Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Internet et droit d'auteur

Dusollier, Séverine

Published in:
Actualités du droit des technologies de l'information et de la communication

Publication date:
2001

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Dusollier, S 2001, Internet et droit d'auteur. dans *Actualités du droit des technologies de l'information et de la communication.* Formation Permanente CUP, numéro 45, Formation Permanente CUP, Liège, pp. 161-220.

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.

Download date: 02. May. 2026

Séverine Dusollier, "Le droit d'auteur et Internet ", in *Actualités du droit et des technologies de l'information et de la communication*, Formation Permanente CUP, 9 février 2001, vol. 45, p. 161-220

Internet et droit d'auteur

Séverine Dusollier, Centre de Recherche Informatique et Droit, Namur

"The Internet today is already full of sound, if not fury".

I. Trotter Hardy, "Sketching the future of copyright in a networked world", Rapport pour le US Copyright Office, Mai 1998, p. 115

1. Introduction

Un des défis essentiels soulevés par la société dite de l'information consiste à construire un cadre juridique cohérent et équilibré qui encadre le changement de modèle économique et socioculturel et tout en garantissant les libertés et droits fondamentaux dans l'environnement numérique. Le droit d'auteur est une des pierres de cet édifice, probablement une des pierres fondatrices. Le contenu de l'ère numérique sera en grande partie constitué d'œuvres prétendant à une protection par le droit d'auteur. La numérisation et la mise en réseau d'œuvres est désormais à la portée de tout un chacun qui peut devenir du jour au lendemain un éditeur de contenus informationnels et culturels. La copie est facile, rapide, de bonne qualité et sa communication est potentiellement mondiale et illimitée.

Le droit d'auteur est donc sérieusement menacé par ces possibilités nouvelles qu'offre la société de l'information.. Par exemple, on ne cesse de parler du MP3, ce format de compression numérique qui permet que les musiques circulent sur le Web avec la facilité d'un texte. Avant que l'industrie du disque ait dompté ce nouveau média pour se lancer sur la distribution électronique de leur catalogue, les pirates et autres contrefacteurs s'en sont donné à cœur joie pour faire du réseau une inépuisable médiathèque, dont la grande majorité des titres disponibles sont toutefois des fichiers pirates. Sans parler de systèmes tels Napster qui permet à tout utilisateur d'échanger et de recevoir toute la musique du monde.

Cette révolution du MP3 n'est que le prélude à un changement radical du marché de la musique sur Internet, caractérisé principalement par une dématérialisation progressive du support. Distributeurs, producteurs, artistes eux-mêmes souhaitent investir les nouveaux médias pour y faire connaître et y vendre leurs produits. Or, ils ne le feront que dans un cadre législatif qui certifie une redéfinition nécessaire dans ce contexte de dématérialisation des concepts tels que la reproduction, la distribution, la communication au public.

Les initiatives tant techniques que législatives n'ont d'ailleurs pas tardé à apparaître sur le plan national et international afin de renforcer la protection du droit d'auteur dans ce nouvel environnement[1]. Dès 1996, la communauté internationale se voyait proposer deux Traités conclus sous les égides de l'OMPI dont l'objectif était de répondre aux principales préoccupations des auteurs. Les législateurs nationaux et régionaux ont également adopté des textes dans le même but. Le droit d'auteur est certainement en ce sens un des premiers domaines juridiques entrés dans l'ère numérique.

Cependant on ne change pas une vénérable institution en quelques années sans que la complexité de la matière et des solutions choisies ne demandent quelque recyclage au juriste. Les modifications récentes du droit d'auteur sont en effet subtiles, parfois ardues, souvent radicales. Elles répondent certes à des problématiques inédites, mais on peut souvent regretter qu'elles le fassent sans trop réfléchir, alors que souvent des réponses travestissant moins la propriété littéraire et artistique seraient possibles.

C'est à l'étude de ces principes et règles nouveaux en droit d'auteur, ainsi qu'à leur critique, que cet article est consacré. Il n'a pas l'ambition toutefois de traiter de toutes les questions passionnantes qu'Internet et autres réseaux numériques a adressées au droit d'auteur, ni de les examiner en profondeur. Il n'a que la volonté de débroussailler une première fois le terrain, si accidenté soit-il.

2. Internet et réseaux numériques

Il faut se garder de ne voir dans le terme d' "Internet", notamment tel qu'il est utilisé dans le titre du présent chapitre, que l'enchevêtrement de serveurs et de réseaux qui le caractérise à l'heure actuelle. Internet n'est encore qu'un nourrisson dans le développement et la vie des réseaux électroniques. Il y a à peine 10 ans, le terme même nous aurait fait sourire. Aujourd'hui, Internet fait partie de nos outils de travail, de nos espaces de loisirs, bientôt de nos canaux de consommation. Demain, nous dit-on, nous regarderons des films par Internet, nous téléphonerons, nous achèterons, nous y écouterons la radio, la télévision... Tout cela par le biais d'un seul et unique média vers lequel convergent doucement l'informatique, la radio et télédiffusion et les télécommunications. Convergence, le mot est lâché. Peut-être signifie-t-il que de média, le terme d'Internet ne désignera bientôt plus qu'un concept, un espace -

[1] Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, Traités de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, signés à Genève le 20 Décembre 1996; Digital Millenium Copyright Act (Etats-Unis), Octobre 1998, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998); Proposition de directive sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Position commune (CE) no 48/2000 du 28 septembre 2000 arrêtée par le Conseil, J.O. 2000, C344 p. 1.

virtuel cela va de soi-, accueillant en son sein des canaux de distribution et des marchés d'exploitation jusque-là distincts.

A la convergence des techniques et supports, répondra alors la convergence des problématiques. Dès lors une réflexion nécessairement globale et incluant cette convergence doit être menée dès à présent. Ceci permet d'inclure dans mon propos le webcasting tout comme la télé ou radiodiffusion numérique. Dans cinq ans peut-être, ces services de transmission, encore différents à l'heure actuelle, seront certainement apportés à l'utilisateur par le biais de la même technique et sur le même écran ou appareil.

Par conséquent, il est préférable de désigner sous le vocable d'Internet l'ensemble des nouvelles technologies relatives à la transmission numérique en réseau, étant entendu toutefois qu'il convient de limiter cette appellation plus générique, et ceci afin de ne pas tomber à l'inverse dans de la science-fiction pure, à certaines caractéristiques marquantes :

- Les oeuvres et prestations circulant dans le cadre de ces nouvelles technologies se retrouvent sous une forme digitale ou numérisée. Ceci implique que les types d'oeuvres ou de prestations, audiovisuelles, musicales ou autres, ne se réduisent plus forcément à un type de support spécifique, film, bande sonore, vidéo, contrairement à l'expression de ces oeuvres dans le monde analogique. Cette confusion des supports est un changement important de la société de l'information et est susceptible par ailleurs de bouleverser l'économie des dispositions de droit d'auteur et droits voisins qui raisonnent en général selon une typologie précise des oeuvres.

- L'architecture des nouvelles technologies est basée sur la technique informatique (CD ROM et autres supports *off-line*) et sur les réseaux informatiques (Internet et autres réseaux électroniques *on-line*)[2].

- Le marché de la culture, de l'information et des loisirs qui émerge d'Internet est destiné à un public de plus en plus individualisé. En effet, une des particularités d'Internet est que l'internaute puisse accéder à des contenus au moment et de l'endroit qu'il choisit. L'œuvre n'est plus transmise selon une programmation préétablie à un public passif et indifférencié. Au contraire, l'utilisateur surfe sur le réseau, consulte les sites, clique sur les icônes représentant l'accès à telle ou telle oeuvre, s'abonne à des sites spécifiques à certains artistes. A ce titre on a pu parler de 'juke box céleste'[3] à propos d'Internet. La notion même de public, centrale en matière de droit d'auteur et droits voisins, est dès lors radicalement remise en cause. Cette individualisation du public est souvent rattachée à l'interactivité des médias électroniques qui transformerait l'utilisateur en acteur actif de la transmission des produits culturels.

---

[2] Pour une bonne explication technique des réseaux numériques par rapport à la propriété intellectuelle, voir I. TROTTER HARDY, "Sketching the future of copyright in a networked world", Rapport pour le US Copyright Office, Mai 1998

[3] P. GOLDSTEIN, *Copyright's Highway : From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, 1994, p. 197-236.

3. De l'adaptation de la loi aux nouvelles technologies

3.1. Un langage juridique technologiquement neutre ?

Du degré de neutralité technologique et d'élasticité des dispositions juridiques en vigueur dépend leur facilité et leur souplesse d'adaptation à la société de l'information. Cette question, qui vaut tout autant pour le droit d'auteur que pour d'autres domaines du droit, fut et est encore au coeur des réflexions législatives accompagnant l'essor technologique des réseaux. Le premier défi que la technologie lance au droit est la confrontation du langage juridique et réglementaire aux nouvelles réalités techniques. Si la loi est rédigée en termes suffisamment larges et neutres, elle est généralement capable de s'appliquer sans trop de difficultés aux nouvelles situations. Dans d'autres cas, il peut se révéler nécessaire d'adapter la loi et de l'étendre expressément aux technologies nouvelles.

En matière de propriété littéraire et artistique, la jurisprudence a majoritairement confirmé la première solution et a appliqué aux problématiques de l'Internet les dispositions en vigueur, jugées suffisantes. Ce fut le cas dans de nombreux pays et notamment en Belgique. En effet, la loi du 30 juin 1994 en matière de droits d'auteur et de droits voisins ne contient que peu de dispositions marquées d'un point de vue technologique et semble donc parée à affronter les questions techniques que l'avenir lui réserve. Cependant, certaines questions plus spécifiques, telles que la copie privée digitale ou la copie provisoire, les systèmes techniques, requièrent, à mon sens une adaptation législative. A tout le moins, et c'est dans ce sens que travaillent à la fois l'OMPI et l'Union Européenne, l'internationalisation de l'exploitation des oeuvres et prestations artistiques nécessite qu'une certaine harmonisation des concepts essentiels du droit d'auteur et des droits voisins soit réalisée afin qu'ils affrontent en toute sérénité les développements présents et futurs[4].

3.2. Changement de paradigmes

Si les concepts fondamentaux du droit d'auteur ne subissent aucun grand bouleversement, les paradigmes sur lesquels ils reposent, ont quant à eux sensiblement changé. Ainsi, certaines formes d'exploitation, secondaires dans un environnement traditionnel, sont prédominantes sur Internet. C'est le cas de la musique ou de la vidéo sur demande. D'autres s'effacent : l'achat de supports en particulier.

---

[4] Communication de la Commission, Suivi du Livre Vert 'le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information', COM(96) 568 final, 20 novembre 1996, p. 8

Il en est de même pour l'exercice et l'étendue des actes soumis à exception. L'incidence d'une copie privée n'est pas la même que celle d'une copie analogue. Nous y reviendrons. La consultation des oeuvres dans les bibliothèques a une ampleur bien différente sur les réseaux. Ces deux exemples montrent à suffisance combien l'équilibre entre les droits et les exceptions ne se déplace pas d'un univers à l'autre sans dommages.

Par conséquent, ces changements de paradigmes, suscités par les bouleversements technologiques, économiques et sociaux qu'induit la société de l'information, doivent être intégrés dans toute discussion sur l'avenir de la propriété littéraire et artistique dans les réseaux.

3.3. Comportement des acteurs

Internet est un média populaire, qui a connu une croissance exponentielle à une vitesse fulgurante. Face à ce nouveau média, les comportements des acteurs sont naturellement différents que dans une industrie de la culture plus traditionnelle. On peut en citer deux exemples. D'une part, l'attitude du public sur Internet a changé profondément. Le public voit la contrefaçon et les formes spécifiques que celle-ci prend sur les réseaux comme un canal de distribution légitime. Il apparaît ainsi tout naturel à la plupart des gens de pouvoir télédécharger gratuitement des programmes d'ordinateur ou des morceaux de musique sur Internet. Que ceux-ci proviennent d'un site licite ou d'un site pirate ne leur paraît pas faire de différence. Comme il apparaît facile d'acheter des copies gravées de CD dans les cours d'école. Cette généralisation de la pratique de la contrefaçon et surtout son extension en dehors des cercles jusqu'ici relativement professionnels induit une désaffection du public vers les canaux de distribution classiques et licites. En conséquence, l'éducation du public quant à l'importance du droit d'auteur s'avère plus que jamais souhaitable.

