

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La transposition de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information

Dusollier, Séverine; De Patoul, Fabrice; Cruquenaire, Alexandre; Bodson, Loïc

Published in:

Intellectuele rechten = Droits intellectuels

Publication date:

2002

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dusollier, S, De Patoul, F, Cruquenaire, A & Bodson, L 2002, 'La transposition de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information: le législateur belge à la croisée des chemins', *Intellectuele rechten = Droits intellectuels*, numéro 1, pp. 46-63.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La transposition de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information: le législateur belge à la croisée des chemins

Severine DUSOLLIER, Loïc BODSON,
Alexandre CRUQUENAIRE et Fabrice DE PATOUL

1. Introduction	47
2. Droit de reproduction	47
3. Droit de communication au public - droit de mise à disposition du public	48
4. Droit de distribution et épuisement du droit	48
5. Le régime des exceptions	49
a. Considérations générales	49
1. Exceptions non reprises dans l'avant-projet	49
2. Caractère supplétif ou impératif des exceptions	50
b. Le droit de citation (article 21, alinéas 1 et 2 LDA)	51
c. L'anthologie destinée à l'enseignement (article 21, alinéa 3 LDA)	51
d. La citation à des fins d'information (article 22, § 1 ^{er} , 1 ^o LDA)	51
e. L'insertion fortuite d'une œuvre exposée dans un lieu public (article 22, § 1 ^{er} , 2 ^o LDA)	52
f. Certains discours publics (article 8, § 1 ^{er} , al. 2 LDA)	52
g. La communication gratuite et privée dans le cercle de famille (article 22, § 1 ^{er} , 3 ^o LDA)	52
h. Les exceptions relatives à la copie privée (article 22, § 1 ^{er} , 4 ^o et 5 ^o LDA)	52
1. Le régime de la copie privée dans la législation belge actuelle	52
2. L'avant-projet de loi	53
3. Nécessité d'une révision du régime de la copie privé en Belgique	54
i. La reproduction aux fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique (article 22, § 1 ^{er} , 4 ^o bis et 4 ^{ter} LDA)	55
j. Exception pour copie provisoire (nouvel article 22, § 1 ^{er} , 5 ^{bis} LDA)	55
k. La parodie (article 22, § 1 ^{er} , 6 ^o)	56
l. L'exécution d'une œuvre au cours d'un examen public (article 22, § 1 ^{er} , 7 ^o LDA)	56
m. Exception en faveur de la Cinémathèque Royale de Belgique (article 22, § 1 ^{er} , 8 ^o LDA)	56
6. Protection légale des mesures techniques:	57
a. L'insertion de la protection des mesures techniques dans le cadre légal existant	57
b. La protection des mesures techniques	57
1. Interdiction du contournement	57
2. Interdiction des services et dispositifs de contournement	57
3. Article 13 § 1 al. 3: définition des mesures techniques	57
c. Article 13 § 2 à 5: exceptions au droit d'auteur et mesures techniques	58
1. énoncé des exceptions bénéficiant du régime de sauvegarde	58
2. Les mesures prises par les titulaires de droit	58
3. Les mesures prises par le législateur	59
4. Exclusion du régime de sauvegarde des exceptions	60
d. Sanctions	60
e. Remarques diverses	60
f. Mesures techniques sur les bases de données	61
7. Article 79ter: l'information sur le régime des droits	61
8. Les sanctions: interaction avec la directive sur le commerce électronique	62
9. Conclusion	63



1. Introduction

La matière du droit d'auteur et des droits voisins se révèle dense et complexe à quiconque risque de s'y aventurer. En effet, la technicité des problèmes et l'évolution des technologies ont amené le législateur national et le législateur européen à entreprendre des réformes à un rythme particulièrement soutenu. Ainsi, en l'espace d'une dizaine d'années, le droit d'auteur s'est enrichi de trois lois au niveau belge¹ et de près de cinq directives européennes.² Cet ensemble de textes législatifs et la rédaction parfois confuse de certaines de leurs dispositions ont ainsi contribué au manque de lisibilité des principes et règles du droit d'auteur.

Force est de constater que le mouvement se confirme encore aujourd'hui, comme en témoigne la récente adoption, après un long processus de discussions, de la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.³

Comme le laisse entendre son intitulé, la directive a pour but d'harmoniser les législations nationales sur le droit d'auteur et droits voisins afin de les adapter à l'environnement numérique et aux réalités nouvelles de la société dite de l'information. Cette directive réalise également l'intégration au sein du droit communautaire des traités de l'OMPI de décembre 1996⁴ qui répondaient aux mêmes préoccupations.

Au niveau belge, le cadre du droit d'auteur a été principalement mis en place par la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (ci-après LDA). Cette législation a connu sa première réforme significative lors de l'adoption de la loi du 31 août 1998, qui trans-

posait la directive sur la protection juridique des bases de données. Le droit d'auteur s'apprête à présent à relever un nouveau défi, celui de la transposition en droit belge de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins. Le caractère périlleux de l'exercice ne semble pas avoir effrayé tous les parlementaires puisque le sénateur Philippe Monfils a déposé une proposition de loi dès le 23 mars 2001. Cette étude aura l'occasion d'y référer de manière occasionnelle mais nous renvoyons aux commentaires qui en traitent spécifiquement.⁵ Plus récemment, les services du Ministère de la Justice ont rendu public un avant-projet de loi. Ce dernier texte sera l'objet principal de notre étude, qui suivra la structure de la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur en analysant les droits exclusifs des auteurs, le régime des exceptions, les mesures techniques et, enfin, les sanctions. Cette démarche permet de mieux comprendre l'essence des lignes de force de la réforme proposée au législateur.

2. Droit de reproduction

L'avant-projet propose de libeller l'article 1, § 1 de la manière suivante: "*L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit, qu'elle soit directe ou indirecte, provisoire ou permanente, en tout ou en partie.*"

Par cette modification, la loi belge entre de plain-pied dans l'ère numérique. Le plus important est en effet que le cas de la reproduction temporaire est dorénavant intégré en tant que tel aux autres droits exclusifs. Il n'y a donc plus de doute à se poser quant à l'application du droit de reproduction aux copies éphémères. Cela s'avère d'un

¹ Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994, p. 19297; Loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *M.B.*, 27 juillet 1994, p. 19315; Loi du 31 août 1998 transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *M.B.*, 14 novembre 1998, p. 36914.

² Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *J.O.C.E.*, L 122, 17 mai 1991, p. 42.; Directive 92/100/CEE du Conseil du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt à certains droits voisins du droit d'auteur, *J.O.C.E.*, L 346, 27 novembre 1992, p. 61.; Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, *J.O.C.E.*, L 248, 6 octobre 1993, p. 15.; Directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée du droit d'auteur et de certains droits voisins, *J.O.C.E.*, L 290, 24 novembre 1993, p. 9.; Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *J.O.C.E.*, L 77, 27 mars 1996, p. 20.

³ Directive 2001/29/CE 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, *J.O.C.E.*, L 167, 22 juin 2001, p. 10.

⁴ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, signés à Genève le 20 décembre 1996.

⁵ Pour un commentaire plus détaillé, voyez S. DUSOLLIER et A. CRUQUENAIRE, Proposition de loi n° 2-704 modifiant la loi du 30 juin 1994 relative au Droit d'auteur et aux droits voisins dans le contexte du développement de la société de l'information, *Commentaires du Centre de Recherches informatique et Droit*, disponible sur le site <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/docs/propLoi2-704.pdf>. Voyez également l'ensemble des commentaires réalisés par l'ABDA: *La transposition en droit belge de la directive du 22 mai 2001 "Droit d'auteur et société de l'information"*, Journée de l'ABDA, 26 avril 2002, non publié.



grand secours face à des phénomènes bien dans l'air du temps comme le caching, le browsing ou le routing, qui font partie intégrante de l'informatique des réseaux. Une exception de taille est cependant apportée au cas de la reproduction provisoire, et elle sera examinée plus bas.

En parlant de "*reproduction directe ou indirecte*", la directive vise soit les cas de copie d'une œuvre directement sur le même support ou sur un support différent, soit les cas de reproductions faites via des étapes intermédiaires. De même, les termes "*en tout ou en partie*" visent les cas de reproduction partielle, qui trouvent une application très claire dans l'environnement numérique, dans la mesure où, dans le cas des réseaux, les données circulent sous forme de "paquets" qui représentent chacun une partie de l'information envoyée. Compte tenu de toutes ces remarques, l'ajout à l'article 1^{er} de la loi se voit pleinement justifié.

La directive, dans son article 2, octroie aussi la prérogative d'autoriser ou d'interdire la reproduction aux titulaires de droits voisins. Cet avant-projet en saisit fort judicieusement l'opportunité, et l'applique à chaque catégorie concernée: à l'article 35 de la loi concernant les artistes-interprètes, à l'article 39 concernant les producteurs de phonogrammes et des premières fixation de films, et à l'article 44 concernant les organismes de radiodiffusion.

Hormis cette remarque, une importante modification est d'ailleurs apportée à ce dernier article, puisqu'il est proposé de le rédiger comme suit: "*L'organisme de radiodiffusion a seul le droit d'autoriser: ...*". Cela représenterait donc enfin la consécration légale et sans équivoque du droit exclusif de reproduction que détiennent les radiodiffuseurs, droit exclusif que la doctrine considère depuis longtemps comme acquis.⁶

3. Droit de communication au public - droit de mise à disposition du public

Sur le plan du droit de communication, trois articles de la loi belge se voient modifiés par cet avant-projet. Il est en effet proposé de reprendre l'expression de l'article 3, 1 de la directive, c'est à dire "... *y compris par la mise à disposition au public de manière que chacun puisse y*

avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement", et de l'ajouter aux articles visant le droit de communication reconnu aux auteurs (article 1^{er}, § 1, 4^{ème} alinéa de la loi), aux artistes-interprètes (article 35, § 1, alinéa 3), aux producteurs de phonogrammes et de premières fixations de films (article 39, § 1^{er}, alinéa 4), et aux radiodiffuseurs (article 44, alinéa 1^{er}, point d). Le but est donc clair: l'hypothèse de la circulation et de la fourniture de l'accès à une œuvre, une prestation, un phonogramme, une première fixation de film, ou une émission au sein des réseaux est à présent nommément visée.

Le droit de communication se voit donc assorti de deux prérogatives: le titulaire du droit peut autoriser ou interdire la communication au public, et il peut autoriser ou interdire la communication dans le cadre d'une transmission "à la demande".⁷

4. Droit de distribution et épuisement du droit

C'est une des grandes nouveautés introduite par la directive (article 4): un droit de distribution est à présent reconnu pour les auteurs dans la loi belge à l'article 1^{er}. En effet, "*l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a également seul le droit d'autoriser la distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de son œuvre ou de copies de celle-ci*".

