (tels que le browsing : actes permettant le survol, le streaming, le caching : actes de prélecture dans un support rapide, et le proxy, sous réserve pour ces actes de ne pas porter atteinte à l'exploitation de l'œuvre par les ayants droit²⁰). D'autre part, la reproduction provisoire doit avoir pour unique finalité : une « transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire » ou une « utilisation licite » d'une oeuvre ou d'un objet protégé. Mais encore faut-il que la copie provisoire soit partie intégrante d'un procédé de transmission entre tiers. Dans ce cas, l'exception s'applique sans considération de la licéité de l'utilisation de l'œuvre ou de l'objet protégé transmis. Par contre, si la reproduction n'est pas

¹⁶ « Survol de la Directive relative à la protection des droits d'auteurs et des droits voisins dans la société de l'information », Valérie-Laure BENABOU, Revue Lamy Droit des Affaires, décembre 2001, n°44 p.15.

¹⁷ cf. « La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », Christophe CARON, Revue Communication-Commerce Electronique, mai 2001 p.20.

¹⁸ Selon lui, pour la future transposition de la Directive en droit français, il paraît préférable de laisser au juge le soin de trancher cette difficulté si elle se présente un jour. En conclusion, une transposition littérale pure et simple de l'article 5.1 est souhaitable, sachant qu'il faut seulement s'interroger sur la nécessité d'inclure les précisions apportées par le considérant 33 de la directive.

¹⁹ « Rapport introductif au colloque La Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information - Bilan et perspectives, 25 octobre 2001 », Pierre SIRINELLI, Propriétés Intellectuelles n°2 p.4.

²⁰ cf. encore le considérant 33, supra note n°4.

partie intégrante d'un procédé de transmission, l'exception ne jouera que si l'utilisation de l'œuvre est licite.

Ainsi, la définition de cette exception, seule obligatoire, n'est pas nette, mais ses conditions d'application révèlent également quelques incertitudes.

B).Un champ d'application nécessitant des éclaircissements

1. Les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre, limite parfois difficile à cerner au regard des procédés de navigation et de stockage utilisés sur Internet.

L'objectif de l'exception est d'éviter la paralysie des diffusions en réseau par l'exercice, par le titulaire, de son droit exclusif de reproduction sur les copies intermédiaires réalisées lors de la transmission. En conséquence, la Directive a, semble-t-il, clairement délimité le champ d'application de l'exception par plusieurs conditions : reproductions provisoires, transitoires ou accessoires, incluses dans un procédé technique, absence de signification économique indépendante. Pourtant, les conditions pratiques de la mise en œuvre de cette exception de copie provisoire soulèvent certaines incertitudes, et la détermination de la finalité du procédé reste sujette à interprétation. Comment en effet vérifier, pour chaque cas concret, que la reproduction est effectivement sans signification économique propre ? De même, si la transmission en réseau renvoie à une réalité simple, celle de l'utilisation licite demeure plus abstraite.

2. Le considérant 33²¹ de la Directive éclaire la disposition de l'article 5.1 instituant cette exception de copie transitoire : les actes de reproduction concernés ne devant avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre, cela n'empêche pas, en principe, de couvrir le « survol » (browsing), les actes de prélecture dans un support rapide (caching), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, dès lors qu'ils remplissent les conditions de l'exception. Dans ce cas, ces actes échappent au monopole de l'auteur. Toutefois, les « sites miroirs » et les « proxys » ne sont pas mentionnés dans ce considérant. Ils ne seront couverts par l'exception que si les mécanismes de calcul du paiement les incluent, c'est-à-dire s'ils sont compris dans les assiettes des rémunérations dues aux fournisseurs. Car en effet, ces systèmes sont susceptibles de perturber les modes de comptage des pages consultées, et donc de troubler les systèmes de rémunération basées sur le taux de consultation : si la rémunération de l'auteur est assise sur le nombre de connexions au site, la pratique du caching serait susceptible de couvrir des interrogations par des internautes qui ne seraient pas comptabilisés sur le site d'origine, entraînant ainsi un manque à gagner pour l'auteur.

3. On le voit, la notion de « signification économique indépendante » est incertaine ; il s'agira donc d'examiner attentivement les mécanismes de calcul des paiements entre les fournisseurs de services et leurs clients. Comme par exemple en matière de réseau, le calcul du paiement des droits doit prendre en compte ce mode de diffusion.

Cette exception est généralement admise, mais on se demande si elle comprend les reproductions intermédiaires pour accroître et faciliter la diffusion des œuvres et autres prestations. Car en effet, ces reproductions ne doivent pas servir de prétexte à certaines utilisations qui auraient une signification économique ou qui entraîneraient un manque à gagner pour l'auteur. Ainsi, la transposition de cette disposition ne doit concerner que les reproductions économiquement neutres pour les titulaires de droit.

4. Par ailleurs, l'exception ne peut s'appliquer qu'à une utilisation licite. Mais cette condition n'est pas des plus précises. Dès lors, le contenu de l'exception sera amené à évoluer, parce qu'il n'est pas lié à un usage

²¹ Cf. supra note n°4.

identifié. Cette exception ne peut se comprendre et s'interpréter qu'à raison de la fin poursuivie : l'acte de reproduction doit être un moyen, un accessoire à un système de transmission des œuvres. Son but est de faciliter la communication.

L'exception ainsi admise par la Directive n'est pas une catégorie juridique clairement définie mais plutôt un objectif à atteindre. Il suppose que le droit change selon les solutions techniques en vigueur.

5. Cette exception de reproduction provisoire est cependant la seule exception obligatoire édictée par la Directive. Elle répond à la préoccupation de faciliter l'essor des réseaux et de fluidifier la circulation des œuvres. Les autres exceptions et limitations sont facultatives, et énumérées dans une liste formellement exhaustive.

II/.Une profusion d'exceptions facultatives

1. Les exceptions énumérées par la Directive forment une liste clairement définie d'actes qui, dans certaines circonstances, échappent au monopole de l'auteur. Elles constituent certes des limites aux droits de celui-ci, mais elles traduisent également la prise en compte dans le champ du droit d'auteur de libertés fondamentales et d'intérêts majeurs pour la société. « Elles sont, pour l'essentiel, le reflet nécessaire de valeurs et d'intérêts collectifs qui ne peuvent systématiquement fléchir devant les intérêts privés de l'auteur ». ²² (A)

2. Pourtant, pour reprendre une expression du Professeur Sirinelli ²³, le législateur national ne disposera que d'une « liberté encadrée », parce qu'il ne pourra pas retenir d'exceptions autres que celles figurant aux articles 5.2, 5.3 et 5.4. Toutefois, il a aussi la possibilité de ne rien faire, puisque les exceptions sont dites facultatives. De plus, cette liste, certes limitative, est pourtant bien longue (non moins de vingt et une !). Cette longueur semblerait s'expliquer par le fait que l'Union ait voulu contenter tous les Etats en reflétant le plus largement possible toutes les exceptions au niveau européen. Mais cette longueur doublée du caractère facultatif-même amène le risque que l'« on assiste à une hypertrophie du régime d'exception au détriment de son harmonisation », pour citer Fabrice Degroote. ²⁴ (B)

²² « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », Mireille BUYDENS et Séverine DUSOLLIER, Revue Communication-Commerce Electronique, septembre 2001 p.10.

²³ « Rapport introductif au colloque La Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information - Bilan et perspectives, 25 octobre 2001 », Pierre SIRINELLI, Propriétés Intellectuelles n°2 p.4.

²⁴ Fabrice DEGROOTE, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n°136, mai 2001.

A).Des exceptions dictées par des intérêts divers

Nous allons étudier une distinction des exceptions en trois catégories, fondées sur des intérêts particuliers, inspirées de certains auteurs (Pierre Sirinelli, André Lucas).²⁵ Certaines exceptions garantissent des libertés fondamentales (1°), d'autres se justifient par des besoins d'intérêts publics (2°), enfin les autres sont souvent introduites pour pallier une incapacité des auteurs d'interdire et de contrôler certains actes (3°).²⁶

1° Des exceptions garantissant des libertés fondamentales

En droit d'auteur, certaines exceptions peuvent garantir des libertés fondamentales, telles que la liberté d'expression, la liberté de la presse, le respect de la vie privée. Il peut s'agir des exceptions de parodie (article 5.3k de la Directive), de citation (article 5.3d), de critique (article 5.3d), de compte rendu d'actualité (article 5.3f), ou d'usage privé des œuvres (article 5.2b). Ces libertés fondamentales ne peuvent se voir limiter, pas même dans l'environnement numérique.

2° Des exceptions se justifiant par des besoins d'intérêts publics

D'autres exceptions se justifient par des besoins d'intérêts publics, et se rapprochent en cela du « fair use » connu dans la conception de copyright.²⁷ Il s'agit des exceptions en faveur des bibliothèques, des établissements d'enseignement, des musées, des archives (article 5.2c de la Directive), des personnes affectées d'un handicap (article 5.3b), ainsi que pour la sécurité publique et le bon déroulement de procédures (article 5.3 e). Il convient là encore d'en garantir la sauvegarde dans l'environnement numérique. Cependant, le cadre d'action des bibliothèques par exemple, n'est plus le même dans l'univers numérique que dans leur cadre connu jusque là (établissements physiques, avec horaires d'ouverture). En effet, sur le web, les bibliothèques virtuelles sont accessibles à toute heure. Le préjudice pour les auteurs et l'exploitation de leurs œuvres risque alors de s'en trouver accru.

3° Des exceptions introduites pour pallier une incapacité des auteurs de contrôler et d'interdire certains actes

²⁵ « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », Mireille BUYDENS et Séverine DUSOLLIER, Revue Communication-Commerce Electronique, septembre 2001 p.10.

²⁶ Pour un exposé plus complet, voir M. Buydens et S. Dusollier.

²⁷ Ces exceptions ne sont pas sans rappeler les usages permis par le « fair use » de tradition anglo-saxonne (article 107 de la loi américaine de 1976, loi anglaise de 1988, articles 29 à 29-2 de la loi canadienne de 1997), que l'on pourrait traduire par « usage équitable », en faveur de l'enseignement, des bibliothèques et des archives. Selon la loi américaine, de tels usages sont permis sous quatre conditions :

1- L'usage doit être à des fins privées. Si c'est à des fins commerciales, l'usage est dit inéquitable.

2- L'utilisateur ne doit pas toucher à la nature de l'œuvre.

3- La copie doit être intégrale. Une copie partielle n'est pas autorisée : elle porterait atteinte à l'œuvre.

4- Il doit y avoir un impact sur le marché, c'est-à-dire que l'usage doit être productif pour le public pour que ce soit équitable. C'est ici une différence fondamentale avec la tradition de droit d'auteur, connue en France, puisqu'au contraire une copie doit être à usage strictement privé et non collectif, et ne doit pas affecter le marché.

1. C'est le cas de la copie privée audiovisuelle et de la reprographie (article 5.2b de la Directive). L'auteur ne pouvant contrôler de manière efficace l'ensemble des copies rendues possibles par les progrès techniques (apparition des photocopieurs, magnétoscopes,...), le législateur a reconnu à l'utilisateur une exception pour copie privée, assortie du versement d'une compensation à l'auteur. Ce type d'exception constitue donc une concession face à une impossibilité pratique de faire respecter le droit d'auteur. Mais avec les mesures techniques de protection, cette impossibilité disparaît, et avec elle le fondement de cette exception. Il faudra donc trouver des compromis pour la faire respecter. (Nous ne nous étendons pas davantage ici sur l'exception de copie privée, dont le sort réserve quelques interrogations, mais renvoyons l'étude au chapitre 2, section 2, § 1 I.)

2. Mais le fait même d'avoir des exceptions nombreuses et non imposées rend leur impact limité au vu de l'harmonisation envisagée.

B).Des exceptions de nature à compromettre une entente juridique au niveau communautaire

1. La Directive s'était fixé comme objectif de parvenir à une certaine harmonisation du régime des exceptions. Car en effet, à quoi bon harmoniser les droits exclusifs des auteurs si, par ailleurs, les Etats restent libres d'adopter n'importe quelles limitations ? Pourtant, la Directive est un texte peu contraignant, on peut dire un texte ouvert, au regard du jeu des exceptions et des limitations. En effet, la majorité de la doctrine est finalement d'accord pour dire que le but de l'harmonisation voulue par le législateur communautaire (considérant 31²⁸) n'est pas réellement atteint du fait de la quantité des exceptions et limitations facultatives possibles. (1°) Selon V.-L. Benabou²⁹, « La Directive s'est efforcée, sans grand succès, d'harmoniser les exceptions aux droits exclusifs. » « Ce n'est pas un modèle, c'est un patchwork. »³⁰ Il s'agirait même d'un « éventail extravagant » des exceptions, pour reprendre une exception de M. F. Pollaud-Dullian³¹ (ou encore d'un « catalogue à la Prévert », selon M. Ch. Caron³²). Ainsi, « la faculté pour les Etats de « faire leur marché » dans les exceptions ôte beaucoup de son intérêt à l'harmonisation. »³³

2. Cependant, pour M. Y. Gaubiac³⁴, l'harmonisation peut être atteinte de manière dérivée par le fait que les exceptions sont limitativement prévues, ainsi que par le critère des trois étapes énoncé à l'article 5.5³⁵³⁶, critère pourtant contraignant. (2°)

²⁸ Cf. supra note n°3.

²⁹ Cf. supra note n°5.

³⁰ « Discussion - Colloque La Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information - Bilan et perspectives, 25 octobre 2001^o », Mme. De MONTLUC, Propriétés Intellectuelles n°2 p.31.

³¹ « Les droits exclusifs consacrés par la Directive^o », Frédéric POLLAUD-DULLIAN, Propriétés Intellectuelles n°2 p.7.

³² « La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », Christophe CARON, Revue Communication-Commerce Electronique, mai 2001 p.20.

³³ « Directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information », Gavina GALLIER, <http://www.legalbiznext.com>, 2 mai 2002

³⁴ « Les exceptions (I) – La méthode suivie et les résultats obtenus^o », Yves GAUBIAC, Propriétés Intellectuelles n°2 p.17.

³⁵ Article 5.5 : Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.

³⁶ Cf. sur ce point contra « Rapport de synthèse du colloque La Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information - Bilan et perspectives, 25 octobre 2001^o », Michel VIVANT, Propriétés Intellectuelles n°2 p.71.

1°. Une profusion d'exceptions, un frein à l'harmonisation

1. L'article 5 de la Directive énonce donc un certain nombre d'exceptions facultatives. Cependant, l'harmonisation visée risque bien d'être décevante puisque aucune de ces exceptions n'est obligatoire. D'une part, les Etats ont la faculté de choisir parmi elles, et donc chaque exception ne se retrouvera pas forcément dans chaque législation. Avec des exceptions si diverses, l'harmonisation ne sera jamais véritablement atteinte dès lors que les Etats n'adopteront pas les mêmes exceptions. Que se passera-t-il lorsqu'un ressortissant d'un Etat voudra exercer une exception reconnue par celui-ci, dans un autre Etat qui, lui, ne la reconnaît pas ? Ce caractère facultatif constitue là une barrière importante à l'harmonisation. En effet, des disparités nombreuses vont subsister après la transposition du texte dans chaque législation nationale. M. P.-Y. Gautier³⁷ estime qu'une telle accumulation d'exceptions, assortie de la dispense de transposition obligatoire, est de nature à accroître les disparités législatives. Cette Directive mènera sans doute à une harmonisation minimale des législations nationales au sujet de ces exceptions. Selon V.-L. Benabou, le résultat n'est guère à la hauteur des espérances.³⁸ Ce catalogue mettrait d'ailleurs plutôt en lumière les disparités entre les systèmes juridiques des Etats membres en ce qui concerne les exceptions.

2. D'autre part, cette liste étant exhaustive, on peut en déduire qu'il existe un « *numerus clausus* », c'est-à-dire que les Etats membres ne pourront adopter d'autres exceptions qui ne sont pas prévues par la Directive. A priori, ce peut être un élément d'homogénéité entre les différentes législations. Mais qu'advient-il alors des exceptions qui existaient auparavant dans les législations nationales mais qui ne figurent pas dans la liste de la Directive ? Les Etats devront-ils les abandonner ? Il pourra s'agir en France, par exemple, de l'exception de représentation dans le cercle de famille et de l'exception d'analyse. Une solution pour ne pas les voir abandonnées serait de les faire entrer dans le champ d'application de l'« exception balai » de l'article 5.3o qui dispose : « lorsqu'il s'agit d'une utilisation dans certains autres cas de moindre importance pour lesquels des exceptions ou limitations existent déjà dans la législation nationale, pour autant que cela ne concerne que des utilisations analogiques et n'affecte pas la libre circulation des marchandises et des services dans la Communauté, sans préjudice des autres exceptions et limitations prévues au présent article ». Mais ces exceptions se cantonneront donc au cadre connu jusqu'à présent, c'est-à-dire qu'elles sont exclues de l'environnement numérique.

3. Par ailleurs, il est permis de douter que cette liste soit réellement limitative. En effet, par le mécanisme de l'exception balai, les Etats pourront introduire des exceptions non prévues par la Directive, certes considérées comme étant de moindre importance, mais ayant pour effet d'accroître encore les disparités entre les Etats, et les possibilités d'exceptions.

4. Ainsi, en décidant que les Etats membres ont la *faculté* de prévoir la transposition de la quasi-totalité des exceptions, la Directive, censée harmoniser, n'harmonise pas vraiment. Mais d'un autre côté, une absence d'harmonisation, ou une harmonisation a minima, n'est-elle pas plus souhaitable qu'une harmonisation « arrachée », un mauvais compromis que les Etats membres doivent obligatoirement adopter ? Par ailleurs, il est à noter que le considérant 32³⁹, qui expose le principe de l'exhaustivité de cette liste, prévoit malgré-tout

³⁷ « De la transposition des exceptions : à propos de la directive « droit d'auteur dans la société de l'information » », Pierre-Yves GAUTIER, Revue Communication-Commerce Electronique, novembre 2001 p.10.

³⁸ « La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », Valérie-Laure BENABOU, Revue Communication-Commerce Electronique, octobre 2001 p.8.

³⁹ Considérant 32 : La présente directive contient une liste exhaustive des exceptions et limitations au droit de reproduction et au droit de communication au public. Certaines exceptions ou limitations ne s'appliquent qu'au droit de reproduction, s'il y a lieu. La liste tient dûment compte de la diversité des traditions juridiques des États membres tout en visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Les États membres appliquent ces

une réévaluation ultérieure de la situation, permettant ainsi une adaptation régulière des exceptions en fonction des évolutions techniques et des pratiques. Tout n'est donc pas si « noir » concernant l'harmonisation des exceptions au niveau communautaire.

5. Cependant, si les Etats membres sont libres de transposer la plupart des exceptions, ils devront néanmoins intégrer dans leur droit une méthode inspirée de l'article 9.2 de la Convention de Berne qui devrait restreindre l'utilisation des exceptions et introduire une certaine harmonie dans le choix de celles-ci : il s'agit du « test des trois étapes » de l'article 5.5 de la Directive.

2°. Le test des trois étapes, une condition nécessaire mais contraignante

1. L'article 5 de la Directive contient un cinquième et dernier paragraphe qui fixe des critères d'admission des exceptions. C'est le « test des trois étapes », encore appelé « triple test ». Ce critère est issu de l'article 9 alinéa 2 de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, à propos du droit de reproduction. Il a été repris par l'accord ADPIC dans son article 13, et généralisé à l'ensemble des droits. Ce critère est la référence pour définir les exceptions au plan mondial. Le considérant 44 de la Directive rappelle ce principe de l'application du critère des trois étapes à toutes les exceptions qu'elle instaure. Le Professeur Sirinelli⁴⁰ parle de « liberté surveillée » concernant le test des trois étapes, car les exceptions éventuellement retenues devront satisfaire aux conditions de l'article 5.5.

2. Ce test des trois étapes définit les conditions que devront remplir les exceptions de l'article 5 : les exceptions devront concerner des cas spéciaux, ne devront pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé, et ne devront pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. Cela signifie que les exceptions ne peuvent exister que si elles sont spécifiques et assez neutres pour le titulaire des droits. Il faudra donc qu'elles soient clairement définies.

Tout d'abord, les Etats ne doivent admettre que les exceptions -spécifiques à l'environnement digital- prévues « dans des cas spéciaux ». Les exceptions exprimées sous forme de clause générale sont donc exclues : elles doivent figurer dans un texte exprès. Il faut que le cas ait une application ou un but particulier ou limité, qu'il soit détaillé, précis, spécifiquement prévu. Une exception doit aussi être restreinte au sens quantitatif comme au sens qualitatif, avec une portée restreinte et un objectif exceptionnel ou reconnaissable.

Ensuite, l'exception ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, c'est-à-dire qu'il ne doit pas y avoir de risque de parasitisme économique. L'exception est présumée comme telle, si elle est restreinte à une portée ou à un degré qui ne constitue pas une concurrence aux utilisations économiques ne bénéficiant pas de ces exceptions.

Enfin, l'exception ne doit pas causer de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Il ne faut pas que l'exception engendre pour les ayants droit un manque à gagner injustifié ; les effets tant réels que potentiels de l'exception doivent être pris en considération. Il devra donc être procédé à une évaluation du coût économique d'une telle exception. Ainsi, si l'exception en cause permet à des tiers d'exploiter l'œuvre de manière concurrente aux ayants droit ou si l'exercice d'une exception affecte le marché potentiel pour l'œuvre, elle ne pourra être admise. (La distinction entre « l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre » et un « préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur » peut paraître floue. La première formule semble plutôt se rapporter à l'acte de commercialisation de l'œuvre, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être gênée par la

exceptions et limitations de manière cohérente et la question sera examinée lors d'un futur réexamen des dispositions de mise en oeuvre.

⁴⁰ « La Directive société de l'information : apport réel ou fictif au droit d'auteur ? », Pierre SIRINELLI, Colloque IRPI, Revue Communication-Commerce Electronique, Litec, 2001.

prolifération des copies, tandis que la deuxième semble davantage se préoccuper des suites de la commercialisation, c'est-à-dire des revenus de l'auteur, afin qu'il ne perçoive pas moins que ce qu'il devrait. Ces deux critères sont très proches : il y a en fait perméabilité entre les deux.)

3. Cette formule constitue donc un frein général à l'admission des exceptions, un véritable « filtre » susceptible d'appréhender toutes les exceptions. Ces concepts d'exploitation normale et de préjudice injustifié sont assez « flous et intuitifs »⁴¹ pour permettre de limiter l'application des exceptions. Mais à quel moment, dans quelle situation faudra-t-il appliquer ce test ? Trois options sont possibles.

Un filtre pour le législateur ?⁴² Dans cette première option, le test serait un filtre législatif, qui s'imposerait au législateur français lorsqu'il transpose une exception. Dès lors, ce test ne devrait pas figurer en tant que tel dans le Code de la Propriété Intellectuelle. Ainsi, avant de transposer une exception, le législateur devra se demander si elle est bien conforme aux exigences posées par le filtre. Mais une fois transposée, l'exception se trouvera à l'abri de toute contestation, ce qui favorise la sécurité juridique.

Un filtre pour le juge communautaire ?⁴³ Dans cette deuxième option, le test serait appliqué par le juge communautaire de la Cour de Justice du Luxembourg qui, en effet, devra interpréter de façon uniforme les législations des Etats membres. Mais cette solution est moins favorable à la sécurité juridique, car elle risque de provoquer un fort contentieux postérieur à l'admission des exceptions dans les législations, par le biais de questions préjudicielles et d'actions en manquement.

Un filtre pour le juge national ?⁴⁴ Dans cette troisième option, le test serait transposé dans le Code de la Propriété Intellectuelle. Les justiciables pourront donc contester en justice, dans une affaire précise, l'application d'une exception. Une telle solution favoriserait certes les contentieux, mais semble plus protectrice des intérêts des titulaires de droits, qui pourront paralyser l'application d'une exception insuffisamment neutre. Mais l'équilibre serait une fois encore difficile à trouver entre les intérêts des titulaires de droits et ceux des utilisateurs.

4. Quoi qu'il en soit, le test des trois étapes risque d'avoir une incidence importante sur l'admission des exceptions dans les législations, et dans un sens plutôt restrictif. En ce qui concerne, par exemple, l'exception pour copie privée, elle sera certainement plus difficile à exercer, sachant qu'il s'agit d'une exception générale, alors que le test des trois étapes requiert des exceptions « spéciales ». Néanmoins, toute la doctrine ne s'accorde pas quant au caractère contraignant de ce test.

5. Cependant, le ministère de la culture et de la communication ne semble pas envisager une transposition de ce test des trois étapes, considérant que les exceptions figurant dans la liste de l'article 5 (5.2 et 5.3), parce qu'elles sont prévues par la Directive, respectent aujourd'hui le test des trois étapes. Mais se pose la question de savoir si dans le futur, les exceptions, au regard des modifications éventuelles des conditions économiques, techniques ou sociales, respecteront toujours ces exigences. Néanmoins, le juge pourra toujours se saisir, dans l'interprétation de l'exception, du test des trois étapes et ce, en dépit de l'absence de toute mention incitative figurant dans le Code de la Propriété Intellectuelle. Sur le plan pratique, la transposition ou non du test des trois étapes ne devrait donc pas changer l'attitude des juridictions chargées de mettre en oeuvre les exceptions figurant dans le Code de la Propriété Intellectuelle, en sorte que l'enjeu de la question réside essentiellement dans la volonté, ou non, de signaler expressément aux utilisateurs que la

⁴¹ « La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », Christophe CARON, *Revue Communication-Commerce Electronique*, mai 2001 p.20.