D'autre part, l'industrie elle-même prône de plus en plus une intervention minimale des pouvoirs publics et un recours croissant à l'auto-régulation sous la forme de codes de conduite ou de pratiques de labellisation[5] des sites web. L'auto-régulation n'a toutefois pas encore fait une entrée fracassante dans le domaine de la propriété littéraire et artistique. Et pourtant, même si on ne pourrait souscrire bien évidemment à une substitution des règles protectrices des droit d'auteur et droits voisins par des codes de conduite entièrement négociés et approuvés par l'industrie même auxquels ils sont censés

---

[5] La labellisation est le fait d'apposer sur les sites web qui respectent des conditions préétablies un label de qualité. Ce label a pour objectif de renforcer la confiance de l'utilisateur quant à la sûreté, à l'effectivité et au sérieux du site en question. En principe, une autorité indépendante ou un groupement professionnel accorde ce label et procède à un contrôle régulier du respect par le site web des conditions du label. voir A. SALAUN et D. GOBERT, "Labellisation des sites web : stratégies et recommandations", DAOR, *1999*; V. GAUTRAIS," La certification de qualité des sites Internet : un sésame voué à la sécurité du consommateur", *Ubiquité* n°3, Novembre 1999, p. 91.

s'appliquer[6], on ne peut condamner totalement ces pratiques nouvelles d'autorégulation, à la seule condition toutefois que ces "netiquettes" ne soient vues que comme un moyen supplémentaire de veiller au respect des droits des auteurs sur Internet. Une des raisons en est qu'il s'agit d'une manière d'associer plus étroitement les industries à la protection intellectuelle, notamment parce qu'elles s'engageraient par ces codes à ne transmettre sur Internet que des produits dont les droits ont été licitement acquis. A titre d'exemple, le Code de Conduite négocié par le gouvernement hollandais, les industries et les utilisateurs, engage les opérateurs qui y souscrivent à respecter les droits de propriété intellectuelle. Les auteurs et les sociétés qui les représentent devraient suivre les discussions qui s'amorcent dans ce domaine de l'auto-régulation et tenter d'y être associés.

Enfin, l'essor d'Internet se caractérise avant tout par une floraison de nouveaux acteurs: fournisseurs d'accès on-line, hébergeurs de sites, opérateurs de télécommunications, moteurs de recherche, gérants de sites et de portails, etc. Le rôle de chacun, nous le verrons, n'est pas neutre à l'égard des contenus protégés par la propriété intellectuelle qu'ils référencent, transportent, ou hébergent. En tous cas, l'irruption de ces nouveaux acteurs sur le terrain des droits d'auteur a également fait explosé le nombre des lobbyistes de tout poil. S'il y a quelques années encore, les débats législatifs sur la propriété littéraire et artistique ne laissaient entendre que les voix des titulaires de droits et des exploitants économiques des œuvres et prestations, aujourd'hui une multitude de secteurs économiques se bousculent dans les couloirs de l'OMPI ou de la Commission Européenne. Ce qui implique fondamentalement que toute avancée législative se réalise dans un climat tendu et forcément plus complexe dans lequel des intérêts naturellement divergents et disparates doivent être pris en compte.

4. Etendue des droits : droits confrontés à la mise sur Internet des prestations

4.1. Reproduction

a) Enjeu

La définition du droit de reproduction face aux nouvelles technologies de l'information revêt une importance sans cesse croissante. La problématique est bien connue. Dans un premier temps il s'agissait de déterminer si le champ du droit de reproduction tel qu'entendu dans nos législations et jurisprudence, suffisait à recouvrir les nouvelles exploitations des oeuvres sur ou hors réseau, ainsi que les actes techniques nécessaires à de telles exploitations.

Dans un deuxième temps, et la question est ici plus prospective, on s'est demandé si la définition même du droit de reproduction ne nécessitait pas un sérieux lifting qui lui permettrait d'affronter sans crainte les développements technologiques récents et à venir.

---

[6] Y. POULLET, "Les diverses techniques de réglementation d'Internet: l'autorégulation et le rôle du droit étatique", *Ubiquité* n°5, Juin 2000, p. 55.

La réponse à la première question a été relativement rapide. Dès 1996, dans l'affaire Central Station[7], les juges belges ont confirmé que la numérisation et la mise sur le réseau Internet d'oeuvres protégées par le droit d'auteur constituait un acte de reproduction soumis à l'autorisation de l'auteur. Les faits concernaient des articles de presse disposés sous forme d'archives et de revue de presse électroniques et mis à la disposition d'un public payant par les éditeurs des journaux en question.

Cette jurisprudence pionnière a été suivie dans d'autres pays européens qui, d'une seule voix, ont affirmé que le droit de reproduction couvrait bien les actes de numérisation, de stockage sur la mémoire d'un ordinateur, et de mise en réseau ou uploading[8].

A notre connaissance, aucune de ces décisions n'a tranché la question spécifiquement en matière de droits voisins des artistes interprètes. Mais il ne fait aucun doute que la solution ainsi dégagée doive s'appliquer avec la même rigueur aux prestations des artistes interprètes indûment numérisées et mises sur Internet, le droit de reproduction étant défini de la même manière pour tous les titulaires de droit, du moins dans la loi belge.

Parallèlement à cette jurisprudence, la doctrine[9] reconnaît que la numérisation, le stockage d'un contenu numérique dans un dispositif électronique, la mise en réseau ou uploading, l'impression, le téléchargement ou downloading, la réalisation de copies ou de back-ups, sont soumis à autorisation de l'auteur et de l'artiste interprète en vertu du droit de reproduction. Reste toutefois sujette à controverse l'application du droit de reproduction à la reproduction technique transitoire, aux opérations de caching, et autres actes techniques liés à la transmission des prestations et à leur usage en réseau. Nous aborderons ce point plus loin.

---

[7] Trib. 1ère Inst. Bruxelles, 16 octobre 1996, *R.I.D.A.,* avril 1997, n° 172, p. 238; Bruxelles, 28 octobre 1997, *R.I.D.A.,* juillet 1998, n° 177, p. 204

[8] en France : Trib. gr. inst. Paris (référé), 14 août 1996, *R.I.D.A.* janvier 1997, n°171, p. 361; Trib. gr. inst. Paris (référé), 5 mai 1997, *J.C.P*., 1997.II.22906; Trib. Inst. Strasbourg, Référé, 3 février 1998, *R.I.D.A*., avril 1998, n°176, p. 466, Appel Colmar, 15 septembre 1998, *R.I.D.A*., janvier 1999, n°179, p. 410; Trib. Inst. Paris, 14 avril 1999*, Gaz. Pal.* , 23-24 juillet 1999, p. 38; aux Etats-Unis: *Sega Enterprises Ltd v. Maphia*, 857 F. Supp. 679 (ND Cal. 1994).

[9] Y. GENDREAU, Le droit de reproduction et l'Internet, *R.I.D.A*., octobre 1998, n°178, P. 3 et suiv.; A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, Paris, 1998, p. 120, n°241-242 ;spécifiquement en droit belge : A. STROWEL et J.P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur du logiciel au multimédia*, Cahier du CRID n°11, 1997, p. 393, n° 517; D. SZAFRAN, Les droits économiques concernées, rapport belge, in *Le droit d'auteur en cyberspace*, Journées d'Etude de l'ALAI, juin 1996, Otto Cramwinckel, 1997, p. 61 et s. Voir également dans le même ouvrage le rapport général sur cette question de J.H. SPOOR, p.41-57.

b) Réactions législatives :

OMPI

Lors des discussions de la Conférence Diplomatique de l'OMPI en 1996, la définition suivante du droit de reproduction avait été proposée aux Etats: "*Le droit exclusif d'autoriser la reproduction de leurs œuvres accordé aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques à l'article 9.1) de la Convention de Berne comprend la reproduction directe et indirecte de ces œuvres, qu'elle soit permanente ou temporaire, de quelque manière ou sous quelque forme que ce soit."*[10].

La discussion de cet article se révéla une des plus âpres de la Conférence Diplomatique[11], notamment en raison de l'énorme pression des fournisseurs d'accès[12] sur la question de la reproduction transitoire, à tel point qu'il fut décidé de ne pas inclure cette définition dans le Traité sur le droit d'auteur mais d'émettre une déclaration reconnaissant que la définition de la Convention de Berne s'applique pleinement à l'environnement numérique. La déclaration précise notamment: "*Il est entendu que le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de l'article 9 de la Convention de Berne*". Cette formulation est assez large pour recouvrir la numérisation, la copie numérique, l'*uploading* d'une œuvre, voire sa copie provisoire.

Union Européenne

Le suivi du Livre Vert européen soulignait déjà : "*l'émergence de la société de l'information n'a fait qu'accentuer la nécessité d'atteindre un degré d'harmonisation suffisant pour garantir un droit de reproduction fort et effectif. Les incidences économiques des modes de reproduction électroniques sur l'exploitation des droits de propriété intellectuelle le confirment. Il est véritablement indispensable de mettre en place des règles du jeu communes pour le droit de reproduction"*[13]. C'est donc tout naturellement que la proposition de directive sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins

---

[10] Proposition de base concernant les dispositions de fond du traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques soumise à l'examen de la conférence diplomatique, article 7.

[11] J. REINBOTHE, M. MARTIN-PRATT, S. VON LEWINSKI, "The new WIPO Treaties : a first résumé", [1997] 4 *E.I.P.R.*, p. 172

[12] TH. VINJE, "The new WIPO treaties : a happy result in Geneva", [1997] 5 *E.I.P.R.*, p. 232

[13] Suivi du Livre Vert, op.cit., p. 10

dans la société de l'information[14] intègre une définition du droit de reproduction. L'article 2 de la Proposition révisée dispose :

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

a) pour les auteurs, de leurs œuvres;

b) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;

c) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;

d) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et des copies de leurs films;

e) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, que ces émissions soient transmises par fil ou par voie hertzienne, y compris par le câble ou le satellite".

La définition reprend quasiment celle figurant dans la directive relative aux programmes d'ordinateur et celle relative à la protection des bases de données. Ici l'élément de permanence ou non de la reproduction est clairement intégré ce qui implique en principe que la reproduction provisoire et éphémère soit considérée comme un acte de reproduction soumis à l'autorisation du titulaire de droits, sous réserve de ce que nous verrons ci-après.

c) La reproduction provisoire :

Notion et enjeu

L'enjeu le plus délicat de la définition du droit de reproduction consiste en l'inclusion dans le champ du droit des actes de reproduction provisoire. Ainsi, une diffusion en réseau implique nécessairement une multitude d'actes de fixations provisoires à la fois sur les ordinateurs des utilisateurs et sur les serveurs et autres systèmes de transmission utilisés par les intermédiaires techniques. Si les définitions nationales existantes sur le droit de reproduction donnent de celui-ci une portée suffisamment large pour recouvrir les copies techniques provisoires, il est apparu nécessaire d'assouplir cette portée, par exemple par le biais d'une exception, afin de permettre la circulation des oeuvres et prestations sur Internet. La difficulté réside dans l'étendue de cette exception et dans la nécessité, qui varie par ailleurs d'un acte technique à l'autre, d'accueillir cette exception au droit de reproduction.

---

[14] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, op.cit..

A ce titre, il est utile de distinguer deux types de reproduction dite provisoire[15], particulièrement parce que le raisonnement ne doit pas forcément suivre le même chemin pour l'un et l'autre type d'actes.

D'une part, nous parlerons de reproduction volatile ou transitoire pour désigner les copies réalisées lors de la transmission des oeuvres sur les réseaux électroniques. En effet, le fonctionnement d'Internet se caractérise par une transmission des contenus numérisés sous une forme fragmentée. Et fragmentée, elle l'est à deux titres. A l'égard du contenu lui-même d'abord : les données numériques sont divisées en paquets qui sont envoyés vers leur destination de manière aléatoire l'un par rapport à l'autre pour être finalement assemblés par l'ordinateur récepteur[16]. Ensuite, la route empruntée par ces "paquets" est elle-même fragmentée dans la mesure où les données n'empruntent pas une voie directe entre l'émetteur et le récepteur. Internet est un réseau composé de multiples ordinateurs dont les points nodaux, appelés "routeurs", constituent en quelque sorte les indicateurs "Bison Futé" de la circulation sur les autoroutes de l'information. Chaque paquet de données est envoyé sur le réseau vers le routeur le plus proche qui réoriente les données vers un autre ordinateur de routage par la voie la moins encombrée et la plus rapide. Le processus se réalise de la même manière d'un routeur à l'autre. Ceci explique que des données envoyées de France vers la Belgique sont susceptibles de passer par des serveurs situés en Asie ou en Amérique.