Un tel droit était déjà accordé aux artistes-interprètes (article 35, § 1^{er}, alinéa 4), aux producteurs de phonogrammes et de premières fixations de films (article 39, alinéa 2) et aux organismes de radiodiffusion. Il faut cependant préciser que bien qu'il n'était pas expressément reconnu dans la loi, la doctrine et la jurisprudence accordaient un tel droit aux auteurs par analogie.⁸ L'insertion du droit de distribution dans la loi consacre donc officiellement ce point de vue.

Il est dommage toutefois que l'on n'en profite pas pour inscrire en toutes lettres dans la loi le principe de l'épuisement communautaire à l'égard des auteurs, qui est lui aussi déjà largement consacré par la jurisprudence.⁹ En effet, les articles 35, § 1^{er}, alinéa 4 et 39, alinéa 3 en parlent expressément à propos des producteurs de phonogrammes et de premières fixations de films, et des orga-

⁶ Voir notamment F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 304, n° 380.

⁷ Pour plus de détails, voyez A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 62, n° 55 et s.

⁸ Voy. notamment pour la doctrine A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 57, n° 51, A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Bruxelles, Larcier, 1997, n° 70, p. 105, ou F. BRISON et B. MICHAUX, "De nieuwe auteurswet", *R.W.*, 1995, p. 483. Pour la jurisprudence, voy. notamment Bruxelles, 28 janvier 1997, *I.R.D.I.*, 1997, p. 99, Bruxelles, 11 avril 1997, *A & M*, 1997, p. 265, ou Liège, 8 décembre 1998, *A & M*, 1999, p. 67.

⁹ Voy. les références jurisprudentielles citées dans la note précédente, et spécialement la définition donnée dans Bruxelles, 28 janvier 1997, *I.R.D.I.*, 1997, p. 99, Bruxelles, 11 avril 1997, *A & M*, 1997, p. 270.



nismes de radiodiffusion. Pourquoi ne pas en faire autant dans l'article 1^{er}, en le libellant par exemple de la façon suivante: "L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a également seul le droit d'autoriser la distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de son œuvre ou de copies de celle-ci. Ce droit n'est épuisé qu'en cas de première vente, dans l'Union européenne, de la reproduction de son œuvre par l'auteur ou avec son consentement"?

5. Le régime des exceptions

a. Considérations générales

L'enjeu des exceptions au sein du droit d'auteur est bien connu: la recherche d'un équilibre entre, d'une part, les intérêts des auteurs et, d'autre part, ceux du public, c'est à dire de la société dans son ensemble. La balance des droits est réalisée en octroyant d'abord des droits exclusifs aux auteurs mais en équilibrant immédiatement ce pouvoir accordé aux auteurs par des exceptions données au public.

La directive du 22 mai 2001 entend également réaffirmer cette dualité du droit d'auteur en prévoyant une liste de 22 exceptions au droit d'auteur et droits voisins. La transposition des exceptions est facultative pour les Etats membres sauf l'exception pour les actes de reproduction provisoire qui est obligatoire. Cette liste est exhaustive pour chaque Etat, ce qui implique que le législateur belge ne peut ajouter une exception non prévue en droit européen. Il convient dès lors d'examiner que chaque exception de droit belge ait un équivalent en droit européen.

Cette limitation de la liberté du législateur national est cependant atténuée par l'important nombre d'exceptions prévues par la directive et leur contenu disparate. En effet, la directive s'est voulu le reflet des différentes traditions juridiques des Etats membres. En outre l'article 5, 3, o de la directive prévoit une exception large (généralement appelée clause de "grand-père") au droit de reproduction et au droit de communication en autorisant "l'utilisation dans certains 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". L'objectif d'harmonisation poursuivi par la directive risque de n'être que partiellement atteint dans la mesure où les exceptions contenues dans les législations européennes se glisseront facilement dans ce cadre largement défini.

En résumé, le législateur national dispose d'une marge de manœuvre dans le choix des exceptions à transposer

mais ne peut sortir du cadre imposé par la directive en ajoutant une nouvelle exception. Le législateur belge a le choix de prendre les exceptions qui entrent dans notre tradition juridique et de rejeter les autres. Il peut toutefois faire preuve d'innovation en modifiant certaines exceptions existantes ou en consacrant une des exceptions prévue par la directive.

1. Exceptions non reprises dans l'avant-projet

Il ne nous apparaît pas utile de discuter dans ce commentaire de l'ensemble des exceptions qui sont absentes de notre législation. En effet, certaines d'entre elles sont étrangères à notre culture juridique et ne nécessitent donc pas que l'on s'y attarde. On pense par exemple aux articles 5, 2, e (reproductions faites par des institutions sociales), 5, 3, g (utilisation de l'œuvre au cours de cérémonies religieuses ou officielles), ou 5, 3, 1 de la directive (utilisation à des fins de démonstration ou de réparation de matériel). Toutefois, il serait instructif de connaître les raisons qui ont guidé le législateur dans le choix qu'il a opéré parmi les exceptions proposées au niveau européen. Une explication dans l'exposé des motifs serait à ce titre bien utile.

Selon nous, trois cas envisagés dans la directive et non retenus dans l'avant-projet méritent que l'on s'y attarde.

1) La directive permet d'exempter les "actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne cherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect" (article 5, 2, c). Cette exception permet aux établissements visés d'effectuer des reproductions vers tous supports, quel que soit le support d'origine pour autant toutefois que cela soit nécessaire et indispensable à l'exercice de leur mission. Aucun système de rémunération n'est prévu et la seule condition est l'absence de but commercial direct ou indirect.

L'argument qui plaide en faveur de l'insertion de cette disposition dans la loi belge est que cela permettrait d'intégrer une exception utile en faveur des musées, des bibliothèques et des archives, à l'instar de ce qui est déjà édicté à l'article 22, § 1^{er}, 8^o en faveur de la Cinémathèque royale de Belgique. Toutes ces catégories d'établissements sont confrontées de la même façon à des problèmes tels que la détérioration ou l'obsolescence progressive des supports d'œuvres ou d'objets protégés dans l'environnement numérique. Il faut cependant penser à préciser les conditions d'exercice de l'exception, en précisant le type d'œuvres concernées, le but de la reproduction, et le type d'actes visés.



2) Dans le même domaine, la directive prévoit à l'article 5, 2, n la possibilité d'instaurer une exception "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". Cette exception peut elle aussi être utile: la consultation de livres, de films ou d'œuvres diverses via un ordinateur est l'un des enjeux les plus évidents du développement technologique. De plus, au vu des conditions énoncées dans les textes de cette disposition, il n'y a aucune crainte à avoir sur de quelconques risques d'abus.

3) Enfin, l'article 5, 3, b permet d'insérer une exception au droit de reproduction et de communication au public au profit des handicapés, pour autant que les utilisations exemptées soient "directement liées au handicap en question", "de nature non commerciale" et "effectuées dans la mesure requise par ledit handicap". Pourquoi ne pas accorder cette possibilité dans la loi belge afin de permettre par exemple la traduction de textes en Braille, ou la confection d'enregistrements contenant la lecture de tel ou tel roman? De plus, l'établissement d'une telle exception n'empêche pas que l'on prévoie une rémunération équitable (conformément au prescrit du considérant 36 de la Directive qui laisse la liberté aux Etats de prévoir une telle rémunération).

2. Caractère supplétif ou impératif des exceptions

La loi belge comporte une particularité introduite lors de la transposition de la directive sur la propriété des bases de données: toutes les exceptions aux droits d'auteur et droits voisins sont réputées de nature impérative. En conséquence, un contrat ne peut y déroger.

Cette nature impérative se retrouve dans l'acquis communautaire en matière de logiciels et de bases de données pour lesquels les directives y relatives ont imposé la nature impérative de certaines exceptions. La directive de 2001 ne suit pas cette voie. Plusieurs éléments semblent au contraire pencher vers la nature supplétive des exceptions:

- le considérant 45 de la directive précise que "les exceptions ne doivent toutefois pas faire obstacle à la définition des relations contractuelles visant à assurer une compensation équitable aux titulaires de droit dans la mesure où la législation nationale le permet".
- le considérant 39 en matière de copie privée se termine

par "de telles exceptions ou limitations¹⁰ ne doivent pas faire obstacle ni à l'utilisation de mesures techniques ni à la répression de tout acte de contournement".

- L'article 6(4) prévoit une sauvegarde de certaines exceptions face aux mesures techniques mais seulement dans des cas limités. Le principe serait donc l'effacement des exceptions face aux mesures techniques, dont l'article 6(4) serait une exception.

A première vue, ces éléments indiqueraient que le législateur belge devrait abroger les articles 23bis et 46bis qui déclarent les exceptions impératives. La situation n'est pourtant pas si claire. La directive s'exprime surtout sur la relation entre exceptions et mesures techniques. Mais la nature impérative d'une disposition légale ne constitue qu'un frein à l'établissement de relations contractuelles contraires. L'effacement similaire de la règle par le jeu d'une technique, c'est-à-dire d'un pouvoir de fait, est moins sûr. Une première hypothèse serait celle où la mesure technique reflète les termes d'un contrat. Si ce contrat déroge à une exception, la loi belge considérerait cette clause comme nulle et il serait étrange d'admettre que ce qui a été enlevé au pouvoir du contrat soit rendu à l'auteur par l'application technique de la clause du contrat, pourtant annulée. Dans ce cas, l'application technique du contrat serait, il nous semble, contraire à l'exécution de bonne foi.

Dans les autres hypothèses où la mesure technique n'est associée à aucun contrat entre les parties, la question de la légitimité d'une dérogation technique à une disposition impérative se pose de manière plus délicate et il faudrait examiner cette question plus sérieusement.

Enfin, le considérant 45 de la directive encourage la conclusion de contrats déterminant le montant de la compensation équitable, ce que voulait justement éviter le législateur belge de 1998 lorsqu'il a imposé le caractère impératif des exceptions. Le considérant se termine toutefois par les mots "dans la mesure où la législation nationale le permet" ce qu'on pourrait interpréter comme une limitation de cette possibilité contractuelle selon la loi nationale applicable, et notamment pour la loi belge parce que le caractère impératif des exceptions limite dans ce domaine la liberté contractuelle.

Mais, ces termes pourraient également se rapporter à l'existence d'une compensation équitable dans la loi en question. La formulation anglaise du considérant qui se termine par "insofar as permitted by national law" nous fait toutefois pencher pour la première interprétation.