⁴² Cf. note n°40.

⁴³ « La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », Valérie-Laure BENABOU, *Revue Communication-Commerce Electronique*, octobre 2001 p.8, chr.23.

⁴⁴ « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », Mireille BUYDENS et Séverine DUSOLLIER, *Revue Communication-Commerce Electronique*, septembre 2001 p.10 chr.22.

portée d'une exception réside également dans le respect du test des trois étapes.⁴⁵ (Ainsi, l'avant-projet belge ne transpose pas l'article 5.5, mais l'exposé des motifs précise que le juge est invité à s'en saisir.)

6. Ainsi, même si ce test des trois étapes peut paraître contraignant, il s'opère un certain rapprochement des législations par le caractère exhaustif de la liste d'exceptions et par l'acquis de ce triple test, qui définit un nouveau cadre de référence. Il en résulte un contrôle de la légitimité des exceptions. L'on peut penser que l'importance particulière accordée par la Directive à ces exceptions est susceptible de conduire à une harmonisation minimale des législations nationales sur ces points et, sans doute, ce qui est plus regrettable, à une différence de traitement entre exceptions. Mais même si l'harmonisation n'est pas au rendez-vous, il y a un rapprochement des philosophies qui se fait à travers le texte : souci de la culture, souci de l'économie. Avec, sans doute, une certaine homogénéité de philosophie : bien des exceptions peuvent être admises si elles sont exercées dans un but non lucratif.

⁴⁵ « Présentation des travaux de transposition de la directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », Compte-rendu de la séance du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique du 04 avril 2002.

§ 2.Des exceptions au profit d'une utilisation à but non lucratif : une homogénéité de philosophie ?

1. Discordance en ce qui concerne le choix de nombreuses exceptions et limitations facultatives, cette Directive présente tout de même un facteur d'harmonie desdites exceptions avec la condition de but non lucratif. (I)

2. Cependant, comment interpréter la « compensation équitable » recommandée et parfois imposée en faveur de l'auteur ? N'y a-t-il pas incompatibilité d'esprit entre des exceptions autorisées et une compensation à devoir à l'auteur lors de l'exercice de telles exceptions ? (II)

I/.Le but non lucratif, la condition nécessaire des exceptions

1. D'une manière générale, on peut noter que les exceptions édictées par la Directive sont autorisées à condition qu'elles soient effectuées dans un but non lucratif : « qui n'ont pas de signification économique indépendante » (article 5.1b de la Directive), « à des fins non directement ou indirectement commerciales » (article 5.2b), « ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect » (article 5.2c), « institutions sociales sans but lucratif » (article 5.2^e), « but non commercial poursuivi » (article 5.3a), « de nature non commerciale » (article 5.3b), « à l'exclusion de toute autre utilisation commerciale » (article 5.3j).

2. En effet, il ne faut pas que de tels actes de reproduction, de communication ou de mise à disposition du public créent une situation de concurrence envers l'auteur, et l'utilisateur ne doit pas en retirer un avantage injustifié au regard de l'auteur.

3. Mais dès lors que cette condition est respectée, pourquoi instituer une compensation en faveur de l'auteur afin de la dédommager du préjudice subi ?

II/.Quid de la « compensation équitable » ?

1. Une « compensation » ou plus exactement « rémunération » est instituée en France depuis quelques années déjà, au profit de la copie privée. C'est la loi du 3 juillet 1985 qui institua cette redevance au profit des auteurs. Il a en effet été jugé que la perception d'une redevance pour copie privée était justifiée, la pratique de la reproduction pour copie privée pouvant occasionner des pertes pour les titulaires du droit d'auteur en substituant à la vente des supports enregistrés.

2. Dès lors, la « compensation équitable » prévue par la Directive, sans beaucoup plus de précisions, s'assimile-t-elle à cette rémunération pour copie privée ? (A) A-t-elle vocation à la remplacer ? Ou bien au contraire les deux modes de paiement vont-ils cohabiter ? C'est soumettre l'accès à l'œuvre à de multiples paiements. (B)

A).Une notion floue, à l'image de la rémunération pour reprographie ?

1. Les cas où la compensation équitable est expressément prévue sont la copie privée et la reprographie (art.5.2a-b-e). En-dehors de ces cas, les Etats membres ont la possibilité d'assortir librement certaines exceptions d'une compensation équitable. (considérant 36⁴⁶)

⁴⁶ Considérant 36 : Les États membres peuvent prévoir une compensation équitable pour les titulaires de droits même lorsqu'ils appliquent les dispositions optionnelles relatives aux exceptions ou limitations qui n'exigent pas cette compensation.

Cette compensation se calculera selon les circonstances propres à chaque cas, dont un critère utile d'évaluation pourrait être « le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en question », d'après le considérant 35.⁴⁷ De plus, le calcul d'une telle compensation équitable doit prendre en compte l'utilisation éventuelle de mesures techniques.

2. Cependant, la Directive n'en dit pas plus sur les modes de calcul de cette compensation. Les Etats membres sont donc dans le flou au sujet de cette disposition à transposer dans leur droit interne. A défaut de davantage de précisions, leurs législations nationales risquent de se retrouver en discordance. Pour notre part, nous connaissons en France la rémunération pour reprographie, laquelle semble se rapprocher assez fortement de la philosophie de cette compensation équitable. La reprographie consiste en « la reproduction sous forme de copie sur papier ou support assimilé par une technique photographique ou d'effet équivalent permettant une lecture directe »⁴⁸ (on parle plus couramment de photocopie). Une solution pourrait être alors de calquer le mode de rémunération de cette dernière sur celui de la rémunération pour reprographie.

3. Ainsi, peut-on dire que cette « rémunération équitable » soumet l'accès aux œuvres à rémunération, ce qui ne manquera pas de soulever des controverses.

B). Un droit d'accès aux œuvres soumis à rémunération ?

1. Le but de la compensation équitable est d'indemniser les auteurs « de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs oeuvres ou autres objets protégés ». ⁴⁹ Un critère utile pour évaluer ces circonstances « serait le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en question ». Mais si une telle exception est permise lorsqu'elle est effectuée dans un but non lucratif, pour une utilisation non commerciale, le titulaire des droits ne subira a priori aucun préjudice, alors pourquoi instituer une compensation équitable afin de le dédommager d'un éventuel préjudice, qui n'existera probablement pas ? Est-ce équitable envers l'utilisateur, qui décidera par exemple de copier un Cd-Rom musical par prudence, ayant des enfants peu soigneux ?

2. Une exception, dans son principe, permet de faire échapper certaines utilisations au droit d'auteur, donc à toute rémunération pour une utilisation à but non commercial. Pourquoi alors les assortir d'une rémunération ? Ne se voient-elles pas vidées de leur raison d'être ? Cette nouvelle disposition semble ainsi constituer un retour sur le principe des exceptions du fait de leur soumission à une rémunération.

⁴⁷ Considérant 35 : Dans le cas de certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs oeuvres ou autres objets protégés. Lors de la détermination de la forme, des modalités et du niveau éventuel d'une telle compensation équitable, il convient de tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Pour évaluer ces circonstances, un critère utile serait le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en question. Dans le cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence, un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû. Le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection prévues à la présente directive. Certains cas où le préjudice au titulaire du droit serait minime pourraient ne pas donner naissance à une obligation de paiement.

⁴⁸ Cf. article L.122-10 du code de la Propriété Intellectuelle.

⁴⁹ Considérant 35 : Dans le cas de certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs oeuvres ou autres objets protégés. Lors de la détermination de la forme, des modalités et du niveau éventuel d'une telle compensation équitable, il convient de tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Pour évaluer ces circonstances, un critère utile serait le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en question. Dans le cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence, un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû. Le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection prévues à la présente directive. Certains cas où le préjudice au titulaire du droit serait minime pourraient ne pas donner naissance à une obligation de paiement.

3. N'est-on pas passé du droit de reproduction au droit d'accès aux œuvres ?

Cette interrogation fondamentale, sous-jacente dans la Directive, apparaît à la lumière de ces propos et fera l'objet d'un approfondissement au regard de l'étude concernant l'influence des mesures techniques sur le futur accès à l'information.

4. L'exception semble alors se nover en limitation et devenir une licence légale, constituant ainsi « un ersatz de monopole ou d'exception ». ⁵⁰ Il y a contrôle de l'utilisation des œuvres sur Internet, utilisation pour laquelle il faut maintenant payer, même dans le cadre des exceptions.

Telles sont donc les exceptions prévues par la Directive. A la lumière de cette étude, nous pouvons constater que le droit français est globalement adapté.

Section 2. Le droit français : quelques exceptions à prendre en compte

1. Le droit français, une législation qui a su s'adapter au fil du temps

Le droit français connaissait déjà un grand nombre d'exceptions au droit d'auteur, principalement regroupées à l'article L.122-5 du Code de la Propriété Intellectuelle, et nous pouvons donc dire que pour nombre d'entre elles, notre législation est en conformité avec la Directive, qui a repris ces exceptions en tout ou en partie.

Il peut s'agir, par exemple :

- des discours publics ;
- des reproductions figurant dans des catalogues de vente d'œuvres d'art ;
- des exception au droit de reproduction avec l'exception de copie privée (article 5.3b de la Directive). Le législateur communautaire a consacré l'exception de copie privée à condition qu'elle soit assortie d'une « compensation équitable ». Le droit français était donc conforme aux exigences communautaires, depuis la réforme introduite par la loi du 17 juillet 2001. On peut également constater que l'article L.311-4 du CPI avait été rédigé en des termes suffisamment larges, puisqu'il évoquait, dès 1985, sans plus de précision, les « supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres », ce qui pouvait englober les supports numériques.
- des exceptions avec l'indication du nom de l'auteur et la source, pour :
 - les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information (article 5.3d de la Directive),
 - les revues de presse (article 5.3d),
 - les diffusions nécessitées par l'actualité (article 5.3c),
 - les exceptions pour les parodies, pastiches et caricatures (article 5.3k) ;
- la reprographie (article 5.2a de la Directive) : réglée par la loi française de 1995 ;
- l'utilisation des œuvres dans des procédures judiciaires (article 5.3 e) : prévue par l'article L.331-4 du CPI.

Ces exceptions correspondant à des hypothèses spéciales qui ont donc pour caractéristique commune de ne pas porter atteinte aux intérêts légitimes des auteurs.

2. La philosophie de transposition des directives

Une directive, en principe, se transpose en terme d'objectifs et non pas « expressis verbis » (c'est-à-dire au mot près) : les Etats membres doivent atteindre les objectifs visés en employant les moyens qu'ils souhaitent. Le choix d'une directive est donc souple et peu contraignant, parce que sa transposition laisse subsister une large place à l'autonomie des lois nationales, les Etats membres conservant une certaine liberté pour la transposer dès lors qu'ils respectent les objectifs assignés. Cependant, les Etats choisissent souvent de

⁵⁰ « Les exceptions (II) – L'impact sur le droit français », Christophe CARON, Propriétés Intellectuelles n°2 p.25.

recopier purement et simplement les directives, sans doute en raison du caractère technique des directives, ou par souci de ne pas remettre en cause des compromis péniblement acquis. Ce n'est pas toujours la meilleure solution en terme de lisibilité du droit, mais il appartient ensuite à la Cour de Justice de recadrer et d'harmoniser les interprétations. Pourtant parfois, il est utile de transposer « expressis verbis », notamment quand le texte de la directive va très loin dans le détail des conditions. Ce peut être le cas, selon Mme. De Montluc ⁵¹, de l'article 5.1 de la Directive « droit d'auteur dans la société de l'information ». La subsidiarité, qui est un principe important en droit communautaire, aurait été prise en compte dans l'élaboration de la Directive. Chaque pays pourrait ainsi garder ses spécificités nationales. Peut-être y a-t'il eu, pour les exceptions, un souci de certains Etats de faire confirmer au niveau européen des spécificités nationales, pour ne pas avoir de problème au moment de la transposition de la Directive et éviter des débats nationaux.

Les exceptions de la Directive correspondraient dès lors en partie à l'ensemble des exceptions connues dans les différentes législations européennes. Nous pouvons de même souligner qu'elles couvrent pour partie celles du Code de la Propriété Intellectuelle. Mais la transposition de ces exceptions étant facultative, comment faudra-t-il procéder pour une éventuelle transposition ? Deux options sont envisageables. Dans le premier cas, le législateur français aurait la possibilité de choisir les exceptions dans la liste de l'article 5 de la Directive, en les transposant selon la formulation française. Le législateur pourrait ainsi être dispensé de transposer les exceptions qui existaient auparavant dans sa législation, et celles-ci se retrouveraient dès lors équivalentes à leurs homonymes de la Directive. Christophe Caron ⁵² nous rappelle que cette conception pourrait se fonder sur la théorie de l'harmonie préétablie, qui dispense l'Etat membre de transposer la règle qui existe déjà, dans ses grandes lignes, dans sa législation. Dans le deuxième cas, le législateur aurait toujours la possibilité de choisir les exceptions dans la liste de l'article 5 de la Directive, mais cette fois en les transposant exactement telles qu'elles y figurent, c'est-à-dire en quelque sorte en respectant un certain « modèle » de la Directive. Ainsi, de nombreuses exceptions figurant dans le Code de la Propriété Intellectuelle se trouveraient modifiées pour correspondre exactement à celles de la Directive. Or la volonté du législateur est d'harmoniser des exceptions « réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique » (considérant 31). Il est donc vraisemblable que ce soit cette deuxième possibilité qui sera la plus conforme à la finalité du texte, et qui devra être appliquée par les Etats membres. En effet, il ne faut pas oublier que le droit communautaire impose la transposition, et la Cour de justice a pu juger qu'il en allait ainsi même lorsque la solution nationale antérieure était identique à celle résultant de la Directive. Ainsi, étant donné le caractère facultatif de la transposition de la majorité des exceptions, toutes ne se retrouveront pas dans chaque législation, mais celles qui auront été transposées se retrouveront de façon semblable dans les législations qui les auront accueillies.

3. Ainsi, il devient évident que certains articles de la Directive entraîneront une modification du Code français de la Propriété Intellectuelle, tels que l'article 5.1 qui institue l'exception de copie provisoire. (§ 1) De même, certaines exceptions, mieux appréhendées par la Directive que par le droit français, pourraient être introduites, bien qu'elles soient facultatives. (§ 2)

§ 1.L'exception de copie provisoire

1. Cette exception de reproduction provisoire, prévue à l'article 5.1 de la Directive, se doit d'être transposée dans le Code de la Propriété Intellectuelle. Elle est en effet obligatoire : la Directive n'envisage pas le « faculté » de l'instituer, ainsi qu'il est prévu pour les autres exceptions. De plus, elle n'existait pas auparavant : le droit français actuellement en vigueur, en particulier les articles L.122-5 et L.211-3 du Code de

⁵¹ « Discussion - Colloque La Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information - Bilan et perspectives, 25 octobre 2001 », Mme. De MONTLUC, Propriétés Intellectuelles n°2 p.31.

⁵² « Les exceptions (II) – L'impact sur le droit français », Christophe CARON, Propriétés Intellectuelles n°2 p.25.

la Propriété Intellectuelle, ignore une telle exception de reproduction provisoire. Mais nous ne nous étendrons pas davantage sur ce point, déjà étudié.⁵³

2. Néanmoins, nous pouvons citer l'avis du Professeur Lucas qui, dans un compte-rendu du 4 avril 2002 du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, estime que la transposition de l'article 5.1 de la directive sur les exceptions et limitations, qui vise les actes de reproduction provisoires, n'a de sens qu'en considération d'une conception large du champ d'application du droit de reproduction.

3. En revanche, certaines exceptions facultatives pouvant être introduite en droit français méritent que nous nous y attardions.

§ 2. Les dérogations au profit de certaines utilisations

1. Tout d'abord, il serait possible d'intégrer dans notre droit interne l'exception selon laquelle est libre « l'inclusion fortuite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé dans un autre produit » (art.5.3i). Cette exception pourrait ainsi couvrir le cas de la représentation accessoire des œuvres situées ou non dans un lieu public. Si l'œuvre n'est pas le sujet principal de la représentation, il est normal que le monopole ne s'applique pas, à la condition que la condition de l'inclusion fortuite soit respectée.

2. La Directive, dans son article 5.3c, précise les conditions de l'exception de revue de presse, alors que le droit français restait très laconique à son sujet. De même, l'exception relative à la diffusion des discours « à titre d'information d'actualité » (article L.122-5-3° du C.P.I) est appréhendée de façon plus extensive dans la Directive puisque la référence à l'actualité est supprimée (article 5.3f). En outre, l'annonce des ventes d'œuvres artistiques (art.5.3j de la Directive), et donc des expositions publiques, pourrait élargir l'exception relative à la reproduction des œuvres dans les catalogues des ventes judiciaires (art.L.122-3d du C.P.I.). Ces exceptions existaient auparavant dans notre droit français, et il n'est pas pensable que le législateur choisisse de les supprimer. Il lui faudra donc certainement procéder à leur modification afin de les faire coïncider exactement avec celles prévues par la Directive.

3. On pourrait également admettre dans notre législation une exception en faveur de l'enseignement et de la recherche scientifique, dès lors que toute commercialité est exclue (art.5.2c et 5.3a). Cette exception est en effet absente du droit français. De plus, bien que la majorité des membres du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, qui a en charge de transposer la Directive en droit français, ne souhaite pas introduire de nouvelles exceptions aux droits des auteurs et aux droits voisins, il est possible que l'exception pour la reproduction spécifique aux bibliothèques, établissements d'enseignement, musées et archives ne recherchant aucun avantage commercial, l'exception à des fins pédagogiques ou de recherche, et l'exception au bénéfice des personnes handicapées, soient accueillies au sein de notre droit, sur la demande d'associations de bibliothécaires qui souhaitent la création de ces trois nouvelles exceptions.⁵⁴

4. Cependant, l'on peut noter l'absence de la liste exhaustive de deux exceptions existantes dans notre droit français, comme précédemment cité⁵⁵ : l'exception d'analyse et l'exception de représentation dans le

⁵³ cf. chapitre 1, section 1, § 1, I. « L'avènement de la « reproduction provisoire », seule exception obligatoire ».

⁵⁴ « Présentation des travaux de transposition de la directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », Compte-rendu de la séance du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique du 04 avril 2002.

⁵⁵ Cf. chapitre 1 section 1 §1 II B 1°.

cercle de famille. Nous avons vu que l' « exception balai » de l'article 5.3 pourrait les accueillir, pour autant que cela ne concerne que des utilisations analogiques et n'affecte pas la libre circulation des marchandises et des services dans la communauté. Mais cette formule ne s'applique qu'aux utilisations analogiques, ce qui est en deçà des exceptions françaises. La transposition de la Directive pourrait donc s'avérer dangereuse pour la survie de ces exceptions.

5. Ainsi, nous avons vu dans quelle mesure la Directive présentait, d'une part des éléments d'harmonie, résultant principalement de l'adoption du test des trois étapes pour l'élaboration des exceptions ; et d'autre part des éléments discordants en ce qui concerne la mise en place d'exceptions au droit d'auteur, résultant d'un nécessaire compromis pour pouvoir imposer un système global des mesures de protection technique.

6. Mais un autre grand défi de la transposition sera incontestablement de concilier ces exceptions avec l'utilisation des mesures techniques de protection des œuvres, dont l'utilisation permise par la Directive présente un minimum d'harmonisation.⁵⁶

⁵⁶ « Les exceptions (II) – L'impact sur le droit français », Christophe CARON, Propriétés Intellectuelles n°2 p.25.

Chapitre 2. Un ensemble obligatoire de mesures techniques de protection : entre harmonie et interrogations

1. Cette Directive introduit une protection à l'échelle de l'Union pour ce que l'on appelle les mesures techniques ou technologiques, qui sont les nouveaux instruments pour la gestion numérique des droits des auteurs.

2. Mais qu'est-ce qu'une mesure technique au sens de la présente Directive ? L'article 6.3 propose une définition. Une mesure technique est une technologie qui « empêche » ou « limite » les « actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur ». En d'autres termes, la mesure technique est la concrétisation technologique de l'interdiction juridique du titulaire de droit qui manifeste ainsi l'exclusivité de son monopole. Ce sont des dispositifs ou éléments informatiques qui seront destinés, soit à prévenir la violation des droits d'auteur, des droits voisins et des droits spécifiques des producteurs de bases de données, soit à protéger les informations sur le régime de ces droits, prévues à l'article 7.2. Ces informations sur le régime des droits permettent d'identifier l'œuvre et donc d'assurer la traçabilité de la création sur les réseaux.

3. Avant d'évoluer davantage dans notre étude, il convient de passer rapidement en revue l'état des mesures de protection et d'information sur le régime des droits existant actuellement.⁵⁷

⁵⁷ Nous nous inspirons pour cela de l'exposé complet et très intéressant de Alain Strowel et Séverine Dusollier (« La protection légale des systèmes techniques », Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Genève, 6 et 7 décembre 1999), qu'il nous paraît opportun de reproduire intégralement ici.

« 1. Mesures techniques protégeant les droits des auteurs

Il s'agit des outils techniques qui empêchent l'accomplissement de tout acte ou usage soumis aux droits exclusifs des ayants droit, tels que l'impression, la communication au public, la copie digitale, l'altération de l'œuvre, etc. On parle surtout des systèmes anti-copie dont la fonction principale est d'empêcher l'accomplissement d'une copie de l'œuvre ou de l'objet protégé, soit uniquement digitale, soit toute copie numérique ou analogique. Par exemple, le **dongle**, utilisé principalement dans le secteur du logiciel, consiste généralement en un élément du hardware, une sorte de clé, qui se branche sur le port série (*serial port*) de l'ordinateur. Tout logiciel protégé par ce système se connecte alors à cette clé pour vérifier quelle est l'étendue des droits de l'utilisateur. Le principe des dongles apparaît comme un précurseur de la technologie des **cartes à puces** ou **smart cards** qui autorisent le stockage d'un plus grand nombre d'informations. En outre, ces cartes à puces peuvent contenir des unités de paiement pré-acquittées. Contrairement aux dongles dont l'utilisation s'est jusqu'ici limitée aux logiciels d'un coût élevé, les cartes à puces seront sans doute plus fréquemment utilisées pour les logiciels, ainsi que pour d'autres œuvres offertes au grand public. Ces deux technologies poursuivent à la fois un but d'accès et de contrôle des utilisations, notamment de la copie.

Le **Serial Copy Management System** est un système principalement utilisé aux États-Unis sur les dispositifs d'enregistrement audio digitaux tels le DAT et les mini-disques. Cette technologie permet à l'appareil de décoder les signaux audio intégrés dans le support et de décoder notamment les données relatives à la protection de celui-ci. Le système autorise la réalisation d'une seule copie digitale à partir de l'original mais empêche toute copie ultérieure. Un système similaire, le **Content Scrambling System**, basé sur la technique de la cryptographie, a été apposé sur les DVD afin d'en empêcher toute reproduction.

2. Systèmes d'accès

L'un des enjeux majeurs des réseaux numériques est de sécuriser l'accès à l'information et aux contenus protégés, à la fois dans le but de garantir le paiement d'une rémunération et pour protéger les droits d'auteur sur l'œuvre ainsi « cadencée ». De nombreux systèmes ont donc été mis au point en vue de garantir et sécuriser l'accès soit à une œuvre, soit à un ensemble d'œuvres, soit à un service comprenant notamment des œuvres protégées. Désactiver le mécanisme de contrôle d'accès se réalise soit par paiement, soit lorsque les autres conditions de la licence conclue avec les titulaires de droit auront été remplies. Le dispositif d'accès peut ne contrôler qu'un accès initial et ensuite laisser l'œuvre libre de toute utilisation ou vérifier, à chaque nouvel accès, le respect des conditions. L'accès peut également être facilement différencié selon le type d'utilisateurs, ce qui constitue un grand avantage de ces systèmes. Par exemple, une université peut avoir obtenu un accès contre un prix forfaitaire annuel à une œuvre ou une collection d'œuvres pour un certain nombre d'étudiants et pour une durée d'une année. Le système vérifiera dans ce cas l'existence de la clé de décryptage sur les ordinateurs de l'université ou l'utilisation du mot de passe convenu contractuellement, voire l'identité de l'étudiant. A l'inverse,

la même technologie peut accorder des accès répétés à un particulier en échange d'un paiement renouvelé, notamment proportionnel à la fréquence d'utilisation. Les technologies remplissant cette fonction sont nombreuses : cryptographie, mots de passe *set-top-boxes*, *black-boxes*, signatures digitales, enveloppe numérique. Le procédé de **cryptographie** est bien connu. Il peut être défini, à l'instar de la loi française sur la réglementation des télécommunications comme "*la transformation à l'aide de conventions secrètes des informations ou signaux clairs en informations ou signaux inintelligibles pour des tiers, ou à réaliser l'opération inverse grâce à des moyens conçus à cet effet*". Dans le monde numérique, le cryptage et décryptage se réalisent au moyen d'algorithmes de degré de complexité variable.

Les **signatures digitales** sont une application particulière de la cryptographie réalisée pour certifier et identifier un document. Dans le cadre de la protection du droit d'auteur, cette technologie est principalement utilisée pour sécuriser les transmissions sur les réseaux des oeuvres et pour empêcher l'accès à l'œuvre à toute personne non autorisée. La fourniture de la clé de décryptage se réalise moyennant paiement du prix ou respect des autres conditions auxquelles est subordonnée l'utilisation de l'œuvre.