Ce mécanisme repose donc sur la réalisation de copies de données par chaque routeur, copies qui ne subsistent que le temps de la transmission. Ces reproductions volatiles sont partie intégrante de la transmission on-line de contenus protégés.

D'autre part, un autre type de copie provisoire est réalisée non lors de la transmission des contenus, mais bien lors de leur stockage temporaire pour des raisons techniques. Nous parlerons ici de copie temporaire et technique. C'est le cas notamment de la reproduction dans la mémoire vive de l'ordinateur des oeuvres et prestations lors de leur consultation sur Internet. Cette copie RAM, du nom de la mémoire vive, subsiste le temps du *browsing* ou butinage des contenus Internet et disparaît lorsque la machine est éteinte. La plupart des contenus sur Internet ne feront en effet pas l'objet d'une copie permanente sur le disque dur de l'utilisateur, mais ne seront lus, visionnés ou écoutés que lors de la connexion.

Un autre type de copie temporaire est celle effectuée dans les opérations dites de "caching" dont l'objectif est de remédier à la congestion des réseaux. Là aussi une distinction s'impose. Un premier type de caching est réalisé par le navigateur utilisé par chaque utilisateur. Le logiciel de navigation réalise ainsi une copie de chaque page web consultée par l'utilisateur et la stocke sur le disque dur de la machine pendant un temps variable. A chaque fois que l'utilisateur souhaite se reconnecter à ce

---

[15] Cette distinction est notamment reprise dans le rapport du Conseil d'Etat français sur Internet et les réseaux numériques, p.140 et suiv.

[16] C'est en ce sens notamment qu'il convient que la définition du droit de reproduction s'applique indifféremment aux actes de reproduction totale ou partielle.

contenu, le navigateur active la copie du disque dur, ceci afin de permettre une consultation rapide des pages les plus visitées par l'utilisateur. On parle ici de *cache client*.

Les fournisseurs d'accès Internet disposent également d'une copie cache sur laquelle ils installent régulièrement des reproductions des sites les plus demandés. L'objectif premier est de faciliter et d'accélérer la transmission de ces sites vers l'utilisateur, ainsi que de diminuer le trafic sur les réseaux. On parle ici de *cache proxy*.

La durée de ces reproductions temporaires peut durer de quelques secondes à quelques jours. Dans le cas du cache réalisé par le navigateur, cette copie n'est parfois ni mise à jour, ni supprimée, et, de telle sorte, peut devenir quasi-permanente.

Les deux types de copie provisoire nécessitent un traitement distinct tant leurs objectifs et les arguments en leur faveur ou en leur défaveur diffèrent. Dans le cas de la copie transitoire inhérente à la transmission des contenus, les intermédiaires techniques plaident pour l'exonération du droit de reproduction dans la mesure où ces copies sont indispensables au procédé technique de transmission. Les titulaires de droit, par contre, invoquent que chaque acte de reproduction, même provisoire, participe d'une exploitation de l'oeuvre. C'est à ce titre notamment, que les titulaires de droit, s'ils admettent l'exception pour copie provisoire, ont tenté auprès du Parlement européen de la limiter aux actes de reproduction nécessités par la transmission d'une oeuvre lors d'une exploitation licite. Ainsi, les intermédiaires seraient responsables des actes de fixation volatile réalisés lorsque la transmission elle-même est illicite. Ceci aurait eu pour effet de réduire fortement le champ d'application de l'exception dans la mesure où pragmatiquement, les titulaires de droit cherchent surtout à pouvoir localiser et bloquer une exploitation illicite par le biais des intermédiaires, plus faciles à atteindre que les contrefacteurs même. Dès lors, admettre l'exception lorsque la transmission est dûment autorisée ne prémunirait pas les opérateurs techniques contre grand chose.

D'autre part, appliquer pleinement le droit de reproduction à la copie RAM reviendrait, selon certains, à pénaliser l'utilisateur des oeuvres pour la simple lecture ou consultation des oeuvres et prestations. Pour les titulaires de droit, il s'agit simplement d'appliquer à l'environnement numérique dans lequel disparaît la notion de support, un certain contrôle de l'usage des oeuvres déjà en vigueur, bien que sous d'autres formes, dans le monde analogique[17]. Il faut bien avouer que la justification de ce contrôle n'est pas évidente et que cela ne contribuera sans doute pas à rehausser l'image du droit d'auteur auprès des utilisateurs.

La position des titulaires de droit à l'égard des cache opérés par les serveurs des fournisseurs d'accès et par les navigateurs est plus réservée, notamment en raison du fait que ces caches risquent d'empiéter souvent sur la mise en place de systèmes techniques chargés de contrôler l'accès aux contenus protégés, de recevoir paiement ou plus simplement de mesurer le nombre d'utilisations d'un contenu par un utilisateur précis. En outre, les sites "miroirs" ne sont pas régulièrement mis à jour, ce qui peut

---

[17] S. DUSOLLIER (ed.), *Le droit d'auteur : vers un contrôle de l'accès à l'information*, Cahier du CRID n° 18, Bruylant, 2000.

entraîner un préjudice pour le titulaire de droit. Imaginons notamment qu'un artiste parvienne à interdire un site Internet qui diffuserait des extraits de ses albums. Entre le jour où le site est effectivement désactivé suite à l'intervention du juge et celui où le cache revient vers le site originaire pour se mettre à jour, il peut s'écouler un certain laps de temps durant lequel les œuvres sont encore accessibles aux utilisateurs, par le biais du site miroir. Le préjudice subsiste donc.

approche légale :

Si la question épineuse de la reproduction provisoire fut le talon d'Achille de la discussion de l'OMPI sur le droit de reproduction, la Commission Européenne n'a pas hésité à trancher le débat en introduisant la copie provisoire dans la liste des exceptions au droit de reproduction. L'article 5, alinéa 1 de la Proposition révisée exempte du droit de reproduction *"les actes de reproduction provisoires, 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 autre objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante."

Si l'insertion de cette exception devait accompagner nécessairement l'extension de la définition du droit de reproduction, il faut admettre que les conditions posées à son application sont loin d'être claires. Ainsi, les notions de "signification économique indépendante" et de "partie intégrante et essentielle d'un procédé technique" sont particulièrement floues et seront sujettes en toute vraisemblance à d'innombrables controverses.

Par contre, contrairement au texte original de la proposition, les deux types de reproduction provisoire sont clairement distingués: d'une part le cas de la transmission en réseau, d'autre part la copie fugitive réalisée lors de l'utilisation d'une œuvre numérique. Toutefois les règles de l'exception s'appliquant à l'un ou autre cas ne diffèrent pas.

En matière de reproduction liée à la transmission des oeuvres, il nous semble qu'une conception extensive du droit de reproduction, même assortie d'une exception, n'est pas justifiée. S'il y a certes fixation éphémère des prestations, cette fixation ne devrait équivaloir à un acte de reproduction, "*tel que l'entend le juriste*"[18], que lorsque celle-ci donne lieu à un acte d'exploitation distinct. Pour reprendre les termes d'André Lucas, "*dès lors que la communication de l'oeuvre [ou de la prestation] au public donne lieu en elle-même au droit d'auteur, (...) il est inutile et dangereux de segmenter artificiellement le processus, pour prétendre identifier des actes distincts de reproduction, qui sont d'ailleurs liés à un état de la technique essentiellement variable*"[19]. Et ceci d'autant plus que

---

[18] A. LUCAS, op. cit. p. 130, n°257

[19] ibidem

l'argument pragmatique qui consiste en l'utilité d'identifier un responsable d'une transmission non autorisée, qui soit à la fois proche géographiquement et apte à bloquer ladite transmission, est satisfait par la directive sur le commerce électronique qui instaure un régime raisonnable de responsabilité des intermédiaires[20].

De manière plus générale, on peu critiquer l'approche du législateur européen qui étend un droit pour aussitôt le limiter par une exception afin de corriger immédiatement les effets néfastes d'une telle extension. Cette technique législative est pour le moins saugrenue.

Dans le cas précis du cache, la directive sur le commerce électronique instaure un régime dérogatoire de responsabilité dans les conditions suivantes :

> *"(a) le prestataire ne modifie pas l'information ;*
>
> *(b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information ;*
>
> *(c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises;*
>
> *(d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information; et*
>
> *(e) le prestataire agit promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible, dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible."*[21]

Il faut toutefois préciser que cette disposition ne semble concerner que les opérations de caching réalisées par le fournisseur d'accès[22], soit le *proxy caching*. En outre, cette dérogation de responsabilité, à l'instar de tous les cas de responsabilité des intermédiaires, s'applique à toutes les

---

[20] voir infra

[21] article 13 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), J.O. 17.07.2000, L 178/1.

[22] La proposition de directive est limitée aux opérations de "*stockage automatique et temporaire de l'information fait avec le seul objectif de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service*".

sources possibles d'illicéité des contenus d'Internet, qu'il s'agisse de violation de droit d'auteur ou d'autres dispositions légales.

L'articulation entre les deux textes n'est toutefois pas claire. Les opérations de caching échapperont-elles au droit de reproduction si elles répondent à la fois aux conditions énoncées par l'article 5 al. 1 de la directive sur le droit d'auteur et à celles de la directive sur le commerce électronique ? Ou la responsabilité des opérateurs techniques ayant réalisé le cache sera-t-elle écartée dès que les conditions de la seconde directive seront-elles satisfaites ? Il est également précisé dans les considérants[23] de la Proposition de Directive sur le droit d'auteur et droits voisins que les opérations de caching dérogeront au droit de reproduction lorsqu'elles resteront dans les limites de l'article 5.1. La confusion règne…

4.2. Communication au public

Internet et autres réseaux numériques questionnent la définition habituelle du droit de communication au public. Premièrement, le fait que des personnes puissent avoir accès individuellement à des contenus, notamment dans le cadre de services à la demande, remet fondamentalement en cause la notion de public. Les utilisateurs d'Internet ne sont en effet pas nécessairement réunis dans un même lieu lorsque les œuvres leur sont communiquées. En outre, contrairement aux communications classiques, le récepteur des oeuvres et prestations joue un rôle actif dans la sélection du contenu et dans le choix du moment de réception. Or la communication au public est généralement entendue comme le fait de transmettre une œuvre à un public passif, ou du moins qui n'a pas le choix des œuvres qu'il entend ou visionne, public composé d'un certain nombre de personnes dans le même espace. On songe à un concert, une séance de cinéma, à une représentation d'une pièce de théâtre. Les modalités de transmission des œuvres sur Internet bouleverse cette conception traditionnelle.

En conséquence, aussi bien l'OMPI que l'Union Européenne ont inclus dans la définition du droit de communication au public la "*mise à disposition du public de telle manière que chaque membre du public peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement"*. Cette définition inclut les actes de communication sur demande, ainsi que tout acte de communication d'œuvres sur les réseaux. La définition du droit de mise à disposition ne pourra trouver à s'appliquer dans les services quasi-à-la-demande, tels que la diffusion de films ou de musiques à heures répétées mais préétablies, ni dans tous les autres cas de diffusion sur Internet dont les utilisateurs ne choisissent ni le moment ni le contenu.

Il faut noter que les deux textes limitent le droit exclusif des artistes-interprètes et producteurs à ce droit de mise à la disposition. Dès lors, les titulaires de droits voisins ne bénéficieront en droit international d'un droit exclusif que dans le cas de transmission de leurs prestations à la demande.

---

[23] considérant 23

Dans certains pays ils ne bénéficient généralement que d'un droit à rémunération équitable en matière de communication au public. Cette limitation du droit exclusif des artistes, ainsi que des producteurs de phonogrammes, ne sera pas sans poser quelques problèmes dans certaines exploitations des prestations et phonogrammes sur Internet. Nous aborderons cette question plus particulièrement en matière de radiodiffusion sur Internet ou webcasting.