En conclusion, il nous semble que le caractère impératif des exceptions pourrait être conservé dans la loi belge. Que les intérêts privés des utilisateurs aient été considérés il y a quatre ans comme fondamentaux et néces-

¹⁰ Le pluriel crée un doute quant à l'objet de ces exceptions: le considérant se limite-t-il à la copie privée ou couvre-t-il l'ensemble des exceptions et limitations de l'article 5?



sitant une protection particulière, ne devrait pas être remis en cause. Une dérogation à cette règle pourrait néanmoins être faite en ce qui concerne la copie privée qui ne mérite pas selon nous une protection équivalente.

b. Le droit de citation (article 21, alinéas 1 et 2 LDA)

L'avant-projet de loi propose de modifier l'article 21 par: "Les courtes citations, tirées d'une œuvre licitement publiée, effectuées dans un but de critique, de polémique ou d'enseignement, ou dans des travaux scientifiques *qui ne recherche (sic!) aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect*, conformément aux usages honnêtes de la profession et dans la mesure justifiée par le but poursuivi, ne portent pas atteinte au droit d'auteur.

Les citations visées à l'alinéa précédent devront faire mention de la source et du nom de l'auteur, à moins que cela s'avère impossible."¹¹

On suppose que le verbe "rechercher" conjugué au singulier dans le premier alinéa est un oubli. Le verbe se rapporte sans aucun doute aux "courtes citations" et devient donc "recherchent". La version néerlandaise de l'avant-projet permet d'ailleurs d'évacuer toute équivoque ("nastreven" est conjugué au pluriel).

Au-delà de cette question de grammaire, un doute subsiste. L'équivalent de l'article 21 est l'article 5, 3, d de la directive. Or cet article prévoit des conditions, qui sont semblables à celles déjà prévues par le droit belge, mais ne parle aucunement d'absence "d'avantage commercial ou économique". L'avant-projet décide de créer une condition de plus, qui n'est pas prévue dans le texte de la directive. Quelle est l'utilité d'une telle formulation? Comment apprécier les termes "qui ne recherche(nt) aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect"? Tout cela est assez obscur, et selon nous, injustifié... L'exposé des motifs ne fournit aucune explication satisfaisante quant à l'ajout de ces termes.

c. L'anthologie destinée à l'enseignement (article 21, alinéa 3 LDA)

L'avant-projet de loi propose de limiter la licence légale en matière de confection d'une anthologie destinée à l'enseignement aux anthologies qui ne recherchent aucun avantage commercial en économique direct ou indirect.

L'exposé des motifs justifie le maintien de l'exception relative à la confection des anthologies pour l'enseignement (article 21, al. 3 LDA) par l'article 5 alinéa 2, c) de la directive (actes de reproduction spécifiques effectués par des établissements d'enseignement). Toutefois, on peut se demander si cette exception rentre bien dans le

cadre des actes de reproduction spécifiques effectués par des établissements d'enseignement dans la mesure où cette exception, en droit belge, n'impose pas que la confection de l'anthologie soit réalisée par l'établissement d'enseignement même. Conserver cette exception pourrait également se réaliser par le biais de l'article 5, alinéa 3, a) relatif à l'utilisation à des fins d'illustration de l'enseignement, ce qui impliquerait toutefois que le bénéfice de l'exception ne devrait être accordé qu'aux établissements d'enseignement. Dans les deux cas, les anthologies pourront être numériques ou analogiques. Des anthologies numériques pourraient préjudicier de manière injustifiée les intérêts des ayants droits, même si le législateur propose de limiter cette exception aux anthologies qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect.

Il aurait peut-être mieux valu conserver cette exception dans l'environnement analogique en vertu de la clause dite de "grand-père" de l'article 5 alinéa 3, o) de la directive. Conserver cette exception en vertu de la clause de "grand-père" impliquerait toutefois que seule la confection d'anthologies *analogiques* destinées à l'enseignement resterait permise. Une telle limite nous semble toutefois acceptable.

De manière générale, la transposition de la directive pourrait être l'occasion de réexaminer le bien-fondé de cette exception en droit belge.

d. La citation à des fins d'information (article 22, § 1^{er}, 1^o LDA)

L'article 22, § 1^{er}, 1^o LDA prévoit une exception pour l'utilisation de court fragments d'œuvres ou d'œuvres plastiques dans leur intégralité, à condition qu'elle soit faite dans un but d'information ou à l'occasion de comptes rendus d'actualité. Cet article doit être combiné avec l'article 22 § 2 LDA qui impose la mention du nom de l'auteur et du titre de l'œuvre reproduite et citée, dans l'hypothèse où l'œuvre est l'objet en tant que tel du compte rendu d'événements de l'actualité.

La directive autorise également, à l'article 5, 3, c, "*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*". La directive insiste davantage sur le caractère proportionnel de l'utilisation qui est faite par rapport au but d'information qui est recherché. La directive permet également que ne soit pas indiqué le nom de l'auteur et de la source en cas d'impossibilité. Les auteurs ne peuvent réserver cette utilisation,

¹¹ Les italiques indiquent les modifications envisagées de la LDA de 1994.



contrairement à la première partie de l'article 5, 3, c qui prévoit une exception spécifique pour les articles de presse et d'œuvres radio diffusées sur des thèmes d'actualité à caractère économique, politique ou religieux.

La proposition de loi n'entend pas apporter de modifications à cet article. Par contre, l'article 4 f) de l'avant-projet de loi remplace l'article 22 § 2 par la formulation de l'article 5, 3, c de la directive mentionné et commenté ci-dessus. Ainsi, sont introduites dans cet article une notion de proportionnalité "dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi" et une dérogation à la mention de la source et du nom de l'auteur "lorsque cela s'avère impossible". En outre, les termes "titre de l'œuvre" sont remplacés par la notion plus large mais aussi plus vague de "source".

Par ailleurs, il pourrait être utile de profiter de cette réforme de la loi pour rassembler l'article 22, § 1^{er}, 1^o avec l'article 22 § 2 dans un même paragraphe de la loi. Le texte gagnerait ainsi en clarté et lisibilité.

e. L'insertion fortuite d'une œuvre exposée dans un lieu public (article 22, § 1^{er}, 2^o LDA)

L'article 22, § 1^{er}, 2^o règle les hypothèses non prévues par l'exception précédente c'est à dire les cas où une œuvre, "exposée au public ou accessible au public", serait reproduite ou communiquée alors qu'elle n'est pas l'objet même de l'acte de reproduction ou de communication. Il s'agit ici d'éviter qu'il faille demander l'autorisation de l'auteur à chaque fois que son œuvre exposée dans un lieu public apparaît fortuitement dans le cadre d'une autre œuvre.

Cette exception figure dans d'autres termes dans la directive à l'article 5, 3 qui permet deux exceptions. D'une part, point 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;*" et d'autre part, point i) "*... lorsqu'il s'agit de l'inclusion fortuite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé dans un autre produit;...*".

Cette exception "de bon sens" n'est pas traitée par la proposition de loi et l'avant de projet de loi. L'exception belge, plus précise dans sa formulation, satisfait aux exigences de la directive.

f. Certains discours publics (article 8, § 1^{er}, al. 2 LDA)

L'article 8, § 1^{er}, al. 2 prévoit que "*les discours prononcés dans les assemblées délibérantes, dans les audiences publiques des juridictions ou dans les réunions politiques, peuvent être librement reproduits et communiqués au public, mais à l'auteur seul appartient le droit de les tirer à part*".

L'article 5.3 e. prévoit une exception "*s'il s'agit d'une utilisation (...) pour assurer le bon déroulement de pro-*

cédures administratives, parlementaires ou judiciaires (...)". Par ailleurs, l'article 5, 3, f prévoit la possibilité d'exempter "*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*".

La proposition de loi et l'avant-projet de loi n'entendent pas modifier cet article. Deux exceptions posées au bénéfice de l'exception par la directive n'apparaissent pas dans la loi belge qui devrait être modifiée en conséquence. D'une part, l'utilisation des discours ne peut se faire que dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi. Et d'autre part, il serait judicieux d'insérer dans la loi belge l'obligation de mentionner la source et le nom de l'auteur "*à moins que cela ne s'avère impossible*".

g. La communication gratuite et privée dans le cercle de famille (article 22, § 1^{er}, 3^o LDA)

Cette exception découle du droit de communication au public. L'auteur ne peut s'opposer à une communication qui serait réalisée de manière gratuite à l'intérieur du cercle de famille. Cette exception s'applique en parallèle avec celle prévue pour le droit de reproduction à l'article 22, § 1^{er}, 3^o qui ne s'applique néanmoins qu'aux œuvres sonores et audiovisuelles (cf. *infra*).

La directive ne mentionne pas explicitement une telle exception. Cependant, elle peut être raisonnablement déduite *a contrario* de l'article 3 de la directive sur le droit de communication d'œuvres au public.

h. Les exceptions relatives à la copie privée (article 22, § 1^{er}, 4^o et 5^o LDA)

1. Le régime de la copie privée dans la législation belge actuelle

Le régime actuel belge de la copie privée s'articule autour des dispositions 4^o et 5^o de l'article 22, § 1^{er}. La loi autorise, d'une part, la reprographie c'est-à-dire la copie privée d'œuvres fixées sur un support graphique ou analogue et, d'autre part, la copie privée pour les œuvres sonores et audiovisuelles. Ces exceptions sont prévues moyennant un système de rémunération des auteurs organisé aux chapitres IV et V.

Avant d'analyser les modifications proposées par l'avant-projet de loi, il convient de déterminer le champ d'application exact de chacune de ces dispositions.