L'enveloppe digitale ou **container numérique** est une application de la cryptographie par laquelle une oeuvre est "insérée" dans une enveloppe numérique qui contient les informations relatives à l'œuvre et les conditions d'utilisation de celle-ci. Ce n'est qu'en répondant à ces conditions (telles que paiement d'une rémunération, utilisation d'un mot de passe, etc.) que l'enveloppe s'ouvre et que l'utilisateur peut accéder à l'œuvre.

3. Outils de marquage et de tatouage

De nombreuses techniques sont susceptibles de jouer une fonction d'identification et de marquage des oeuvres. Les objectifs de ces techniques sont variés : la principale est de servir de support, de manière visible ou invisible, à l'insertion de données relatives à l'œuvre, qu'il s'agisse du titre de l'œuvre, de l'identité de son créateur et du titulaire de droits, ainsi que des conditions d'utilisation. Cette fonction sera particulièrement protégée dans le cadre de l'article 12 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, article relatif à la protection de l'information sur le régime des droits. On parle ici surtout du procédé de **watermarking** ou **tatouage** qui permet d'insérer en filigrane certaines informations dans le code digital de l'œuvre. Ce marquage est en général invisible et inaudible. Cette inscription invisible est réalisée par la technique de la stéganographie, qui peut être définie comme "*l'art et la science de communiquer de manière à masquer l'existence même de la communication*". L'utilisation d'encre invisible constitue un exemple de cette science millénaire emprunté au monde analogique. Dans un environnement numérique, le *watermarking* modifie certains bits dits "inutiles" d'une image ou d'un son. A l'aide d'un logiciel approprié, ce code numérique peut être extrait et déchiffré. Le marquage est généralement indélébile et se retrouve, même après une altération ou un découpage de l'œuvre, dans chaque partie de celle-ci. Cependant, d'autres caractéristiques de ces technologies permettent de protéger plus ou moins directement le droit d'auteur. Tout d'abord, le marquage est dans certains cas parfaitement visible, une "marque" est alors clairement apposée sur la représentation de l'œuvre, de manière quelque peu similaire à l'apposition du terme "SPECIMEN" sur des faux billets de banque ou autres papiers officiels. Cette pratique, également appelée "*fingerprinting*", est assez répandue dans les agences de photos qui appliquent ainsi leur nom ou leur logo sur un exemplaire d'une photo aux seules fins de promotion et ne communiquent l'image débarrassée de ce marquage que lorsque le paiement de la rémunération prévue a été effectué. C'est le cas également dans certains musées ou archives en ligne dont les reproductions des collections s'ornent du sceau du musée. Ce *watermarking* visible remplit dans ce cas une fonction de protection contre la copie dans la mesure où ce marquage nettement apparent implique une diminution de la valeur de ce qui est gratuitement accessible sur les réseaux. Chaque exemplaire différent de l'œuvre distribué aux utilisateurs peut en outre intégrer un numéro de série numérique distinct. Dans ce cas, une copie pirate retrouvée par la suite sur le marché peut révéler l'exemplaire originel à partir duquel cette contrefaçon a été réalisée. Cet estampillage de chaque image permet donc de remonter à la source de copies non autorisées de l'image à l'aide d'un fichier reprenant ces numéros de série et les utilisateurs auxquels ces images estampillées ont été licenciées. Ici, la fonction essentielle de la technique de protection est d'apporter des éléments de preuve quant à la contrefaçon. Enfin, une dernière fonction utile du *watermarking* est d'authentifier le contenu marqué, notamment en assurant que l'œuvre a conservé son intégrité.

4. Systèmes de gestion électronique

Les outils de gestion électronique sont toutes les technologies qui assurent la gestion des droits sur les réseaux en permettant la conclusion de licences d'utilisation on-line et en contrôlant l'utilisation des oeuvres. D'autres fonctions peuvent également être prises en charge par ces outils : la répartition des droits perçus, la perception des paiements, l'envoi de factures, la réalisation de données de profilage des utilisateurs, etc. A titre d'exemple, les agents électroniques ont récemment fait leur apparition sur le marché. Développés pour accomplir de nombreuses fonctions sur les réseaux, certains d'entre eux sont programmés pour négocier et conclure des contrats électroniques. Cette technologie commence à s'appliquer également au droit d'auteur dans la mesure où de tels contracting agents accompagnent la diffusion de contenu protégé sur Internet à la fois pour afficher les termes et conditions des licences d'utilisation et pour recevoir et gérer l'acceptation ou le clic des utilisateurs. D'autres agents plus performants gèrent complètement de manière automatisée la distribution et l'utilisation de l'œuvre, notamment en intégrant un système de paiement électronique, en renouvelant les licences d'utilisation, ou en réalisant un compte rendu précis de l'utilisation (quelles oeuvres ont-elles été copiées, imprimées, agrandies, téléchargées? Combien de fois?), à la fois dans un but de facturation adéquate et proportionnelle à l'utilisation

Nous reprendrons la classification en quatre catégories de mesures : les mesures techniques protégeant les droits des auteurs, les systèmes d'accès, les outils de marquage et de tatouage, et les systèmes de gestion électronique.

3.1. Mesures techniques protégeant les droits des auteurs

Il s'agit des mesures qui permettent au titulaire de droits de « verrouiller » son œuvre en ligne, empêchant les utilisateurs d'accomplir sur celle-ci un quelconque acte soumis aux droits exclusifs des auteurs, tel que la copie, l'impression, la modification, etc... On parle principalement de mesures anti-copie, jouant un rôle de contrôle de l'accès et de copie des œuvres.

3.2. Systèmes d'accès

Des systèmes d'accès peuvent être institués afin, comme son nom l'indique, de limiter l'accès des utilisateurs aux œuvres en ligne. Ce peuvent être des mécanismes basés sur un paiement ou des conditions à remplir, définies par contrat, en utilisant une clef ou un mot de passe. Ces mesures permettent de contrôler le premier accès ou même tous les accès, ou encore simplement permettent un certain nombre défini d'accès.

3.3. Outils de marquage et de tatouage

Ces mesures ont pour but, entre autres, d'apporter une preuve de la propriété de l'auteur en déposant une « empreinte », d'identifier une œuvre, par exemple une musique, de vérifier l'authenticité de l'œuvre, d'avertir les utilisateurs sur les actes autorisés ou des les

réelle et dans un but de marketing ultérieur (quel utilisateur apprécie tel type de musique?). On peut également imaginer que la répartition des droits à destination des auteurs et artistes interprètes et autres titulaires de droits puisse être effectuée en ligne par de tels agents. Lorsque ces agents se contentent de contrôler l'utilisation des œuvres et de dresser la fréquence de consultation des œuvres et des sites web, voire d'établir des profils précis des utilisateurs, on parle souvent de metering systems. Enfin, les Electronic Right Management Systems ou ERMS sont sans doute les mesures de protection dont on parle le plus, bien qu'il faille se garder d'y voir une technologie spécifique. Les ERMS (dénommés également ECMS pour Electronic Copyright Management Systems) consistent plutôt en une combinaison de nombreux outils et technologies dans le but d'exercer plusieurs fonctions. Ainsi, un outil de cryptographie bloquant l'accès à l'œuvre peut être associé à un système anti-copie empêchant la reproduction de l'œuvre même par un utilisateur légitime. La technique du watermarking (voir supra) et un système de licence et de paiement électroniques peuvent également être intégrés dans le même programme informatique. Généralement, la fonction principale des ERMS est de gérer les utilisations et licences des œuvres on-line. C'est à ce titre que nous les rangeons dans la catégorie des outils de gestion. En outre, les technologies développées actuellement et auxquelles sont susceptibles de recourir les titulaires de droits pour protéger leurs œuvres, remplissent de nombreuses fonctions plus marginales dont certaines sont encore plus éloignées du champ strict de la propriété intellectuelle. Celles-ci sont notamment :

- la mention des termes et conditions d'utilisation de l'œuvre;
- la transmission sécurisée du contenu;
- la preuve de la réception du contenu et de l'identité de la personne ayant reçu légitimement ce contenu;
- le paiement;
- l'enregistrement et le suivi des utilisations, notamment dans un but de paiement adéquat ou de marketing.

Ces fonctions sont essentielles au contrôle et à la rémunération des titulaires des droits. Toutefois les technologies qui assurent le bon déroulement de ces autres facettes de la transaction entre un auteur et un utilisateur ne seront pas forcément couvertes par les dispositions légales protégeant les mesures techniques. Il

informer sur l'auteur, de surveiller le chemin effectué par l'œuvre sur le web, etc..., tout ceci de manière visible ou invisible.

3.4. Systèmes de gestion électronique

La gestion électronique en ligne des droits des auteurs est rendue possible par de telles mesures techniques. Il s'agit de conclure des licences d'utilisation *on-line*, et l'utilisation des œuvres est ainsi contrôlée. De même, la répartition des droits perçus, la perception des paiements, l'envoi de factures, la réalisation de données de profilage des utilisateurs, etc... peuvent également être pris en charge.

4. Ces mesures techniques ainsi passées en revue, il convient maintenant de se pencher sur leur régime juridique. L'harmonisation de celui-ci risque d'entraîner certaines difficultés au niveau de la mise en œuvre des exceptions au droit d'auteur reconnues au profit des utilisateurs, il importe donc d'étudier leur articulation. (Section 1) Puis nous verrons dans quelle mesure la liberté d'action des utilisateurs comme celle des auteurs eux-même peut s'en trouver modifiée. (section 2)

faudra donc trouver une autre base juridique pour poursuivre d'éventuels contrefacteurs de ces systèmes complémentaires. »

Section 1.L'harmonisation du régime juridique des protections techniques et l'effectivité des exceptions

Grâce à ces dispositifs techniques, les ayants droit ont désormais la possibilité de protéger matériellement leurs œuvres et de doubler leur monopole d'une protection technique. Mais la technique n'étant pas inviolable, les mesures étant rapidement contournables, le droit doit protéger la technique qui venait au secours du droit. La Directive est venue sur ce point apporter un certain degré d'harmonisation au niveau communautaire. (§ 1) Or, cette superposition de couches de protection (propriété littéraire et artistique, mesures techniques, droit relatif à la technique) peut créer un risque de sur-réservation, pouvant bloquer l'exercice des exceptions au droit d'auteur instituées au profit des utilisateurs par cette même Directive, problème auquel elle tente d'apporter des solutions. (§ 2)

§ 1.La protection juridique des protections techniques du droit d'auteur : vers une harmonisation

1. La Directive « droit d'auteur dans la société de l'information » impose aux Etats Membres d'instaurer « une protection juridique appropriée contre toutes les activités, y compris la fabrication ou la distribution de dispositifs ou la prestation de services qui n'ont qu'une raison commerciale ou une utilisation limitée autre que la neutralisation des dispositifs techniques et que la personne concernée exécute en sachant ou en ayant des raisons valables de penser qu'elles permettront ou faciliteront la neutralisation non autorisée de toute mesure technique efficace destinée à protéger tout droit d'auteur ou droit voisin... »

2. Cette disposition est inspirée des traités OMPI de 1996 qui demandent aux Etats signataires d'adopter une protection juridique « contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en oeuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits et qui restreignent l'accomplissement d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi ».

3. Les titulaires de droits cherchaient en effet à empêcher le contournement de ces dispositifs par une autre technologie. Ainsi, la Directive superpose une protection juridique appropriée aux protections techniques permettant à ces titulaires de contrôler l'accès ou la copie des œuvres. Nous étudierons tour à tour le régime des mesures techniques établi par la Directive (I), puis les questions qu'elle laisse en suspens (II).

I/.Un régime juridique de la protection bien défini

La Directive impose aux Etats membres de prévoir la protection juridique de plusieurs dispositifs techniques sous certaines conditions (A). Ils sont tenus d'interdire certains actes, et de les sanctionner (B). Le but de la Directive ⁵⁸ est de permettre, par cette protection des mesures techniques, un meilleur accès aux œuvres en ligne, dans un environnement sûr.

⁵⁸ Considérant 53 : La protection des mesures techniques devrait garantir un environnement sûr pour la fourniture de services interactifs à la demande, et ce de telle manière que le public puisse avoir accès à des œuvres ou à d'autres objets dans un endroit et à un moment choisis par lui. Dans le cas où ces services sont régis par des dispositions contractuelles, le premier et le deuxième alinéa de l'article 6, paragraphe 4, ne devraient pas s'appliquer. Les formes non interactives d'utilisation en ligne restent soumises à ces dispositions.

A).Les conditions d'une protection

1. Pour être protégé en tant que mesure technique, il doit s'agir tout d'abord de toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, sur une œuvre ou un objet protégé, les actes non autorisés par le titulaire des droits.

2. Ensuite, pour être protégée, une mesure technique doit être efficace, comme en dispose le considérant 48⁵⁹ qui s'inspire des Traités OMPI de 1996. L'efficacité est présumée lorsque l'utilisation d'une œuvre est contrôlée par un code d'accès ou un système de cryptage, de brouillage ou toute autre transformation ou lorsque le mécanisme de contrôle de copie parvient à assurer effectivement son objectif (article 6.3 de la Directive⁶⁰).

3. Ainsi, selon les articles 6.1 et 2 et 7.1⁶¹ de la Directive, les Etats membres doivent prévoir une protection juridique appropriée contre l'altération d'une mesure technique de protection ou d'une information sur le régime des droits. Le droit vient alors au secours de la technique qui venait au secours du droit.

⁵⁹ Considérant 48 : Une telle protection juridique doit porter sur les mesures techniques qui permettent efficacement de limiter les actes non autorisés par les titulaires d'un droit d'auteur, de droits voisins ou du droit sui generis sur une base de données, sans toutefois empêcher le fonctionnement normal des équipements électroniques et leur développement technique. Une telle protection juridique n'implique aucune obligation de mise en conformité des dispositifs, produits, composants ou services avec ces mesures techniques, pour autant que lesdits dispositifs, produits, composants ou services ne tombent pas, par ailleurs, sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 6. Une telle protection juridique doit respecter le principe de proportionnalité et ne doit pas interdire les dispositifs ou activités qui ont, sur le plan commercial, un objet ou une utilisation autre que le contournement de la protection technique. Cette protection ne doit notamment pas faire obstacle à la recherche sur la cryptographie.

⁶⁰ Article 6 Obligations relatives aux mesures techniques

1.Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif.

2.Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location, la publicité en vue de la vente ou de la location, ou la possession à des fins commerciales de dispositifs, produits ou composants ou la prestation de services qui:

a).font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation, dans le but de contourner la protection, ou

b).n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection, ou

c).sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection de toute mesure technique efficace.

3.Aux fins de la présente directive, on entend par "mesures techniques", toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE. Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection.

⁶¹ Article 7 Obligations relatives à l'information sur le régime des droits : 1.Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre toute personne qui accomplit sciemment, sans autorisation, l'un des actes suivants:

a).supprimer ou modifier toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;

b).distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser, communiquer au public ou mettre à disposition des œuvres ou autres objets protégés en vertu de la présente directive ou du chapitre III de la directive 96/9/CE et dont les informations sur le régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation,

en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que, ce faisant, elle entraîne, permet, facilite ou dissimule une atteinte à un droit d'auteur ou droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou au droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE.

4. Une fois la protection de ces mesures assurée, la Directive prévoit de sanctionner ceux qui contournent ou paralysent les techniques et les informations. En effet, quel est l'intérêt de prévoir de telles mesures techniques si celui qui la neutralise peut le faire en toute impunité ?

B).Des actes illicites sanctionnés fortement

Les Etats membres sont tenus d'interdire les actes de neutralisation des mesures techniques mais aussi des faits qui pourront se situer en amont du déplombage (fabrication, importation, distribution des dispositifs de contournement des protections techniques), ou en aval (distribution, diffusion, importation d'œuvres ou de prestations ou bases de données, protégées mais déplombées). (1°) Nous constaterons ensuite que les sanctions prévues à l'encontre de ces actes illicites peuvent se révéler fortes. (2°) La Directive a ici souhaité mettre en place une protection juridique harmonisée afin de promouvoir la distribution des œuvres sur le marché intérieur.⁶²

1°.Les actes illicites

1. S'inspirant des articles 11⁶³ et 12⁶⁴ du Traité de l'OMPI de 1996 sur le droit d'auteur et des articles 18⁶⁵ et 19⁶⁶ du Traité sur les droits voisins, la Directive définit comme activités illicites la fabrication,

⁶² Considérant 56 : Le risque existe, toutefois, de voir se développer des activités illicites visant à supprimer ou à modifier les informations, présentées sous forme électronique, sur le régime des droits dont relève l'œuvre ou l'objet, ou visant à distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser, communiquer au public ou mettre à sa disposition des œuvres ou autres objets protégés dont ces informations ont été supprimées sans autorisation. Afin d'éviter des approches juridiques fragmentées susceptibles d'entraver le fonctionnement du marché intérieur, il est nécessaire de prévoir une protection juridique harmonisée contre toute activité de cette nature.

⁶³ Article 11 Obligations relatives aux mesures techniques

Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi.

⁶⁴ Article 12 Obligations relatives à l'information sur le régime des droits

1).Les Parties contractantes doivent prévoir des sanctions juridiques appropriées et efficaces contre toute personne qui accomplit l'un des actes suivants en sachant, ou, pour ce qui relève des sanctions civiles, en ayant des raisons valables de penser que cet acte va entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte à un droit prévu par le présent traité ou la Convention de Berne :

-supprimer ou modifier, sans y être habilitée, toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;

-distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser ou communiquer au public, sans y être habilitée, des œuvres ou des exemplaires d'œuvres en sachant que des informations relatives au régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation.

2).Dans le présent article, l'expression "information sur le régime des droits" s'entend des informations permettant d'identifier l'œuvre, l'auteur de l'œuvre, le titulaire de tout droit sur l'œuvre ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre, et de tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à l'exemplaire d'une œuvre ou apparaît en relation avec la communication d'une œuvre au public. [Voir la déclaration commune concernant l'article 12]

⁶⁵ Article 18 Obligations relatives aux mesures techniques

Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs interprétations ou exécutions ou de leurs phonogrammes, d'actes qui ne sont pas autorisés par les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes concernés ou permis par la loi.

⁶⁶ Article 19 Obligations relatives à l'information sur le régime des droits

1).Les Parties contractantes doivent prévoir des sanctions juridiques appropriées et efficaces contre toute personne qui accomplit l'un des actes suivants en sachant, ou, pour ce qui relève des sanctions civiles, en ayant

l'importation, la distribution, la vente, la location, la publicité en vue de la vente ou de la location, ou la possession à des fins commerciales de dispositifs, produits ou composants ou la prestation de services permettant le contournement des mesures techniques efficaces ou d'œuvres ou autres objets protégés dont les informations sur le régime des droits ont été supprimées ou modifiées sans autorisation, et la suppression ou la modification de toute information sur le régime des droits. (articles 6.2 et 7.1 de la Directive)

2. L'atteinte à une information est définie à la fois par un élément matériel et par un élément moral. L'élément matériel peut s'exercer à deux niveaux distincts :

-L'atteinte non autorisée à l'information : la Directive prohibe toute atteinte non autorisée à l'information sur le régime des droits. Il peut s'agir de la modification d'information ou de sa suppression. L'information n'a pas besoin d'être entourée de dispositifs techniques particuliers de protection pour que l'atteinte soit qualifiée.

-L'exploitation subséquente de l'objet de l'atteinte. Le texte communautaire interdit tout acte d'exploitation de la création ainsi amputée. Ces actes d'exploitation sont définis par les expressions « distribuer, radiodiffuser, communiquer au public... » Les actes préparatoires ne sont pas sanctionnés. En revanche, l'atteinte est en soi réprimée ainsi que les actes postérieurs conférant un débouché aux créations atteintes.

3. S'y ajoute cependant la condition de la connaissance des potentialités de neutralisation du dispositif des prestations. En effet, l'incrimination de l'acte est soumise à la présence d'un élément moral (savoir, ou avoir des raisons valables de penser que l'objectif poursuivi est la neutralisation non autorisée). La Directive impose un caractère volontaire aux atteintes à l'information. Elles sont réalisées « en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que, ce faisant, elle entraîne, permet, facilite ou dissimule une atteinte à un droit », nous précise l'article 7.1.

4. Ainsi, le critère de l'illicéité du dispositif n'est pas bien défini et peut varier largement, ce qui peut permettre d'adapter la situation selon les intérêts en présence.

5. En bref, le fait de contourner une mesure technique ou de diffuser des équipements le permettant est susceptible de constituer une faute, une négligence, un acte illicite ou un tort, actes fondateurs selon les Etats d'une obligation de réparer le préjudice ainsi occasionné. Une certaine harmonisation semble pouvoir être atteinte en ce qui concerne les actes illicites, les titulaires de droits bénéficiant d'une large marge de manœuvre quant au « verrouillage » de leur œuvre en ligne. La Directive relative à l'accès conditionnel vient même renforcer l'article 6 de la Directive « droit d'auteur » sur cette question des mesures techniques. Elle permet de

des raisons valables de penser que cet acte va entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte à un droit prévu par le présent traité :

-supprimer ou modifier, sans y être habilitée, toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;

-distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser, communiquer au public ou mettre à la disposition du public, sans y être habilitée, des interprétations ou exécutions, des copies d'interprétations ou exécutions fixées ou des exemplaires de phonogrammes en sachant que des informations relatives au régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation.

2). Dans le présent article, l'expression "information sur le régime des droits" s'entend des informations permettant d'identifier l'artiste interprète ou exécutant, l'interprétation ou exécution, le producteur du phonogramme, le phonogramme, le titulaire de tout droit sur l'interprétation ou exécution ou sur le phonogramme ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'interprétation ou exécution ou du phonogramme, et de tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à la copie d'une interprétation ou exécution fixée ou à l'exemplaire d'un phonogramme ou apparaît en relation avec la communication au public ou la mise à la disposition du public d'une interprétation ou exécution fixée ou d'un phonogramme.

sanctionner les actes de fabrication ou de distribution des dispositifs conçus ou adaptés pour permettre l'accès à un service protégé sous une forme intelligible sans l'autorisation du prestataire de services. Bien que ne visant pas l'accès en ligne à des œuvres protégées, et subordonnant la protection au critère de la rémunération du service, cette directive de 1998 est susceptible de conférer au titulaire une parade supplémentaire contre les tentatives de contournement de ses dispositifs techniques. Dans le champ d'application commun aux deux directives, il est même probable, d'après V.-L. Benabou⁶⁷, que le titulaire soit enclin à user par préférence des dispositions de la Directive sur l'accès conditionnel, qui ne prévoit pas d'exception, au contraire de l'article 6.4 de la Directive du 22 mai 2001. L'on peut entrevoir dès maintenant de possibles difficultés pour les utilisateurs de mettre en œuvre les exceptions au droit d'auteur dont ils peuvent bénéficier, sur le fondement de cette même Directive.

6. En ce qui concerne le droit d'auteur, l'exercice d'une exception ne justifiera pas nécessairement un acte de contournement d'une mesure technique afin d'avoir accès à l'œuvre. Cela pourrait toutefois être le cas lorsque le législateur impose à l'auteur la fourniture d'un accès libre à l'œuvre, ou, à tout le moins, un effacement de la mesure technique, pour garantir le bénéfice des limites de la protection. Mais nous étudierons cela plus tard.⁶⁸ La personne contournant un dispositif technique pourrait de son côté difficilement invoquer le bénéfice des exceptions aux droits d'auteur prévues par la législation spécifique aux programmes d'ordinateur. En effet, si, par exemple, elle contourne les dispositifs techniques anti-copie en vue de réaliser une copie de sauvegarde d'un programme d'ordinateur, l'exception de copie de sauvegarde ne pourra être invoquée car elle ne joue dans ce cas que concernant les actes de reproduction du programme d'ordinateur protégé et non concernant les actes de reproduction du programme que constitue le dispositif anti-copie. Il en va de même en ce qui concerne l'exception de décompilation dont le bénéfice est limité aux personnes ayant le droit d'utiliser le programme décompilé et qui ne peut être invoquée qu'afin de pouvoir obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un programme d'ordinateur créé de façon indépendante avec d'autres programmes.

7. Les textes récents de criminalité informatique ne se contentent pas du délit d'accès non autorisé mais répriment désormais les outils permettant ou facilitant la commission d'une infraction de hacking. On parle généralement de «hacker tools». Rentreront dans cette définition les clés de décryptage, les logiciels permettant de "craquer" des codes d'accès ou autres dispositifs de sécurité, les mots de passe, etc...

8. Les exceptions pour la recherche. Il importe cependant de noter que la protection ainsi instaurée par la Directive ne pourra faire obstacle à la recherche sur la cryptographie (considérant 48 de la Directive⁶⁹), ainsi qu'à la décompilation des logiciels autorisée par la directive de 1991 en la matière. (considérant 50⁷⁰)

⁶⁷ « La Directive "société de l'information" et l'acquis communautaire: une anamorphose », Valérie-Laure BENABOU, Propriétés Intellectuelles n°2 p.58.

⁶⁸ Cf. Chapitre 2, Section 1, § 2, II A) 2° : « L'intervention de l'Etat ».