4.3. Droit de distribution

Dans les premières années du développement d'Internet, les opposants au droit d'auteur et droits voisins ainsi que les autres utilisateurs libertaires de ce nouveau média cherchaient à appliquer par analogie le droit de distribution à la communication de copies d'oeuvres par le biais des réseaux. Ceci afin de profiter de l'épuisement du droit de distribution qui, toujours selon eux, empêcherait les ayants-droit de s'opposer à la ré-utilisation on-line d'une oeuvre ou prestation licitement acquise. Cette position était facilitée par la notion américaine du droit de distribution[24].

Il est vrai qu'à première vue, la 'distribution' de copies d'oeuvres sur Internet pourrait être assimilée, au point de vue fonctionnel, à la distribution d'exemplaires dans l'environnement traditionnel. En tout cas, l'utilisateur n'y voit que du feu.

Pourtant cette assimilation repose sur deux erreurs. D'une part, la transmission sur les réseaux d'un exemplaire d'une œuvre ou d'une fixation d'une prestation ne s'applique pas à la même copie, au même exemplaire, mais au contraire réalise une nouvelle copie de l'oeuvre, la copie originale restant stockée dans le disque dur du "distributeur". Dès lors, cette nouvelle copie ne pourrait ni être une distribution d'un exemplaire, ni être sujette à épuisement du droit[25].

D'autre part, il faut rappeler que le droit de distribution ne s'applique qu'aux exemplaires physiques de l'oeuvre ou de la prestation. Ceci a été confirmé clairement à la fois par les Traités de l'OMPI et par la Proposition de directive européenne.

La question revêtait une importance particulière pour les artistes interprètes dans la mesure où dans certains pays[26], ceux-ci ne bénéficiaient pas d'un droit de communication au public ou de représentation, mais bien d'un droit de distribution. Dès lors, il aurait pu être tentant pour les artistes interprètes de ces pays de s'appuyer sur leur droit de distribution pour empêcher la transmission

---

[24] J. GINSBURG, "Putting cars on the 'Information super highway' : authors, exploiters and copyright in cyberspace", in *The future of copyright in a digital environment*, ed. B. Hugenholtz, Kluwer, 1996, p.203

[25] M.L. BENABOU, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Bruylant, 1997, p. 101.

[26] notamment l'Allemagne , voir le rapport allemand d'O. SCHWENZER, aux Journées de l'ALAI 1996, op.cit; p.115 et s.

digitale de leurs prestations, ce qui aurait eu pour effet secondaire non négligeable d'imposer par là même la reconnaissance de l'épuisement de ce droit sur les réseaux.

4.4. Radiodiffusion numérique et webcasting

La radiodiffusion par le biais des nouvelles technologies recouvre deux phénomènes distincts. Le premier consiste, pour les chaînes de radio et de télévision traditionnelles, à se mettre au format numérique avant même de se lancer à l'assaut du Net. Ce passage au numérique permet notamment de diversifier l'offre de programme sur des contenus plus spécialisés. Il s'agit de l'essor du multichaînes qui fait désormais partie du paysage audiovisuel. Dans certains cas, cette spécialisation du contenu peut aller jusqu'à proposer une radio ou une télévision ne programmant que les œuvres ou prestations d'un certain genre musical ou audiovisuel, voire même d'un seul artiste, ou programmant les mêmes chansons tous les jours à la même heure. La multiplicité de ces programmes ainsi que leur extrême spécialisation pourrait permettre à terme à l'auditeur de réellement choisir les contenus qu'il souhaite à tout moment. D'autant plus que le format numérique de ces diffusions s'accompagne généralement de codes d'identification des programmes qui permettent à l'auditeur ou téléspectateur d'effectuer une présélection et un enregistrement préprogrammé du contenu de son choix. Lucas parle ici de véritable "consommation à la carte"[27] dont les conditions ne diffèrent pas sensiblement de la fourniture de contenus à la demande.

Le deuxième phénomène est bien évidemment le fait d'effectuer de la radiodiffusion directement sur Internet. On parle alors de *webcasting*[28]. De nombreuses radios diffusent déjà leurs programmes sur le web. Certaines se sont constituées spécifiquement pour ce nouveau média dont l'avantage est principalement la réduction énorme des coûts traditionnellement liés à la radiodiffusion. Seuls suffisent en effet un site Internet et un logiciel RealAudio. La technique Real Audio permet de diffuser une séquence sonore sur le réseau tout en la jouant simultanément, en un flot ininterrompu. Fini donc d'attendre le téléchargement du fichier pour le lire ensuite. Les télévisions s'apprêtent à suivre la même voie.

Ce sont particulièrement les artistes interprètes et les producteurs de phonogrammes qui réclament une plus grande protection dans le cadre de la radiodiffusion numérique. Principalement parce qu'ils se voient imposer par la loi belge une licence légale lorsque leurs prestations, licitement reproduites ou radiodiffusées, sont communiquées au public ou radiodiffusées. L'origine de cette disposition se retrouve dans la convention de Rome de 1961 qui parle de « phonogrammes publiés à des fins de commerce », ainsi que dans la directive européenne de 1992 sur le droit de location et de prêt et sur certains droits voisins. La justification originelle de cette absence de droit exclusif réside dans la conception de la radiodiffusion comme un marché secondaire d'exploitation des phonogrammes. En

---

[27] A. LUCAS, op. cit., p. 228, n°456.

[28] J. GINSBURG, "Chronique des Etats-Unis", *R.I.D.A.*, n° 179, janvier 1999, p. 249

effet, la musique était alors utilisée sur les radios et télévisions comme une toile de fond, sans que cette utilisation ne puisse réellement concurrencer l'achat de disques dans le commerce, exploitation primaire des phonogrammes. Or les techniques numériques de radiodiffusion bouleversent la hiérarchie entre marché primaire et secondaire. La consommation à la carte que nous évoquions plus haut risque dans certains cas de se substituer à l'achat de supports dans le commerce. Pourquoi en effet, acheter encore des disques s'il suffit de tourner le bouton de sa radio Internet pour entendre sur la chaîne de son choix, quasiment à l'heure de son choix, tel ou tel morceau de musique ?

Dès lors, artistes interprètes et producteurs de phonogrammes plaident pour un droit exclusif de communication au public sur les réseaux. Nous avons pourtant vu qu'aussi bien l'OMPI[29] que l'Union Européenne au stade actuel de la proposition de directive, leur ont refusé cette prérogative. L'OMPI, notamment, n'a pu que se résoudre sur ce point à un constat d'échec en déclarant que l'article 15 n'apportait pas une solution définitive à cette délicate question de l'ère numérique[30]. La menace pour les artistes-interprètes est d'autant plus grande que l'article 15.4 du Traité OMPI sur les Interprétations précise que la condition de publication à des fins de commerce est satisfaite lorsque les phonogrammes sont mis à la disposition du public de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. En conséquence, toute prestation mise licitement sur Internet pourrait être rediffusée ou communiquée de nouveau au public, sans que les artistes ne puissent s'y opposer. Il nous paraît qu'il s'agit ici d'une grave lacune des textes OMPI et de la Proposition de directive européenne qui cause un préjudice injustifié à l'exploitation normale des phonogrammes.

Pas besoin de dire combien l'opposition sur ce point est forte tant du côté des radiodiffuseurs que du côté des auteurs qui persistent dans ce cas à voir les titulaires de droits voisins comme des concurrents gênants. De même, l'unanimité n'est pas parfaite sur ce point au sein des artistes-interprètes. Certains en réalité se satisfont d'un système de licence légale qui leur garantit une rémunération équitable contrairement au système de droit exclusif dont ils craignent devoir se défaire au profit des producteurs.

5. Les exceptions aux droits d'auteur et droits voisins sur Internet

5.1. Enjeu

L'harmonisation des exceptions constitue un des pans les plus importants de la Proposition de Directive Européenne. Cette harmonisation poursuit un double but :

- instaurer un minimum commun des exceptions admissibles dans les Etats Membres.

---

[29] J. REINBOTHE, M. MARTIN-PRAT, S. VON LEWINSKI, op. cit., p.173

[30] Déclaration Commune sur l'article 15 du Traité sur les Interprétations.

- adapter les exceptions à l'environnement numérique en reconsidérant leur portée et leur champ d'application afin que le passage à la société numérique ne puisse impliquer que l'exercice de ces exceptions ne cause un préjudice nouveau à l'exploitation des oeuvres.

L'objectif d'harmonisation est un des échecs les plus patents de la proposition de directive européenne. La position commune énumère en effet une liste de 21 exceptions (!). En outre, la liste des exceptions de l'article 5 n'est qu'optionnelle pour les Etats Membres. Libre à eux de choisir dans ces liste les exceptions qui leur conviennent ou qui s'insèrent dans leur liste nationale de limitations au droit d'auteur. Comment oser parler d'harmonisation dans ce cas ?

A côté des exceptions traditionnelles, telles que la reprographie, la copie privée, la citation, le compte-rendu d'événements d'actualités, la parodie ou les exceptions au bénéfice de l'enseignement et des bibliothèques, et de la reproduction provisoire, seule exception dont la transposition est obligatoire pour les Etats, on retrouve une multitude de cas spécifiques, souvent incongrus, extraits des législations nationales et poussés par les Etats aux discussions du Conseil. Par exemple, la reproduction d'émissions faites par des prisons ou des hôpitaux, les utilisations au bénéfice de personnes handicapées, l'utilisation d'œuvres au cours de cérémonies religieuses ou officielles, l'inclusion fortuite d'une œuvre dans un autre produit, l'utilisation d'une œuvre à des fins de démonstration ou de réparation de matériel (sic), pourront être exemptées. On peut se demander si dans certains cas, un travail raisonnable du juge n'aurait pas pu aboutir à un résultat plus sensé.

Le cas le plus destructeur de toute velléité d'harmonisation est assurément l'alinéa (o) du paragraphe 3 de l'article 5 qui permet aux Etats d'exempter du droit de reproduction et de communication au public *"l'utilisation dans certains autres cas de moindre importance pour lesquels des exceptions ou limitations existent déjà dans la législation nationale, pour autant que cela ne concerne que des utilisations analogiques et n'affecte pas la libre circulation des marchandises et services dans la Communauté"*. Nul doute que cette disposition garantit le maintien de la plupart des exceptions nationales…

5.2. La copie privée

La copie privée constitue une des exceptions qui a suscité la plus grande problématique dans l'ère du tout digital.

Cela a en tout cas été un des points les plus chauds de la discussion de la proposition de directive au Parlement Européen. Le texte original de la Commission n'établissait aucune distinction entre copie privée analogique et digitale au motif que cette dernière ne constituerait pas encore une pratique très répandue. Rien ne justifiait donc pour la Commission une interdiction de principe de la copie privée digitale. Une des raisons avancées par la Commission est que le respect de la vie privée, qui est un des fondements de la reconnaissance de cette exception, se maintienne dans l'environnement numérique.

Les titulaires de droit n'ont cessé de récuser ce point de vue, et ce sans doute à juste titre. Est-il utile de rappeler combien la copie privée digitale se distingue de sa contrepartie analogique. Alors que cette dernière ne constitue bien souvent qu'une copie de l'original de moindre qualité, ce qui garantit encore un attrait des utilisateurs pour l'original, la copie numérique peut s'apparenter à un véritable clone de

l'oeuvre. La diffusion commerciale de graveurs et d'enregistreurs de CDs, la promotion de la norme MP3 et des sites sur lesquels trouver de tels enregistrements, font craindre une généralisation de la pratique de la copie numérique, contrairement à l'assertion de la Commission.

Dans sa révision de la Proposition, la Commission avait établi une distinction entre les deux types de copie privée. En dépit de l'absence d'une interdiction nette de la copie privée, l'intérêt de cette distinction était notamment de permettre aux Etats Membres d'opter pour l'une de ces exceptions seulement, ainsi que de prévoir des montants de rémunération en faveur des ayants-droit totalement appropriés à chaque type de copie. Dans le texte de la position commune, cette distinction disparaît en définitive pour reconnaître à toute copie privée le droit à l'exception. Les titulaires de droits devront toutefois percevoir une compensation équitable qui tienne compte des mesures techniques éventuellement en vigueur pour empêcher cette copie privée. Un considérant de la directive rappelle cependant la nécessité de faire une distinction entre copie privée analogique et copie numérique. De même, il est précisé, toujours dans les considérants que l'exception ne doit pas faire obstacle à l'utilisation de mesures techniques[31]. En conséquence, la copie privée numérique se voit reconnaître ici un statut purement supplétif dans l'attente d'une généralisation des dispositifs anti-copie qui pourraient, à terme, enlever toute pertinence à cette question. Il nous semble en conséquence qu'une telle formulation sonne dès à présent le glas de la copie privée en matière numérique.

