

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droit d'auteur : le droit de reproduction provisoire dans la nouvelle législation européenne : la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information

Bodson, Loïc

Published in:
Revue Ubiquité - Droit des Technologies de l'Information

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):
Bodson, L 2002, 'Droit d'auteur : le droit de reproduction provisoire dans la nouvelle législation européenne : la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information', *Revue Ubiquité - Droit des Technologies de l'Information*, numéro 11, pp. 55-67.

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.

Droit d'auteur : le droit de reproduction dans la nouvelle législation européenne

La directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ¹.

Loïc Bodson

Introduction

Au terme d'un accouchement difficile, la directive « droit d'auteur dans la société de l'information » a enfin été adoptée le 22 mai dernier². Ce texte était attendu avec impatience car son but est d'apporter (enfin...) des solutions claires et harmonisées aux nombreuses questions suscitées par l'arrivée fracassante de la technologie dans le champ du droit d'auteur.

Au cœur des débats se trouvait notamment le sort à réserver à la copie éphémère. Fallait-il donner raison aux titulaires de droit qui voient leurs œuvres reproduites avec une facilité et une rapidité déconcertante depuis le passage au numérique et surtout depuis l'avènement d'Internet ? Ou bien, à l'opposé, fallait-il accorder aux intermédiaires (fournisseurs d'accès et de contenu) une exemption pour les nombreuses copies provisoires que la technique leur impose afin d'offrir leurs services ?

Bref, pour poser la question centrale, une copie éphémère est-elle une reproduction ?

La directive affirme que la réponse est positive, mais qu'elle ne s'applique pas dans tous les cas. En effet, elle donne une définition assez étendue de la reproduction³, incluant la reproduction provisoire, mais elle tempère cette conception large par une exception obligatoire⁴ pour les Etats, et une kyrielle d'exceptions à appliquer de manière facultative⁵.

Le présent article est surtout centré sur les enjeux que recèle la reproduction provisoire, et sur l'exception qui lui est appliquée. Concrètement, le point 1. tente de cerner la définition classique de la reproduction et les changements qui ont été apportés par la digitalisation. Ensuite, la reproduction provisoire est expliquée au sous l'angle technique au point 2. pour arriver à comprendre les aspects qui sont sur la sellette dans ce débat. Enfin, le point 3. retrace la procédure qui a mené à l'adoption de la directive et met en avant la logique juridique qu'elle instaure.

¹ Cet article constitue l'adaptation d'un travail réalisé en mai 2001 dans le cadre du DGTIC pour le cours de Droits intellectuels donné par J-P Triaille. Qu'il soit remercié pour ses commentaires. Merci aussi à S. Dusollier et à A. Cruquenaire, chercheurs au CRID, pour l'aide précieuse apportée lors de l'élaboration de ce travail.

² Directive 2001/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, L 167/10, 22 juin 2001, ci-après « la directive ».

³ Article 2, détaillé *infra*.

⁴ Article 5 paragraphe 1 détaillé *infra*.

⁵ ... d'où il est difficile de parler d'harmonisation. *Cfr* l'article 5 paragraphe 2 et s.

1. La notion de reproduction.

Pour reprendre les mots de Y. Gendreau, « *le droit de reproduction est à la base de plusieurs débats qui touchent l'Internet. Ces discussions sont alimentées par trois considérations : la facilité de la reproduction que permet la technologie numérique, la qualité parfaite des exemplaires qui en résultent, et une définition juridique qui comprend dorénavant les reproductions provisoires* »⁶. Voici donc mises en avant les trois raisons qui font que dans le domaine des nouvelles technologies, le droit de reproduction se trouve face à un contexte radicalement différent du contexte classique. Avant d'entrer dans le vif du sujet (point 2.), un point 1. donnera la définition traditionnelle de la reproduction et du droit qui y est attaché.

1. La notion de reproduction au sens traditionnel.

Des législations comme celles qui ont été adoptées en Angleterre⁷ ou en France⁸ montrent qu'à la base de la définition du terme de reproduction il y a « *la reprise de l'œuvre dans une matière autre* »⁹. De manière générale, « *reproduire, c'est au sens premier, copier ou fabriquer à l'identique, par exemple en dupliquant* »¹⁰. Le droit de reproduction repose naturellement sur cette notion en ce sens que de manière générale, la loi octroie à l'auteur la prérogative d'interdire ou d'autoriser que son œuvre soit reproduite¹¹, et dans ce dernier cas, d'en établir les modalités.