⁶⁹ Considérant 48 : Une telle protection juridique doit porter sur les mesures techniques qui permettent efficacement de limiter les actes non autorisés par les titulaires d'un droit d'auteur, de droits voisins ou du droit sui generis sur une base de données, sans toutefois empêcher le fonctionnement normal des équipements électroniques et leur développement technique. Une telle protection juridique n'implique aucune obligation de

9. Dès lors que de tels actes illicites sont constitués, les contrevenants s'exposent à des sanctions qui peuvent se révéler sévères.

2°.Des sanctions fortes

1. Quiconque neutralisera intentionnellement et sans autorisation ou fournira des moyens en vue de la neutralisation d'une mesure technique de protection efficace, destinée à prévenir ou empêcher la violation de tout droit de propriété intellectuelle, devra être sanctionné. Il en ira de même pour quiconque supprimera ou modifiera sans y être autorisé toute information relative au régime des droits de propriété intellectuelle présentée sous forme électronique.

2. Les Etats doivent également prévoir une protection juridique contre quiconque distribuerait, importerait ou communiquerait au public des exemplaires d'œuvres, de phonogrammes, de vidéogrammes ou de bases de données, dont les informations relatives au régime des droits de propriété intellectuelle, présentées sous forme électronique, auraient été supprimées ou modifiées sans autorisation. De tels contrevenants devront donc répondre de leurs actes.

3. Une sanction peut être prévue dès lors qu'une seule des utilités essentielles d'un dispositif permet de tels actes de contournement d'une mesure technique efficace, quand bien même elle ne serait pas exclusive.

4. De plus, souvent, l'usage, l'altération ou la suppression des données postérieurement à un accès illégitime constituera une circonstance aggravante de l'infraction.

5. Certes, le texte communautaire reste assez silencieux sur la question de ces sanctions encourues. Mais il peut être possible de recourir à des solutions proposées par d'autres mécanismes juridiques, comme par exemple le recours parcellaire à d'autres sanctions : on peut citer les prérogatives morales du droit d'auteur, le droit des marques, les dispositions sur les faux artistiques. De plus, ces sanctions devront être « efficaces, proportionnées et dissuasives »⁷¹, ce qui laisse présager des sanctions relativement fortes.

6. Toutefois, l'on peut souligner que le principe même de sanctionner en amont du contournement, en visant la fabrication et autres actes de distribution, semble peu pertinent. Comment savoir, lors de la fabrication, quel usage sera fait du système développé ? Il est dès lors tout aussi incohérent de prévoir une absence de sanction lorsque des contournements sont effectués pour des actes autorisés par l'auteur ou permis par la loi. La technique est capable de permettre un accès, une reproduction d'un contenu en défiant sa protection technique. Mais le principe de « neutralité de la technologie » ne lui permet pas de juger du but de la

mise en conformité des dispositifs, produits, composants ou services avec ces mesures techniques, pour autant que lesdits dispositifs, produits, composants ou services ne tombent pas, par ailleurs, sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 6. Une telle protection juridique doit respecter le principe de proportionnalité et ne doit pas interdire les dispositifs ou activités qui ont, sur le plan commercial, un objet ou une utilisation autre que le contournement de la protection technique. Cette protection ne doit notamment pas faire obstacle à la recherche sur la cryptographie.

⁷⁰ Considérant 50 : Une telle protection juridique harmonisée n'affecte pas les dispositions spécifiques en matière de protection prévues par la directive 91/250/CEE. En particulier, elle ne doit pas s'appliquer à la protection de mesures techniques utilisées en liaison avec des programmes d'ordinateur, qui relève exclusivement de ladite directive. Elle ne doit ni empêcher, ni gêner la mise au point ou l'utilisation de tout moyen permettant de contourner une mesure technique nécessaire pour permettre d'effectuer les actes réalisés conformément à l'article 5, paragraphe 3, ou à l'article 6 de la directive 91/250/CEE. Les articles 5 et 6 de ladite directive déterminent uniquement les exceptions aux droits exclusifs applicables aux programmes d'ordinateur.

⁷¹ Article 8 Sanctions et voies de recours

1. Les États membres prévoient des sanctions et des voies de recours appropriées contre les atteintes aux droits et obligations prévus par la présente directive et prennent toutes les mesures nécessaires pour en garantir l'application. Ces sanctions sont efficaces, proportionnées et dissuasives.

reproduction. Comment en effet juger qu'une reproduction est réalisée dans un but de recherche, de critique ? Il apparaît donc qu'au-delà d'une harmonisation du régime des mesures techniques, ce régime même constitue une barrière à la mise en œuvre des exceptions au droit d'auteur.

7. Cette Directive institue donc un régime de protection des mesures techniques relativement bien défini, cependant certains aspects ne sont pas résolus et méritent réflexion.

II/.Un régime juridique laissant certaines questions en suspens

La Directive « droit d'auteur dans la société de l'information » établit le régime des mesures techniques de protection des œuvres en ligne : conditions de la protection, actes illicites, sanctions. Mais quelle est donc cette protection dont ont droit ces mesures techniques ? La Directive ne le précise pas. Droit d'auteur ? Droit des brevets ? Nous allons essayer de déterminer quelles protections sont envisageables. (A) De même, et cette deuxième question est conditionnée par la première, quelle est la responsabilité encourue pour la violation de la mesure technique ? (B) Nous constatons ainsi que de cette détermination de la protection des mesures techniques et de la responsabilité encourue découleront les sanctions non expressément prévues par la Directive, comme nous venons de le voir.

A).La protection des mesures techniques, droit d'auteur ou brevet ?

1. Le fait de contourner ou de désactiver un dispositif technique nécessite bien souvent une manipulation de ce dernier, qui est susceptible de constituer une atteinte à des droits privatifs portant sur cette technique même. Ceci nous ramène au domaine de la propriété intellectuelle. Droit d'auteur, brevet, protection du savoir-faire et des secrets d'affaires sont autant de domaines qui peuvent, dans certains cas, offrir des recours utiles.

2. Le droit d'auteur sur le logiciel. Lorsque le dispositif technique utilisé par l'auteur pour protéger son œuvre, en contrôler l'accès, en empêcher la copie ou en garantir l'authenticité, s'apparente à un programme d'ordinateur, il est susceptible de bénéficier de la protection du droit d'auteur (Directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur). Pour bénéficier de la protection, le dispositif technique doit être original, « en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur ». Compte tenu de la relative largesse des tribunaux quant à l'appréciation de la condition d'originalité, de nombreux dispositifs techniques de protection des œuvres devraient pouvoir entrer dans le champ d'application de la législation protectrice des programmes d'ordinateur. Certains actes visant à le déployer peuvent donc constituer des atteintes au droit d'auteur. Il est en effet difficile d'imaginer qu'une manipulation de la mesure technique ne nécessite pas un acte de reproduction, même fugace, du programme d'ordinateur. Ainsi, quiconque porterait atteinte au logiciel porterait du même coup atteinte au droit d'auteur, et s'exposerait à la responsabilité et aux sanctions... Le contournement du dispositif technique de protection nécessitera certainement d'impliquer des actes couverts par les prérogatives exclusives du titulaire des droits d'auteur sur le dispositif technique (reproduction, adaptation). La fabrication de mécanismes de contournement requiert de même des actes de reproduction et d'adaptation. Le droit d'auteur pourrait donc constituer un moyen de protection efficace. Cependant, seul le titulaire des droits d'auteur sur le programme d'ordinateur que constitue le dispositif technique de protection pourra invoquer le droit d'auteur, ce qui semble, à première vue, réduire fortement l'intérêt pratique de la protection. Toutefois, dans la conception belge, l'action en cessation de l'atteinte au droit d'auteur est ouverte à « tout intéressé », c'est-à-dire à « quiconque peut justifier d'un intérêt né et actuel. Le titulaire d'une simple licence d'utilisation d'un programme de protection technique des œuvres pourrait dès lors introduire une action en cessation afin de faire interdire les pratiques de contournement des dispositifs techniques de protection de l'accès aux œuvres, dans la mesure où elles impliqueraient une utilisation des prérogatives exclusives relevant du droit d'auteur afférent au programme d'ordinateur que constituerait le système technique. Il semble en effet difficile de nier l'existence d'un intérêt dans la mesure où les pratiques litigieuses réduisent l'utilité de la licence d'utilisation qui lui a été concédée.

3. Le droit des brevets. La mesure technique de protection peut faire l'objet d'un brevet. Mais la protection accordée par le brevet ne constituera pas un recours très utile en cas de contournement ou d'actes préparatoires. Le brevet octroie un droit exclusif de fabriquer, d'utiliser, de vendre et de mettre sur le marché les produits brevetés. Lorsque l'invention consiste en un procédé, les législations diffèrent : soit le titulaire du brevet a seul le droit de fabriquer des produits basés sur ce procédé, soit aucun droit n'est accordé relativement à ces produits. Un contournement d'une mesure technique ou la vente d'équipements à cet effet ne constituera donc pas un acte de fabrication ou de commercialisation de ce dispositif breveté. Le contournement aura peut-être pour but de fabriquer des équipements basés sur le procédé breveté, mais c'est cette fabrication qui pourra alors faire l'objet d'une action en contrefaçon. De manière générale, les équipements de contournement ne reproduisent pas le procédé technique mais le désactivent. Il sera donc difficile de se défendre sur le terrain du droit des brevets.

4. L'adéquation de la protection au regard des techniques que l'on souhaite atteindre doit donc se poser en deux étapes. En premier lieu, il est indispensable de déterminer quels types de mécanismes et quelles fonctions sont dignes d'une protection. Ensuite, si le choix de la protection se porte, en partie ou en totalité, sur un régime autre que la propriété littéraire et artistique, dans quelle mesure ces dispositions recouvrent ces mesures techniques jugées essentielles.

5. Ainsi, les deux protections, par le droit d'auteur et par le droit des brevets, sont possibles. Les mesures techniques remplissant les conditions de protection de ces deux solutions bénéficieront donc de leur protection. Mais l'une comme l'autre seront difficilement invocables lors d'un contournement d'une mesure technique. Il faut donc maintenant chercher du côté de la responsabilité encourue par la personne qui viole une mesure technique.

B).Quid de la responsabilité encourue pour la violation de la mesure technique ?

1. Le droit civil offre plusieurs possibilités de protection aux mesures techniques par le biais du recours au droit des contrats ou au droit de la responsabilité sous ses multiples aspects. Une telle protection peut s'avérer très diversifiée, eu égard aux différentes traditions juridiques européennes.

Une constante apparaît néanmoins dans les rapports nationaux: Le fait de contourner une mesure technique ou de diffuser des équipements le permettant est susceptible de constituer une faute, une négligence, un acte illicite ou un tort, actes fondateurs selon les Etats d'une obligation de réparer le préjudice ainsi occasionné. Par exemple, la Hoge Raad néerlandaise a qualifié d'acte illicite la publication dans un magazine d'une méthode pour manipuler un décodeur afin de ne pas s'acquitter du paiement normalement dû.

Plus ardu sera l'établissement d'un lien de causalité entre la faute et le dommage, particulièrement en ce qui concerne les équipements de contournement. Il pourrait être difficile, dans certaines hypothèses, de prouver que la vente de dispositifs anti-contournement constitue la cause des contrefaçons que l'auteur avance comme préjudice.

Il semble possible de sanctionner des agissements de contournement de mesures techniques sur le fondement d'une responsabilité de droit commun, ou même d'un régime de responsabilité plus spécifique, telle que la concurrence déloyale.

1.1. La concurrence déloyale peut être une bonne défense contre la distribution d'équipements de contournement d'une mesure technique protégeant des œuvres, particulièrement des logiciels. Une telle distribution peut constituer une atteinte au marché d'un concurrent, une entrave à la libre concurrence, une atteinte à l'organisation et à l'exploitation d'une entreprise. Ainsi, le fait de distribuer des équipements de contournement de protection contre les copies, la distribution de clefs hardware imitant la clef originale d'accès au programme (ou « dongle »), ainsi que sa suppression, ont été condamnés pour concurrence déloyale. De même, l'acte même du contournement a également été considéré comme un acte de concurrence déloyale s'il était suivi d'une distribution commerciale des logiciels ainsi « déprotégés ».

Cependant, la défense sur le fondement de la concurrence déloyale est limitée par la condition de l'existence d'une pratique commerciale concurrente.

1.2. La responsabilité contractuelle. Lorsque le contournement ou la commercialisation d'équipements se réalise en violation d'une obligation contractuelle, la mise en cause de son auteur peut se révéler bien plus facile. Les auteurs pourraient, par exemple, inclure une clause dans les contrats de licence qui interdit la désactivation ou toute autre manipulation des mécanismes de protection et de gestion des droits. Une autre hypothèse vise les accords inter-entreprises entre titulaires des droits, fournisseurs des technologies et industrie électronique ou informatique qui intègrent à la licence de la technologie des obligations relatives à leur utilisation. En France, les contrats de licence avec certaines sociétés de gestion collective pour l'utilisation en ligne d'œuvres imposent la diffusion en format de « streaming », qui, sans constituer une réelle mesure technique, empêche toutefois la copie des œuvres.

2. La protection des services à accès conditionnel: la Directive européenne et la Convention du Conseil de l'Europe. Le législateur européen s'est très tôt intéressé aux services fournis sur la base d'un accès conditionnel. En 1996, un Livre Vert sur la protection des services cryptés dans le Marché Intérieur pose les questions du débat et relève les disparités des législations dans les Etats membres. La directive sur la protection des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel suit de très près ce premier texte, et sera finalement adoptée en 1998.

Ces textes sont intéressants car ce sont les premiers qui instaurent une protection large des services électroniques et des barrières techniques protégeant ceux-ci, mais également parce que leur rapport avec les dispositions anti-contournement spécifiques au droit d'auteur a été, bien que sous-estimé dans un premier temps, régulièrement commenté depuis.

3. Le droit pénal de la criminalité informatique. Faisant suite au développement de l'informatique et des actes criminels qui l'ont rapidement prise pour cible, les Etats se sont dotés de législations spécifiques à ce nouveau genre de criminalité édictant en infractions nouvelles, les atteintes à l'intégrité, à la sécurité ou à la confidentialité des systèmes et données informatiques. Outre les dispositions nationales en la matière, de nombreux textes internationaux ont été récemment adoptés pour tenter d'offrir une approche harmonisée contre les actes criminels qui mettent en péril la sécurité des réseaux, par essence internationaux. Nous pouvons citer particulièrement un projet de Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité qui impose aux Etats des modifications et adaptations de la procédure pénale et des règles de coopération internationale en matière de la poursuite des infractions. Doit être considéré comme une infraction pénale « l'accès intentionnel et sans droit à tout ou partie d'un système informatique ».

Comme en dispose l'article 6.4 de la Directive, si un Etat membre impose une circulation libre de l'œuvre au profit de certains utilisateurs, le passage éventuel d'une barrière technique ou le simple accès aux données par ces derniers ne pourra être qualifié d'accès non autorisé.

4. Cette Directive « droit d'auteur dans la société de l'information » protège donc les dispositifs techniques qui empêchent la copie d'une œuvre ou en contrôlent l'accès. Indirectement, les titulaires de droit disposent désormais d'un contrôle certain sur l'accès et l'utilisation de leurs œuvres et non plus seulement sur leur exploitation, soumettant l'application des exceptions à un certain nombre de questions.

§ 2. La protection des mesures techniques et l'application des exceptions

Ce régime bien défini des mesures techniques s'avère difficilement conciliable avec le régime des exceptions : les mesures techniques risquent bien d'empêcher le bénéficiaire d'une exception d'avoir accès à l'œuvre. (I) La technique empêcherait en effet la mise en œuvre des exceptions légales au droit exclusif de l'auteur. La Directive s'en préoccupe et tente de rétablir l'équilibre faussé par les dispositifs techniques protégés en proposant des solutions juridiques dont l'application s'avérera sans doute délicate. (II)

I/. Les difficultés de mise en œuvre des exceptions

Le bénéficiaire d'une exception, qui souhaite pouvoir tirer parti de celle-ci, peut se retrouver dans l'impossibilité d'y parvenir en présence de dispositifs techniques (verrous, accès...). Même en disposant des connaissances techniques pour faire sauter ou contourner l'obstacle matériel, il ne peut jouir de l'exception, puisque la Directive interdit de pareils actes, et oblige les États membres à prévoir des sanctions juridiques en présence de telles initiatives. Mais même face à cette apparente contradiction entre les dispositions des articles 5 (bénéfice des exceptions) et 6 (interdiction des actes de contournement), le texte communautaire refuse d'attribuer au bénéficiaire de l'exception la faculté de faire sauter l'obstacle technique ou de laisser des tiers mettre sur le marché des moyens matériels de contournement du dispositif technique. Ce serait en effet trop dangereux pour les ayants droit. Mais il y a donc une rupture dans la recherche d'un équilibre entre les intérêts des ayants droits et ceux des utilisateurs. Ainsi, nous verrons que le test des trois étapes constitue de nouveau un obstacle pour la mise en œuvre des exceptions, mais cette fois-ci au niveau de la désactivation des mesures techniques. (A) Par ailleurs, le contournement de celles-ci ne sera autorisé que contre rémunération. (B)

A). Le test des trois étapes, une condition pour passer outre les mesures techniques

1. Rappelons que le test des trois étapes doit sans doute être respecté en amont lors de la mise en place par le droit national d'une des exceptions. Cependant, l'article 6.4 paragraphe 2, à propos de la copie privée, indique que les mesures prises par les titulaires pour que la reproduction à usage privé ait été rendue possible, doivent être prises « conformément aux dispositions ... de l'article 5.5 ». Or cette référence au test des trois étapes n'est pas mentionnée au paragraphe 1. Pourrait-on alors faire valoir que le test des trois étapes doit jouer à deux niveaux : une fois, lors de l'analyse de la reprise de l'exception en droit national ; puis une

seconde fois, lorsque les titulaires de droits ont pris des mesures pour rendre possible la reproduction pour usage privé ? Ces mesures ne devraient donc être mises en place que lorsque les exceptions auront satisfait au test des trois étapes. Les titulaires de droits pourraient alors, pour certains cas, ne prévoir aucune disposition permettant la copie privée, s'ils démontrent qu'ils ne pouvaient pas rendre possible cette copie privée car ne répondant pas au test des trois étapes pour l'utilisation considérée. Ce dernier serait donc amené à jouer un rôle de garde fou à deux niveaux, rendant par-là même encore plus difficile la mise en œuvre des exceptions.

2. Enfin, compte tenu du caractère facultatif de la liste des exceptions, cela signifie que la possibilité de contournement d'un dispositif technique pour bénéficier d'une exception sera différente dans chaque pays dès lors que la liste visée ne sera pas identique. Comment se régleront alors les problèmes liés aux diffusions internationales des œuvres ? Ceci démontre bien que le fait d'avoir prévu une liste facultative, non seulement ne permet pas d'aboutir à une harmonisation sur la question des exceptions, mais, de plus, peut introduire indirectement des différences sur le champ de la protection technique entre les Etats.

B).Le contournement des mesures techniques autorisé contre rémunération

1. Les titulaires de droits, qui auront mis en place des mesures techniques pour protéger leurs œuvres en ligne, pourront autoriser les utilisateurs à contourner ces mesures, mais bien sûr contre rémunération. Ainsi, dès lors que l'utilisateur aura payé une rémunération convenue, il pourra licitement et avec l'autorisation du titulaire contourner la mesure et exercer une exception.

2. Mais il existe toujours le risque du double paiement : l'utilisateur ne doit pas payer pour accéder à l'œuvre, pour débloquent la mesure technique de protection, afin d'en réaliser une copie privée, alors qu'il a déjà payé la rémunération en achetant le support d'enregistrement, amovible ou intégré, qui permet de fixer l'œuvre. L'article 5.2b de la Directive prend cette question en considération puisqu'il précise que la « compensation équitable » doit prendre en « compte l'application ou la non application des mesures techniques ». L'application de cette règle sera cependant loin d'être aisée. « La rémunération pour copie privée risque-t-elle d'être victime d'un excès de protection ? »⁷² Nous verrons cette question de façon plus approfondie un peu plus loin.⁷³

3. Cependant, M. Desurmont (de la SACEM), lors d'une réunion du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique au sujet de la transposition de la Directive, relève que les auteurs bénéficient d'un droit à rémunération et que, lorsque les mesures techniques se substitueront à l'autorisation de copie, la rémunération pour copie privée ne sera plus due.⁷⁴

4. Mis à part ces questions de triple test à franchir et de double rémunération à éviter, la Directive propose quelques solutions afin de faciliter l'exercice des exceptions.

II/.Les solutions envisageables

1. L'objectif de ces textes est de permettre le développement de services et de modèles de relations économiques en ligne limitées au cadre interactif à la demande.

2. Mais en est-il ainsi pour tous les modes de consommation des œuvres sur les réseaux ?⁷⁵

⁷² « Les clairs-obscur de la rémunération pour copie privée », Christophe CARON, Dalloz 2001, n°42 p.3421.

⁷³ Cf. Chapitre 2, Section 2, § 1 I.

⁷⁴ « Présentation des travaux de transposition de la directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », Compte-rendu de la séance du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique du 04 avril 2002.

⁷⁵ Question posée par le doyen Sirinelli posée lors du congrès de l'ALAI 2001.

3. Face à cette difficulté de mise en œuvre des exceptions que constitue l'application des mesures techniques, la Directive prévoit, malgré tout, quelques solutions à son article 6.4. (A) Leur application pouvant se révéler délicate, la doctrine en propose une autre. (B)

A).Les solutions apportées par la Directive

Pour que le bénéficiaire d'une exception puisse utiliser une œuvre protégée par une mesure technique, la Directive, dans son article 6.4, prévoit qu'une mesure volontaire doit être prise par les titulaires de droits. (1°) A défaut de mesures volontaires, la Directive charge les Etats membres de prendre « des mesures appropriées », non précisées, pour assurer l'effectivité des exceptions au monopole (2°). Le considérant 51 énonce en effet que « les États membres doivent encourager les mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris la conclusion et la mise en œuvre d'accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, pour permettre d'atteindre les objectifs visés par certaines exceptions ou limitations prévues par le droit national conformément à la présente Directive. En l'absence de mesures volontaires ou d'accords de ce type dans un délai raisonnable, les États membres doivent prendre des mesures appropriées pour assurer que les titulaires de droits fournissent aux bénéficiaires desdites exceptions ou limitations les moyens appropriés pour en bénéficier, par la modification d'une mesure technique mise en œuvre ou autrement. Toutefois, afin d'empêcher l'abus de telles mesures prises par les titulaires de droits, y compris dans le cadre d'accords, ou prises par un État membre, toutes les mesures techniques mises en œuvre en application de ces mesures doivent être protégées juridiquement ».

1°.Les mesures volontaires des titulaires des droits

1. La Directive tente d'éviter des risques de surréservation induits par le cumul d'une protection juridique du droit d'auteur et d'une juridisation des protections techniques. Ainsi, elle prévoit que c'est aux titulaires de droits de prendre l'initiative de mettre en place des systèmes prévoyant la possibilité pour les utilisateurs de bénéficier des exceptions. Cela permettrait de rétablir la balance des intérêts à leur profit. Cette disposition est prévue à l'article 6.4. Il faut bien préciser qu'il ne s'agit pas d'une justice privée reconnue au bénéfice de l'utilisateur. Ce dernier, dépossédé d'un accès à l'œuvre dans le cadre d'une exception, n'a pas pour autant le droit de procéder, de lui-même, au déverrouillage des systèmes de protection, comme nous venons de le voir. Mais l'on peut douter que les titulaires de droits le fassent volontairement et de bonne grâce.

2. De plus, le considérant 52 de la Directive indique que les mesures volontaires doivent être prises dans un « délai raisonnable ». Mais qu'est-ce qu'un délai raisonnable ? N'y a-t'il pas là un risque que ces délais soient en réalité longs ?

3. Cette disposition de l'article 6.4 se révèle dès lors quelque peu obscure. Quelles peuvent-être ces mesures volontaires ? Elles peuvent d'abord résulter des mesures techniques. Mais la technique est aveugle. Comment le procédé peut-il distinguer les contours de

l'utilisation, ses motivations, qui servent à définir le champ des exceptions ? Comment peut-il savoir, par exemple, que la personne ne souhaite effectuer une copie que pour son usage privé ? Ou comment savoir que telle personne qui se connecte à un service est bien le responsable de la documentation d'une bibliothèque municipale ? Une observation au cas par cas demeure la solution, mais n'est pas pour faciliter celle-ci.

4. Il peut s'agir ensuite des accords entre ayants droit et utilisateurs. Les solutions négociées, plus fines et consenties, paraissent en effet préférables à des dispositions plus larges et délicates à mettre en œuvre. Espérons que les parties réussiront à s'entendre ; la négociation contractuelle demeure en effet la plus apte à établir un équilibre.

5. Enfin, à défaut de mesures volontaires des ayants droit, les Etats ont alors en charge la mise en place de mesures appropriées.