Nous verrons plus loin comment s'articule généralement la relation des systèmes techniques de protection avec l'exercice des exceptions.

5.3. Remarque générale sur les exceptions dans l'environnement numérique

Le texte de la Proposition de directive européenne et les Traités de l'OMPI réitèrent l'application du test des trois étapes, résultat de la Convention de Berne, aux exceptions. Ainsi, les exceptions ne peuvent :

- concerner que certains cas spécifiques ;
- être interprétées de façon à permettre leur application d'une manière qui cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droit ;
- porter atteinte à l'exploitation normale des prestations.

Ce test des trois étapes permet notamment que les exceptions puissent vieillir sereinement quels que soient les développements technologiques qui les remettraient en cause. En outre, ce test s'applique pour la première fois aux exceptions résultant de la Convention de Rome.

---

[31] considérant 39

Pourtant une dérive importante est à signaler dans le texte européen. Les trois étapes sont en effet considérées par l'OMPI comme des limites naturelles à l'imagination du législateur en matière d'exceptions. L'OMPI ne peut en effet espérer imposer aux Etats une harmonisation des exceptions mais par le biais du test des trois étapes, il délimite des frontières naturelles et raisonnables aux exceptions et limitations aux droits. Le test des trois étapes dans la directive européenne suit une toute autre logique. Il n'est plus question de donner des lignes directrices aux législateurs nationaux, les cas d'exceptions étant déjà soigneusement circonscrits par l'article 5, mais bien de soumettre l'exercice des exceptions (non leur définition) à une condition supplémentaire. Le paragraphe 5 étend le test des trois étapes à l'application des exceptions, ce qui selon nous, signifie que le juge, afin d'accorder le bénéfice d'une exception, devra cumulativement vérifier que les conditions légales de l'exception sont remplies et que son exercice ne porte ni atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni ne préjudicie les intérêts légitimes du titulaire de droit. La portée des exceptions est ici fortement réduite.

6. Droit moral :

Le droit moral reconnu aux auteurs risque de souffrir de nouveaux maux dans la société de l'information. Une prestation numérisée peut en effet être facilement modifiée et manipulée. La musique électronique a déjà suffisamment montré, avant même l'éclosion d'Internet, combien l'intégrité des voix et des sons est fragile. Internet rajoute à cette menace un environnement ouvert qui permet à de nombreux utilisateurs de transmettre au plus grand nombre le résultat de leurs expérimentations sur les œuvres et prestations de certains artistes.

En matière de droit de paternité toutefois, la technologie se révélera d'un grand secours pour garantir l'apposition du nom de l'auteur sur toute copie ou communication de sa prestation. Sans doute même de manière plus forte que dans un environnement analogique. De nombreuses techniques sont susceptibles de jouer une fonction d'identification et de marquage. Des systèmes d'identification numérique sur le mode de codes insérés dans l'oeuvre ou accompagnant sa circulation sont actuellement en cours de développement soit par la Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs Compositeurs (CISAC)[32], soit par des associations d'éditeurs et producteurs. Le système de la CISAC ou Common Information System (CIS) a pour but, notamment, d'identifier les prestations (sur ce point différents codes seraient appliqués à différents stades de la création, de l'interprétation jusqu'à la fixation et le produit en résultant), les parties intéressées (qui sont soit les titulaires de droit, les auteurs, producteurs, éditeurs, titulaires de droits voisins) ainsi que les contrats passés entre ceux-ci

[32] Pour le système développé par la CISAC ou Common Information System, voir le site de la CISAC <http://www.cisag.org >, quant au Digital Object Identification (DOI) développé par l'Association Internationale des Editeurs : <http://www.doi.org> Voir également LEDGER, M. & TRIAILLE, J.P., (1997) Dispositions contre le contournement des dispositifs techniques de protection, in *Copyright in Cyberspace*, ALAI Study Days, Amsterdam, June 1996, Ed. ALAI, 1997.

relativement aux œuvres et prestations. Ces systèmes d'identification ont pour fonction principale de faciliter la recherche des ayants droits dans des bases de données auxquelles renvoient les codes numériques apparaissant sur l'oeuvre. Par la technique du tatouage ou watermarking[33] dont nous parlerons plus loin, l'identification de l'auteur peut apparaître dans le code numérique gravé en filigrane de la représentation digitale de la prestation, soit dans un identifiant numérique standardisé qui renvoie à une base de données reprenant toutes les données relatives à celle-ci. Le logo du système d'identification peut également apparaître sur le contenu digital ou accompagner toute communication ou reproduction de celui-ci, logo qui comporte un hyperlien renvoyant également à une base de données reprenant de plus larges informations, telles que l'identité et les coordonnées du titulaire de droit, la date de l'interprétation, ou encore les conditions d'utilisation de l'oeuvre.

Dans chacun de ces cas, le nom de l'auteur n'est pas en tant que tel mentionné sur la copie de la prestation, mais se déduit d'un numéro de code ou d'une recherche dans une base de données. Dans ce dernier cas, l'identification de l'auteur s'effectue de manière indirecte. Le droit de paternité est-il dès lors respecté ? Il nous semble que l'objectif du droit moral de paternité est raisonnablement satisfait par le renvoi à une base de données, à condition que l'identification de l'auteur soit permise, sur base du code d'identification, sans frais ni délais et sans aucun risque de confusion. Néanmoins, les techniques de renvoi à la base de données peuvent elles-mêmes être sujettes à des difficultés techniques. Par exemple, l'hyperlien du code numérique vers la base pourrait ne plus être actif ou être erroné. Dès lors, la prudence s'impose dans le choix des techniques d'identification et sans doute faudrait-il préférer dans tous les cas des technologies permettant l'apposition du nom de l'auteur ou de l'artiste interprète sur la représentation de l'oeuvre et de manière indissociable de celle-ci. Nous rejoignons là l'opinion d'André LUCAS, selon laquelle "*pour que le droit de paternité ne soit pas vidé de sa substance, il faut que le nom de l'auteur soit associé à l'oeuvre elle-même de la manière la plus étroite possible. Le renvoyer systématiquement dans un fichier accessible à la demande expresse de l'utilisateur ne serait pas sain*"[34].

---

[33] Pour l'application du watermarking au droit d'auteur et droits voisins, voir S. DUSOLLIER "Le droit d'auteur et son empreinte digitale", *Ubiquité*, n°2,mai 1999, p. 31-46

[34] A. LUCAS, *op.cit.*, p.237, n°471

7. La technologie au secours du droit d'auteur

7.1. Notion

La rengaine est maintenant bien connue: si la technologie menace les droits des artistes-interprètes, la technologie peut également remédier à l'insécurité de la diffusion des prestations sur les réseaux[35].

De nombreuses technologies volent ainsi au secours des auteurs et producteurs :

- Les dispositifs techniques les plus anciens et sans doute les plus répandus à l'heure actuelle consistent en une protection de l'oeuvre par les caractéristiques techniques du support de celle-ci. On peut citer dans ce cadre les SCMS ou Serial Copy Management Systems, qui empêchent la réalisation de plus d'une copie de la prestation protégée ou les supports empêchant toute copie ou la rendant d'une qualité moindre tels que les DvD vidéos. Aux Etats-Unis, ces systèmes doivent obligatoirement être intégrés dans les systèmes digitaux d'enregistrement audio tels que les DAT. Les titulaires de droit ont bien cherché à appliquer cette loi américaine aux appareils RIO et autres qui permettent de lire les fichiers numériques MP3, mais les tribunaux ont rejeté leur action[36].

- D'autres procédés tels que le watermarking ou tatouage permettent de 'marquer' une œuvre ou prestation sous forme numérique de manière telle que toute modification de l'oeuvre pourra être décelée. Il s'agit là surtout d'une protection contre les atteintes à l'intégrité de l'oeuvre, sous la forme d'un sceau digital inséré dans le code de l'oeuvre. Le marquage est normalement totalement invisible et inaudible grâce au procédé de la stéganographie qui peut être définie comme "*l'art et la science de communiquer de manière à masquer l'existence même de la communication*"[37]. Sous forme numérique, le watermarking modifie certains bits dits "inutiles" d'une image ou d'un son. A l'aide d'un logiciel approprié, ce code numérique peut être extrait et déchiffré[38]. Ainsi que nous l'avons vu au chapitre du droit moral, le watermarking peut intégrer des identifiants numériques qui, à la manière du code ISBN, servent à référencer à la fois le contenu et les titulaires de droits.

- La technique de la cryptographie peut également servir à bloquer l'accès à des oeuvres protégées. Toute une série de systèmes dits d'accès conditionnel se développent à l'heure actuelle sur base de cette technologie. Ces systèmes d'accès conditionnel contrôlent l'accès soit à un contenu protégé

---

[35] CH. CLARK, "The answer to the machine is in the machine", in *The future of copyright in a digital environment*, ed. B. Hugenholtz, 1996, p. 139-146 ; voir également la session des journées de l'ALAI 1996, sur les protections techniques in *Copyright in Cyberspace*, ALAI Study Days, Amsterdam, June 1996, Ed. ALAI, 1997.

[36] voir supra note27

[37] R. LEYMORIE, "Cryptage et droit d'auteur", *les Cahiers de la propriété intellectuelle*, 1998, vol. 10, n°2, p.423

[38] S. DUSOLLIER, op.cit., p. 31-46

par le droit d'auteur ou le droit voisin, soit à l'ensemble d'un répertoire ou d'un service contenant différentes prestations protégées.

- Enfin, les ECMS ou Electronic Copyright Management Systems sont des logiciels qui permettent la gestion électronique des droits de propriété intellectuelle principalement dans le cadre de la circulation des oeuvres sur le réseau. Ces ECMS peuvent être nommés ERMS ou Electronic Rights Management Systems, dans la mesure où ces systèmes sont susceptibles de gérer non seulement le copyright, mais également les droits voisins, le droit sui generis ou de simples droits contractuels. Ces systèmes intègrent en réalité une série d'outils technologiques tels que ceux cités plus hauts.

7.2. Mesures techniques et limitations du droit d'auteur

Les systèmes techniques s'embarrassent peu des limites mises au droit d'auteur pour garantir un certain équilibre entre protection et promotion de la culture et du savoir. Ils sont notamment susceptibles de 'cadenasser' et de bloquer l'accès à des œuvres qui ne seraient pas ou plus protégées ou d'empêcher l'exercice normal d'une exception reconnue par la loi sur le droit d'auteur. Dans ce cas, l'exécution du droit d'auteur s'effectue au-delà même de l'existence et de l'étendue du droit.

Ceci implique que les utilisateurs qui souhaiteraient effectuer une reproduction ou une communication au public comprise dans le cadre des limitations aux droits exclusifs ne pourraient le faire qu'en contournant la barrière technique. L'utilisateur devrait donc déployer des efforts d'ingéniosité et de compétence technique pour réaliser certains actes d'utilisation d'œuvre accomplis tout naturellement dans un environnement traditionnel non numérique[39]. D'autant plus que les instruments éventuellement à sa disposition pour le faire seraient de toute évidence sanctionnés par les dispositions que nous envisagerons ci-après.

Il nous apparaît donc indispensable de préciser légalement les limites des protections techniques compte tenu de leur effet d'appropriation éventuelle du domaine public et de la restriction de l'accès à l'information qu'elles impliquent.