L'article 22, § 1, 4^o autorise "*la reproduction fragmentaire ou intégrale d'articles ou d'œuvres plastiques ou celle de courts fragments d'autres œuvres fixées sur un support graphique ou analogue, lorsque cette reproduction est effectuée dans un but strictement privé et ne por-*



te pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre". La loi belge permet la reproduction des œuvres en fonction de leur support de fixation d'origine c'est-à-dire un support graphique ou analogue. L'utilisation des termes "support graphique ou analogue" par le législateur visait d'abord à distinguer les œuvres littéraires et artistiques par rapport aux "œuvres sonores et audiovisuelles" qui relèvent de l'exception de l'article 22, § 1^{er}, 5^o.¹² Ainsi, l'intention initiale du législateur ne semblait pas être de vouloir distinguer les œuvres fixées sur support graphique des œuvres fixées sur support numérique.¹³

Cependant, deux éléments viennent plaider pour une restriction du champ d'application de cette disposition.¹⁴ Le premier élément peut être trouvé dans l'arrêté royal du 30 octobre 1997¹⁵, qui fixe les rémunérations des auteurs et des éditeurs pour la copie des œuvres fixées sur support graphique et analogue. Cet arrêté ne mentionne aucun procédé de reproduction d'œuvres fixées sur support numérique. L'article 22 § 1, 4^o ne semble pas, par conséquent, viser ce type d'œuvre. Le second argument est tiré de la loi du 31 août 1998¹⁶, qui transpose en droit belge la directive européenne sur les bases de données. Cette loi a introduit une double exception relative à la reproduction aux fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique (article 22, § 1, 4^{bis} et 4^{ter}). Par cette loi, le législateur a jugé utile de distinguer les œuvres fixées sur un support graphique ou analogue (4^{o bis}) et les œuvres fixées sur un support *autre* que graphique ou analogue (4^{o ter}).¹⁷ La ligne de démarcation entre support graphique et numérique est clairement mise en évidence par la loi. Ces arguments penchent en faveur d'une interprétation de l'article 22, § 1, 4^o qui exclut du bénéfice de l'exception toute œuvre fixée sur support numérique.¹⁸

L'article 22 § 1, 4^o demeure muet sur le mode de reproduction qui est visé et cette question n'a pas été discutée dans l'élaboration de la loi. En d'autres termes, la loi ne prend pas en compte le support de destination finale de la reproduction. Cependant, l'arrêté royal relatif à la rémunération des auteurs et des éditeurs inclut notamment les scanners dans les appareils de reproduction en ce qui

concerne la rémunération forfaitaire. Si la volonté du législateur de 1994 était de limiter la portée de la reproduction à la reprographie, il apparaît aujourd'hui toutefois qu'il faille prendre en considération *tous* les modes de reproduction qu'ils soient graphiques ou numériques (CD-ROM, scanner,...). En définitive, le critère actuel d'octroi de l'exception de l'article 22 § 1, 4^o est le support original de fixation de l'œuvre et non le support de destination de l'œuvre.

Par contre, l'exception pour copie privée des œuvres sonores et audiovisuelles de l'article 22 § 1, 5^o ne tient pas compte du support original de l'œuvre ou du support sur laquelle elle est reproduite. Il est seulement exigé que la reproduction ait lieu dans le cercle de la famille et lui soit réservée.

2. L'avant-projet de loi

La directive du 22 mai 2001 prévoit essentiellement deux exceptions relatives à la reprographie et à la copie privée.

D'un côté, l'article 5, 2, a) qui prévoit une exception "*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*".

De l'autre, l'article 5, 2, b) met en place une exception concernant la reproduction "*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 (...)*".

Comme le souligne l'exposé des motifs, l'avant-projet de loi entend suivre la même logique que la directive du 22 mai 2001, en abordant la question de la reproduction non plus sous l'angle du support sur lequel est fixée l'œuvre mais sous l'angle du mode de reproduction. En d'autres termes, il convient de considérer davantage le support de destination de l'œuvre reproduite que le support original de fixation de l'œuvre.

¹² F. DU BUISSON, "L'exception de reproduction d'œuvres fixées sur un support graphique ou analogue dans un but privé ou didactique", *J.T.*, 1997, p. 652-659.

¹³ Rapport DECLERCK, *Doc.*, Ch., s.e., 1991-1992, 473/33, p. 193.

¹⁴ M. BUYDENS, "Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information - La nouvelle directive européenne du 22 mai 2001", *J.T. Eur.*, 2001, p. 221.

¹⁵ Rapport au Roi explicitant l'arrêté royal. *M.B.*, 7 novembre 1997, pp. 29874 et s.

¹⁶ *M.B.*, 14 novembre 1998, pp. 36914 et s. Rapport VAN OVERBERGHE, *Doc.*, Ch., 1997-1998, 1535/7, p. 33.

¹⁷ Cette distinction basée sur le type de support de l'œuvre originale s'explique par la différence de régime de droit à la rémunération. Seules les œuvres fixées sur support graphique ou analogue sont soumises au régime de licence légale mis en œuvre par l'arrêté royal du 30 octobre 1997.

¹⁸ F. DUBUISSON considère qu'il faut exclure du bénéfice de l'exception uniquement les œuvres fixées *initialement* sur un support autre que graphique. Ainsi, selon cet auteur, une œuvre littéraire ou artistique, éditée originellement sur un support graphique, puis transférée sur un support digital, pourrait bénéficier de l'exception de l'article 22, § 1, 4^o. Ce critère nous semble cependant malaisé à appliquer en pratique.



En ce qui concerne la reproduction prévue à l'article 22 § 1^{er}, 4^o, l'avant-projet de loi reprend en grande partie l'exception figurant dans la directive mais en conservant certains éléments de la loi belge. Ainsi, la disposition serait rédigée en ces termes: "*la reproduction fragmentaire ou intégrale sur papier ou sur un support analogue, au moyen d'une technique photographique, ou d'une autre méthode produisant un résultat similaire, à l'exception de la partition, lorsque cette reproduction est effectuée dans un but strictement privé et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre*". La nouvelle exception, à l'instar de la directive, n'exige plus que la reproduction soit fragmentaire pour les œuvres autres que les articles ou les œuvres plastiques. La reproduction demeurerait toutefois subordonnée à un "*usage strictement privé*" et ne pourrait porter "*préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre*". La notion d'"usage privé" est directement reprise de l'ancienne formulation de la loi mais ne figure pas dans l'exception pour reprographie de l'article 5, 2, a) de la directive. Le législateur européen a mis davantage l'accent sur le mode de reproduction mais a certainement voulu autoriser la reprographie que dans un cadre limité. La mention d'un "*but strictement privé*" dans la loi belge peut constituer une précision utile quant à l'usage qui est fait de la reproduction. Rappelons que cette notion a toutefois toujours été interprétée de manière large en droit belge comme incluant l'usage interne dans les entreprises. Notons que la deuxième condition d'"absence de préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre" figure déjà dans le test à trois étapes de l'article 5, 5 de la directive et ne pose pas de difficultés particulières.

En ce qui concerne la reproduction des œuvres sonores et audiovisuelles, l'avant-projet de loi entend, comme la proposition de loi Monfils, ajouter la condition qu'elle soit faite "*à des fins non directement ou indirectement commerciales*". On peut s'interroger sur l'utilité de cette exigence supplémentaire car la reproduction destinée au cercle de famille est logiquement réalisée dans un but non commercial. Cet ajout nous paraît redondant par rapport à la formulation actuelle. En outre, l'avant-projet de loi souhaite affirmer plus clairement que la reproduction peut être réalisée "*sur quelque support que ce soit*". Ce changement aura peu d'incidence en pratique dans la mesure où il était déjà généralement considéré que la reproduction des œuvres sonores et audiovisuelles pouvait être réalisée sur tous les supports. L'article 22 § 1^{er}, 5^o serait dès lors finalement rédigé comme suit: "*la reproduction, sur quelque support que ce soit, d'œuvres sonores et audiovisuelles réalisée sans aucune intention commerciale directe ou indirecte, effectuée dans le cercle de famille et réservée à celui-ci*".

Par ailleurs, l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi indique que "*dorénavant copier des textes numériques sur un support autre que du papier (par exemple sur une disquette ou un CD-R) sera soumis à la licence légale pour la copie privée. En outre, scanner des œuvres protégées*

ne pourra plus tomber sous le coup de la licence légale pour la reprographie mais sous le coup de la licence pour copie privée". Et d'ajouter, plus loin, que "*la nouvelle approche implique qu'aujourd'hui, par exemple, des textes téléchargés à partir d'Internet sur un support numérique tombent sous le coup de la licence légale pour la copie privée*". Ce propos ne nous paraît pas conforme au texte des articles de l'avant-projet de loi. En effet, il est exact de soutenir que la reproduction, à titre privé sur un CD-ROM, ne sera pas couverte par le futur article 22, § 1^{er}, 4^o. Ce sont uniquement les reproductions sur papier ou sur un support analogue qui sont visées par cet article. Cependant, ce type de reproduction n'entrerait pas automatiquement sous l'application du régime de licence légale pour copie privée. Il faut encore que l'œuvre respecte les conditions de l'article 22 § 1, 5^o à savoir qu'il s'agisse d'une œuvre audiovisuelle ou sonore. Dans la réforme proposée par l'avant-projet de loi, la reproduction sur tout support à titre privé n'est pas autorisée de manière générale. Elle est uniquement admise, à certaines conditions, s'il s'agit d'une œuvre sonore ou audiovisuelle (5^o), ou le cas échéant, si elle est effectuée à "*des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique*" (4^{ter}). En d'autres termes, des textes sur un support numérique ne peuvent être reproduits à titre privé sur un support, autre que du papier ou un support analogue, sans l'autorisation de l'auteur. L'avant-projet de loi permet la copie privée sur support numérique uniquement aux œuvres sonores et audiovisuelles. Il ne suit pas la directive qui permet aux Etats membres à l'article 5.2 b, de prévoir une exception de reproduction "*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 droit reçoivent une compensation équitable (...)*".

3. Nécessité d'une révision du régime de la copie privée en Belgique

La logique de la directive pourrait être davantage respectée. En effet, deux exceptions sont prévues par la directive. L'une pour la reproduction "*sur papier ou sur support similaire* indépendamment de l'utilisation ou de la finalité de cette reproduction (art. 5.2, a). L'élément fondamental est d'abord le mode de reproduction et non l'usage qui en est fait. L'autre exception concerne la reproduction "*sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales*" (art. 5.2, b). L'élément fondamental est ici davantage l'utilisation qui est faite de la copie que le mode de reproduction par lequel elle est réalisée.

L'avant-projet propose également deux exceptions mais au contenu moins évident. L'une pour les reproductions effectuées sur papier "*dans un but strictement privé*" (art. 22, § 1^{er}, 4^o). Cette dernière exigence absente de l'exception pour reprographie de la directive peut apparaître com-



me une précaution supplémentaire du législateur quant à l'utilisation qui est faite de ces copies. L'autre exception vise la reproduction sur tout support dans le cercle de famille mais uniquement pour les œuvres sonores et audiovisuelles (art. 22, § 1, 5°).

Sans donner d'explications particulières, le régime proposé par l'avant-projet de loi ne prévoit pas d'exceptions dans deux cas spécifiques. D'une part, la reproduction d'œuvres sur support graphique vers un support numérique demeure soumise à l'autorisation de l'auteur. D'autre part, les œuvres sur support numérique, autres que sonores et audiovisuelles, ne peuvent également être reproduites sans le consentement de l'auteur.