2°.L'intervention de l'Etat

Si les titulaires de droits ne permettent pas de leur propre initiative un accès suffisant aux œuvres pour l'exercice des exceptions prévues par la Directive⁷⁶, les Etats membres pourront les y obliger en prenant des « mesures appropriées ». (article 6.4 de la Directive) Ainsi, l'on peut dire qu'il s'agit d'une obligation minimum pour les Etats de respecter certaines exceptions ou limitations au droit, quand bien même une protection technique juridiquement protégée serait venue barrer l'accès à l'œuvre. Cependant, les « mesures appropriées » en cause ne sont pas précisées par la Directive, et méritent donc que l'on s'y attarde. (a) De plus, ces mesures appropriées, n'étant que sur l'unique initiative des Etats, constituent une limitation aux moyens de pression des bénéficiaires des exceptions. (b)

⁷⁶ En voici la liste exacte :

- a) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires, à l'exception des partitions, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable;
- c) lorsqu'il s'agit d'actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect;
- d) lorsqu'il s'agit d'enregistrements éphémères d'œuvres effectués par des organismes de radiodiffusion par leurs propres moyens et pour leurs propres émissions; la conservation de ces enregistrements dans les archives officielles peut être autorisée en raison de leur valeur documentaire exceptionnelle;
- e) en ce qui concerne la reproduction d'émissions faites par des institutions sociales sans but lucratif, telles que les hôpitaux ou les prisons, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable.
- f) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique, sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi;
- g) lorsqu'il s'agit d'utilisations au bénéfice de personnes affectées d'un handicap qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap;
- h) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins de sécurité publique ou pour assurer le bon déroulement de procédures administratives, parlementaires ou judiciaires, ou pour assurer une couverture adéquate desdites procédures.

a-La notion de mesures appropriées

1. Dans la recherche d'équilibre entre droits et exceptions, l'Etat est relégué au second plan. L'intervention de l'Etat ne sera obligatoire que si, à l'expiration d'un délai fixé dans la loi nationale de transposition, les titulaires de droits n'ont pas mis en place certaines mesures. L'Etat a certes un second rôle, mais dans l'hypothèse où il *doit* (article 6.4 alinéa 1) ou *peut* (article 6.4 alinéa 2) intervenir, comment interviendra-t-il ? La Directive dispose que l'Etat doit prendre les « mesures appropriées » pour assurer l'exercice des exceptions, sans donner d'indication quant à la nature de ces mesures : elle se montre particulièrement laconique sur leur contenu, alors qu'elles ont un rôle on ne peut plus important : permettre la coexistence entre les mesures techniques et les exceptions au droit d'auteur.

2. Il pourrait tout d'abord s'agir de dispositions légales. Mais il est vraisemblable que les blocages concerneront des utilisations spécifiques et déterminées pour telle ou telle catégorie de bénéficiaires : l'intervention du législateur est alors délicate et disproportionnée.

3. Il est possible d'imaginer également d'autres mécanismes de « déblocage » plus souples, tels ceux que nous connaissons déjà dans notre Code de la Propriété Intellectuelle, et qui peuvent servir d'exemples ou de modèles : la saisine du tribunal par le Ministère de la Culture en cas d'abus dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation ou des droits d'exploitation par les représentants de l'auteur (articles L.121-3 et L.122-9 du CPI) ; l'intervention de commissions pour fixer les conditions d'exploitation à défaut d'accord entre titulaires de droits et/ou les exploitants (articles L.132-32 et L.219-9 du CPI) ; l'organisation d'une médiation, telle que prévue pour les conflits en matière de retransmission simultanée et intégrale de programmes radiodiffusés (articles L.132-20-2 et R.324-1 du CPI).

4. Par ailleurs, en ce qui concerne la copie privée numérique, la tentation est grande, chez les titulaires, de mettre en place des systèmes l'interdisant ou la limitant. En effet, à l'ère numérique, la facilité et la qualité de copie –on parle même parfois de clone- rendent particulièrement dangereuse la pratique pour l'économie du droit d'auteur. Dans ce cas, les Etats membres peuvent, sans cette fois y être contraints -c'est ici une simple faculté- mettre en place des systèmes juridiquement protégés de déverrouillage des systèmes anti-copie. Mais ils doivent alors respecter un principe de proportionnalité dans la détermination des copies réalisables par l'utilisateur, laquelle proportionnalité est, une fois encore, difficile à déterminer. Il s'agit là de la disposition de l'article 6.4 alinéa 2. Les utilisateurs pourront alors appliquer l'exception de copie privée (alors que le premier alinéa concerne d'autres exceptions « facultatives » prévues aux articles 5.2 et 5.3 de la Directive).

5. Cette recherche d'équilibre entre les droits et les exceptions est la pierre angulaire de l'article 6.4 de la Directive. Cet impératif d'équilibre, aujourd'hui interne à cette Directive, pourrait prendre une dimension plus importante et déborder le seul cadre des mesures techniques pour influencer l'ensemble du droit communautaire de la propriété intellectuelle, dans la mesure où la question de l'équilibre entre les droits et les exceptions est essentielle au développement de la distribution des objets protégés sur les réseaux numériques.

6. En effet, l'« accès licite » à l'objet protégé prévu à l'article 6.4 par un premier Etat, doit-il être licite au regard des mesures techniques installées par les titulaires de droits d'un deuxième Etat membre ou au regard du droit d'auteur de cet autre Etat, même si celles-ci mettent en oeuvre un droit ou une exception non reconnu par le droit national ? Les Etats vont-ils se voir imposer la mise en oeuvre de droits et d'exceptions « étrangers » à leur droit national ? Qu'advient-il si la Grande-Bretagne (connue pour avoir un droit moins restrictif sur les exceptions aux droits d'auteur) refuse d'importer un équipement fabriqué en France empêchant ses ressortissants de réaliser un acte autorisé par leur droit d'auteur national ? Qu'advient-il si un contenu

protégé est accessible sur Internet à partir du territoire français, alors qu'il contient une mesure technique intégrée sur le territoire d'un autre Etat membre, à partir duquel il a été mis en circulation, permettant l'exercice d'actes non autorisés par le droit d'auteur français ? Si l'on se réfère à l'absence d'hésitation du juge français à appliquer son droit national à tout contenu accessible à partir du territoire français, certains ont pu dire que « le droit s'annonce plus "parcellaire" que "communautaire" ». ⁷⁷ Les différences quant aux droits et exceptions reconnus par le droit national des divers Etats membres risquent alors d'être un frein au commerce des équipements et à l'échange des contenus intégrant des mesures techniques (d'autant que les dispositions de la Directive concernant les exceptions -articles 5.2 et 5.3- qui laissent une large marge de manœuvre aux Etats quant aux exceptions dites « facultatives », sont loin d'harmoniser les droits nationaux.). On peut craindre en effet que les Etats refusent de reconnaître la légitimité de certaines mesures techniques sur leur territoire en raison de l'absence de reconnaissance par leur droit national des droits imposés ou des exceptions permises par ces mesures. Un Etat membre pourrait-il également se plaindre de ce que son voisin autorise des moyens de contournement de mesures techniques permettant l'exercice d'exceptions non reconnues par son droit national ?

7. Ainsi, la détermination des mesures appropriées que doivent prendre les Etats membres pour faciliter l'exercice des exceptions soulèvera encore de nombreux débats, d'autant plus qu'il n'appartiendra pas aux bénéficiaires de les requérir.

b- Une limitation aux moyens de pression des bénéficiaires des exceptions

1. Le texte prévoit deux mécanismes distincts pour deux séries d'exceptions. L'un pour certaines exceptions générales : c'est l'alinéa premier (pour sept exceptions), et l'autre pour la copie privée : c'est l'alinéa 2. Cependant, l'article 6.4 alinéa 1 ne visant que des exceptions facultatives, il ne sera amené à être mis en œuvre que si la législation nationale a repris l'exception en droit interne. Cette condition résulte du texte même de l'alinéa 1^{er}, qui mentionne « les exceptions ou limitations » prévues par le droit national.

2. De plus, pour bénéficier de l'exception, il faut bien évidemment que le bénéficiaire ait acquis licitement un exemplaire de l'œuvre ou de l'objet protégé, ou ait eu un « accès » licite à cette œuvre. Cette condition est logique, car il n'y a pas de balance des intérêts à protéger si un utilisateur souhaite faire jouer une exception pour une utilisation effectuée à partir d'un acte de contrefaçon.

3. Cette disposition sur les mesures appropriées peut ne pas être d'un grand secours pour les bénéficiaires des exceptions ; il ne faut en effet pas oublier le principe de l'application indirecte des directives. Si l'Etat constate (d'ailleurs, comment le constatera-t-il ? Dans quel délai doit-il intervenir ?) que les conditions de mise en œuvre de l'article 6.4 sont remplies, et qu'il n'agit pas, quels sont les moyens de le contraindre ? L'utilisateur ne pourra pas remettre

⁷⁷ « Les mesures techniques de protection du droit d'auteur et des droits voisins : quel rôle pour les Etats membres ? », Anne-Catherine Lorrain, <http://www.droit-technologie.org>, 5 avril 2002.

en cause l'attitude d'un titulaire empêchant tout exercice des exceptions. Seul l'Etat est habilité à prendre les mesures appropriées. Comment le citoyen pourra-t-il inciter l'Etat à agir ? Compte tenu du mécanisme indirect, le particulier ne peut pas de lui-même demander aux juges nationaux de mettre en œuvre des dispositions de la Directive, car celles-ci ne sont pas des « dispositions inconditionnelles ou suffisamment précises ». Les moyens de contraindre l'Etat à intervenir ne pourront alors venir que de la Commission européenne, saisie par un particulier ou par un autre Etat membre. Ceci limite les moyens de pression des bénéficiaires des exceptions.

4. Par ailleurs, l'impératif d'équilibre entre droits et exceptions n'a pas la même force obligatoire pour un Etat que pour les titulaires de droits. En effet, ces derniers ne doivent assurer l'exercice des exceptions que « dans la mesure nécessaire ». En somme, la Directive leur demande simplement, parallèlement à leur droit d'installer des mesures techniques, d'avoir la bonne volonté de permettre aux utilisateurs de bénéficier des exceptions. C'est à l'Etat que revient l'obligation finale de faire respecter les exceptions, et c'est sur l'Etat que s'exercent les contraintes des institutions communautaires si l'équilibre entre droits et exceptions n'est pas atteint.

5. Cependant, il est possible que les titulaires soient enclins à se tourner vers d'autres systèmes juridiques pour contourner à leur tour l'obligation d'autoriser l'accès qui résulte de l'article 6.4. A cet effet ils pourront utiliser les dispositions de la directive relative à l'accès conditionnel⁷⁸, qui, dans son champ d'application, autorise à sanctionner les actes de contournement sans ménager de contre poids au bénéfice des utilisateurs.

6. Les moyens de forcer l'Etat à intervenir sont donc limités, au détriment des bénéficiaires d'exceptions. Cependant, le législateur communautaire a prévu, malgré tout, une possibilité de modifier la Directive périodiquement, ce qui permettra certaines adaptations.

3°.La technique de révision périodique du texte

1. Le législateur a prévu la possibilité de revoir sa copie. L'article 12 prévoit que la Commission établit un rapport sur les conditions d'application de l'article 6, en prévoyant qu'elle doit examiner en particulier « si des actes permis par la loi sont affectés par l'utilisation de mesures techniques efficaces ». Ce rapport doit intervenir avant le 22 décembre 2004, et ultérieurement tous les trois ans. A cette fin, un comité de contact est instauré par le paragraphe 3, qui aura notamment pour tâche d'examiner ses effets sur le fonctionnement du marché intérieur et de signaler les problèmes éventuels.

2. Compte tenu des délais de transposition (22 décembre 2002) (ainsi que du retard fréquent des Etats à transposer), puis de la nécessité d'attendre de voir si les titulaires ont pris des mesures volontaires dans un délai raisonnable, et enfin du délai pour que l'Etat définisse les mesures appropriées, on peut supposer que les expériences acquises sur la compréhension de l'article 6.4 permettent éventuellement d'en modifier les contours avant même que quelqu'un ait réussi à l'appliquer en pratique.

3. Cette technique permettrait de tirer des conclusions des pratiques des titulaires de droits, et de remédier facilement et rapidement aux difficultés d'application des dispositions de l'article 6.4 de la Directive.

4. Cependant, une solution plus simple est proposée par la doctrine.

B). Les solutions proposées par la doctrine

1. Ainsi pour Gilles Vercken, la solution de facilité serait de ne pas transposer l'article 6.4 de la Directive : le Code français de la Propriété Intellectuelle pourrait selon lui rester en l'état. En effet, les exceptions visées à l'art.6.4 alinéa 1^{er} n'existent pas actuellement en droit français. Il suffirait donc de ne pas les transposer.

Ainsi, en supprimant les causes de l'art.6.4, on en supprime les effets.

2. Enfin, pour conclure sur cette section, l'on peut dire que les dispositifs techniques ne sont pas une panacée universelle et ne pourront se développer que s'il est tenu compte de toutes les questions juridiques qu'ils posent à leur tour. Une protection des mesures techniques de protection ne pourrait être assurée que dans un tel contexte. Enfin, selon Séverine Dusollier⁷⁹, la sanction des dispositifs de contournement devrait prendre place dans une législation plus générale en matière de criminalité informatique, dépassant la simple protection des droits intellectuels. « En conclusion, la réponse à la machine est sans doute dans la machine, mais nécessairement encadrée par la loi. »

3. Par ailleurs, ce régime de protection des mesures techniques constituant certes un élément important d'harmonisation, l'on peut dire que celle-ci ne s'effectue pas sans contrepartie.

⁷⁸ Directive 98/84/CE du 20 novembre 1998 relative à l'accès conditionnel, cf. Chapitre 2, Section 1, § 1 I B 1°.

⁷⁹ « La protection légale des systèmes techniques », Alain Strowel et Séverine Dusollier, Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Genève, 6 et 7 décembre 1999.

Section 2. Une harmonisation dommageable pour les internautes ?

Cette harmonisation des mesures techniques de protection des œuvres en ligne semble s'effectuer, malheureusement, au détriment des utilisateurs, restreignant leur liberté d'action (§ 1), cependant que pour les auteurs, la vision semble ne pas être aussi pessimiste. (§ 2)

§ 1. Les utilisateurs, une liberté sous surveillance

Il est clair que dans le texte, les utilisateurs bénéficieront toujours de l'exception de copie privée, cependant, en étudiant plus profondément ses nouvelles conditions d'application, nous pouvons nous rendre compte qu'elle se retrouve amoindrie. (I) De plus, avec les mesures techniques de protection des œuvres, l'accès à l'information lui-même semble se trouver limité. (II)

I/. La copie privée amoindrie

1. La question de la copie privée, cruciale dans la société de l'information, n'a pas fait l'objet d'un traitement détaillé. L'article 5.2b l'intègre simplement à la liste, en la subordonnant à une sorte de rémunération : elle ne peut être mise en place que si la législation nationale a prévu « une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non application des mesures techniques ». (A) Selon, Vincent Grynbaum⁸⁰, c'est en raison du bouleversement du concept même de copie par le numérique que la directive a dû adapter le régime juridique de la copie privée. (B)

2. Cependant, la compensation équitable n'est pas le seul élément à constituer un frein à l'exception de copie privée : nous verrons dans quelle mesure le test des trois étapes constitue de nouveau un obstacle. (C)

3. Dès lors, le numérique remettrait-il en cause l'existence même de l'exception de copie privée, ainsi que de sa rémunération jusque là connue de notre législation ? (D)

A). Le principe d'une rémunération pour une utilisation sans autorisation

1. La question de savoir quelle est la nature de la prérogative dont bénéficie l'utilisateur lorsqu'il invoque une exception est difficile : simple faculté, tolérance, ou véritable droit ? L'exception de copie privée a-t-elle pour fondement la liberté d'expression, de création, de recherche, ou du besoin d'information des personnes, qui peuvent, en certaines circonstances, reproduire une œuvre, sans l'autorisation des auteurs ? Ou bien en revanche est-elle admise en raison de l'impossibilité matérielle de l'empêcher, sans entraîner des coûts de mise en œuvre démesurés par rapport au bénéfice à en tirer, ou sans porter atteinte au respect de la vie privée ? Elle a, depuis sa reconnaissance, fait couler beaucoup d'encre. Or il semblerait plutôt qu'elle relève de l'impossibilité matérielle de l'empêcher, même s'il s'agit également de respecter l'intimité de la vie privée des utilisateurs. En conséquence, si des moyens techniques avaient existé pour contrôler la confection de copies sur support analogique, cela à des coûts raisonnables et sans porter atteinte à l'intimité de la vie privée, une telle exception n'aurait peut-être pas vu le jour. Ainsi, l'exception pour copie privée ne serait pas un droit mais plutôt une simple tolérance accordée aux usagers de confectionner une copie d'une œuvre pour leur usage

personnel. Dès lors, plutôt que d'instituer un monopole inapplicable, il a semblé plus judicieux d'élaborer une exception. D'ailleurs, le fait que les législateurs aient établi des mesures compensatoires au profit des ayants droit sur les œuvres ou prestations reproduites montre que cette exception relève plus d'une tolérance que d'un droit.

2. En effet, avec l'apparition des nouveaux moyens de reproduction analogiques à la fin des années soixante-dix, cette exception de copie privée a dû accepter d'accueillir en son sein, en 1985, une sorte de licence légale appelée « rémunération pour copie privée ». Il s'agit d'une rémunération, déterminée par une commission administrative, et perçue par des sociétés de gestion collective auprès de différents commerçants qui la répercutent sur les consommateurs, pour être ensuite répartie entre divers ayants droit culturels, afin de les rémunérer pour l'usage privé licite de leurs biens corporels effectué par les utilisateurs. Cette rémunération n'a été perturbée qu'avec l'intrusion du numérique au milieu des années quatre-vingt-dix : des copies, dont la qualité est identique à celle de l'original, se multiplient grâce à de nouveaux supports numériques et à de nouvelles techniques de reproduction qui n'hésitent pas à utiliser, par exemple, la compression des données, assimilant ces copies à de véritables clones.

3. De plus, il faut bien admettre que l'utilisation faite par le particulier empiète sur les droits exclusifs de l'auteur ; mais elle est justifiée par d'autres sources de droit, telles que le respect de la vie privée, comme nous l'avons dit plus haut. Par exemple, l'acheteur d'une œuvre fixée sur phonogramme peut vouloir en jouir comme il l'entend non seulement à partir de ce support originel, mais également en effectuant des copies pour l'écouter dans sa voiture, tout ceci en arguant du respect de sa vie privée. Mais le droit d'auteur n'a pas à y céder complètement, d'où le compromis, entre droit exclusif et commodité des particuliers, représenté par les systèmes de rémunération pour copie privée.

4. Ainsi, il s'agit d'une utilisation qui ne nécessite pas d'autorisation, mais ce principe semble avoir été remis en question avec la Directive qui nous préoccupe.

B). Un principe vidé de sa substance

1. Comme nous venons de le voir, l'exception pour copie privée doit se limiter aux jouissances strictement personnelles ou familiales de l'utilisateur. Ainsi, en droit français positif, celui qui empreinte le support à une tierce personne pour effectuer une copie bénéficie de l'exception pour copie privée, dès lors qu'elle effectue elle-même la copie pour son usage exclusif. Cependant, Y. Gaubiac considère que cette conception n'est pas justifiée dans le monde numérique, la copie privée risquant d'entraver la diffusion légitime en permettant des reproductions non autorisées et en série. En effet, les supports numériques sont bien plus diversifiés et complexes que les supports analogiques. Ils sont susceptibles d'être hybrides, réinscriptibles ou non, non séquentiels, intégrés ou amovibles et peuvent avoir des facultés de compression des données. Cependant, la loi française avait été rédigée en des termes

⁸⁰ « Le droit de reproduction à l'heure de la société de l'information », Vincent Grynbaum,

suffisamment larges, puisqu'elle évoquait, dès 1985, sans plus de précisions, les « supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres », ce qui pouvait englober les supports numériques. Or pour Ch. Caron, il s'agit là d'un premier exemple de la faculté d'adaptation de la rémunération pour copie privée au monde numérique, contrairement à Y. Gaubiac.

2. Ainsi, l'utilisateur dispose d'une exception de copie privée qui n'entrave pas pour autant la possibilité du titulaire de mettre en place des dispositifs techniques de limitation des copies, à condition de préserver de quelque manière le « droit » de l'utilisateur.

3. Pourtant, la copie privée est la seule à avoir hérité d'un sort définitif dans la Directive, à la fois à l'article 5.2b bis, qui n'autorise la copie privée digitale qu'en cas d'absence de mesures techniques l'empêchant, et par le considérant 27 qui ajoute à ce premier principe que l'exception de copie privée ne peut justifier un acte de neutralisation non autorisé. En conséquence, contourner une protection anti-copie pour réaliser une copie privée d'une œuvre sera interdit.

4. Ainsi, il est maintenant possible, grâce aux mesures techniques de protection des œuvres, de contrôler bien davantage les actes de reproduction privés. Et il semble bien que « les mesures techniques vont devoir remplacer les mesures de rémunération ». ⁸¹

5. Dès lors, la disposition de l'article 5.2b pose la question de l'avenir du système français de copie privée tel qu'il est conçu actuellement. Selon V.-L. Benabou⁸², la détermination d'une compensation équitable en fonction des systèmes techniques de protection n'est pas nécessairement compatible avec le droit à rémunération issu du CPI qui s'applique sur les supports quels que soient les dispositifs anti-copie existants.

Ch. Caron ⁸³ s'accorde d'ailleurs pour dire que la technique risque bien de fragiliser également cette exception, et par-là même, la rémunération pour copie privée. Mais il ne manquerait plus que les deux, rémunération pour copie privée et mesures techniques, coexistent...

6. Il importe donc de concilier l'exception et la rémunération pour copie privée avec les mesures techniques. L'utilisateur, bénéficiaire de l'exception, doit pouvoir accéder à l'œuvre. Mais il existe toujours le risque du double paiement : l'utilisateur ne doit pas payer pour accéder à l'œuvre afin d'en réaliser une copie privée (compensation équitable), alors qu'il a déjà payé la rémunération pour copie privée en achetant le support d'enregistrement. L'article 5.2b de la Directive s'en préoccupe puisqu'il précise que la « compensation équitable » doit prendre en « compte l'application ou la non application des mesures techniques ». L'application de ces règles sera cependant loin d'être aisée. La rémunération pour copie privée risque-t-elle d'être victime d'un excès de protection ? De plus, la plupart des supports numériques sont hybrides, ce qui signifie qu'ils peuvent permettre l'enregistrement d'œuvres mais aussi de données qui ne sont pas protégées par un droit de propriété intellectuelle. Par exemple, doit-on soumettre à la rémunération pour copie privée un disque dur d'ordinateur ? Il est loin d'être certain qu'il soit utilisé en premier lieu pour enregistrer des œuvres protégées par le droit d'auteur. Il est donc évident qu'il existe un risque que l'assiette de la rémunération aille bien au-delà de ce qui sert à copier des œuvres ou des interprétations. Cependant, le 4 juillet 2002, la Commission pour la copie privée, présidée par Francis Brun-Buisson, a adopté la redevance (ou dénommée plus péjorativement la

<http://www.juriscom.net>, 13 décembre 2001

⁸¹ « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », Yves GAUBIAC, Communication Commerce Electronique janvier 2000 p.9.

⁸² « Survol de la Directive relative à la protection des droits d'auteurs et des droits voisins dans la société de l'information », Valérie-Laure BENABOU, Revue Lamy Droit des Affaires, décembre 2001, n°44 p.15.

⁸³ « Les clairs-obscur de la rémunération pour copie privée », Christophe CARON, Dalloz 2001, n°42 p.3421.

« taxe ») pour les décodeurs et magnétoscopes équipés d'un disque dur. Cette redevance s'élèvera de 10 à 15 Euros selon la capacité de stockage du disque dur, et sera supportée par le client final (et non pas par le fournisseur), alors que l'idée d'une redevance sur les disques durs d'ordinateurs avait été vite abandonnée sous la pression des contestations du monde informatique.

7. Cependant, tous les auteurs ne sont pas d'accord sur cet aspect. Ainsi, il est vrai qu'aujourd'hui la numérisation permet la confection facile de "clones" qui bouleversent l'économie des œuvres. Pourquoi encore admettre des solutions qui n'étaient que des pis aller, pense alors M. le Professeur Sirinelli? Si le droit et la technique donnent désormais les moyens de parvenir à d'autres solutions, au nom de quoi faudrait-il maintenir les anciennes constructions? En quoi la tolérance d'hier a-t-elle conféré un droit à l'exception aujourd'hui? Les dispositions restrictives de la Directive, relatives à l'articulation des exceptions et des mesures techniques, se comprendraient alors mieux. Certaines exceptions doivent être garanties parce qu'elles trouvent leur justification dans l'intérêt général⁸⁴; il peut en aller autrement pour la copie privée.

8. C'est pourquoi l'article 5.2b de la Directive ne prévoit que la « faculté » pour les états membres d'exempter du droit de reproduction les copies sur « tout support par un personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable ». Cette exception n'est donc que facultative, les Etats membres ne sont pas obligés de prévoir une exception au droit de reproduction pour copie privée. (A titre d'exemple, l'exception de copie privée est admise en droit d'auteur français, elle est cependant écartée pour les logiciels et les bases de données.) De plus, l'exception de copie privée est désormais conditionnée à l'octroi d'une « compensation équitable » au profit des titulaires du droit de reproduction (auteurs, artistes interprètes, producteur...). L'objet de cette compensation est de combler le manque à gagner des titulaires de droits engendré par les copies numériques de leurs oeuvres.