La légitimité de la barrière technique sur du domaine public ou empêchant l'exercice d'une exception au droit d'auteur est une des questions les plus épineuses des développements actuels. On peut difficilement mettre en doute le bien-fondé du recours aux mesures techniques pour sécuriser la transmission et la distribution des contenus digitaux (par exemple, dans le cadre du commerce électronique). Une telle sécurisation technique fait d'ailleurs bien plus partie de la protection du

---

[39] SAMUELSON, P. (1996), "The Copyright Grab", *Wired 4.01;* TH; VINJE, "A brave new world of technical protection systems : will there still be room for copyright ?", *E.I.P.R.*, 1996/8, p. 431; M. LEDGER & J.P. TRIAILLE, op. cit; J. COHEN, "Some reflections on copyright management systems and laws designed to protect them", *Berk.T.L.J.,* Vol. 12, n°1, 1997, p.9.

service et des prestations qu'offre le distributeur de contenus culturels que de la protection du droit d'auteur[40]. Toutefois, ce bouclier technique s'ajoute à la protection juridique du droit d'auteur tout en la dépassant sur de nombreux points. En conséquence, l'équilibre complexe atteint en droit d'auteur entre protection et libre usage devient bien fragile. Ce qui justifie que, si les titulaires de droit sont fondés à utiliser la technologie pour sécuriser leurs œuvres, il convient simultanément d'apporter des correctifs légaux aux possibles abus de cette utilisation.

Il s'agit là d'une question particulièrement controversée. D'aucuns estiment que les exceptions ne sont que des tolérances accordées aux utilisateurs qui devront nécessairement s'effacer lorsque les titulaires de droit recouvreront les pleins moyens d'effectivité et de contrôle de leurs droits exclusifs[41]. D'autres[42], auxquels je joins mon opinion, plaident pour une différenciation entre les exceptions selon qu'elles reposent sur des droits et libertés fondamentales, telles que la liberté d'expression, la liberté de la presse ou le droit à l'information, selon qu'elles satisfont des intérêts généraux ou selon qu'elles existent en raison d'un simple « market failure » à savoir une impossibilité pratique de contrôler les usages soumis dès lors à une exception. Dans le premier cas, on pourrait ranger la courte citation, les comptes rendus d'événements de l'actualité, la caricature. Ces exceptions ne peuvent qu'être considérées comme d'ordre public et devraient subsister à l'encontre de tout contrat ou système technique. Le principe est moins évident pour les exceptions reflétant les intérêts généraux de la société, telles que les exceptions en matière d'éducation ou pour les examens publics. Ici sans doute, chaque cas devrait être réexaminé en détail.

Quant aux exceptions dites de market failure, les systèmes techniques remédiant par définition à cette lacune du marché, les exceptions ne pourront qu'être supplétives.

En droit belge, il ne faut pas perdre de vue que parmi les "cavaliers" qui, accompagnant la transposition de la directive sur les bases de données, ont modifié la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins, une disposition nouvelle, l'article 23 bis, garantit un statut impératif aux exceptions au droit d'auteur. La même nature est accordée aux exceptions en matière de droits voisins en vertu de l'article 46 bis de la loi ainsi modifiée[43]. Par conséquent, un contrat ne peut déroger à l'existence de ces exceptions. De la même manière, il nous semble qu'un système technique ne pourrait empêcher la réalisation, par exemple, d'une copie privée, ou d'une citation. La loi belge se trouve donc en

---

[40] S. DUSOLLIER, "Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès en droit européen", in *Le Droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, op.cit.

[41] A. LUCAS, op. cit.,

[42] B. HUGENHOLTZ, « Rights, Limitations and Exceptions : Striking a Proper Balance », Keynote Speech at the Imprimatur Consensus Forum, 30/31 October 1997, Amsterdam

[43] M.T. JANSSENS, rapport belge sur les exceptions, in *Les Frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, 14-17 septembre 1998, Cambridge, Ed. Australian Copyright Council, 1999.

contradiction avec la philosophie même de la proposition de directive, à tout le moins en matière de copie privée, et risque de devoir être modifiée sur ce point lors de la transposition de la future directive.

De nombreux Etats européens ont insisté pour que la proposition de directive sur la société de l'information résolve cette question. Le résultat n'a pas le mérite de la clarté. L'article 6.4. prévoit qu':

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

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

En résumé, le législateur encourage les titulaires de droits à permettre, de manière volontaire, l'exercice des exceptions en dépit des mesures techniques. On songe par exemple à la programmation des mesures techniques de telle manière qu'elles s'effacent devant certaines requêtes ou devant certains utilisateurs susceptibles de bénéficier d'une exception (les écoles, les bibliothèques, etc.…).

A défaut de telles mesures volontaires, les Etats devront faire en sorte que les utilisateurs légitimes d'une œuvre puissent bénéficier des exceptions suivantes : reprographie, exceptions pour les bibliothèques, pour les organismes de radiodiffusion et pour les institutions sociales telles les hôpitaux et les prisons. On peut se demander pourquoi seules ces exceptions bénéficient de ce régime particulier. Le fait qu'elles bénéficient particulièrement à des utilisateurs collectifs et non à des individus ne paraît pas suffire. D'autres exceptions, dans le même cas, ne sont pas reprises dans l'article 6.4.

En matière de copie privée, les Etats ont également la faculté, mais non l'obligation, de garantir l'exercice de l'exception en dépit des éventuelles barrières techniques. Ceci est particulièrement étrange si l'on relit le considérant 39 qui affirme que la copie privée ne peut faire échec aux mesures techniques.

Ceci dit, c'est l'ensemble de ce paragraphe qui échappe à la compréhension. Que la question des exceptions soit politiquement délicate, c'est un fait, mais cela n'implique pas une telle solution démagogique et impraticable. Comment en effet assurer l'exercice des exceptions par des mesures volontaires ? Quels sont les outils dont dispose l'Etat à cet égard ? La technologie est par définition aveugle et ne réagit qu'aux demandes d'actes techniques telles qu'une copie, une impression, un

envoi, une lecture, un accès. Elle ne peut reconnaître le cadre dans lequel se réalise cet acte. Les conditions souvent subjectives posées à l'exercice d'une exception ne peuvent être analysées et reconnues par de telles mesures techniques. Un exemple en est le caractère impératif accordé par la directive européenne sur les bases de données à l'exception permettant à l'utilisateur légitime d'effectuer les actes nécessaires à une utilisation normale. Comment la mesure technique protégeant la base de données pourrait-elle déterminer ce qu'est une utilisation "normale"?

De même une exception également impérative est reconnue à l'utilisateur d'une base de données protégée par un droit *sui generis* pour extraire des parties non substantielles. Le système protégeant la base ne pourra toutefois définir ce qu'est une partie "non substantielle", à moins d'être programmé à cet effet par le titulaire de droit, ce qui enlèverait une partie de son sens à l'exception.

Une autre solution peut être trouvée dans le cadre des relations contractuelles entre les titulaires de droit et les utilisateurs. Les auteurs pourraient ainsi se voir contraints de fournir à certains types d'utilisateurs une copie de l'œuvre dépourvue des protections techniques, ou encore une copie dont la protection technique tiendrait compte du type d'exceptions que cet utilisateur est habilité à exercer. Cette solution ne concernerait toutefois que de grandes catégories d'utilisateurs, tels les bibliothèques, les journalistes, les chercheurs, les enseignants, auxquels sont associés certaines exceptions déterminées. Ces différentes alternatives pénaliseraient les utilisateurs individuels qui ne se verraient pas reconnaître une telle possibilité. Le système des exceptions ne deviendrait plus qu'une affaire de négociation contractuelle entre les ayants droit et quelques utilisateurs qu'on pourrait appeler collectifs.

Il faut surtout remarquer que ce paragraphe 4 de l'article 6 ne s'applique pas aux œuvres mises à la disposition du public à la demande sur base d'un contrat, ce qui réduit considérablement cette disposition.

7.3. Protection juridique des mesures techniques

Le développement des mesures techniques a induit chez les titulaires de droit une crainte que ces technologies soient facilement et impunément déverrouillées et neutralisées, ce qui ruinerait l'efficacité de ces mesures et donc la distribution des œuvres sur Internet. Les législateurs ont très vite répondu à cette crainte en inscrivant dans l'arsenal législatif du droit d'auteur une protection de ces dispositifs techniques. Ainsi les Traités de l'OMPI de 1996 imposent aux Etats Membres de "*prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en oeuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs oeuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi".*

L'Union Européenne propose de transposer cette protection de manière extrêmement détaillée d'une part en interdisant la neutralisation même des systèmes techniques[44]; d'autre part en sanctionnant la commercialisation et autres activités de distribution de dispositifs permettant la neutralisation[45]. Les mesures protégées sont définies comme "*toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de leur fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur tel que prévu par la loi ou du droit sui generis*". A première vue, seuls sont ici visés les dispositifs techniques qui empêchent ou limitent l'accomplissement d'actes soumis au monopole exclusif de l'auteur, soit le droit de reproduction, de communication, ainsi que le droit moral.

Par contre, il est précisé, en accord avec le texte des Traités OMPI, que seuls seront protégés les dispositifs *effectifs*, cette effectivité étant définie de manière telle qu'elle couvre également les systèmes d'accès aux œuvres. En effet "*les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre ou celle d'un autre objet protégé est contrôlée par les titulaires de droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection".*

Tant les technologies d'accès que les systèmes protégeant strictement les droits exclusifs sont visées par la protection[46].

B. Hugenholtz a décrit la protection juridique des mesures techniques comme un troisième niveau de protection des œuvres. Le premier niveau ou la première "couche" est constituée par la loi sur le droit d'auteur qui assure une protection opposable à tous. Les mesures techniques peuvent être comparées à un deuxième niveau de protection ou une deuxième "couche", en ce qu'elles assurent techniquement la protection de l'œuvre (ou le contrôle de l'accès à l'œuvre). Enfin, l'article 11 des Traités OMPI a ouvert la voie à un troisième niveau de protection, puisqu'il instaure une protection de la mesure technique de

---

[44] Article 6.1. de la proposition de directive sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins : "Les Etats membres prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif"

[45] Article 6.2. "Les Etats membres prévoient une protection juridique appropriée contre la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location, la publicité en vue de la vente ou de la location, ou la possession à des fins commerciales de dispositifs, produits ou composants ou la prestation de services qui : a) font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation, dans le but de contourner la protection ou b) n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection ou c) sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection de toute mesure technique efficace."

[46] voir S. DUSOLLIER, "Electrifying the fence : the legal protection of technological measures for protecting copyright", [1999] *E.I.P.R.*, 6, p. 285-297,

protection: ainsi, l'œuvre est désormais protégée par la loi et par la technique, et la technique elle-même est protégée comme telle par la loi.

En conséquence, l'utilisateur qui accomplit un acte soumis à l'autorisation de l'auteur relativement à une œuvre protégée par un système technique se rend coupable de deux actes répréhensibles: la violation du droit d'auteur, d'une part, et la violation des dispositions relatives aux mesures techniques, d'autre part.

Les conséquences en sont parfois absurdes. Imaginons qu'un utilisateur neutralise la barrière technique qui empêche la copie numérique de l'œuvre. Il peut à ce titre être poursuivi sur base du droit d'auteur. Pourquoi y ajouter une sanction pour la neutralisation du mécanisme de protection?

A contrario, un utilisateur peut neutraliser le verrou pour effectuer un acte de copie autorisé, par exemple dans le cadre d'une exception, ou pour avoir accès à l'œuvre sans accomplir postérieurement à l'accès des actes soumis à l'autorisation des titulaires de droit. Il peut également neutraliser le verrou pour avoir, par exemple, accès à une œuvre dans le domaine public, ou à un contenu informationnel non protégé. Il ne commet ici aucune violation du droit d'auteur mais reste susceptible d'être poursuivi pour la seule neutralisation de la mesure technique. Le simple accès, dans la mesure où il s'effectuerait moyennant la violation des mesures de sécurité, devient illicite.

Cette extension du monopole de l'auteur vers l'accès à son œuvre ne peut manquer d'étonner. On peut notamment s'interroger quant au fondement véritable de la protection de ces mesures. En effet, est-ce bien le droit d'auteur dont l'exercice et l'effectivité se trouvent ainsi renforcés? Ne protège-t-on pas surtout l'investissement consacré au développement et à l'utilisation des mesures techniques ?