Au fil du temps, la définition de la reproduction a évolué¹². A l'origine en effet, les copies étaient tangibles, en ce sens qu'il était possible de voir l'œuvre reproduite, et ce de manière durable. Avec l'arrivée, dans le domaine du son, des techniques analogiques d'enregistrement, il devient impossible d'avoir une idée de l'œuvre sans avoir recours à un appareil mécanique. D'où, au départ, le refus de considérer ces enregistrements comme des reproductions¹³.

Cependant, la réflexion face à ce phénomène évolue et « *l'idée selon laquelle une reproduction peut exister même si elle est incorporée dans un support qui ne permet pas de voir l'œuvre à l'œil nu* »¹⁴ est apparue comme de plus en plus évidente. Pour preuve, la

⁶ Y. Gendreau, Le droit de reproduction et l'Internet, *R.I.D.A.*, octobre 1998, n° 178, p. 39.

⁷ Article 17 du *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988.

⁸ Article L. 122-3 du Code de la Propriété Intellectuelle.

⁹ Y. Gendreau, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰ A. & H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994, p. 217, n° 238.

¹¹ A titre d'exemple, la loi belge du 30 juin 1994 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994 ; err. 5 et 22 novembre 1994, modifié par la loi du 3 avril 1995, *M.B.*, 29 avril 1995, err. *M.B.* 8 août 1995 énonce en son article 1§1 que : « L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit ».

¹² Ce bref historique est extrait de Y. Gendreau, *op. cit.*, pp. 9-13.

¹³ ... spécialement dans les pays de *copyright*, voy. A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Droit @ Litec, Paris, 1998, p. 119, n° 239. C'est la convention de Berne de 1908 qui va prévoir le droit d'« adapter » les œuvres musicales.

¹⁴ Y. Gendreau, *op.cit.*, p. 11

formulation contenue dans l'article 9 alinéa premier de la Convention de Berne englobe ce type de technique : « *Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégées par la présente Convention jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit* »¹⁵.

2. Reproduction et digitalisation.

Le passage à un environnement digital amène d'autres changements importants allant jusqu'à mettre en cause l'existence même du support. Au sein des réseaux numériques, celui-ci disparaît en effet purement et simplement, puisque sur Internet, les œuvres circulent sous forme de code binaire. Ce qui fait que, « *de l'accès nécessaire à un exemplaire de l'œuvre dans le monde analogique, on passe désormais à l'accès de l'œuvre elle-même* »¹⁶. D'où de nouvelles questions... Cette dématérialisation du support permet-elle encore de parler de reproduction lorsque par exemple une œuvre (sonore ou visuelle) est numérisée et diffusée sur Internet ? Ces nouvelles utilisations sont-elles comprises dans le champ recouvert par la reproduction, telle qu'entendue par la loi et la jurisprudence ?

Très vite, un tribunal belge indique la voie à suivre dans le cadre de l'affaire Central Station¹⁷ en tranchant en faveur d'une définition large de la reproduction englobant la numérisation, le stockage dans la mémoire d'un ordinateur et la mise en réseau d'œuvres originales. Depuis, il faut donc aussi une autorisation de l'auteur dans tous ces cas. Cette décision a d'ailleurs été largement approuvée par la jurisprudence (belge et étrangère) et par la doctrine¹⁸.

Il est donc clair depuis ce moment que les opérations de numérisation, de stockage numérique dans un système informatique, d'uploading (téléchargement), de downloading (télé-déchargement) ou de back up (sauvegarde) sont assimilables à des actes de reproduction. A l'opposé de ces copies « fixes », le sort des copies éphémères (nombreuses dans le cas des réseaux) est beaucoup moins clair et va être à l'origine de débats assez houleux au sein de l'O.M.P.I., mais aussi au niveau européen. Le point suivant s'attache à en exposer les aspects techniques.

¹⁵ Ces termes « de quelque manière et sous quelque forme que ce soit » ont été repris par la loi belge du 30 juin 1994.

¹⁶ 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 ?*, Cahier du CRID, n° 18, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 27.