Deux solutions sont envisageables pour rencontrer ces cas particuliers. La première serait de prévoir une exception supplémentaire pour la reproduction fragmentaire ou intégrale *sur tout support* d'articles ou d'œuvres littéraires par une personne physique à usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales.¹⁹ Cette approche permet de conserver la notion plus stricte d'"usage privé" de la directive qui exclut la reproduction à usage interne dans les entreprises. Une autre solution serait de supprimer les termes "œuvres sonores et audiovisuelles". Comme nous l'avons déjà évoqué, seul l'usage qui est fait de la reproduction importe ici et non le support ou la nature de l'œuvre. L'exposé des motifs semble s'orienter dans ce sens mais sans en appliquer les conséquences pratiques dans la formulation de la loi.²⁰

Enfin, les articles 9 et 10 de l'avant-projet de loi visent à supprimer le système dual de perception prévu aux articles 55 et 56 LDA. Dans la future loi, seuls les supports utilisés à des fins de reproduction d'œuvres protégées seraient soumis à un prélèvement pour rémunération et non les appareils servant à la reproduction. Cependant, la rémunération perçue sur les supports numériques ne devrait pas bénéficier aux seuls auteurs d'œuvres sonores et audiovisuelles, dans la mesure où ces supports servent aussi à la copie d'œuvres littéraires ou plastiques (ex. CD-ROM, disque dur amovible,...). Il convient que les titulaires de droits soient sur un pied d'égalité et bénéficient équitablement des rémunérations liées à la copie privée numérique.

i. La reproduction aux fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique (article 22, § 1^{er}, 4^obis et 4^{ter} LDA)

Ces exceptions sont formulées dans les mêmes termes que l'exception de reprographie. L'avant-projet de loi vise

par conséquent à modifier de la même façon ces deux exceptions. L'avant-projet de loi entend combiner la version actuelle des articles 4^{bis} et 4^{ter} avec les articles 5.2.a et 5.3.a de la directive. La base du nouvel article reposerait sur la formulation de l'article 5.2.a de la directive mais il serait aussi exigé, conformément à la loi belge que la reproduction soit effectuée "*dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi*" et qu'elle "ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre". En outre, une troisième condition exige qu' "*à moins que cela ne s'avère impossible, que la source y compris le nom de l'auteur soit indiquée*". Cette condition figure à l'article 5.3 a qui impose cette mention lors de "*l'utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique*".

Le futur article 22, § 1^{er}, 4^obis et 4^oter de la LDA autorisera la copie d'œuvres à des fins d'illustration de l'enseignement à la fois sur support graphique et analogue et sur support numérique. Mais cette exception n'autorise que la reproduction de l'œuvre et non sa communication, sauf le cas des bases de données (article 22bis 4° LDA). En conséquence, même si la reproduction d'une œuvre pour illustrer un cours est permise, sa mise sur réseau dans le cadre d'un enseignement à distance ne sera pas autorisée. La communication d'une œuvre, même aux seuls membres d'une classe, ne pourra être qualifiée de communication dans le cadre du cercle de famille.

L'éducation à distance est pourtant un marché qui se développe et constitue une nécessité pour nos enseignements traditionnels. La transposition de la directive devrait être l'occasion d'amender l'article 22, § 1^{er}, 4^oter, qui traite de la reproduction numérique des œuvres à des fins d'illustration de l'enseignement. La directive envisage d'ailleurs, dans le considérant 42, l'application des exceptions qu'elle édicte en matière d'enseignement aux activités d'éducation à distance. Le considérant 14 rappelle en outre que la directive a pour objectif de promouvoir la diffusion du savoir et de la culture ce qui justifie l'adoption d'exceptions pour les activités d'enseignement, et peut constituer un argument supplémentaire à l'élargissement de l'exception aux actes de reproduction et de communication.

j. Exception pour copie provisoire (nouvel article 22, § 1^{er}, 5bis LDA)

Parmi les exception instaurées par la directive, une seule est obligatoire. L'article 5, 1 dispose en effet que "*Les*

¹⁹ Cf. M-C. JANSSENS, "Voorstel voor aanpassing van de wettelijke bepalingen inzake de uitzonderingen op het auteursrecht", in *La transposition en droit belge de la directive du 22 mai 2001 "Droit d'auteur et société de l'information"*, Journée de l'ABDA, 26 avril 2002, non publié.

²⁰ Notons que cette instauration d'une exception de copie privée générale sur tout support, risque de créer une discrimination par rapport au régime prévu pour les bases de données. En effet, l'article 22bis § 1, 1° permet une reproduction pour usage privé seulement des bases de données non électroniques.



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, ayant pour unique finalité de permettre:

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

d'une œuvre 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". L'avant-projet reprend cette disposition telle quelle (article 22, § 1^{er}, 5^obis et article 46, 4^obis de la loi).

Cette disposition n'exempte la reproduction provisoire que dans deux hypothèses: celle où l'œuvre est transmise dans un réseau par un intermédiaire technique, et celle où l'œuvre est simplement utilisée, mais alors de manière licite. Voilà qui va satisfaire les intermédiaires techniques et les utilisateurs agissant licitement. On peut donc se féliciter de cet ajout qui permet à la loi belge de mieux "coller" au nouveau contexte instauré par l'avènement de la société de l'information.

Cependant, si cette exception répond à certaines questions, plusieurs doutes subsistent quant à son interprétation. Que faut-il entendre par "partie intégrante et essentielle d'un procédé technique ayant pour unique finalité de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite"? Le routing et le browsing sont clairement couverts par cet article, car sans copie dans ces cas-là, il n'y a pas de transmission ou d'utilisation possible. Que dire par contre du caching? Exempté ou pas? Permet-il véritablement la transmission?

Idem pour le reste de la disposition: qu'entendre par "signification économique indépendante", ou par "utilisation licite"? Toutes ces questions restent ouvertes, et les fournisseurs d'accès ne sont pas au bout de leur peines... Dans chaque cas il appartiendra au juge de préciser la portée de l'exception.²¹

k. La parodie (article 22, § 1^{er}, 6^o)

L'article 22, § 1^{er}, 6^o prévoit que l'auteur ne peut interdire "la caricature, la parodie ou le pastiche, compte tenu des usages honnêtes". L'article 5.3 k de la directive reprend cette exception dans les mêmes termes que la loi belge, qui ne devra donc pas être modifiée.

l. L'exécution d'une œuvre au cours d'un examen public (article 22, § 1^{er}, 7^o LDA)

L'article 22, § 1^{er}, 7^o permet "l'exécution gratuite d'une œuvre au cours d'un examen public, lorsque le but de

l'exécution n'est pas l'œuvre elle-même, mais l'évaluation de l'exécutant ou des exécutants de l'œuvre en vue de leur décerner un certificat de qualification, un diplôme ou un titre dans le cadre d'un type d'enseignement reconnu".

La directive ne prévoit aucune exception correspondante. Cependant, la disposition de l'article 5, 3, o de la directive autorise les Etats à exempter "l'utilisation dans certains 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". L'exécution d'une œuvre au cours d'un examen public semble bien constituer une utilisation analogique de moindre importance, ce que confirme l'introduction de l'exposé des motifs.

m. Exception en faveur de la Cinémathèque Royale de Belgique (article 22, § 1^{er}, 8^o LDA)

L'avant-projet de loi ne modifie pas le régime de l'exception permettant à la Cinémathèque de réaliser des transferts, restaurations, copies et contretypes d'œuvres cinématographiques. Se pose toutefois la question de savoir en vertu de quelle disposition de l'article 5 de la directive, cette exception serait conservée. Deux possibilités s'offrent au législateur. Soit l'exception est conservée en vertu des dispositions relatives aux archives et musées (article 5, alinéa 2, c de la directive) qui exemptent certains actes de reproduction spécifiques réalisés par ces établissements, ce qui correspond bien à la logique de l'exception en faveur de la Cinémathèque; soit l'exception rentre dans le cadre de la clause dite de "grand-père" qui autorise les Etats membres à maintenir certaines exceptions existantes dans des cas de moindre importance (article 5 alinéa 3, o). Dans ce dernier cas, le bénéfice de l'exception se limiterait aux copies analogiques de l'œuvre cinématographique. Or la préservation du patrimoine cinématographique est susceptible de gagner une importance nouvelle dans l'environnement numérique en raison de l'obsolescence rapide des supports. En outre, les techniques actuelles de restauration des films recourent à des procédés numériques de copie et de transfert.

Pour ces raisons, nous proposons que cette exception particulière au droit belge soit qualifiée, par l'exposé des motifs, d'acte de reproduction spécifique d'un musée qui ne recherche aucun avantage commercial ou économique, direct ou indirect.²² En conséquence, l'exception couvrirait également les actes numériques de reproduction.

²¹ A propos de ces questions, voir L. BODSON, "Droit d'auteur: le droit de reproduction provisoire dans la nouvelle législation européenne", *Rev. Ub. - Dr. tech. info.*, n° 11, janvier 2002, p. 55.

²² Voir également notre remarque *supra* sur la possibilité d'instaurer une exception générale pour certains actes spécifiques de re



6. Protection légale des mesures techniques:

a. L'insertion de la protection des mesures techniques dans le cadre légal existant

L'avant-projet de loi insère la protection des mesures techniques et de l'information sur le régime des droits dans la section 1^{er} du chapitre VIII de la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur par les articles 79bis (protection des mesures techniques) et 79ter (protection de l'information sur le régime des droits). Cette section actuellement intitulée "Champ d'application" et contenant les règles relatives à la condition des étrangers, s'appellerait désormais "Champ d'application, mesures techniques et information sur le régime des droits". Bien que l'intitulé de la section réfère explicitement aux mesures techniques, ce qui n'est pas le cas dans la proposition de loi Monfils, la place de ces articles 79bis et 79ter ne nous paraît pas judicieuse. La difficulté tient sans doute au fait que les règles relatives aux mesures techniques et à l'information sur le régime des droits sont de différentes natures: elles comprennent l'énoncé de sanctions pénales (79bis § 1^{er}, § 4 al. 1 et 79ter), l'énoncé d'obligations à charge des titulaires de droit (79bis § 2 et § 5), les sanctions et actions ouvertes aux utilisateurs à défaut d'exécution de ces obligations (79bis § 3, § 4 al. 2 et § 5).