N'est-ce pas plutôt la simple distribution de contenus éventuellement protégés par le droit d'auteur et sa rémunération qui forment l'objet principal de la protection ? Si le simple fait de franchir la barrière est prohibé, quels que soient les actes accomplis par la suite, qu'ils soient licites ou non, n'est-ce pas la barrière elle-même qui fait l'objet essentiel de la protection ? Citons Y. Gendreau : "*L'évolution a donc été rapide. Elle est aussi paradoxale : alors qu'on ne sait pas encore au juste quels actes sont visés par le droit de reproduction, on élabore déjà dans le cadre du droit d'auteur des systèmes exorbitants du droit d'auteur traditionnel pour les contrôler*"[47].

8. Un nouveau rôle à jouer pour les sociétés collectives ?

L'avènement de la Société de l'Information est régulièrement considérée par de nombreux auteurs, artistes, et sociétés de gestion collective comme un terrain d'action privilégié pour la gestion

[47] Y. GENDREAU, "Le droit de reproduction et Internet", *R.I.D.A.*, janvier 1999, p. 55.

collective[48]. Il sera en effet particulièrement ardu pour un titulaire de droit de contrôler individuellement et directement toutes les utilisations et exploitations de son œuvre ou de sa performance sur les réseaux numériques ouverts tels qu'Internet ou sur des réseaux de télévision numérique multi-chaînes. Une intervention accrue des sociétés de gestion collective pourrait donc se révéler indispensable.

Outre la difficulté de la gestion individuelle dans le cadre de la Société de l'Information, les avantages des sociétés de gestion collective sont nombreux. Elles gèrent depuis longtemps des répertoires larges et multiples pour des exploitations diverses. Elles sont également familiarisées avec l'octroi d'autorisations pour des exploitations transfrontières, et ce notamment en vertu des accords de réciprocité qui les lient aux sociétés de gestion collective soeurs. Elles établissent en outre des tarifs pour de grandes catégories d'oeuvres et de prestations.

En raison de cette expérience, beaucoup considèrent, et sans doute à juste titre, que les sociétés de gestion collective vont se révéler, à l'avenir, plus indispensables que jamais.

D'autres personnes[49] prédisent, tout au contraire, un amoindrissement de la gestion collective et un retour à la gestion individuelle, et ce notamment grâce aux systèmes techniques de protection et de gestion électronique des oeuvres. Ces systèmes seraient susceptibles à terme de fournir aux titulaires de droit un outil performant de gestion individuelle de leurs droits.

L'avantage des systèmes de gestion électronique pour les titulaires de droit est à la fois leur interactivité et leur possibilité de contrôle des exploitations successives d'une oeuvre. La base de données ou la collection gérée peut s'enrichir constamment de nouveaux objets par un simple apport on-line de ceux-ci par l'auteur ou le producteur, voire par l'artiste-interprète. Ainsi, les utilisations des oeuvres et prestations ne sont pas figées et peuvent évoluer à la fois quant au contenu mis en ligne et quant aux utilisations permises. Les usages et exploitations sont précisément détectées et suivies, ce qui garantit une répartition des droits des plus adéquates, notamment entre les auteurs d'une part et les artistes interprètes et autres titulaires de droits voisins d'autre part. En outre, tout élément du système est protégé contre d'éventuelles reproductions non autorisées et les licences accordées et donc le fonctionnement du système peut être individualisé selon le type d'utilisateurs (établissements d'enseignement, particuliers, bibliothèques, entreprises, etc.).

---

[48] C. DOUTRELEPONT, " Raison d'être des sociétés de gestion des droits, importance, essor et développements récents ", Rapport général au Congrès de l'ALAI (Association Littéraire et Artistique Internationale) à Montebello, septembre 1997, *Protection des auteurs et artistes interprètes par contrat*, Ed. Yvon Blais, Conwansville (Canada), 1998, p. 503.

Voir également Rapport belge, ibidem, p. 584

49 Rapport Français, Journées d'Etudes de l'ALAI, ibidem, p. 631;

Ceci explique combien ces systèmes sont parfois vus avec une certaine défiance par les sociétés de gestion collective qui craignent que les titulaires de droits préfèrent cette méthode de gestion et retournent ainsi à une gestion plus individuelle.

Un risque plus grand est que seuls les éditeurs, producteurs et autres exploitants commerciaux des oeuvres puissent s'offrir cette forme technologique de gestion individuelle pour sécuriser et gérer l'ensemble de leurs collections et être capables ainsi d'en fournir une nouvelle exploitation on-line[50]. Il est difficile pour des auteurs à titre individuel, sans parler même des artistes-interprètes dont la position face aux exploitants de leurs exploitations est encore plus faible, de recourir à cette forme de protection et de gestion autant pour des raisons économiques que pratiques, dans la mesure où ces systèmes ont pour vocation d'être appliqués à des produits et services multimédia regroupant diverses oeuvres et prestations provenant de multiples créateurs et artistes. Les producteurs seraient donc maîtres de la gestion des droits et pourraient ne pas garantir à leurs auteurs et à leurs artistes un juste retour des rémunérations ainsi perçues. Or, à l'heure actuelle, les sociétés de gestion collective assurent une participation des auteurs et artistes-interprètes aux bénéfices de la répartition des sommes perçues. Dans un système de gestion individuelle opéré par la technologie, seuls les contrats décident des clés de répartition et rien n'empêcherait les producteurs économiquement plus forts, de s'octroyer la part du lion.

Il est donc indispensable que les sociétés de gestion collective interviennent dans le processus des systèmes de gestion électronique dès à présent. Leur intervention est d'ailleurs généralement souhaitée par les développeurs de telle technologie. Un de leurs atouts est justement leur expérience de gestion des répertoires internationaux et composés d'oeuvres et prestations de multiples catégories. De plus, dès que le système d'identification numérique des prestations et ayants-droit aura été finalisé et mis en place par la CISAC, les sociétés de gestion collective seront aux premières places dans l'attribution et la gestion de ces identifiants. Or les systèmes techniques ne pourront fonctionner qu'en recourant à une telle identification mondiale et standardisée.

9. Responsabilité des intermédiaires

9.1. Les opérateurs de télécommunications, les fournisseurs d'accès ou d'hébergement

Il y aurait beaucoup à dire sur la responsabilité des intermédiaires en cas de violation des droits intellectuels dans les contenus auxquels ils donnent accès, qu'ils hébergent ou transportent[51]. La problématique est en effet vaste et complexe et a constitué tout à la fois une des questions les plus

---

50 A. DIETZ, intervention aux Journées d'Etude de l'ALAI, op. cit., p. 697

[51] R. JULIA BARCELO, « Liability of on-line intermediaries », *E.I.P.R.,* 1998/12, A. STROWEL & N. IDE, "La responsabilité des intermédiaires sur Internet- Partie I", *R.I.D.A.*, juillet 2000, n°185

délicates et les plus sujettes à tous les lobbyings. Les arguments pour ou contre une responsabilisation des intermédiaires techniques d'Internet sont les suivants. Les titulaires de droits estiment que les intermédiaires bénéficient, quoiqu'indirectement, de la profusion de contenus disponibles sur les réseaux et seraient donc à ce titre concernés par l'éventuelle illicéité de ces contenus. Enfin, les intermédiaires participent à la diffusion large d'une œuvre ou d'une prestation mise sur le réseau à l'insu des ayants-droit, soit en donnant accès au réseau, soit, et l'argument est ici plus fort, en hébergeant ce contenu sur leur serveur. Par ailleurs, ils sont les plus aptes techniquement pour enlever le contenu litigieux d'Internet ou bloquer l'accès au site. Plus pragmatiquement, les titulaires de droit se sont retrouvés face à une difficulté nouvelle dans les cas de contrefaçon sur Internet. En effet, dans la grande majorité des cas, le responsable direct de la contrefaçon est soit non identifié soit réside dans une juridiction hors de portée du titulaire de droit lésé ou qui ne garantirait pas à suffisance la protection de la propriété intellectuelle. Dès lors, il est apparu plus facile de s'adresser au prestataire technique soit plus proche géographiquement, tel que le fournisseur d'accès national, soit plus solvable.

En face, les arguments ne sont pas moins solides. Les prestataires techniques de l'Internet prétendent qu'ils sont démunis face à l'immensité du contenu des réseaux, immensité qui les empêche concrètement de vérifier les éventuelles violations de droit qui y seraient commises. Ce contrôle aboutirait également à l'établissement d'une censure sur les contenus Internet. De plus, même s'ils étaient à même de vérifier ce contenu, ils ne disposent bien souvent pas des éléments leur permettant de juger qu'un contenu a bien été placé sur le web en l'absence du consentement de tous les titulaires de droit. Leur imputer une responsabilité sans limites les forcerait à fermer boutique dans la mesure où leur travail consiste précisément à héberger ou donner accès à des contenus de manière indifférenciée. Finalement ce qu'ils perçoivent ne serait qu'une série de bits dont l'éventuelle qualité d'œuvre ou de prestation protégée leur serait invisible.

La jurisprudence est hésitante et diverse, ce qui n'a pas empêché le législateur communautaire de trouver une solution de compromis.

La solution préférée par l'Union Européenne est de régler la question de la responsabilité des intermédiaires de manière transversale[52]. Dès lors, le régime de responsabilité des intermédiaires techniques sera identique que l'on se trouve en présence d'une violation de droit d'auteur, de vie privée, de contenu diffamatoire, raciste ou pédophile. Nous avons déjà vu plus haut le régime d'exonération prévu pour les intermédiaires réalisant des caches. Les deux autres types d'agissements visés sont le simple transport et l'hébergement de contenus illicites. Dans le premier cas, le prestataire du transport ne sera pas responsable s'il n'est pas à l'origine de la transmission, s'il n'en sélectionne ou ne modifie ni le destinataire ni les informations faisant l'objet de la transmission. Quant aux hébergeurs de contenus illicites, ils échapperont à toute responsabilité s'ils n'ont pas effectivement connaissance que l'activité est illicite et s'ils agissent promptement, dès qu'ils acquièrent cette connaissance, pour retirer les information ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Le texte européen

[52] E. MONTERO, "La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet", *Ubiquité* n°5, p. 99.

ne dit pas de quelle manière la connaissance de l'illicéité doit être acquise. Dès lors, il appartiendra aux législateurs nationaux de déterminer les conditions et la validité d'actes portant la violation alléguée à la connaissance des prestataires techniques d'hébergement. On parle généralement de procédure de *notice-and-take-down*. Toutefois, des accords passés entre les fournisseurs d'hébergement et les sociétés de gestion collective de droit d'auteur ou de droits voisins pourraient convenir de modalités précises.

9.2. Hyperliens et moteurs de recherche

Les hyperliens sont "*l'indication interactive de la coordonnée d'une page web*"[53]. Ils constituent les fils de la toile à proprement parler dans la mesure où ces hyperliens établissent des connections entre les différentes ressources du Web. Le type d'hyperlien le plus apparent apparaît sur les pages web sous la forme de texte souligné et dans une autre couleur[54]. Les moteurs de recherche ont pour objectif de fournir de l'information et de rechercher du matériel sur Internet. Ces services, dont les plus connus sont Yahoo, Lycos, Altavista et autres, utilisent des agents électroniques nommés *crawlers* ou *spiders* qui prospectent le réseau, font des copies temporaires du matériel trouvé et créent des index. Les moteurs de recherche puisent dans ces index les ressources correspondant au terme de recherche introduit par l'utilisateur. Certains proposent également la consultation de l'index même, qui consiste le plus souvent en une arborescence de liens par pays et par secteur d'activités ou de services. Certains sites se sont spécialisés dans la création d'index et de collections de liens sur un sujet précis, tel que par exemple, les fichiers musicaux MP3.

Pour les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins, la technique des hyperliens et des moteurs de recherche devient problématique lorsque, dans l'immensité du Web, ces liens ou ces services pointent justement et rendent visibles des ressources en contradiction avec leurs droits. Il est notamment évident que la plupart des moteurs de recherche ou des sites qui référencent des fichiers musicaux MP3 orientent l'internaute dans la majorité des cas vers des contenus illicites.