9. Compte tenu de l'objectif du texte, qui est d'assurer un équilibre, G. Vercken pense que les titulaires ne sont donc tenus de prendre des mesures volontaires (que nous allons étudier plus bas⁸⁵), ou de rendre la copie privée possible, que si le système de compensation prévu en amont au titre des exceptions visées est effectif en pratique. Sinon, il serait inéquitable de demander aux titulaires de lever des protections techniques pour faire jouer une exception sans contrepartie. Cela signifierait, par exemple pour la copie privée, que les supports vierges utilisés pour la copie privée devraient avoir fait l'objet d'une décision de la Commission Copie Privée (de l'article L.311-5 CPI) -et que celle-ci soit appliquée, et donc qu'il y ait eu perception- pour que les titulaires aient l'obligation de rendre possible la copie privée sur ces supports. Pour notre part, il paraît injuste de taxer les CdRom ou disques durs, qui n'ont pas a priori pour but premier de copier des œuvres protégées par le droit d'auteur.

10. L'inconvénient de la Directive relativement à l'exception de copie privée pour les supports numériques est qu'elle est imprécise, étant donné qu'elle ne détermine pas le rôle des moyens techniques, se contentant d'indiquer « visant à protéger les intérêts des auteurs ». Elle ne précise pas si ces moyens techniques autorisent le maintien de la compensation équitable ou, au contraire, si celle-ci doit disparaître, c'est-à-dire si les moyens techniques se substituent à la compensation équitable.

11. Cependant, dès l'instant où des moyens techniques opérationnels, fiables et efficaces existent, il n'y a plus place pour l'exception de copie privée, puisque toutes les copies réalisées auront été autorisées par les ayants droit. La rémunération ne serait pas une « compensation équitable », si l'on entend cette expression comme un bénéfice fixé par un tiers et moindre que celui qu'aurait réclamé l'ayant droit. C'est l'ayant droit lui-même qui déterminerait le prix de chaque reproduction personnelle. Il y a donc une dérive de la conception initiale de la notion de copie privée d'une part, et de la notion de compensation équitable d'autre part.

12. Même en admettant que les mesures techniques ont vocation à remplacer la compensation équitable, Y. Gaubiac estime qu'un problème de transition peut se présenter. A quel moment les législateurs

⁸⁴ Cf. Chapitre 1, Section 1, § 1 II A.

nationaux ou communautaires reconnaîtront-ils qu'il faut éliminer les mécanismes de compensation équitable ? Sans démarche active de la part des législateurs, les régimes de compensation équitable risqueront d'être appliqués, alors que les mesures techniques qui auront été mises en place par la pratique fonctionneront efficacement.

13. Ainsi, il faudrait que les mesures techniques remplacent les mesures de rémunération.

14. En Australie, la personne souhaitant bénéficier d'une exception doit établir une déclaration, dans laquelle il précise que l'œuvre n'est pas disponible dans un format non protégé techniquement. Mais n'est-ce pas trop compliqué et formel par rapport à la philosophie de la copie privée, dictée par le principe du respect de la vie privée ?

15. Quel équilibre si le but de l'exception est justement de permettre une commodité, faisant échapper l'utilisation, la copie, au droit d'auteur, car ne lésant pas le titulaire des droits ? Nous pensons que soumettre cette exception à rémunération va à l'encontre de l'idéologie initiale de la copie privée.

Comme Ch. Caron le fait justement remarquer, « il est néanmoins possible de constater que la rémunération pour copie privée, par ses extensions, se nove de plus en plus en une sorte d'ersatz de monopole, amputé de l'exclusivité, qui se niche au sein d'une exception à des fins de politique juridique. »⁸⁶

Il apparaît ainsi de plus en plus clairement que l'exception de copie privée se retrouve lésée par la Directive, d'autant plus si l'on prend en compte la limite supplémentaire apportée par l'application du test des trois étapes.

C).Le test des trois étapes, un frein à la copie privée

1. Selon Ch. Caron⁸⁷, la pérennité de l'exception de copie privée est menacée par le droit international et communautaire, mais aussi par la technique. Or, sa chute entraînerait, inévitablement, celle de la rémunération pour copie privée, qui lui est indissolublement attachée. De plus, cette rémunération pour copie privée est menacée par le test des trois étapes, selon lequel les exceptions ne sont admises que si elles sont suffisamment spécifiques et neutres pour le titulaire des droits.

2. Rappelons-le, le test des trois étapes prévu à l'article 5.5 de la Directive n'admet les exceptions « que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ». L'expression « certains cas spéciaux » a été interprétée comme signifiant que l'exception doit appréhender un cas « détaillé, précis spécifique, inhabituel, hors du commun » qui a « une portée restreinte ainsi qu'un objectif exceptionnel ou reconnaissable »⁸⁸. Il est dès lors possible de penser que l'exception de copie privée ne pourra, la plupart du temps, répondre à ces exigences. En effet, le développement considérable de la copie privée ne permet pas de la qualifier de « cas spécial ». Comme a pu l'écrire Y. Gaubiac⁸⁹, « la copie privée n'est plus un cas spécial, puisqu'elle devient plutôt la norme ». De plus, elle porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, car chaque copie privée peut correspondre à un support préenregistré qui ne sera pas acheté dans le commerce, ce

⁸⁵ Cf. Chapitre 2, Section 1, § 2 II A.

⁸⁶ « Les clairs-obscur de la rémunération pour copie privée », Christophe CARON, Dalloz 2001, n°42 p.3421.

⁸⁷ Cf. supra note n°36.

⁸⁸ Yves Gaubiac, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir », CCE 2001, chron.15

qui, par là même, risquera de causer un « préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ». Certes, ce dernier perçoit une rémunération, mais il n'a pas la possibilité de la contrôler puisque le taux lui est imposé par la commission chargée de le déterminer. Le « test des trois étapes » est donc susceptible de fragiliser l'exception de copie privée.

3. Ainsi, pour Y. Gaubiac, tant qu'il n'y avait pas de moyen d'appliquer le droit d'auteur aux reproductions « privées » sans coûts démesurés et sans empiéter sur la vie privée, une exception pour copie privée assortie d'une « compensation équitable » était justifiée. Mais, dès lors que les obstacles à une mise en œuvre efficace du droit de reproduction disparaissent, non seulement les « intérêts légitimes des auteurs sont de nouveau en cause, mais aussi le préjudice n'est plus justifié.

4. Finalement, tout cela ne revient-il pas à supprimer petit à petit, purement et simplement, l'exception de copie privée ?

D).Vers la suppression de l'exception de copie privée et sa rémunération ?

1. Nous avons donc vu que la copie privée et sa rémunération se heurtent à plusieurs obstacles : le test des trois étapes, les mesures techniques permettant de contrôler la réalisation de copies, la conciliation avec les mesures techniques de protection.

2. En effet, dans l'environnement « analogique », la copie des œuvres à usage strictement privé est l'une des exceptions majeures du droit français. Or la numérisation qui permet la multiplication de copies parfaitement conformes à l'original représente un mode d'exploitation des œuvres et une forme de commercialisation. C'est pourquoi l'exception pour copie privée, déjà supprimée pour les logiciels et les bases de données électroniques, risque de disparaître également pour toutes les œuvres sur support numérique. (Même si tel n'est pas encore le cas puisque la Directive admet « sous réserve d'une compensation équitable, une exception pour copie privée, qui tient compte de l'existence ou non de mesures de protection technique contre la copie numérique ».)

3. Ch. Nguyen Duc Long⁹⁰, quant à elle, prédit la disparition, à terme, de la rémunération pour copie privée.

4. Finalement, supprimer ou rendre plus difficile la copie privée apparaît comme un retour en arrière. Une telle situation est-elle souhaitable dans notre législation ? La balance des intérêts des utilisateurs et des titulaires de droits nécessitant une rémunération pour continuer à vivre de leurs créations, et pour promouvoir la création, est bien difficile à trouver. Ce débat est loin d'être clos.

5. Cependant, un aspect important de la copie privée évoquée par la Directive est à souligner. En effet, l'article 5.2b emploie l'expression « pour un usage privé », ce qui est différent de l'expression « pour son usage

⁸⁹ « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », Yves GAUBIAC, Communication Commerce Electronique janvier 2000 p.9.

⁹⁰ « La numérisation des œuvres », Litec/IRPI, 2001, n°491 et 560

privé », c'est-à-dire « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », telle que connue en droit français à l'article L.122-5-2° CPI. Ne pourrait-on voir là un certain élargissement de cette exception, permettant d'englober les copies faites pour l'usage privé d'autrui (ou même pour un usage dans le cercle de famille, laquelle exception est absente de la liste exhaustive de l'article 5 de la Directive ?) En cela, l'on peut conclure au danger d'une transposition littérale du texte, pouvant amener une dénaturation de l'exception de copie privée connue jusqu'à présent. Pourtant, l'avantage de procéder à une transposition littérale du texte serait de permettre de respecter des consensus parfois difficiles à obtenir entre les Etats membres lors de l'élaboration de la Directive. Pourtant, le ministère de la culture et de la communication est favorable à une transposition a minima et la plus littérale du texte de la directive. De plus, la copie privée constitue une faculté reconnue par le code de la propriété intellectuelle aux consommateurs dès lors qu'elle intervient dans le cercle de famille, et les titulaires de droit ont droit à la juste compensation du préjudice ainsi subi ; cet équilibre prévu par le législateur se justifie tant dans le monde analogique que dans le monde numérique, et le ministère de la culture et de la communication n'envisage pas de le remettre en cause.

⁹¹

6. Enfin, ne pouvons-nous pas dire que ces restrictions à l'exercice des exceptions constituent une limite à l'accès à l'information ?

⁹¹ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Compte rendu de la réunion du 20 décembre 2001 concernant la transposition de la Directive.

II/.Un accès limité à l'information ?

D'une libéralisation de l'accès à l'information dans l'univers numérique, nous risquons de passer, avec cette Directive, à une nouvelle limitation, une régression. En effet, un accès totalement libre ne semble pas être juste pour les auteurs. (A) Cependant, ce mouvement de limitation semble aller jusqu'à une intrusion dans les libertés des utilisateurs. (B)

A).Le principe de libre accès, une injustice pour les auteurs

1. L'auteur a toujours eu en lui un dilemme. D'une part, le souhait d'être connu du plus vaste public possible, qui le pousse à publier ou à diffuser son oeuvre, et à courir ainsi le risque d'être copié ou plagié, et d'autre part, le désir d'être reconnu comme le seul auteur de l'oeuvre, qui peut l'inciter à ne pas la laisser s'échapper et à la conserver jalousement.

Les pouvoirs publics, souhaitant favoriser le développement de l'art et de la culture, avaient donc la tâche difficile d'assurer aux auteurs toutes les garanties qu'ils désiraient afin de continuer à vivre de leur art, tout en satisfaisant le public de manière à ce que celui-ci accepte cette situation.

2. Ainsi, le principe a toujours été de payer afin d'avoir accès à l'oeuvre (dans les limites des règles édictées par la loi, ou principe du « pay-per-view »), à moins que l'auteur ne décide de lui-même de la mettre gratuitement et librement à la disposition du public. L'auteur disposait de cette manière d'un certain contrôle de son oeuvre. Pourtant, avec cette possibilité octroyée aux utilisateurs d'effectuer des copies privées, l'oeuvre était pour ainsi dire libre d'accès, et l'auteur n'avait plus aucun contrôle sur celle-ci. Ainsi, la Directive, encourageant l'installation des mesures techniques, tente de rétablir la balance des intérêts. L'auteur récupère en conséquence tout contrôle sur l'oeuvre, il peut suivre son parcours, limiter son accès, etc...

3. Mais finalement, d'un certain côté, n'existe-t-il pas alors un risque d'intrusion dans la vie privée des utilisateurs ?

B).Un risque d'intrusion dans la vie privée des utilisateurs

1. Le développement des mesures techniques accroît par la même occasion les possibilités de contrôle des usages des utilisateurs, de par le développement subséquent des moyens de contrôle et du paiement à la carte.

1.1. Le développement des moyens de contrôle

Le suivi de l'exploitation des œuvres sera assuré par des moyens techniques permettant d'identifier les œuvres par des systèmes de « tatouage numérique » et d'en contrôler les usages.

Mais ces systèmes pourraient contribuer à ralentir le processus d'accès aux œuvres, augmenter le coût de distribution. Surtout, ils se substituent à la protection juridique. Ils amoindrissent en effet les marges de manœuvres prévues par le cadre légal puisqu'il n'y a pas de possibilité de déterminer librement un usage loyal. En outre, ils pourraient poser des problèmes de respect de la vie privée.

1.2. Un paiement à la carte

L'utilisation de ces techniques implique un « paiement à la carte », bien que toutes les informations et tous les usages n'aient pas tous un but commercial. En fait, la simple visualisation sur écran (il ne s'agit même pas de téléchargement) peut être à présent sujette à paiement. Il y a là protection excessive, car la visualisation pourrait être assimilée au feuilletage d'un ouvrage ou d'une revue en bibliothèque. Il a même été envisagé que les copies techniques soient assorties d'une demande d'autorisation et qu'il faille prouver l'absence de signification économique de celles-ci. Pourtant, elles le sont toujours, et seules y échappent celles qui sont totalement volatiles.

En outre, et c'est aussi un point que la France défend particulièrement, la vie privée des citoyens doit être protégée, et les systèmes permettant un suivi de l'utilisation des œuvres pourraient menacer l'anonymat de chacun, qu'il s'agisse d'un individu ou d'une organisation. Pourtant, avant, un certain anonymat était tout de même respecté : le feuilletage dans une bibliothèque n'implique aucun contrôle, l'achat d'un livre est tout aussi anonyme. Cette « impunité » de choix et de liberté des lectures est une base des libertés individuelles, et semble être remise en question avec ces protections techniques.

2. Il ne faut pas oublier que les œuvres numérisées ne sont pas vendues et achetées, mais que seuls leur accès et leur utilisation sont réglementés par une licence. La licence permet de donner un droit d'usage d'un bien sans pour autant en conférer la propriété.

3. Cependant, en ce qui concerne les auteurs, la situation a également évolué.

§ 2.Les auteurs, une nouvelle donne

1. La Directive « droit d'auteur » vient modifier la donne concernant les auteurs : ils pourront, certes, protéger techniquement leurs œuvres en ligne. Mais cette possibilité de protection sera-t-elle une véritable liberté ? (I)

2. Par ailleurs, ce choix de protéger techniquement les œuvres permettra aux auteurs de remédier à cet inconvénient du non-contrôle des copies privées effectuées par les utilisateurs, et peut-être de calquer le régime de l'édition numérique sur celui de l'édition physique. (II)

I/.Quid du choix de la protection ?

Ne risque-t-il pas d'y avoir un contrôle extérieur des créations, c'est-à-dire que les fabricants de mesures techniques risqueraient d'avoir une emprise trop importante sur les ayants droit souhaitant protéger leurs œuvres ? En effet, ces fabricants n'auront-ils pas la possibilité de contrôler le marché de la protection, formant des monopoles ? De même que les auteurs eux-mêmes risquent bien de constituer une autre forme de monopole, mais cependant tout aussi dangereux. (A) D'autre part, les fabricants ne risquent-ils pas d'imposer leurs choix artistiques aux auteurs, c'est-à-dire qu'ils pourraient contrôler les œuvres qu'ils souhaitent voir protéger ou non ? (B)

A).Le risque de monopole

1. D'une part, il est incontestable que le fait de protéger les œuvres techniquement permettra la constitution de monopoles de fait, au profit des auteurs cette fois, alors même que le monopole de droit est expiré. En effet, le monopole de droit est expiré lorsque l'œuvre est tombée dans le domaine public. Or avec les mesures techniques de protection, il sera possible, presque impunément, de protéger des œuvres tombées dans le domaine public. Dès lors, de quel recours disposeront les utilisateurs contre un ayant droit abusant, de la sorte, de la technique ? Ils seront, de nouveau, lésés dans leurs droits.

2. D'autre part, un engouement pour les protections techniques des œuvres présente le risque de constituer des monopoles au profit des créateurs de tels procédés, déséquilibrant ainsi le marché.

3. Mais ce n'est pas tout : avec un tel monopole, le risque est de voir se développer un contrôle de la protection des créations par les fabricants de mesures techniques.

B).Un éventuel contrôle de la création

1. Avec les licences de procédés techniques octroyés aux ayants droit pour protéger leurs œuvres en ligne, ne risque-t-il pas d'y avoir des constitutions de monopoles au profit de ces créateurs de mesures techniques ? Le risque est de voir une main mise des plus importants créateurs, au détriment des plus petits. Mais c'est, finalement, le lot quotidien de tous créateurs.

2. Mais par ailleurs, si l'on envisage cette relation auteur-fabricant de mesures techniques sous un autre angle, que se passe-t-il si ce fabricant refuse d'appliquer les mesures prises par les titulaires, et prévoit un système ne permettant pas l'utilisation de la mesure volontaire permettant l'accès à l'œuvre ? Nous sommes alors dans une situation similaire à celle décrite par M. de Werra : « l'utilisateur (grâce à l'exception) a désormais obtenu le droit d'ouvrir la porte dans laquelle l'œuvre est située ; par contre, aucun serrurier n'a le droit de fabriquer la clef ». ⁹² Ici, le serrurier ne souhaite pas donner la clef, et personne ne peut l'obliger à le faire. Des accords volontaires peuvent alors permettre de surmonter l'obstacle.

3. Néanmoins, ces mesures techniques ne présentent pas que des inconvénients, loin s'en faut, et peuvent au contraire de rétablir un certain équilibre au profit des auteurs.

II/.L'édition numérique à l'image de l'édition physique

L'édition numérique semblait jusqu'à présent se démarquer de l'édition physique, laissant penser que l'apparition de ce nouveau régime risquait de réduire à néant les garanties établies dans l'univers physique. Néanmoins, cette Directive semble recadrer la situation, l'institution des mesures techniques permettant de maintenir la rémunération des auteurs (A), et préservant également leur droit moral. (B)

⁹² M. de Werra, Revue Internationale de Droit d'Auteur, juillet 2001.

A).Le droit à rémunération

1. La copie privée, reconnue au profit des utilisateurs, est certes bien pratique et intéressante, mais la question de la rémunération des auteurs reste très préoccupante. En effet, avec la prolifération des possibilités de copie, les auteurs sont tout de même victimes d'un certain manque à gagner.

2. Dès lors, la protection juridique de telles mesures techniques contribue à l'établissement d'une plus grande transparence dans l'utilisation des œuvres et des prestations artistiques. Par une individualisation plus fine des publics et une meilleure connaissance des usages, les mesures techniques favorisent une tarification plus juste de l'accès à la culture et à l'information. Le recours aux technologies informatiques permet également une meilleure détection des consommations clandestines, limitant ainsi la fraude qui frappe directement les titulaires de droit d'auteur et de droits voisins. Enfin, la transparence du marché intérieur en matière de droit d'auteur et de droits voisins devrait contribuer à une proportionnalité des rémunérations perçues par ayants droit en fonction de l'utilisation réelle des œuvres et des prestations artistiques.

3. Ainsi, lorsque l'auteur, le producteur ou l'interprète contrôle l'accès à son œuvre ou à sa prestation, la rémunération est assurée, et facile à mettre en œuvre, grâce à l'information sur le régime des droits (« copyright management information ») dont l'auteur aura assorti son œuvre et/ou son site web.

4. Enfin, il convient de s'attarder quelque peu sur le droit moral de l'auteur, lequel se trouve sauvegardé.

B).La conservation du droit moral

1. En principe, le droit moral des auteurs n'a pas été touché : ils le conservent, la situation n'a pas été modifiée.

2. En effet, la Directive, comme le précise son titre lui-même, ne concerne que certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins. Ainsi, ce texte ne s'intéresse pas au droit moral qui, comme le précise le considérant 19⁹³, « reste en-dehors du champ d'application de la présente directive ». Pourtant, il importe de ne pas oublier qu'à plusieurs reprises, et notamment à propos du droit de citation, la Directive permet de paralyser le droit à la paternité de l'auteur cité lorsque cela s'avère « impossible ». Cet infléchissement du droit moral est plus que regrettable dans une directive censée ignorer les prérogatives extrapatrimoniales des auteurs.

3. Cependant, l'Union Européenne envisage de promulguer d'autres textes qui seraient dans la tradition du droit français, dont une directive sur le droit moral, institution chère du droit français. Ceci est important, certains ayant laissé penser que le droit moral était amené à disparaître, à l'image du système anglo-saxon.

⁹³ Considérant 19 : Le droit moral des titulaires de droits sera exercé en conformité avec le droit des États membres et les dispositions de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Le droit moral reste en dehors du champ d'application de la présente directive.

Conclusion

1. L'environnement numérique et l'utilisation du réseau Internet semblent mal s'accorder avec une réglementation étatique nécessairement nationale, pour un monde dit international, décentralisé, hétérogène et virtuel.

2. Ainsi, la Directive prend en compte les nouvelles technologies bien qu'elles constituent une cible évoluant en permanence ; elle franchit la séparation entre les pays de « copyright » et ceux du « droit d'auteur » sur la base du principe de subsidiarité (principe qui sauvegarde les différentes traditions juridiques des Etats membres). Pour autant, une universalisation des mesures techniques de protection n'est pas souhaitable, et n'est pas envisagée, ce secteur étant en perpétuelle évolution. Une « harmonisation » de ces procédés n'est pas techniquement possible. Cela reviendrait à stopper l'évolution, l'apparition de nouvelles techniques, ou au contraire forcerait à adapter les dispositions juridiques existantes, ce qui est compliqué à mettre en œuvre, et nous contraindrait à vivre avec un droit constamment dépassé.

3. Cependant, l'excessive liberté laissée aux Etats membres à propos de certaines questions fondamentales, les questions volontairement ou timidement envisagées sont autant de facteurs qui conduiront à une harmonisation faible qui exigera que le travail soit remis, une fois de plus, sur le bureau du législateur communautaire.

4. Enfin, deux observations sont à formuler :

4.1. D'une part il convient de s'interroger sur la pertinence de la création d'un ensemble de telles mesures, ainsi que sur leur légitimité, au regard des taxes sur les CD vierges et les disques durs.

En effet, lorsque nous achetons des supports vierges tels que des cassettes audio ou vidéo, depuis 1986 nous reversons des droits d'auteur sous la forme d'une redevance à des organismes gérant les droits audiovisuels.

L'application de cette redevance date de 1985 (loi "Lang") et s'appuie sur le Code de la Propriété Intellectuelle. Cette loi donne la possibilité aux ayants droit de percevoir une rémunération au titre de la seule copie privée. La loi n'autorise pas le piratage (copie réalisée pour le compte ou à destination d'une tierce personne, vendue ou même cédée à titre gratuit) acte qui lui est sanctionné pénalement.

Cette loi de 1985 précise également qu'une commission indépendante -la commission BRUN-BUISSON- composée de vingt-quatre membres et un président, est chargée de définir

et de faire évoluer les montants de cette rémunération si besoin est, afin de préserver les droits des auteurs.

Cette commission détient un pouvoir singulier: toute décision prise par elle s'applique immédiatement par simple parution au Journal Officiel. Même si c'est le ministre chargé de la culture qui en nomme le président pour trois ans et les organisations représentées dans les trois collèges prévus par la loi (douze représentants des ayants droit pour moitié audio et pour moitié vidéo, six représentants de l'industrie et six représentants des consommateurs), une fois nommés, le gouvernement ne peut en aucun cas interférer dans le travail de cette commission, ni dans la publication officielle du résultat de ses travaux.

Le 7 janvier (voir décision du 5 janvier, parue au JOF du 7 janvier 2001) est donc entré en application la première décision de la commission Brun-Buisson, qui étend la redevance « copie privée » aux supports numériques vierges amovibles. Sont concernés, entre autres, les CD-R Audio et Data, les DVD-R Vidéo et Data, ainsi que les mémoires audio,...

Les ayants droit réclament la généralisation de cette redevance à tous types de supports numériques. C'est pourquoi la commission étudie la deuxième phase de son projet: appliquer une redevance sur les supports intégrés comme les disques durs, les décodeurs numériques, les mémoires flash, les téléphones de 3ème génération, etc...

Néanmoins les auteurs considèrent qu'ils ont un droit de réclamer légitimement, dans le cas qui nous concerne, une rémunération sur tous supports numériques. Ils partent du principe que, du fait qu'un support numérique est susceptible de pouvoir contenir une oeuvre musicale ou visuelle d'un auteur (principe de supposition), une rémunération leur est due. Le fait de considérer que nous puissions utiliser un support numérique à des fins autres que celles de contenir une oeuvre d'auteur justifie que l'on se pose la question suivante: est-il normal de payer une redevance pour la copie privée? En d'autres termes: des supports tels que les CD-R Data ou DVD-R Data, ou encore les disques durs sont destinés au traitement, au stockage ou à l'archivage de données numériques, et ces données sont essentiellement d'origines professionnelles ou personnelles. Alors pourquoi verser une rémunération à des auteurs sur des informations dont vous êtes l'auteur ?

De plus d'un point de vue strictement éthique, cette taxe est injuste, même sans mesures techniques de protection. En effet cette manne ne bénéficie pas seulement aux auteurs mais surtout à leurs maisons d'édition. La grande partie de l'argent ainsi collecté revient entre les mains d'organisation et d'entreprises qui s'enrichissent de cette manière.

4.2. D'autre part, l'avenir de ce que sera le droit d'auteur européen peut être appréhendé au regard des résultats qu'a obtenus la DMCA aux Etats-Unis. Comme le fait remarquer John Perry cofondateur de l'Electronic Frontier Foundation (EFF, organisation créée en 1990 dans le but de sensibiliser l'opinion publique à l'influence des technologies sur la liberté d'expression), cette loi (la DMCA) va à l'encontre de cette même liberté en empêchant toute prolifération et multiplication de l'information sous la justification « fallacieuse » d'atteinte à la propriété intellectuelle. Or les groupes économiques qui veulent contrôler le contenu artistique ne cherchent qu'une seule chose : faire en sorte que le seul moyen de se procurer musique, littérature, information... est de passer par eux, moyennant une rémunération, bien sûr.