Plusieurs solutions s'offrent au législateur:

- Créer un nouveau chapitre consacré exclusivement aux mesures techniques et à l'information sur le régime des droits, chapitre qui pourrait s'insérer à différents endroits de la loi, après les chapitre I et II énonçant les droits des auteurs et les droits voisins. Il pourrait s'agir soit d'un nouveau chapitre, soit d'une nouvelle section 1bis à insérer dans le Chapitre VIII.
- Partager les règles relatives aux mesures techniques entre différents chapitres de la loi. Les règles relatives aux exceptions pourraient s'insérer dans un article 23ter en ce qui concerne les exceptions au droit d'auteur et dans un article 47ter en ce qui concerne les exceptions aux droits voisins. Dans les deux cas, ces dispositions suivraient l'énoncé de la nature impérative des exceptions, ce qui est assez cohérent. Les dispositions pénales, tant pour le contournement des mesures techniques ou de l'information sur le régime des droits, pourraient prendre plus logiquement place soit dans l'article 80 LDA énonçant le délit de contrefaçon, soit un article 80bis qui suivrait l'article 80 avec référence à l'article 81 LDA qui énonce les peines aux deux articles 80 et 80bis.
- Insérer les articles relatifs aux mesures techniques et à

l'information sur le régime des droits dans la section relative aux sanctions pénales. Un inconvénient subsiste néanmoins: les obligations relatives aux exceptions qui doivent être préservées en dépit de l'utilisation des mesures techniques n'ont que peu à voir avec les sanctions pénales de la loi du 30 juin 1994.

b. La protection des mesures techniques

L'article 79bis de l'avant-projet de loi suit la structure de l'article 6 de la directive en sanctionnant l'acte de contournement (79bis § 1^{er} al. 1), la prestation de services et la distribution de dispositifs de contournement (79bis § 1^{er} al. 2), en définissant les mesures techniques protégées (79bis § 1^{er} al. 3 et 4) et en réglant la question de l'interface entre usage des mesures techniques et exercice des exceptions (79bis §2 à 5).

1. Interdiction du contournement

Le premier paragraphe de l'article 79bis est en tout point conforme à l'interdiction du contournement énoncée dans la directive. Toutefois, le délit est défini comme le contournement des mesures techniques efficaces (dans le texte néerlandais: *doeltreffende technische voorzieningen*). L'usage du pluriel ne nous paraît pas justifié et pourrait conduire à quelques confusions. Le contournement d'une seule mesure technique devrait en effet suffire.

2. Interdiction des services et dispositifs de contournement

Ici aussi, la formulation de l'article 79bis alinéa 2 est identique à celle de la directive. Outre la remarque précédemment exprimée en ce qui concerne le pluriel des "mesures techniques" ou "technische voorzieningen", aucun autre commentaire ne s'impose ici.

3. Article 13 § 1 al. 3: définition des mesures techniques

La définition des mesures techniques ne se différencie de la définition de la directive que sur un seul point grammatical dont le sens pourrait toutefois déroger de manière inattendue à l'objectif de la protection. L'efficacité est en effet définie par le fait que l'utilisation d'une œuvre par l'auteur est contrôlée par un mécanisme technique. Cette formulation semble indiquer que la mesure technique contrôle et restreint l'utilisation par l'auteur lui-même. Le texte néerlandais est plus ambigu bien qu'on

production, notamment dans un but d'archivage, au profit de certains établissements tels que les musées, archives, etc..., exception générale dans laquelle viendrait alors se fondre notre exception particulière, au bénéfice de la Cinémathèque.



puisse le lire dans le même sens.²³ Or, la directive, et cela relève du bon sens, vise à la protection des moyens de contrôle mis en œuvre par les auteurs pour restreindre l'utilisation par les utilisateurs, ce qui n'est pas exactement la même chose. Le texte de l'article 79bis § 1^{er} al.4 devrait s'énoncer de la manière suivante: "les mesures techniques sont réputées 'efficaces' lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée est contrôlée par l'auteur au moyen d'un contrôle d'accès". Ceci serait conforme à l'exposé des motifs.

c. Article 13 § 2 à 5: exceptions au droit d'auteur et mesures techniques

1. énoncé des exceptions bénéficiant du régime de sauvegarde:

La directive demande aux Etats membres de prévoir un système préservant certaines exceptions, à savoir la reprographie (article 5 (2) a), les actes de reproduction spécifiques par les bibliothèques et archives (article 5 (2) c), les enregistrements éphémères par les organismes de radiodiffusion (article 5 (2) d), les reproductions par des institutions sociales sans but lucratif (article 5 (2) e) les utilisations à des fins d'illustration de l'enseignement (article 5 (3) a), les utilisations au bénéfice de personnes handicapées (article 5 (3) b) et les utilisations à des fins de sécurité publique (article 5 (3) e). L'exception de copie privée bénéficie d'un régime spécifique et optionnel.

L'avant-projet de loi instaure un tel régime spécifique pour les exceptions de cette liste existant en droit belge, soit les utilisations à des fins d'illustration de l'enseignement (article 22, § 1^{er}, 4^obis et ter, art. 46, 3bis) et la reprographie ou copie privée sur support analogue (article 22, § 1^{er}, 4^o). Ce choix appelle plusieurs commentaires:

- L'article 79bis § 2 contient une erreur: il vise les exceptions de l'article 21. Or les exceptions concernées se trouvent dans l'article 22 de la LDA. Cette erreur se répète au paragraphe 3.
- La préservation de la copie privée n'était que facultative pour les Etats membres. L'avant-projet n'a pas levé cette option. Il faut signaler ici que l'avant-projet de loi remet de l'ordre dans notre régime de copie privée, en interdisant d'une part la copie privée numérique (seule la copie à des fins d'illustration d'enseignement et de recherche est permise) et en la conservant pour les œuvres sonores et audiovisuelles (article 22, § 1^{er}, 5^o et 46, al. 1^{er}, 4^o). Cette dernière exception n'est pas mentionnée dans l'article 79bis. Ce choix de l'avant-projet en défaveur de la copie privée devrait être plus motivé.
- Il faudra garder à l'esprit, durant les discussions parlementaires sur ce texte, que tout ajout d'une exception

en droit belge qui se trouverait dans la liste des exceptions de l'article 6, al. 4 de la directive, devrait s'accompagner d'une inclusion dans le régime particulier relatif aux mesures techniques.

- Nous avons vu que l'exposé des motifs justifie le maintien de l'exception relative à la confection des anthologies pour l'enseignement (article 21, al. 3 LDA) par l'article 5 alinéa 2, c) de la directive (actes de reproduction spécifiques effectués par des établissements d'enseignement). Or cette exception est reprise dans la liste de l'article 6 alinéa 4, ce qui implique que l'exception pour anthologie destinée à l'enseignement devrait apparaître dans le régime particulier mis en place par l'article 79bis. Si le législateur estime que l'exception en faveur des anthologies rentre dans le cadre de la clause de "grand-père", ainsi que nous le défendons plus haut, cette exception ne doit pas se voir accorder un régime particulier en ce qui concerne le recours aux mesures techniques.
- Une remarque similaire peut être faite pour l'exception relative à la Cinémathèque. Nous avons justifié plus haut que cette exception doit être maintenue dans le cadre de l'article 5 alinéa 2, c) de la directive (actes de reproduction spécifiques effectués par des musées ou archives), ce qui justifierait pareillement des dispositions de sauvegarde de l'exception lorsque l'œuvre est techniquement protégée.
- Il n'est pas certain que les Etats membres puissent élargir le régime de faveur de l'article 6 al. 4 à d'autres exceptions. La possibilité pourrait toutefois être envisagée afin de pouvoir englober des exceptions particulièrement importantes telles que la citation, le compte-rendu d'actualités ou la parodie. La nature impérative que la loi belge confère à l'ensemble des exceptions (articles 23bis et 46bis de la LDA) est un argument fort en ce sens.
- L'avant-projet de loi ne vise que les exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins (article 22 et 46 de la loi). Il manque une référence aux exceptions au droit d'auteur sur la base de données, telles qu'exposées à l'article 22bis de la LDA. Seules les exceptions visées par l'article 6 al. 4 de la directive pourraient être reprises, soit les exceptions de reprographie (art. 22bis 1^o), illustration de l'enseignement (art. 22bis 2^o, 3^o et 4^o), sécurité publique et procédure administrative (art. 22bis 5^o).

2. Les mesures prises par les titulaires de droit

Il ne nous semble pas que la directive mette à charge des auteurs une obligation précise. Elle suggère que des solutions puissent résulter de leur initiative et demande aux

²³ Le texte néerlandais est le suivant: "indien het gebruik van een beschermd werk door de maker wordt beheerst door middel van toegangscontrole", ce qui peut être compris dans les deux sens, soit l'utilisation, soit le contrôle étant effectué par l'auteur.



Etats d'intervenir à défaut de telles solutions volontaires. Elle parle d'ailleurs de "mesures volontaires" prises par les titulaires de droit. Le texte de l'avant-projet de loi met par contre à charge des auteurs une obligation précise: les titulaires de droit *doivent* fournir aux utilisateurs les moyens nécessaires pour pouvoir bénéficier des exceptions. L'exposé des motifs est moins astreignant puisqu'il évoque des "mesures sur une base volontaire". En outre, malgré que ce texte semble mettre à charge des auteurs une obligation, les sanctions de cette obligation ne sont pas précises, ce qui nous fait douter de la réalité de cette obligation. Tout au plus, l'article 79*bis* sanctionne-t-il le défaut de communication des dispositions ou accords pris en vertu du deuxième paragraphe, mais non le défaut d'adoption de telles mesures.

L'énoncé d'une obligation précise à charge des auteurs et titulaires de droits voisins devrait être plus justifiée. A tout le moins, il serait utile de s'interroger sur l'existence réelle d'une telle obligation dans la directive.

Il n'est en outre pas précisé quel est le type de mesures que doivent prendre les titulaires de droit, ce qui semblerait signifier qu'il s'agit là d'une obligation de moyen. L'exposé des motifs évoque la conclusion et l'exécution d'accords entre ayants droit et autres parties concernées. L'article 79*bis* § 2 al. 2 parle de "dispositions" ou "accords", le premier terme pouvant viser des modifications techniques des dispositifs mis en œuvre ou la fourniture d'une copie non protégée à certains utilisateurs.

3. Les mesures prises par le législateur

La directive délègue aux Etats membres le soin de régler le conflit entre exceptions et mesures techniques à défaut de mesures volontaires prises par les auteurs. L'avant-projet de loi prévoit cette hypothèse et propose au législateur quatre options qui devraient se mettre en place. Avant d'en venir à l'exposé de ces quatre options, un commentaire s'impose sur la manière dont le défaut des titulaires de droit, point de départ de l'intervention des mesures proposées, sera constaté. L'article 79*bis*, § 3 prévoit que le défaut sera constaté dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la loi, si aucune disposition ou accord n'a été communiqué au délégué du ministre auprès des sociétés de gestion. Cette formulation risque d'être difficile à mettre en œuvre. Elle semble signifier que ce n'est qu'en l'absence totale de dispositions ou accords que les mesures subsidiaires se mettront en place. C'est envisager la communauté des auteurs et titulaires de droits voisins comme particulièrement monolithique. Imaginons que l'IFPI (International Federation of Phonogram Industry) communique les mesures prises: ce dépôt de mesures prises par un seul acteur, bien qu'important, suffirait-il à remédier au défaut des autres titulaires de droit? Le texte semble le dire.