---

[53] Définition donnée par le site CIPertexte,
<http://www.droit.umontreal.ca/~farassef/cipertexte/index.html>

[54] On parle dans ce cas de *outlink*. Les autres types de liens sont les liens *in-line* qui sont des pointeurs vers une image, une séquence sonore ou audiovisuelle ou tout autre type de média situé à un autre endroit du web, mais 'appelé' sur le site liant de telle manière que l'objet lié s'affiche sur ce dernier. En d'autres mots, le visiteur du site voit sur ces pages une image ou un texte qui provient en réalité d'une autre page web. Enfin, le *framing* est le fait de diviser une page web en plusieurs espaces dont le contenu provient de différents sites. Ici, le matériel lié apparait au centre de la bordure constituée par le site liant. Voir A. STROWEL, "Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. A propos des hyperliens", *A&M*, 1998/4/, p.296

Dès lors, la réaction des titulaires de droit, et particulièrement des producteurs de phonogrammes, ne s'est pas fait attendre. De nombreuses actions ont été lancées contre les personnes qui établissent un lien vers de la musique on-line illicite. La jurisprudence, nombreuse en ce domaine, est partagée[55]. En Belgique, deux jugements ont particulièrement attiré l'attention. Le premier opposait l'IFPI, fédération internationale des producteurs de phonogrammes, à Skynet qui hébergeait des pages web référençant, par la technique de l'hyperlien, des fichiers MP3 illicites. Le jugement tranche non en matière de droit d'auteur mais sur base des pratiques commerciales illicites, car il reproche à Skynet de n'avoir pas mis tout en œuvre pour faciliter l'exercice et la défense des droits d'un autre commerçant, ce qui constitue selon le juge une pratique commerciale déloyale[56].

Un autre jugement condamne un étudiant pour avoir créé des sites web successifs sur lesquels il fait l'apologie du MP3 pirate et reprend une liste de sites sur lesquels trouver ces fichiers[57].

La plupart de ces actions invoquent une violation du droit d'auteur ou des droits voisins. Il me semble toutefois que l'argument suivant lequel l'établissement d'un lien constituerait un acte d'exploitation de l'œuvre soumise à l'autorisation de l'auteur, soit rarement fondé. En effet, insérer un lien vers un fichier MP3 illicite ne constitue pas une reproduction de la prestation de l'interprète ou de l'œuvre liée puisque la référence en elle-même n'effectue aucune fixation de la prestation ou de l'œuvre mais se contente d'indiquer où la trouver. C'est parfois moins clair pour les liens in-line[58] ou les frames[59] pour lesquels la ressource liée est appelée dans le site liant sur lequel elle apparaît alors, sans qu'à première vue le visiteur puisse distinguer les éléments qui proviennent du site même ou non. Pourtant, même dans ce cas, ce n'est que lorsque l'utilisateur consulte la page du site liant que l'ordinateur va chercher l'image ou le texte lié à un autre endroit et l'installe sur la page. La seule reproduction, en l'occurrence, se réalise à l'initiative de l'internaute et sur la mémoire vive de sa machine.

---

[55] A. STROWEL & N. IDE, "La responsabilité des intermédiaires sur Internet – Partie II", *R.I.D.A.*, octobre 2000, n°186.

[56] Prés. Comm. Bruxelles (cessation), 2 novembre 1999, disponible à l'adresse http://www.droit-technologir.org/2_1.asp?actu_id=1877271291&month=2&year=2000

[57] Prés. Civ. Anvers (référé), 21 décembre 1999 (IFPI / Beckers W.), non publié, RG 99/23830.

[58] Un lien in-line est un pointeur vers un document, une image, une séquence sonore ou tout autre type de média situé à un autre endroit du Web , mais 'appelé' sur le site liant de telle manière que le média lié s'affiche sur ce dernier. En d'autres mots, le visiteur du site voit sur cette page une image ou un texte qui vient en réalité d'une autre page web. Par exemple, le logo des Facultés de Namur qui se trouve sur les pages du CRID, provient en réalité d'une autre page web et n'a pas été réellement reproduit et installé sur la page spécifique du CRID.

[59] On parle de framing lorsque le matériel d'un lien in-line apparaît dans la bordure d'une page du site liant. La page est ainsi divisée en plusieurs espaces ou 'frames'. Le site liant est parfois appelé le "para-site" avec une dénotation évidemment péjorative.

Si reproduction il y a, sans doute faudrait-il la trouver du côté du droit d'adaptation ou de la reproduction intellectuelle des prestations[60]. Ne pourrait-on en réalité considérer que la page web construite sur base d'appels d'autres œuvres et prestations par des liens constitue une œuvre dérivée? Même si la création effective de la page se réalise concrètement à chaque visite d'un utilisateur, l'œuvre dérivée que constitue la page, a été conçue par le dessinateur du site comme un tout incorporant les œuvres liées. Un site web n'est finalement qu'une œuvre collective 'virtuelle' comprenant toutes les images et textes lisibles et visibles par l'utilisateur. Les liens nécessitent une incorporation, au moins au sens virtuel, du matériel lié dans cette œuvre collective, donc créant une œuvre dérivée. Un argument de ce point de vue serait que le matériel lié accentue la valeur du site liant.

Cet argument du droit d'adaptation vaut actuellement surtout pour les images qui figurent en toute apparence sur les sites liant. L'argument du droit d'adaptation est sans doute également plus faible en ce qui concerne les out-links ou les résultats de recherche produits par une machine de manière totalement automatisée. Recourir aux autres prérogatives de l'auteur est également difficile[61]. Il ne me parait pas justifié de prétendre qu'attirer l'attention sur une œuvre par le biais d'un lien puisse valoir comme mise à la disposition[62] ou communication au public. La simple référence à une œuvre n'équivaut pas, selon moi, à un nouvel acte de mise à la disposition.

En revanche, attaquer ces liens sur base de la responsabilité ou de la complicité à la violation de droit d'auteur commise par des tiers pourrait se révéler fructueux. Les deux jugements belges en sont un exemple. Invoquer la responsabilité semble également être le seul moyen à faire valoir contre les moteurs de recherche. Dans ce cadre, la connaissance du caractère litigieux du matériel lié devrait être un élément clé pour déterminer la responsabilité du site liant, ainsi que le bénéfice éventuel qu'il retire de ce lien. Par exemple, indiquer des sites MP3 illicites en connaissance de cause ou en en retirant une promotion personnelle substantielle me paraît pouvoir entraîner une certaine responsabilité dans la violation du droit d'auteur qui s'ensuit.

Les Etats-Unis ont récemment légiféré sur ce cas particulier de la responsabilité des moteurs de recherche. Le Digital Millenium Copyright Act[63] prévoit d'exonérer les moteurs de recherche ou "information location tools" lorsque l'opérateur du moteur de recherche n'a pas connaissance de

---

[60] Cet argument est souvent avancé par les juristes de droit américain qui parlent alors de 'derivative work', voir HAYES, op.cit.

[61] voir également les arguments du côté de la défense, notamment le recours à une licence implicite, A. STROWEL. op.cit., p. 301-302.

[62] Selon la terminologie et la définition de ce droit dans les Traités OMPI de décembre 1996 et dans la proposition de directive européenne sur l'harmonisation du droit d'auteur dans la société de l'information.

[63] Section 202, § 512 d). J. GINSBURG « Chronique des Etats-Unis », *op.cit.*

l'illicéité du matériel lié, ni de circonstances dont il apparaît que l'illicéité est manifeste et s'il ne retire aucun bénéfice financier direct du matériel lié. En outre, dès qu'il est mis au courant du caractère illicite de l'activité qu'il référence ou lie, l'opérateur doit agir promptement pour désactiver le lien litigieux.

Le texte de la Directive sur le commerce électronique ne prévoit pas, au chapitre de la responsabilité des intermédiaires, de dispositions particulières en la matière. Néanmoins, l'attention de la Commission et des parlementaires européens ayant été attirée sur ce point, notamment par les titulaires de droit, la proposition révisée prévoit qu'une étude soit réalisée prochainement afin d'examiner l'incidence de ce cas de responsabilité[64].

9.3. Napster et autres concepteurs de technologie

Les médias ont beaucoup parlé de l'affaire Naspter. Napster est un logiciel qui permet aux utilisateurs de s'échanger les fichiers MP3 qu'ils stockent sur leurs disques durs. Il suffit de télécharger le logiciel et de se connecter à Internet pour trouver, dans un infini juke-box constitué des ordinateurs des centaines de milliers d'utilisateurs connectés, n'importe quel morceau de musique. Il va sans dire que la majorité des musiques qui sont ainsi mises à disposition le sont sans l'autorisation des titulaires de droit. La société conceptrice et distributrice du logiciel Napster n'accomplit a priori aucun acte contraire au droit d'auteur. Elle ne reproduit pas les musiques et ne les diffuse pas sur Internet mais se contente de distribuer un outil qui permet ou facilite ces reproductions et diffusions illicites. Les producteurs de phonogrammes ont toutefois remporté une première bataille contre ce logiciel vedette durant l'été 2000.

Le juge américain[65] a en effet estimé que Napster était responsable (contributorily liable) d'avoir facilité la violation de droit d'auteur dans la mesure où son logiciel ne permet pas de manière substantielle des utilisations non illégitimes au regard du droit d'auteur ("capable of substantial non infringing uses"). Ce critère est celui utilisé par la Cour Suprême dans l'affaire Sony Betamax[66] qui a tranché en faveur de la légitimité des magnétoscopes malgré que ceux-ci permettent d'effectuer des copies illicites d'œuvres audiovisuelles. Le fait que le magnétoscope permet surtout d'effectuer des copies privées licites absout l'appareil. Par contre dans Napster, il a été jugé que les utilisations qui sont faites du logiciel sont majoritairement illégitimes.

Sous un régime européen de responsabilité, la solution serait sans doute identique bien que fondée sur d'autres bases. Il nous semble qu'il faudrait rechercher, en vertu de l'article 1382 du Code Civil, si

---

[64] Proposition révisée, article 24.

[65] *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, Court of Appeal (9th circuit), , n° 00-16401, 28 juillet 2000.

[66] *Sony Corporation of America et al. v. Universal City Studios*, Inc., et al.,464 U.S. 417, 104 S. Ct., 774, 78 L. Ed. 2d 574 (1984). (Supreme Court)

Napster a commis une faute en développant et commercialisant son logiciel, tout en sachant pertinemment qu'il serait principalement utilisé pour échanger et diffuser des fichiers en violation des droits d'auteur.

Conclusion

Internet risque de mériter, pendant quelques années encore, sa réputation d'espace de tous les dangers. Pourtant, les auteurs, les artistes-interprètes, les producteurs s'y aventurent de plus en plus, à la fois pour ne pas laisser le champ libre aux pirates et contrefacteurs de tout poil et pour y faire connaître et vendre leurs prestations, créations et produits. Cette appropriation, voire ré-appropriation, de l'espace numérique s'accompagne d'une approche techno-légale de plus en plus consistante. D'une part, les efforts législatifs ont été nombreux pour renforcer la protection des droits d'auteur et droits voisins sur les réseaux. D'autre part, des technologies sont développées ou adaptées pour fournir une protection effective aux contenus numériques. Là aussi, la loi est intervenue pour protéger ces mêmes technologies protectrices.

Dans certains cas, ce double effort a été perçu comme un renforcement des droits de la propriété intellectuelle. Et souvent, à l'heure actuelle, on peut conclure que les droits d'auteur et droits voisins sont sortis grandis de leur bataille face aux défis numériques. Pourtant, la guerre, ou ce que certains souhaitent dénommer ainsi, n'est pas finie. Restent encore en jeu des questions épineuses, telles que la copie privée, le maintien des exceptions, notamment à l'encontre des systèmes techniques, l'étendue des droits des artistes face à la radiodiffusion numérique et au webcasting, ainsi que la responsabilité des moteurs de recherche référençant des contenus illicites.

Une question plus transversale me paraît tout aussi préoccupante. Internet a été annoncé et promu comme un espace de liberté nouveau où tout se trouve, tout se copie, tout se diffuse. A tel point que les internautes finissent par ne plus établir de distinction nette entre canaux de diffusion légitimes ou non. La perception du renforcement du droit d'auteur et droits voisins, induits par l'avancée légale et technique, les conforte dans l'opinion que les droits de propriété intellectuelle sont abusifs et que les sites pirates sur Internet sont par contre totalement justifiés. Il y a là un grand déficit éducatif quant à la justification de la propriété intellectuelle. Déficit que l'ensemble des titulaires de droit doivent impérativement combler sous peine de voir leur entrée dans le commerce électronique des œuvres et prestations sérieusement menacée.

Séverine Dusollier

severine.dusollier@fundp.ac.be

Le 8 janvier 2000