5. Veut-on cela pour l'Europe ? La question mérite d'autant plus d'être posée que la Directive European Union Copyright Directive (EUCD), pendant de la DMCA, doit être appliquée dans tous les pays d'ici la fin du mois de décembre.

6. Ce texte laisse donc présager d'un tournant décisif en matière de protection des œuvres en ligne, et par-là même, va entraîner un bouleversement des comportements des utilisateurs comme des auteurs. En effet, à l'heure de la mondialisation, on assiste à la création d'un système juridique universel en matière de droit d'auteur qui, sous couvert de protection des créateurs, va contribuer à l'émergence d'une nouvelle entité numérique, qui pour l'instant ne semble profiter qu'à certains...

REMERCIEMENTS

A Monsieur Vivant, pour sa disponibilité et ses conseils,

A Monsieur Bibent, pour sa confiance,

A tous les étudiants du DEA Informatique et Droit, promotion 2002, pour leur gentillesse et leur amitié,

A nos parents pour nous avoir permis d'étudier.

DEFINITIONS

Exception de copie provisoire (Directive du 22 mai 2001, article 5.1) : « Acte de reproduction provisoire, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre:

- a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou
- b) une utilisation licite d'une oeuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante ».

Copie technique : reproduction de nature provisoire, c'est-à-dire transitoire (copies éphémères nécessaires à la transmission des données, comme par exemple le routing) ou accessoire (stockages temporaires effectués pour des raisons techniques, tels que le browsing, le streaming, le caching, et le proxy), constituant une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, et ayant pour unique finalité une « transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire » ou une « utilisation licite » d'une oeuvre ou d'un objet protégé. Ces actes ne doivent pas avoir de signification économique indépendante. (Directive du 22 mai 2001, article 5.1)

Exception balai (Directive du 22 mai 2001, article 5.3o) : « utilisation dans certains autres cas de moindre importance pour lesquels des exceptions ou limitations existent déjà dans la législation nationale, pour autant que cela ne concerne que des utilisations analogiques et n'affecte pas la libre circulation des marchandises et des services dans la Communauté, sans préjudice des autres exceptions et limitations prévues au présent article ».

Copie privée (Code français de la Propriété Intellectuelle, article L.122-5-2°) : « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ».

Copie privée (Directive du 22 mai 2001, article 5.2b) : « reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales ».

Test des trois étapes (Directive du 22 mai 2001, article 5.5) : « Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 [exception de copie provisoire et exceptions facultatives] ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ».

Mesures techniques (Directive du 22 mai 2001, article 6.3) : « toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les oeuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE. » [droit des producteurs d'une base de données]

Efficacité des mesures techniques (Directive du 22 mai 2001, article 6.3) : « Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une oeuvre protégée, ou celle d'un

autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection ».

BIBLIOGRAPHIE

Législation :

-Code français de la Propriété Intellectuelle.

-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 ». Journal officiel n°L167 du 22 mai 2001, p.0010-0019.

-Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil « sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information » du 14 février 2001, JOCE 14 février 2001, C276/121.

-Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil « sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information » du 21 mai 1999 site de l'Union Européenne.

-Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil « sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information » du 10 décembre 1997 site de l'Union Européenne.

-Traité de l'OMPI « sur le droit d'auteur » et « sur les représentations/exécutions d'œuvres et les phonogrammes » de Genève du 20 décembre 1996.

-Livres de la Commission européenne « sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information » du 27 juillet 1995.

Ouvrages :

-« Droit de l'informatique et de l'Internet », André LUCAS, Jean DEVEZE, Jean FRAYSSINET, PUF novembre 2001.

-« Internet et droit d'auteur », Séverine DUSOLLIER, <http://www.droit-technologie.org> , 7 mai 2001.

-« Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux », 2001

Articles :

-« Présentation des travaux de transposition de la directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », Compte-rendu de la séance du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique du 04 avril 2002.

-« Directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information », Gavina GALLIER, <http://www.legalbiznext.com> , 02 mai 2002.

-« Les mesures techniques de protection du droit d'auteur et des droits voisins : quel rôle pour les Etats membres ? », Anne-Catherine LORRAIN, <http://www.droit-technologie.org> , 5 avril 2002.

-Maître Alain MARTER, Conférence « Propriété intellectuelle et numérique », Lyon 7 février 2002.

-« The copyright in the information society directive: an overview », Michael HART, European Intellectual Property Review, 2002 p.58.

-« Rapport introductif au colloque La Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information - Bilan et perspectives, 25 octobre 2001 », Pierre SIRINELLI, Propriétés Intellectuelles n°2 p.4.

-« Les droits exclusifs consacrés par la Directive », Frédéric POLLAUD-DULLIAN, Propriétés Intellectuelles n°2 p.7.

-« Les exceptions (I) – La méthode suivie et les résultats obtenus », Yves GAUBIAC, Propriétés Intellectuelles n°2 p.17.

-« Les exceptions (II) – L'impact sur le droit français », Christophe CARON, Propriétés Intellectuelles n°2 p.25.

-« Discussion - Colloque La Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information - Bilan et perspectives, 25 octobre 2001°», Mme. De MONTLUC, Propriétés Intellectuelles n°2 p.31.

-« La protection des dispositifs techniques (I)°», Antoine LATREILLE, Propriétés Intellectuelles n°2 p.35.

-« La protection des dispositifs techniques (II) – Recherche clarté désespérément°», Gilles VERCKEN, Propriétés Intellectuelles n°2 p.52.

-« La Directive "société de l'information" et l'acquis communautaire: une anamorphose°», Valérie-Laure BENABOU, Propriétés Intellectuelles n°2 p.58.

-« La protection du droit d'auteur et des droits voisins au sein de l'Union Européenne – Les chantiers à venir°», Jörg REINBOTH, Propriétés Intellectuelles n°2 p.66.

-« Rapport de synthèse du colloque La Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information - Bilan et perspectives, 25 octobre 2001°», Michel VIVANT, Propriétés Intellectuelles n°2 p.71.

-« Les clairs-obscur de la rémunération pour copie privée », Christophe CARON, Dalloz 2001, n°42 p.3421.

-« Les protections techniques vues dans un contexte juridique plus large », Alexandre CRUQUENAIRE et Pierre-Yves POTTET, Congrès 2001 de l'ALAI, Questionnaire I.C., Rapport belge.

-« La protection des mesures techniques avant et après la transposition des Traités de l'OMPI », Séverine DUSOLLIER, Congrès 2001 de l'ALAI, Questionnaire I.D.2, Rapport belge.

-« La Directive société de l'information : apport réel ou fictif au droit d'auteur ? », Pierre SIRINELLI, Colloque IRPI, Revue Communication-Commerce Electronique, Litec, 2001.

-« Survol de la Directive relative à la protection des droits d'auteurs et des droits voisins dans la société de l'information », Valérie-Laure BENABOU, Revue Lamy Droit des Affaires, décembre 2001, n°44 p.15.

-« Présentation des travaux de transposition de la directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », Compte-rendu de la séance du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique du 20 décembre 2001.

-« Le droit de reproduction à l'heure de la société de l'information », Vincent GRYNBAUM, <http://www.juriscom.net> , 13 décembre 2001.

-« Faut-il appliquer aux publications scientifiques la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur le copyright ? », Paul CARO, <http://www.lappel.droit.auteur.ujf-grenoble.org> , 9 décembre 2001.

-« De la transposition des exceptions : à propos de la directive « droit d'auteur dans la société de l'information » », Pierre-Yves GAUTIER, Revue Communication-Commerce Electronique, novembre 2001 p.10.

-« La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », Valérie-Laure BENABOU, Revue Communication-Commerce Electronique, octobre 2001 p.8 chr.23.

-« Présentation des travaux de transposition de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », Compte-rendu de la séance du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique du 4 octobre 2001

-« Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », Mireille BUYDENS et Séverine DUSOLLIER, Revue Communication-Commerce Electronique, septembre 2001 p.10 chr.22.

-« La Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information : le droit à l'exception contre la protection juridique des mesures techniques », Pierre NOGUIER, Gazette du Palais du 15 au 17 juillet 2001 p.4.

-« Droits d'auteur et Internet : nouvelles exigences et mise en œuvre de la directive européenne », Lionel COSTES, Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux n°138 p.1, juillet 2001.

-« Internet et droit d'auteur », Séverine DUSOLLIER, 7 mai 2001, <http://www.droit-technologie.org> .

-« La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », Christophe CARON, Revue Communication-Commerce Electronique, mai 2001 p.20.

-Fabrice DEGROOTE, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n°136, mai 2001.

-« La réception des nouvelles techniques dans la loi, l'exemple de la propriété intellectuelle », André LUCAS, <http://www.juriscom.net> , 27 janvier 2001.

-« Directive droit d'auteur et société de l'information », Lionel BOCHURBERG et Sylvie LEFORT, Revue Communication-Commerce Electronique, octobre 2000 p.18.

-« Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit d'auteur européen », André FRANCON, Communication Commerce Electronique septembre 2000 p.9.

-« L'avenir de la copie privée numérique en Europe », Yves GAUBIAC, Communication Commerce Electronique janvier 2000 p.9.

-« La protection légale des systèmes techniques », Alain Strowel et Séverine Dusollier, Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Genève, 6 et 7 décembre 1999.

ANNEXE

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

Journal officiel n° L 167 du 22/06/2001 p. 0010 - 0019

Texte:

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

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 47, paragraphe 2, son article 55 et son article 95, vu la proposition de la Commission (1), vu l'avis du Comité économique et social(2), statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité(3), considérant ce qui suit:

(1) Le traité prévoit l'établissement d'un marché intérieur et l'instauration d'un système propre à empêcher les distorsions de concurrence dans le marché intérieur. L'harmonisation des dispositions législatives des États membres sur le droit d'auteur et les droits voisins contribue à la réalisation de ces objectifs.

(2) Le Conseil européen de Corfou des 24 et 25 juin 1994 a souligné la nécessité de créer un cadre juridique général et souple au niveau de la Communauté pour favoriser le développement de la société de l'information en Europe. Cela suppose notamment l'existence d'un marché intérieur pour les nouveaux produits et services. D'importants actes législatifs communautaires visant à instaurer un tel cadre réglementaire ont déjà été adoptés ou sont en voie de l'être. Le droit d'auteur et les droits voisins jouent un rôle important dans ce contexte, car ils protègent et stimulent la mise au point et la commercialisation de nouveaux produits et services, ainsi que la création et l'exploitation de leur contenu créatif.

(3) L'harmonisation envisagée contribuera à l'application des quatre libertés du marché intérieur et porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété, dont la propriété intellectuelle, et de la liberté d'expression et de l'intérêt général.

(4) Un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur et des droits voisins, en améliorant la sécurité juridique et en assurant dans le même temps un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle, encouragera des investissements importants dans des activités créatrices et novatrices, notamment dans les infrastructures de réseaux, et favorisera ainsi la croissance et une compétitivité accrue de l'industrie européenne, et cela aussi bien dans le secteur de la fourniture de contenus que dans celui des technologies de l'information et, de façon plus générale, dans de nombreux secteurs industriels et culturels. Ce processus permettra de sauvegarder des emplois et encouragera la création de nouveaux emplois.

(5) L'évolution technologique a multiplié et diversifié les vecteurs de création, de production et d'exploitation. Si la protection de la propriété intellectuelle ne nécessite aucun concept nouveau, les règles actuelles en matière de droit d'auteur et de droits voisins devront être

adaptées et complétées pour tenir dûment compte des réalités économiques telles que l'apparition de nouvelles formes d'exploitation.

(6) En l'absence d'harmonisation à l'échelle communautaire, les processus législatifs au niveau national, dans lesquels plusieurs États membres se sont déjà engagés pour répondre aux défis technologiques, pourraient entraîner des disparités sensibles en matière de protection et, partant, des restrictions à la libre circulation des services et des marchandises qui comportent des éléments relevant de la propriété intellectuelle ou se fondent sur de tels éléments, ce qui provoquerait une nouvelle fragmentation du marché intérieur et des incohérences d'ordre législatif. L'incidence de ces disparités législatives et de cette insécurité juridique se fera plus sensible avec le développement de la société de l'information, qui a déjà considérablement renforcé l'exploitation transfrontalière de la propriété intellectuelle. Ce développement est appelé à se poursuivre. Des disparités et une insécurité juridiques importantes en matière de protection sont susceptibles d'entraver la réalisation d'économies d'échelle pour les nouveaux produits et services protégés par le droit d'auteur et les droits voisins.

(7) Le cadre législatif communautaire relatif à la protection du droit d'auteur et des droits voisins doit donc aussi être adapté et complété dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. Il convient, à cet effet, d'adapter les dispositions nationales sur le droit d'auteur et les droits voisins qui varient sensiblement d'un État membre à l'autre ou qui entraînent une insécurité juridique entravant le bon fonctionnement du marché intérieur et le développement de la société de l'information en Europe et il importe d'éviter que les États membres réagissent en ordre dispersé aux évolutions technologiques. En revanche, il n'est pas nécessaire de supprimer ou de prévenir les disparités qui ne portent pas atteinte au fonctionnement du marché intérieur.

(8) Les diverses répercussions sociales, sociétales et culturelles de la société de l'information font qu'il y a lieu de prendre en considération la spécificité du contenu des produits et services.

(9) Toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un niveau de protection élevé, car ces droits sont essentiels à la création intellectuelle. Leur protection contribue au maintien et au développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des interprètes ou exécutants, des producteurs, des consommateurs, de la culture, des entreprises et du public en général. La propriété intellectuelle a donc été reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété.

(10) Les auteurs ou les interprètes ou exécutants, pour pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique, doivent obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs oeuvres, de même que les producteurs pour pouvoir financer ce travail. L'investissement nécessaire pour créer des produits, tels que des phonogrammes, des films ou des produits multimédias, et des services tels que les services à la demande, est considérable. Une protection juridique appropriée des droits de propriété intellectuelle est nécessaire pour garantir une telle rémunération et permettre un rendement satisfaisant de l'investissement.

(11) Un système efficace et rigoureux de protection du droit d'auteur et des droits voisins est l'un des principaux instruments permettant de garantir à la création et à la production culturelles européennes l'obtention des ressources nécessaires et de préserver l'autonomie et la dignité des créateurs et interprètes.

(12) Il est également très important, d'un point de vue culturel, d'accorder une protection suffisante aux oeuvres protégées par le droit d'auteur et aux objets relevant des droits voisins.

L'article 151 du traité fait obligation à la Communauté de tenir compte des aspects culturels dans son action.

(13) Une recherche commune et une utilisation cohérente, à l'échelle européenne, de mesures techniques visant à protéger les oeuvres et autres objets protégés et à assurer l'information nécessaire sur les droits en la matière revêtent une importance fondamentale, dès lors que ces mesures ont pour objectif ultime de traduire dans les faits les principes et garanties prévus par la loi.

(14) La présente directive doit promouvoir la diffusion du savoir et de la culture par la protection des oeuvres et autres objets protégés, tout en prévoyant des exceptions ou limitations dans l'intérêt du public à des fins d'éducation et d'enseignement.

(15) La Conférence diplomatique qui s'est tenue en décembre 1996, sous les auspices de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), a abouti à l'adoption de deux nouveaux traités, à savoir le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, qui portent respectivement sur la protection des auteurs et sur celle des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes. Ces traités constituent une mise à jour importante de la protection internationale du droit d'auteur et des droits voisins, notamment en ce qui concerne ce que l'on appelle "l'agenda numérique", et améliorent les moyens de lutte contre la piraterie à l'échelle planétaire. La Communauté et une majorité d'États membres ont déjà signé lesdits traités et les procédures de ratification sont en cours dans la Communauté et les États membres. La présente directive vise aussi à mettre en oeuvre certaines de ces nouvelles obligations internationales.

(16) La question de la responsabilité relative aux activités réalisées dans un environnement de réseau concerne non seulement le droit d'auteur et les droits voisins mais également d'autres domaines, tels que la diffamation, la publicité mensongère ou le non-respect des marques déposées. Cette question est traitée de manière horizontale dans la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 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")(4) qui clarifie et harmonise différentes questions juridiques relatives aux services de la société de l'information, y compris le commerce électronique. La présente directive doit être mise en oeuvre dans un délai analogue à celui fixé pour la directive sur le commerce électronique, étant donné que ladite directive établit un cadre harmonisé de principes et de dispositions qui concernent, entre autres, certaines parties importantes de la présente directive. La présente directive est sans préjudice des dispositions relatives à la responsabilité de ladite directive.

(17) Il est nécessaire, surtout à la lumière des exigences résultant du numérique, de garantir que les sociétés de gestion collective des droits atteignent un niveau de rationalisation et de transparence plus élevé s'agissant du respect des règles de la concurrence.

(18) La présente directive ne porte pas atteinte aux modalités qui existent dans les États membres en matière de gestion des droits, telles que les licences collectives étendues.

(19) Le droit moral des titulaires de droits sera exercé en conformité avec le droit des États membres et les dispositions de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Le droit moral reste en dehors du champ d'application de la présente directive.

(20) La présente directive se fonde sur des principes et des règles déjà établis par les directives en vigueur dans ce domaine, notamment les directives 91/250/CEE(5), 92/100/CEE(6), 93/83/CEE(7), 93/98/CEE(8) et 96/9/CE(9). Elle développe ces principes et règles et les intègre dans la perspective de la société de l'information. Les dispositions de la présente directive doivent s'appliquer sans préjudice des dispositions desdites directives, sauf si la présente directive en dispose autrement.

(21) La présente directive doit définir le champ des actes couverts par le droit de reproduction en ce qui concerne les différents bénéficiaires, et ce conformément à l'acquis communautaire. Il convient de donner à ces actes une définition large pour assurer la sécurité juridique au sein du marché intérieur.

(22) Une promotion adéquate de la diffusion de la culture ne peut conduire à sacrifier la protection rigoureuse des droits et à tolérer les formes illégales de mise en circulation d'œuvres culturelles contrefaites ou piratées.

(23) La présente directive doit harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public. Ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une oeuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion. Il ne couvre aucun autre acte.

(24) Le droit de mettre à la disposition du public des objets protégés qui est visé à l'article 3, paragraphe 2, doit s'entendre comme couvrant tous les actes de mise à la disposition du public qui n'est pas présent à l'endroit où l'acte de mise à disposition a son origine et comme ne couvrant aucun autre acte.

(25) L'insécurité juridique qui entoure la nature et le niveau de protection des actes de transmission à la demande, au moyen de réseaux, d'œuvres protégées par le droit d'auteur et d'objets relevant des droits voisins doit être supprimée par la mise en place d'une protection harmonisée au niveau communautaire. Il doit être clair que tous les titulaires de droits reconnus par la présente directive ont le droit exclusif de mettre à la disposition du public des oeuvres protégées par le droit d'auteur ou tout autre objet protégé par voie de transmissions interactives à la demande. Ces transmissions sont caractérisées par le fait que chacun peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

(26) Pour ce qui est de la mise à disposition par les radiodiffuseurs, dans le cadre de services à la demande, de leur production radiodiffusée ou télévisuelle comportant de la musique sur phonogrammes commerciaux en tant que partie intégrante de cette production, il y a lieu d'encourager la conclusion de contrats de licence collectifs, afin de faciliter le recouvrement des droits concernés.

(27) La simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas en soi une communication au sens de la présente directive.

(28) La protection du droit d'auteur en application de la présente directive inclut le droit exclusif de contrôler la distribution d'une oeuvre incorporée à un bien matériel. La première vente dans la Communauté de l'original d'une oeuvre ou des copies de celle-ci par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de contrôler la revente de cet objet dans la Communauté. Ce droit ne doit pas être épuisé par la vente de l'original ou de copies de celui-ci hors de la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement. Les droits de location et de prêt des auteurs ont été établis par la directive 92/100/CEE. Le droit de

distribution prévu par la présente directive n'affecte pas les dispositions en matière de droits de location et de prêt figurant au chapitre I de ladite directive.

(29) La question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Cette considération vaut également pour la copie physique d'une oeuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit. Il en va par conséquent de même pour la location et le prêt de l'original de l'oeuvre ou de copies de celle-ci, qui sont par nature des services. Contrairement aux CD-ROM ou aux CD-I, pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi.

(30) Les droits visés dans la présente directive peuvent être transférés, cédés ou donnés en licence contractuelle, sans préjudice des dispositions législatives nationales pertinentes sur le droit d'auteur et les droits voisins.

(31) Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés. Les exceptions et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les États membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique. Les disparités qui existent au niveau des exceptions et des limitations à certains actes soumis à restrictions ont une incidence négative directe sur le fonctionnement du marché intérieur dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. Ces disparités pourraient s'accroître avec le développement de l'exploitation des oeuvres par-delà les frontières et des activités transfrontalières. Pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, ces exceptions et limitations doivent être définies de façon plus harmonieuse. Le degré d'harmonisation de ces exceptions doit être fonction de leur incidence sur le bon fonctionnement du marché intérieur.

(32) La présente directive contient une liste exhaustive des exceptions et limitations au droit de reproduction et au droit de communication au public. Certaines exceptions ou limitations ne s'appliquent qu'au droit de reproduction, s'il y a lieu. La liste tient dûment compte de la diversité des traditions juridiques des États membres tout en visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Les États membres appliquent ces exceptions et limitations de manière cohérente et la question sera examinée lors d'un futur réexamen des dispositions de mise en oeuvre.

(33) Le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à autoriser certains actes de reproduction provisoires, qui sont transitoires ou accessoires, qui font partie intégrante et essentielle d'un processus technique et qui sont exécutés dans le seul but de permettre soit une transmission efficace dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, soit une utilisation licite d'une oeuvre ou d'un autre objet protégé. Les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre. Pour autant qu'ils remplissent ces conditions, cette exception couvre les actes qui permettent le survol (browsing), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (caching), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information. Une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi.

(34) Les États membres devraient avoir la faculté de prévoir certaines exceptions et limitations dans certains cas tels que l'utilisation, à des fins d'enseignement ou de recherche scientifique, au bénéfice d'établissements publics tels que les bibliothèques et les archives, à des fins de compte rendu d'événements d'actualité, pour des citations, à l'usage des personnes handicapées, à des fins de sécurité publique et à des fins de procédures administratives ou judiciaires.

(35) Dans le cas de certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs oeuvres ou autres objets protégés. Lors de la détermination de la forme, des modalités et du niveau éventuel d'une telle compensation équitable, il convient de tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Pour évaluer ces circonstances, un critère utile serait le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en question. Dans le cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence, un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû. Le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection prévues à la présente directive. Certains cas où le préjudice au titulaire du droit serait minime pourraient ne pas donner naissance à une obligation de paiement.

(36) Les États membres peuvent prévoir une compensation équitable pour les titulaires de droits même lorsqu'ils appliquent les dispositions optionnelles relatives aux exceptions ou limitations qui n'exigent pas cette compensation.

(37) Les régimes nationaux qui peuvent exister en matière de reprographie ne créent pas de barrières majeures pour le marché intérieur. Les États membres doivent être autorisés à prévoir une exception ou une limitation en ce qui concerne la reprographie.

(38) Les États membres doivent être autorisés à prévoir une exception ou une limitation au droit de reproduction pour certains types de reproduction de produits sonores, visuels et audiovisuels à usage privé, avec une compensation équitable. Une telle exception pourrait comporter l'introduction ou le maintien de systèmes de rémunération destinés à dédommager les titulaires de droits du préjudice subi. Même si les disparités existant entre ces systèmes de rémunération gênent le fonctionnement du marché intérieur, elles ne devraient pas, en ce qui concerne la reproduction privée sur support analogique, avoir une incidence significative sur le développement de la société de l'information. La confection de copies privées sur support numérique est susceptible d'être plus répandue et d'avoir une incidence économique plus grande. Il y a donc lieu de tenir dûment compte des différences existant entre copies privées numériques et analogiques et de faire une distinction entre elles à certains égards.

(39) Lorsqu'il s'agit d'appliquer l'exception ou la limitation pour copie privée, les États membres doivent tenir dûment compte de l'évolution technologique et économique, en particulier pour ce qui concerne la copie privée numérique et les systèmes de rémunération y afférents, lorsque des mesures techniques de protection efficaces sont disponibles. De telles exceptions ou limitations ne doivent faire obstacle ni à l'utilisation de mesures techniques ni à la répression de tout acte de contournement.

(40) Les États membres peuvent prévoir une exception ou une limitation au bénéfice de certains établissements sans but lucratif, tels que les bibliothèques accessibles au public et autres institutions analogues, ainsi que les archives, cette exception devant toutefois être limitée à certains cas particuliers couverts par le droit de reproduction. Une telle exception ou limitation ne doit pas s'appliquer à des utilisations faites dans le cadre de la fourniture en ligne

d'œuvres ou d'autres objets protégés. La présente directive doit s'appliquer sans préjudice de la faculté donnée aux États membres de déroger au droit exclusif de prêt public en vertu de l'article 5 de la directive 92/100/CEE. Il est donc opportun de promouvoir des contrats ou des licences spécifiques qui favorisent, sans créer de déséquilibre, de tels établissements et la réalisation de leur mission de diffusion.