En outre, la réalité du défaut pourrait être plus précisé-

ment déterminée. L'adoption de mesures par les titulaires de droit peut se révéler insuffisante si en pratique elles ne permettent pas réellement le bénéfice des exceptions ou ne bénéficient pas à tous les utilisateurs. Rien dans le § 3 de l'article 79*bis* ne précise comment le défaut de mesures sera en réalité constaté. Le législateur devrait se substituer aux auteurs non seulement à défaut de mesures prises dans un certain délai, mais aussi à défaut de mesures *adéquates*. Dans ce dernier cas, une procédure d'évaluation des mesures pour juger de leur adéquation devrait être mise en place.

L'avant-projet de loi propose 4 options au législateur pour substituer à l'absence de mesures prises par les auteurs:

1^{ère} option: Délégation à un arrêté royal

La première option renvoie le problème à l'exécutif qui devra adopter un arrêté royal à défaut de mesures prises par les titulaires de droit. Il s'agit de la solution la plus souple bien qu'elle laisse un peu sur sa faim. La transposition de la directive dans d'autres Etats membres semble également pencher pour cette solution.

2^{ème} option: action en justice ouverte à l'utilisateur

L'utilisateur bénéficiant d'une des exceptions visées pourrait s'adresser au président du tribunal de première instance pour obtenir l'exercice de l'exception dont il bénéficie. Cette option appelle plusieurs commentaires:

- le type d'action judiciaire ouverte à l'utilisateur n'est pas autrement précisée: s'agit-il d'une action civile en cessation? d'une action en référé? ou d'une action civile ordinaire?
- Une des exceptions visées par l'article 79*bis* est la reprogrammation qui bénéficie essentiellement aux utilisateurs individuels. L'action en justice ne nous paraît pas dans ce cas là constituer la solution la plus adéquate tant le coût de la procédure dépassera l'enjeu de l'exception.

3^{ème} option: amende administrative

Une amende administrative sera imposée aux titulaires de droit qui refuseraient de fournir à l'utilisateur les moyens de bénéficier des exceptions. L'avant-projet de loi ne précise pas comment ce refus sera constaté et déterminé, ce qui risque de poser de nombreux problèmes d'application.

4^{ème} option médiation

Le litige entre auteurs et utilisateurs pourrait se régler par la voie de la médiation dont les règles (en tout cas en ce qui concerne la désignation des arbitres, l'avant-projet de loi ne précise pas ce qu'il en est des règles de pro-



cédure) seraient calquées sur celles du Code Judiciaire relatives à l'arbitrage. Cette solution apparaît ici aussi peu adaptée aux besoins des utilisateurs individuels qui ne recourront pas à l'arbitrage lorsque l'enjeu de l'exception est peu important.

Aucune de ces options ne nous semble adéquate pour répondre aux problèmes concrets auxquels risquent de se voir confrontés les utilisateurs. Chacune de ces propositions envisage de résoudre le problème par rapport à un utilisateur singulier. Que ce soit par le biais du recours en justice ou de la médiation, seul l'utilisateur qui se sera plaint de l'entrave à l'exercice d'une exception bénéficiera d'une solution. Ceci ne résoudra en aucune façon la situation de l'ensemble des utilisateurs confrontés au même problème pour la même œuvre. Permettre une action collective d'une association de défense des utilisateurs pourrait constituer une piste intéressante. Toutefois, la fragmentation des intérêts des utilisateurs concernés par cet article 79bis de l'avant-projet de loi rend difficile la désignation d'associations pertinentes de défense de ces intérêts.

Il serait plus judicieux de lier la procédure d'évaluation des mesures mises en place à une mission générale d'évaluation des difficultés réelles des utilisateurs quant au bénéfice de certaines exceptions et de formuler des propositions de solutions qui pourront alors être adoptées par un arrêté royal. Cette solution a le mérite d'évaluer la situation de diffusion d'une œuvre dans son ensemble et à l'égard d'un groupe indifférencié d'utilisateurs, bénéficiaires potentiels d'exceptions.

4. Exclusion du régime de sauvegarde des exceptions

Conformément à la directive, l'avant-projet de loi précise que le régime de sauvegarde des exceptions ne s'applique pas aux cas de mise à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement et selon des dispositions contractuelles. Le paragraphe 5 contient une erreur en ce qu'il dispose que dans ce cas les dispositions des §§ 1^{er} à 3 ne s'appliqueront pas. Or les dispositions du § 1^{er} concernent la protection des mesures techniques contre le contournement. Il va de soi que dans le cas d'une mise à disposition de l'œuvre à la demande, les mesures techniques protégeant cette diffusion seront également protégées. L'exposé des motifs ne fait pas cette erreur.

Par contre, les termes "à la demande" n'apparaissent pas dans le texte de l'avant-projet de loi. Il s'agit pourtant d'une condition essentielle de la directive. Exclure tout acte de mise à la disposition de l'œuvre du régime de sauvegarde des exceptions permettrait d'exclure une grande majorité d'actes de diffusion des œuvres sur Internet. La condition supplémentaire selon laquelle ces actes de disposition sont réalisés à la demande de l'utilisateur, est donc essentielle.

d. Sanctions

L'article 8 al. 2 de la directive 2001/29 prévoit que les titulaires de droit dont les intérêts sont lésés 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" (interdiction relative aux dispositifs de contournement). L'avant-projet de loi ne nous paraît pas répondre à ces obligations en termes de sanctions et voies de recours.

L'ordonnance sur requête peut viser, dans notre système juridique, soit l'action en référé, soit l'action civile en cessation prévue par l'article 87 de la loi sur le droit d'auteur. L'action en référé serait ouverte à tout titulaire de droit souhaitant combattre la diffusion de dispositifs de contournement ou un acte de contournement. Toutefois, cette action n'est possible qu'en cas d'urgence et ne permet que de se voir accorder des mesures provisoires. C'est la raison pour laquelle, la loi sur le droit d'auteur a ouvert la possibilité de l'action en cessation aux titulaires de droit. Cette action en cessation, serait particulièrement utile pour faire cesser des actes de contournement ou de distribution de dispositifs illicites. Dans l'état actuel de l'avant-projet de loi, la possibilité de ce recours dans ces hypothèses n'est pas certaine. L'article 87 parle bien de "toute atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin", mais l'inclusion des actes illicites relatifs aux mesures techniques dans ces termes pourrait être discutée. Il serait plus prudent de prévoir explicitement que les actes de contournement d'une mesure technique, de prestation d'un service de contournement ou de distribution d'équipements dans ce but, peuvent faire l'objet d'une action en cessation. A l'heure actuelle, l'avant-projet de loi n'évoque que la sanction pénale de l'article 81 en ce qui concerne la protection des mesures techniques. Une référence à l'article 87 LDA devrait également être faite. Quant à l'information sur le régime des droits, l'avant-projet de loi prévoit qu'elle est poursuivie au titre des articles 80 et suivants. Ici, il faudrait spécifier si l'article 87 relatif à l'action en cessation est également visé. L'exposé des motifs le prévoit explicitement.

S'agissant de la saisie des dispositifs visant au contournement d'une mesure technique, l'avant-projet de loi ne prévoit rien. Il serait nécessaire de modifier l'article 82 de la LDA pour permettre cette saisie.

e. Remarques diverses

Certaines règles énoncées dans les considérants de la directive sont reprises dans l'exposé des motifs: règle du fonctionnement normal des équipements électroniques, clause de "no mandate", règle de la proportionnalité et respect de la recherche sur la cryptographie et de l'exception de décompilation relative aux programmes d'ordina-



teur. L'inclusion de certaines de ces règles dans le texte de la loi pourrait être envisagée, principalement en ce qui concerne le rapport entre sanctions pour contournement et exception de décompilation du programme d'ordinateur et recherche en cryptographie.

f. Mesures techniques sur les bases de données

L'avant-projet de loi modifie également la loi du 31 août 1998 pour appliquer les dispositions relatives aux mesures techniques au droit *sui generis* sur les bases de données. L'article 15 de l'avant-projet insère un article *6bis* dans cette loi qui précise que le régime des mesures techniques se règle conformément à la loi générale. Cette formulation nous semble quelque peu sommaire dans la mesure où l'article *79bis* auquel il est renvoyé ne détermine pas seulement les sanctions pénales en cas de contournement mais met sur pied un régime spécifique relatif aux exceptions. Le renvoi pur et simple de la loi sur les bases de données à la loi générale ne permet pas de se faire une idée précise de la manière dont les exceptions spécifiques en matière de droit *sui generis* sur les bases de données devront être préservées.

Le dernier alinéa de l'article 6, 4 de la directive prévoit que le régime relatif aux exceptions s'applique *mutatis mutandis* aux exceptions au droit *sui generis*. La directive sur la protection des bases de données permettait aux Etats membres de prévoir des exceptions en matière d'illustration de l'enseignement, pour des fins privées ou de sécurité publique, exceptions aux droits d'extraction et de réutilisation portant sur les bases de données bénéficiant d'un droit *sui generis*. Le législateur belge a suivi la possibilité offerte par cette directive dans l'article 7 de la loi du 31 août 1998 qui permet l'extraction et la réutilisation de parties substantielles dans ces trois cas (enseignement, fins privées, sécurité publique et procédure administrative ou judiciaire), qui sont également des hypothèses pour lesquelles les mesures de sauvegarde doivent être mises en place en vertu de l'article 6, 4 de la directive 2001/29.

Au titre des modifications portant sur la loi du 31 août 1998, l'avant-projet de loi se contente d'y insérer un article *6bis* qui renvoie à la loi générale pour les sanctions de l'acte de contournement et des dispositifs le permettant ou le facilitant. Il n'est pas clair si l'ensemble des dispositions de l'article *79bis*, en ce compris les paragraphes relatifs aux mesures à prendre par les titulaires de droit et par l'Etat en matière d'exceptions, s'appliquent *mutatis mutandis* au droit *sui generis* et aux exceptions aux droits d'extraction et de réutilisation de l'article 7 de cette loi particulière. Il serait étonnant que ces exceptions puissent être exercées à l'égard de la structure de la base si la base de données est originale mais non à l'égard des informations mêmes si la base de données ne bénéficie que d'une protection *sui generis*. La mesure technique protégeant la base empêchera bien plus l'extraction des données que la copie servile de la structure.

7. Article 79ter: l'information sur le régime des droits

La directive instaure une double protection de l'information sur le régime des droits. D'une part la suppression ou la modification de l'information sur le régime des droits doit être sanctionnée. D'autre part, les Etats devront adopter une protection contre la distribution, l'importation aux fins de distribution, la radiodiffusion, la communication au public ou la mise à la disposition des œuvres dont l'information a été supprimée ou modifiée sans autorisation.

Il n'y aura violation des dispositions protégeant l'information sur le régime des droits qu'en présence d'un élément intentionnel. Le texte de la directive le mentionne à plusieurs reprises puisque la personne doit accomplir ces actes sciemment, sans autorisation de l'ayant droit et 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.

Le texte de l'avant-projet de loi, dans l'article *79ter* qu'il se propose d'introduire dans la loi sur le droit d'auteur reprend le texte de la directive et sanctionne pénalement toute atteinte à l'information sur le régime des droits. Cette *infraction* requiert un élément moral de connaissance. La personne accomplissant un des actes visés à cet article doit l'avoir fait sciemment, sans autorisation et "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". Cet élément de connaissance nous paraît indispensable. Certains systèmes d'identification ne sont pas indélébiles ou particulièrement robustes mais se contentent d'insérer dans le code numérique de l'œuvre certaines données qui apparaissent en relation avec l'œuvre. L'utilisateur pourrait, sans le savoir, enlever ces données par une simple manipulation informatique involontaire.

Toutefois, il serait utile ici de revenir un instant sur la formulation de la protection de l'information sur le régime des droits dans les traités OMPI de 1996. Ceux-ci précisaient en outre que la connaissance devait être certaine pour que des sanctions pénales puissent être appliquées. La directive européenne ne fait pas cette distinction mais ne tranche pas sur le type de protection (pénale ou civile) qui doit être adoptée par les Etats membres. Le législateur belge devrait ici s'inspirer des traités OMPI et exiger que la connaissance soit établie et non présumée pour que des sanctions pénales puissent être prononcées. Le principe d'exception du droit pénal exige une telle réserve. On tend en effet trop souvent à élargir les sanctions pénales en matière de droit d'auteur, transformant presque automatiquement chaque violation du droit d'auteur en un acte de contrefaçon et oubliant par là le caractère exceptionnel du droit pénal.



8. Les sanctions: interaction avec la directive sur le commerce électronique

L'importance du rôle joué par les intermédiaires techniques dans la lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle commises via l'Internet n'a pas échappé au législateur européen. La directive insiste ainsi sur l'obligation pour les Etats membres de prévoir la possibilité pour les titulaires de droits de solliciter une ordonnance à l'encontre d'un intermédiaire transmettant sur les réseaux une contrefaçon commise par un tiers (art. 8, § 3, et considérant 59).

L'existence en droit belge des actions en cessation commerciale (art. 93 et 95 de la loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur, en abrégé "LPCC") et civile (art. 87 LDA) semble répondre à cette exigence du législateur européen.

S'il est probable que la plupart des actions initiées contre les intermédiaires techniques seront fondées sur la LPCC²⁴, la définition large du droit de reproduction pourrait permettre des recours sur la base de la LDA.

Il convient dès lors d'envisager l'interaction des dispositions de la LDA avec celles mettant en œuvre la directive sur le commerce électronique.

Cette dernière directive prévoit en effet des exonérations de responsabilité en faveur des intermédiaires de l'Internet. Son article 14 énonce ainsi, en ce qui concerne l'activité d'hébergement de contenus: "*§ 1^{er}. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que:*

- a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente, ou
- b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

§ 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

§ 3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformé-

ment aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible".

Comme le rappelle son considérant n° 16, la directive sur le droit d'auteur ne porte nullement atteinte aux dispositions de la directive sur le commerce électronique relatives à la responsabilité.

De son côté, la directive sur le commerce électronique (art. 14, § 3), tout en prévoyant une exonération conditionnelle de responsabilité pour certaines activités des intermédiaires de l'Internet, laisse ouverte la possibilité d'actions en référé en vue de prévenir ou de faire cesser les atteintes au droit d'auteur. Cette réserve est cependant libellée en des termes susceptibles d'induire une confusion pour le juriste belge, puisque le considérant n° 45 de la directive précise que sont ainsi visées les "actions en cessation de différents types".²⁵

L'action en cessation telle qu'elle existe dans la LDA risque toutefois de poser des difficultés, dans la mesure où elle n'est pas une simple action au provisoire mais aboutit à une décision au fond, portant sur l'existence d'une atteinte au droit d'auteur, élément qui a une incidence capitale sur la détermination de l'éventuelle responsabilité civile du défendeur.

Le constat d'une violation du droit d'auteur suffit en effet, selon un courant doctrinal et jurisprudentiel majoritaire, pour établir la faute car la LDA ne laisse aucune marge d'appréciation au sujet de droit.²⁶ La faute de l'intermédiaire (un hébergeur dans la plupart des cas) serait donc définitivement établie dans le cadre de l'action en cessation et ne pourrait donc être débattue devant le juge de la responsabilité. Ce qui pose un problème, car cela court-circuiterait les dispositions de la directive sur le commerce électronique qui énoncent précisément des conditions qui, si elles sont remplies par l'activité considérée, permettent d'écarter toute faute de sa part.

A l'inverse, si le juge des cessations prend en compte la possibilité d'une exonération de responsabilité de l'intermédiaire et déboute le demandeur malgré l'existence d'une atteinte au droit d'auteur, il viole la LDA qui lui impose en pareille circonstance de constater l'atteinte et d'en ordonner la cessation.²⁷

On se trouve donc a priori en présence de deux textes légaux inconciliables.

²⁴ Voy. l'exemple de l'affaire IFPI c./ Skynet: Bruxelles (cessation), 13 févr. 2001, A.&M., 2001, p. 279.

²⁵ A ce propos, lire A. CRUQUENAIRE et J. HERVEG, "La responsabilité des intermédiaires de l'Internet et les procédures en référé ou comme en référé", observations sous Liège (réf.), 28 nov. 2001, J.T., 2002, pp. 309-311.

²⁶ En ce sens, F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 655. Sur l'assimilation de la violation de la loi à la faute civile en général, voy. l'étude fouillée de B. DUBUISSON, "Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile", R.C.J.B., 2001, p. 28 et s.

²⁷ En ce sens, cf. notamment F. De Visscher et B. MICHAUX, *op. cit.*, n° 635.



Dans la mesure où la directive sur le droit d'auteur (considérant n° 16) rappelle la primauté des dispositions de la directive sur le commerce électronique en matière de responsabilité des intermédiaires, la mise en œuvre des exigences de sanction (art. 8) en droit interne ne peut se faire au détriment des règles régissant la responsabilité des intermédiaires techniques conformément à la directive sur le commerce électronique.

Le dispositif mis en place par la LDA tel qu'il s'intègre dans notre droit de la responsabilité civile nous semble donc aller trop loin car il est susceptible de neutraliser la possibilité d'exonération de responsabilité prévue par la directive sur le commerce électronique.

L'avant-projet de loi n'aborde malheureusement pas ce problème. La nécessaire réponse à la récente décision de la cour d'arbitrage à propos de l'action en cessation en matière de droit des marques²⁸ offrira au législateur une autre opportunité de réévaluer la portée du mécanisme de l'action en cessation en droit d'auteur également.

Il conviendrait d'envisager une solution permettant de concilier les exigences de sanctions efficaces contre les atteintes au droit d'auteur et les possibilités d'exonération de responsabilité des intermédiaires énoncées par la directive sur le commerce électronique.

Sauf à remettre en cause l'assimilation de la violation de la loi à la faute civile²⁹, la seule solution consisterait à réserver la possibilité d'une exonération de responsabilité des intermédiaires nonobstant le constat d'une atteinte au droit d'auteur fait dans le cadre d'une action en cessation. Cela nécessiterait une modification de l'article 87 de la LDA.

Dans le cadre de l'éventuelle réforme de l'action en cessation, il pourrait également être envisagé d'ouvrir le mécanisme aux actions à l'encontre des intermédiaires. Il conviendrait dans ce cas de bien peser les termes utilisés afin que les décisions (rendues au fond) n'aient aucune incidence préjudiciable sur les possibilités d'application des régimes d'exonération de responsabilité mis en place conformément à la directive sur le commerce électronique.

9. Conclusion

Voici donc à quoi le tableau de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins devrait ressembler après les modifications qu'envisage d'y apporter le ministère de la Justice.³⁰

Il semble conforme au prescrit de la directive du 22 mai 2001. Au niveau européen, l'avant-projet de loi belge devrait donc être considéré comme l'ouvrage d'un bon élève, contrairement à la proposition du Sénateur Monfils qui comporte plusieurs lacunes.³¹ On peut toutefois se poser des questions quant à l'adoption définitive des modifications proposées par l'avant-projet de loi. En effet, si la directive fixe l'échéance ultime au 22 décembre 2002, il semble peu probable que les discussions autour de l'adaptation de la loi soient clôturées pour cette date.

Compte tenu des modifications suggérées par le ministère, la LDA "version 2002" devrait être parée pour affronter l'environnement numérique. Toutefois, au-delà de la transposition de la directive, une telle mise en chantier de la LDA devrait aussi être l'occasion de revoir la structure même de la loi. Il serait dommage de se limiter au simple toilettage proposé par le ministère, car le texte de la LDA gagnerait vraiment à être clarifié.

Nous pensons en particulier à la partie consacrée aux exceptions ("Exceptions aux droits", section 5 de la LDA). Ces dispositions, qui n'étaient déjà pas limpides en 1994 lors de l'adoption de la loi, ont atteint une certaine complexité suite aux différentes modifications qui y ont été apportées. Sans bien sûr toucher à l'esprit même de ces articles, pourquoi ne pas envisager d'en revoir l'ordonnement? Pourquoi ne pas profiter de l'acquis et du recul accumulés au fur et à mesure de l'application de ces exceptions?

Il n'est pas encore trop tard pour y penser. La loi doit être modifiée en pensant à en faire un outil aisément compréhensible et réellement utilisable. Le message qu'elle contient doit être clair, car avec le développement exponentiel des réseaux, on n'a certainement pas fini de parler de droits d'auteur dans le contexte numérique. Sous cette (importante) réserve, les propositions formulées par le ministère de la Justice nous paraissent donc aller dans la bonne direction.

²⁸ C. Arb., 9 janv. 2002, *J.T.*, 2002, p. 249.

²⁹ Ce qui va bien au-delà de la transposition de la directive sur le droit d'auteur.

³⁰ Il semblerait à l'heure où nous terminons cet article, que la transposition de la directive se réaliserait par la proposition de loi Monfils, largement amendée par les dispositions de l'avant-projet de loi commenté ici. Nos commentaires pourront donc s'appliquer, dans une grande majorité, au texte de la proposition de loi soumise au Parlement dès la rentrée.

³¹ Voir à ce propos S. DUSOLLIER et A. CRUQUENAIRE, Proposition de loi n° 2-704 modifiant la loi du 30 juin 1994 relative au Droit d'auteur et aux droits voisins dans le contexte du développement de la société de l'information, *Commentaires du Centre de Recherches Informatique et Droit*, disponible sur le site <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/docs/propLoi2-704.pdf>.