(41) Lors de l'application de l'exception ou de la limitation pour les enregistrements éphémères effectués par des organismes de radiodiffusion, il est entendu que les propres moyens d'un organisme de radiodiffusion comprennent les moyens d'une personne qui agit au nom et sous la responsabilité de celui-ci.

(42) Lors de l'application de l'exception ou de la limitation prévue pour les utilisations à des fins éducatives et de recherche non commerciales, y compris l'enseignement à distance, la nature non commerciale de l'activité en question doit être déterminée par cette activité en tant que telle. La structure organisationnelle et les moyens de financement de l'établissement concerné ne sont pas des éléments déterminants à cet égard.

(43) Il est de toute manière important que les États membres adoptent toutes les mesures qui conviennent pour favoriser l'accès aux œuvres pour les personnes souffrant d'un handicap qui les empêche d'utiliser les œuvres elles-mêmes, en tenant plus particulièrement compte des formats accessibles.

(44) Lorsque les exceptions et les limitations prévues par la présente directive sont appliquées, ce doit être dans le respect des obligations internationales. Ces exceptions et limitations ne sauraient être appliquées d'une manière qui cause un préjudice aux intérêts légitimes du titulaire de droits ou qui porte atteinte à l'exploitation normale de son œuvre ou autre objet. Lorsque les États membres prévoient de telles exceptions ou limitations, il y a lieu, en particulier, de tenir dûment compte de l'incidence économique accrue que celles-ci sont susceptibles d'avoir dans le cadre du nouvel environnement électronique. En conséquence, il pourrait être nécessaire de restreindre davantage encore la portée de certaines exceptions ou limitations en ce qui concerne certaines utilisations nouvelles d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés.

(45) Les exceptions et limitations visées à l'article 5, paragraphes 2, 3 et 4, ne doivent toutefois pas faire obstacle à la définition des relations contractuelles visant à assurer une compensation équitable aux titulaires de droits dans la mesure où la législation nationale le permet.

(46) Le recours à la médiation pourrait aider utilisateurs et titulaires de droits à régler les litiges. La Commission, en coopération avec les États membres au sein du comité de contact, doit réaliser une étude sur de nouveaux moyens juridiques de règlement des litiges concernant le droit d'auteur et les droits voisins.

(47) L'évolution technologique permettra aux titulaires de droits de recourir à des mesures techniques destinées à empêcher ou à limiter les actes non autorisés par les titulaires d'un droit d'auteur, de droits voisins ou du droit sui generis sur une base de données. Le risque existe, toutefois, de voir se développer des activités illicites visant à permettre ou à faciliter le contournement de la protection technique fournie par ces mesures. Afin d'éviter des approches juridiques fragmentées susceptibles d'entraver le fonctionnement du marché intérieur, il est nécessaire de prévoir une protection juridique harmonisée contre le contournement des mesures techniques efficaces et contre le recours à des dispositifs et à des produits ou services à cet effet.

(48) Une telle protection juridique doit porter sur les mesures techniques qui permettent efficacement de limiter les actes non autorisés par les titulaires d'un droit d'auteur, de droits voisins ou du droit sui generis sur une base de données, sans toutefois empêcher le fonctionnement normal des équipements électroniques et leur développement technique. Une telle protection juridique n'implique aucune obligation de mise en conformité des dispositifs, produits, composants ou services avec ces mesures techniques, pour autant que lesdits dispositifs, produits, composants ou services ne tombent pas, par ailleurs, sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 6. Une telle protection juridique doit respecter le principe de proportionnalité et ne doit pas interdire les dispositifs ou activités qui ont, sur le plan commercial, un objet ou une utilisation autre que le contournement de la protection technique. Cette protection ne doit notamment pas faire obstacle à la recherche sur la cryptographie.

(49) La protection juridique des mesures techniques ne porte pas atteinte à l'application de dispositions nationales qui peuvent interdire la détention à des fins privées de dispositifs, produits ou composants destinés à contourner les mesures techniques.

(50) Une telle protection juridique harmonisée n'affecte pas les dispositions spécifiques en matière de protection prévues par la directive 91/250/CEE. En particulier, elle ne doit pas s'appliquer à la protection de mesures techniques utilisées en liaison avec des programmes d'ordinateur, qui relève exclusivement de ladite directive. Elle ne doit ni empêcher, ni gêner la mise au point ou l'utilisation de tout moyen permettant de contourner une mesure technique nécessaire pour permettre d'effectuer les actes réalisés conformément à l'article 5, paragraphe 3, ou à l'article 6 de la directive 91/250/CEE. Les articles 5 et 6 de ladite directive déterminent uniquement les exceptions aux droits exclusifs applicables aux programmes d'ordinateur.

(51) La protection juridique des mesures techniques s'applique sans préjudice des dispositions relatives à l'ordre public tel qu'il est défini à l'article 5 et à la sécurité publique. Les États membres doivent encourager les mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris la conclusion et la mise en oeuvre d'accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, pour permettre d'atteindre les objectifs visés par certaines exceptions ou limitations prévues par le droit national conformément à la présente directive. En l'absence de mesures volontaires ou d'accords de ce type dans un délai raisonnable, les États membres doivent prendre des mesures appropriées pour assurer que les titulaires de droits fournissent aux bénéficiaires desdites exceptions ou limitations les moyens appropriés pour en bénéficier, par la modification d'une mesure technique mise en oeuvre ou autrement. Toutefois, afin d'empêcher l'abus de telles mesures prises par les titulaires de droits, y compris dans le cadre d'accords, ou prises par un État membre, toutes les mesures techniques mises en oeuvre en application de ces mesures doivent être protégées juridiquement.

(52) De même, lors de l'application d'une exception ou d'une limitation pour copie privée conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b), les États membres doivent encourager le recours aux mesures volontaires pour permettre d'atteindre les objectifs visés par ladite exception ou limitation. Si, dans un délai raisonnable, aucune mesure volontaire destinée à permettre la reproduction pour usage privé n'a été prise, les États membres peuvent arrêter des mesures qui permettent aux bénéficiaires de l'exception ou de la limitation concernée d'en bénéficier. Les mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, ainsi que les mesures prises par les États membres n'empêchent pas les titulaires de droits de recourir à des mesures techniques, qui sont compatibles avec les exceptions ou limitations relatives à la copie à usage privé prévues par leur droit national conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b), en tenant compte de la compensation équitable exigée à la dite disposition, et de la distinction

éventuelle entre différentes conditions d'utilisation, conformément à l'article 5, paragraphe 5, par exemple le contrôle du nombre de reproductions. Afin d'empêcher le recours abusif à ces mesures, toute mesure technique appliquée lors de la mise en oeuvre de celles-ci doit jouir de la protection juridique.

(53) La protection des mesures techniques devrait garantir un environnement sûr pour la fourniture de services interactifs à la demande, et ce de telle manière que le public puisse avoir accès à des oeuvres ou à d'autres objets dans un endroit et à un moment choisis par lui. Dans le cas où ces services sont régis par des dispositions contractuelles, le premier et le deuxième alinéas de l'article 6, paragraphe 4, ne devraient pas s'appliquer. Les formes non interactives d'utilisation en ligne restent soumises à ces dispositions.

(54) Des progrès importants ont été accomplis dans le domaine de la normalisation internationale des systèmes techniques d'identification des oeuvres et objets protégés sous forme numérique. Dans le cadre d'un environnement où les réseaux occupent une place de plus en plus grande, les différences existant entre les mesures techniques pourraient aboutir, au sein de la Communauté, à une incompatibilité des systèmes. La compatibilité et l'interopérabilité des différents systèmes doivent être encouragées. Il serait très souhaitable que soit encouragée la mise au point de systèmes universels.

(55) L'évolution technologique facilitera la distribution d'oeuvres, notamment sur les réseaux, et il sera par conséquent nécessaire pour les titulaires de droits de mieux identifier l'oeuvre ou autre objet protégé, l'auteur ou tout autre titulaire de droits, et de fournir des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'oeuvre ou autre objet protégé, afin de faciliter la gestion des droits y afférents. Les titulaires de droits doivent être encouragés à utiliser des signes indiquant notamment, outre les informations visées ci-dessus, leur autorisation lorsque des oeuvres ou d'autres objets protégés sont distribués sur les réseaux.

(56) Le risque existe, toutefois, de voir se développer des activités illicites visant à supprimer ou à modifier les informations, présentées sous forme électronique, sur le régime des droits dont relève l'oeuvre ou l'objet, ou visant à distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser, communiquer au public ou mettre à sa disposition des oeuvres ou autres objets protégés dont ces informations ont été supprimées sans autorisation. Afin d'éviter des approches juridiques fragmentées susceptibles d'entraver le fonctionnement du marché intérieur, il est nécessaire de prévoir une protection juridique harmonisée contre toute activité de cette nature.

(57) Les systèmes relatifs à l'information sur le régime des droits susmentionnés peuvent aussi, selon leur conception, traiter des données à caractère personnel relatives aux habitudes de consommation des particuliers pour ce qui est des objets protégés et permettre l'observation des comportements en ligne. Ces moyens techniques doivent, dans leurs fonctions techniques, incorporer les principes de protection de la vie privée, conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données(10).

(58) Les États membres doivent prévoir des sanctions et des voies de recours efficaces contre les atteintes aux droits et obligations prévus par la présente directive. Ils prennent toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que ces sanctions et voies de recours soient appliquées. Les sanctions prévues sont efficaces, proportionnées et dissuasives et doivent comprendre la possibilité de demander des dommages et intérêts et/ou une ordonnance sur requête et, le cas échéant, la saisie du matériel ayant servi à commettre l'infraction.

(59) Les services d'intermédiaires peuvent, en particulier dans un environnement numérique, être de plus en plus utilisés par des tiers pour porter atteinte à des droits. Dans de nombreux cas, ces intermédiaires sont les mieux à même de mettre fin à ces atteintes. Par conséquent, sans préjudice de toute autre sanction ou voie de recours dont ils peuvent se prévaloir, les titulaires de droits doivent avoir la possibilité de demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre d'un intermédiaire qui transmet dans un réseau une contrefaçon commise par un tiers d'une oeuvre protégée ou d'un autre objet protégé. Cette possibilité doit être prévue même lorsque les actions de l'intermédiaire font l'objet d'une exception au titre de l'article 5. Les conditions et modalités concernant une telle ordonnance sur requête devraient relever du droit interne des États membres.

(60) La protection prévue par la présente directive n'affecte pas les dispositions légales nationales ou communautaires dans d'autres domaines, tels que la propriété industrielle, la protection des données, les services d'accès conditionnel et à accès conditionnel, l'accès aux documents publics et la règle de la chronologie des médias, susceptibles d'avoir une incidence sur la protection du droit d'auteur ou des droits voisins.

(61) Afin de se conformer au traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, il y a lieu de modifier les directives 92/100/CEE et 93/98/CEE, ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

CHAPITRE I OBJECTIF ET CHAMP D'APPLICATION

Article premier

Champ d'application

1. La présente directive porte sur la protection juridique du droit d'auteur et des droits voisins dans le cadre du marché intérieur, avec une importance particulière accordée à la société de l'information.

2. Sauf dans les cas visés à l'article 11, la présente directive laisse intactes et n'affecte en aucune façon les dispositions communautaires existantes concernant:

- a) la protection juridique des programmes d'ordinateur;
- b) le droit de location, de prêt et certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle;
- c) le droit d'auteur et les droits voisins applicables à la radiodiffusion de programmes par satellite et à la retransmission par câble;
- d) la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins;
- e) la protection juridique des bases de données.

CHAPITRE II

DROITS ET EXCEPTIONS

Article 2

Droit de reproduction

Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie:

- a) pour les auteurs, de leurs oeuvres;
- b) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;
- c) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;
- d) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;
- e) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.

Article 3

Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés

1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs oeuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs oeuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

2. Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement:

- a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;
- b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;
- c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;
- d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.

3. Les droits visés aux paragraphes 1 et 2 ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article.

Article 4

Droit de distribution

1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs oeuvres ou de copies de celles-ci.

2. Le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une oeuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement.

Article 5

Exceptions et limitations

1. Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre:

- a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou
- b) une utilisation licite

d'une oeuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2.

2. Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2 dans les cas suivants:

a) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires, à l'exception des partitions, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable;

b) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux oeuvres ou objets concernés;

c) lorsqu'il s'agit d'actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect;

d) lorsqu'il s'agit d'enregistrements éphémères d'œuvres effectués par des organismes de radiodiffusion par leurs propres moyens et pour leurs propres émissions; la conservation de ces enregistrements dans les archives officielles peut être autorisée en raison de leur valeur documentaire exceptionnelle;

e) en ce qui concerne la reproduction d'émissions faites par des institutions sociales sans but lucratif, telles que les hôpitaux ou les prisons, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable.

3. Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3 dans les cas suivants:

a) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique, sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi;

b) lorsqu'il s'agit d'utilisations au bénéfice de personnes affectées d'un handicap qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap;

- c) lorsqu'il s'agit de la reproduction par la presse, de la communication au public ou de la mise à disposition d'articles publiés sur des thèmes d'actualité à caractère économique, politique ou religieux ou d'œuvres radiodiffusées ou d'autres objets protégés présentant le même caractère, dans les cas où cette utilisation n'est pas expressément réservée et pour autant que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée, ou lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'œuvres ou d'autres objets protégés afin de rendre compte d'événements d'actualité, dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi et sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur;
- d) lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue, pour autant qu'elles concernent une oeuvre ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée et qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi;
- e) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins de sécurité publique ou pour assurer le bon déroulement de procédures administratives, parlementaires ou judiciaires, ou pour assurer une couverture adéquate desdites procédures;
- f) lorsqu'il s'agit de l'utilisation de discours politiques ainsi que d'extraits de conférences publiques ou d'œuvres ou d'objets protégés similaires, dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi et pour autant, à moins que cela ne s'avère impossible, que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée;
- g) lorsqu'il s'agit d'une utilisation au cours de cérémonies religieuses ou de cérémonies officielles organisées par une autorité publique;
- h) lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'œuvres, telles que des réalisations architecturales ou des sculptures, réalisées pour être placées en permanence dans des lieux publics;
- i) lorsqu'il s'agit de l'inclusion fortuite d'une oeuvre ou d'un autre objet protégé dans un autre produit;
- j) lorsqu'il s'agit d'une utilisation visant à annoncer des expositions publiques ou des ventes d'œuvres artistiques, dans la mesure nécessaire pour promouvoir l'événement en question, à l'exclusion de toute autre utilisation commerciale;
- k) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche;
- l) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins de démonstration ou de réparation de matériel;
- m) lorsqu'il s'agit d'une utilisation d'une oeuvre artistique constituée par un immeuble ou un dessin ou un plan d'un immeuble aux fins de la reconstruction de cet immeuble;
- n) lorsqu'il s'agit de l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés au paragraphe 2, point c), d'œuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence;
- o) lorsqu'il s'agit d'une utilisation dans certains autres cas de moindre importance pour lesquels des exceptions ou limitations existent déjà dans la législation nationale, pour autant que cela ne concerne que des utilisations analogiques et n'affecte pas la libre circulation des

marchandises et des services dans la Communauté, sans préjudice des autres exceptions et limitations prévues au présent article.

4. Lorsque les États membres ont la faculté de prévoir une exception ou une limitation au droit de reproduction en vertu des paragraphes 2 et 3, ils peuvent également prévoir une exception ou limitation au droit de distribution visé à l'article 4, dans la mesure où celle-ci est justifiée par le but de la reproduction autorisée.

5. Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.

CHAPITRE III

PROTECTION DES MESURES TECHNIQUES ET INFORMATION SUR LE RÉGIME DES DROITS

Article 6

Obligations relatives aux mesures techniques

1. Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif.

2. Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location, la publicité en vue de la vente ou de la location, ou la possession à des fins commerciales de dispositifs, produits ou composants ou la prestation de services qui:

a) font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation, dans le but de contourner la protection, ou

b) n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection, ou

c) sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection

de toute mesure technique efficace.

3. Aux fins de la présente directive, on entend par "mesures techniques", toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE. Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection.

4. Nonobstant la protection juridique prévue au paragraphe 1, en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national conformément à l'article 5, paragraphe 2, points a), c), d) et e), et à l'article 5, paragraphe 3, points a), b) ou e), puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question.

Un État membre peut aussi prendre de telles mesures à l'égard du bénéficiaire d'une exception ou limitation prévue conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b), à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ou de la limitation concernée et conformément aux dispositions de l'article 5, paragraphe 2, point b), et de l'article 5, paragraphe 5, sans empêcher les titulaires de droits d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions conformément à ces dispositions.

Les mesures techniques appliquées volontairement par les titulaires de droits, y compris celles mises en oeuvre en application d'accords volontaires, et les mesures techniques mises en oeuvre en application des mesures prises par les États membres, jouissent de la protection juridique prévue au paragraphe 1.

Les dispositions des premier et deuxième alinéas ne s'appliquent pas aux oeuvres ou autres objets protégés qui sont mis à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Lorsque le présent article est appliqué dans le cadre des directives 92/100/CEE et 96/9/CE, le présent paragraphe s'applique mutatis mutandis.

Article 7

Obligations relatives à l'information sur le régime des droits

1. Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre toute personne qui accomplit sciemment, sans autorisation, l'un des actes suivants:

a) supprimer ou modifier toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;

b) distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser, communiquer au public ou mettre à disposition des oeuvres ou autres objets protégés en vertu de la présente directive ou du chapitre III de la directive 96/9/CE et dont les informations sur le régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation,

en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que, ce faisant, elle entraîne, permet, facilite ou dissimule une atteinte à un droit d'auteur ou droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou au droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE.

2. Aux fins de la présente directive, on entend par "information sur le régime des droits" toute information fournie par des titulaires de droits qui permet d'identifier l'œuvre ou autre objet protégé visé par la présente directive ou couvert par le droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE, l'auteur ou tout autre titulaire de droits. Cette expression désigne aussi

les informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre ou autre objet protégé ainsi que tout numéro ou code représentant ces informations.

Le premier alinéa s'applique lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à la copie ou apparaît en relation avec la communication au public d'une oeuvre ou d'un objet protégé visé par la présente directive ou couvert par le droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE.

CHAPITRE IV

DISPOSITIONS COMMUNES

Article 8

Sanctions et voies de recours

1. Les États membres prévoient des sanctions et des voies de recours appropriées contre les atteintes aux droits et obligations prévus par la présente directive et prennent toutes les mesures nécessaires pour en garantir l'application. Ces sanctions sont efficaces, proportionnées et dissuasives.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que les titulaires de droits dont les intérêts sont lésés par une infraction commise sur son territoire puissent intenter une action en dommages-intérêts et/ou demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue ainsi que, le cas échéant, demander la saisie du matériel concerné par l'infraction ainsi que des dispositifs, produits ou composants visés à l'article 6, paragraphe 2.

3. Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin.

Article 9

Maintien d'autres dispositions

La présente directive n'affecte pas les dispositions concernant notamment les brevets, les marques, les dessins et modèles, les modèles d'utilité, les topographies des semi-conducteurs, les caractères typographiques, l'accès conditionnel, l'accès au câble des services de radiodiffusion, la protection des trésors nationaux, les exigences juridiques en matière de dépôt légal, le droit des ententes et de la concurrence déloyale, le secret des affaires, la sécurité, la confidentialité, la protection des données personnelles et le respect de la vie privée, l'accès aux documents publics et le droit des contrats.

Article 10

Application dans le temps

1. Les dispositions de la présente directive s'appliquent à toutes les oeuvres et à tous les autres objets protégés visés par la présente directive qui, le 22 décembre 2002, sont protégés par la législation des États membres dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, ou qui remplissent les critères de protection en application des dispositions de la présente directive ou des directives visées à l'article 1er, paragraphe 2.

2. La présente directive s'applique sans préjudice des actes conclus et des droits acquis avant le 22 décembre 2002.

Article 11

Adaptations techniques

1. La directive 92/100/CEE est modifiée comme suit:

a) l'article 7 est supprimé;

b) à l'article 10, le paragraphe 3 est remplacé par le texte suivant: "3. Les limitations ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit."

2. À l'article 3 de la directive 93/98/CEE, le paragraphe 2 est remplacé par le texte suivant: "2. Les droits des producteurs de phonogrammes expirent cinquante ans après la fixation. Toutefois, si le phonogramme a fait l'objet d'une publication licite pendant cette période, les droits expirent cinquante ans après la date de la première publication licite. En l'absence de publication licite au cours de la période visée à la première phrase, et si le phonogramme a fait l'objet d'une communication licite au public pendant cette période, les droits expirent cinquante ans après la date de la première communication licite au public.

Cependant, si les droits des producteurs de phonogrammes, par expiration de la durée de la protection qui leur était reconnue en vertu du présent paragraphe dans sa version antérieure à la modification par 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(11) ne sont plus protégés le 22 décembre 2002, ce paragraphe ne peut avoir pour effet de protéger ces droits à nouveau."

Article 12

Dispositions finales

1. Au plus tard le 22 décembre 2004, et ultérieurement tous les trois ans, la Commission transmet au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social un rapport sur l'application de la présente directive, dans lequel, entre autres, sur la base d'informations spécifiques fournies par les États membres, elle examine en particulier l'application de l'article 5, de l'article 6 et de l'article 8 à la lumière du développement du marché numérique. En ce qui concerne l'article 6, elle examine en particulier si cet article confère un niveau suffisant de protection et si des actes permis par la loi sont affectés par l'utilisation de mesures techniques efficaces. Elle présente, si cela est nécessaire en particulier pour assurer le fonctionnement du marché intérieur conformément à l'article 14 du traité, des propositions visant à modifier la présente directive.

2. La protection des droits voisins prévue par la présente directive laisse intacte et n'affecte en aucune façon la protection du droit d'auteur.

3. Un comité de contact est institué. Il est composé de représentants des autorités compétentes des États membres. Il est présidé par un représentant de la Commission et se réunit soit à l'initiative de celui-ci soit à la demande de la délégation d'un État membre.

4. Le comité aura pour tâche:

- a) d'examiner les effets de la présente directive sur le fonctionnement du marché intérieur et de signaler les problèmes éventuels;
- b) d'organiser des consultations sur toute question découlant de l'application de la présente directive;
- c) de faciliter l'échange d'informations sur les évolutions pertinentes de la réglementation et de la jurisprudence ainsi que dans le domaine économique, social, culturel et technologique;
- d) de fonctionner comme un forum d'évaluation du marché numérique des oeuvres et des autres objets, y compris la copie privée et l'usage de mesures techniques.

Article 13

Mise en œuvre

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 22 décembre 2002. Ils en informent immédiatement la Commission.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent le texte des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 14

Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le jour de sa publication au Journal officiel des Communautés européennes.

Article 15

Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 22 mai 2001.

(1) JO C 108 du 7.4.1998, p. 6 et

JO C 180 du 25.6.1999, p. 6.

(2) JO C 407 du 28.12.1998, p. 30.

(3) Avis du Parlement européen du 10 février 1999 (JO C 150 du 28.5.1999, p. 171), position commune du Conseil du 28 septembre 2000 (JO C 344 du 1.12.2000, p. 1) et décision du Parlement européen du 14 février 2001 (non encore parue au Journal officiel). Décision du Conseil du 9 avril 2001.

(4) JO L 178 du 17.7.2000, p. 1.

(5) Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO L 122 du 17.5.1991, p. 42). Directive modifiée par la directive 93/98/CEE.

(6) Directive 92/100/CEE du Conseil du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JO L 346 du 27.11.1992, p. 61). Directive modifiée par la directive 93/98/CEE.

(7) Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble (JO L 248 du 6.10.1993, p. 15).

(8) Directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (JO L 290 du 24.11.1993, p. 9).

(9) Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (JO L 77 du 27.3.1996, p. 20).

(10) JO L 281 du 23.11.1995, p. 31.

(11) JO L 167 du 22.6.2001, p. 10.

L'articulation des exceptions au droit d'auteur et des mesures techniques de protection des œuvres face à l'harmonisation

Résumé

La Directive 2001/29 a pour but l'harmonisation du droit d'auteur au niveau communautaire. Elle s'appuie, d'une part, sur une liste exhaustive d'exceptions facultatives, qui doit permettre aux Etats membres de créer un droit à l'image de leurs particularismes nationaux. Néanmoins, ne risque-t-elle pas d'arriver à l'opposé du but envisagé ?

D'autre part, tenant compte du développement d'Internet et des réseaux, le législateur européen entend protéger les auteurs dans la diffusion de leurs œuvres par la mise en place d'un système unifié de mesures techniques de protection.

L'articulation de ces deux aspects du texte européen doit permettre de vérifier si une harmonisation du droit d'auteur au sein de la communauté sera rendue possible.

Index

Directive / droit d'auteur / harmonisation / société de l'information / exceptions / reproduction provisoire / mesures techniques de protection / compensation équitable.

Joint of copyright exceptions and technological measures of works protection facing harmonization

Summary

European Union Copyright Directive was written in order to harmonize certain aspects of copyright and related rights in the information society. On the one hand, it creates an exhaustive list of exceptions. Its large nature should permit to create a unified law. Nevertheless, wouldn't it venture to cause the opposite result?

On the other hand, the European lawmaker creates a system of technological measures in order to protect online diffusion of works.

The joint of these two aspects of the European directive should permit to verify if a harmonization is possible.

Index

Directive / copyright / harmonization / information society / exceptions / temporary acts of reproduction / technological measures of protection / fair compensation.