¹⁷ Trib. 1^{ère} Inst. Bruxelles, 16 octobre 1996, *R.I.D.A.*, avril 1997, n° 172, p. 238 et Bruxelles, 28 octobre 1997, *R.I.D.A.*, juillet 1998, n° 177, p. 204. Il s'agissait en fait d'un site lancé par des éditeurs de journaux et reprenant différents articles, accessibles moyennant paiement, sous forme de revue de presse. Les éditeurs n'avaient pas obtenu l'autorisation des auteurs journalistes.

¹⁸ Depuis, en effet, des décisions étrangères et de nombreux auteurs ont consacré cette jurisprudence. Pour de plus amples commentaires, voy. F. De Visscher, B. Michaux, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 70, n° 88 ; S. Dusollier, *Dossier Internet et droit d'auteur* du 7 mai 2001, disponible sur <http://www.droit-technologie.org/>, p. 8 ; Y. Gendreau, *op. cit.*, p. 29 et s. ; A. & H.-J. Lucas, *op. cit.*, p. 217, n° 239 ; A. Lucas, *op. cit.*, p. 120, n° 41 ; A. Strowel, J.-P. Triaille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Cahier du CRID n° 11, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 395, n° 520.

2. Aspects techniques de la reproduction provisoire¹⁹.

En plus de mettre à mal le droit d'auteur par le biais de la dématérialisation du support, l'informatique a donc semé un certain trouble à un autre niveau : la copie de l'œuvre doit-elle être durable pour être qualifiée de reproduction ? La question est d'importance, car « *dans l'environnement numérique, l'accès à une œuvre sur les réseaux nécessite la réalisation de nombreuses copies fugitives* »²⁰, copies qui sont réalisées dans la mémoire vive de l'ordinateur récepteur (mémoire RAM), et qui disparaissent lors de l'extinction de la machine.

Toutes ces copies sont réalisées par l'ordinateur de l'utilisateur, mais aussi par tous les ordinateurs utilisés par les intermédiaires techniques. Différentes technologies entrent donc en jeu, et la façon qu'a le droit de les appréhender peut varier. Il faut donc distinguer d'une part entre les opérations qui interviennent lors de la transmission des œuvres sur les réseaux, c'est-à-dire le « *routing* » (point 1.), et d'autre part entre les opérations qui amènent au stockage temporaire pour des raisons techniques, c'est à dire le « *browsing* » (point 2.) et le « *caching* » (point 3.)²¹. Pour terminer, un point 4. tentera de démontrer les enjeux que représentent ces différents aspects techniques.

1. Le routing.

Lorsque deux machines connectées sur Internet communiquent entre elles, les données qu'elles échangent sont découpées par paquets²² et transitent par l'intermédiaire d'un nombre plus ou moins grand d'ordinateurs de relais appelés routeurs. Ceux-ci ont pour fonction d'établir la meilleure route à suivre à l'aide de protocoles et de tables. Ce processus a lieu de manière tout à fait aléatoire, en ce sens que les routeurs envoient les paquets vers la voie la moins encombrée, ce qui les oblige parfois à faire de grands détours. Cela a une seconde conséquence : les paquets arrivent à l'ordinateur récepteur dans le désordre, à charge pour lui de reconstituer l'information.

Une copie du paquet qui est transmise est réalisée lors de chaque passage par un routeur. Ces copies sont éphémères, car elles ne subsistent que le temps de la transmission. Est-ce que cette copie, malgré le fait qu'elle soit provisoire et qu'elle ne représente qu'une partie d'œuvre, tombe-t-elle dans le champ de la reproduction ? Ces questions seront-examinées ci-après.

¹⁹ Cette partie est tirée de l'article de S. Dusollier, *op. cit. (note 12)*, pp. 10 et 11, ainsi de Ph. van Bastelaer, *Introduction aux concepts essentiels des télécommunications*, Syllabus DGTIC, 1997.

²⁰ S. Dusollier, *op. cit. (note 10)*, p. 29.

²¹ Cette distinction est tirée de S. Dusollier, *op. cit. (note 12)*, p. 10.

²² Ce découpage est nécessaire car Internet est un ensemble de réseaux (X 25, ATM, Ethernet, par exemple) qui ont des largeurs de bande différentes, c'est à dire une capacité différente. Cette technique, appelée la commutation par paquet, explique le succès d'Internet.

2. Le browsing.

Cette opération se situe au niveau du stockage des contenus lorsque l'utilisateur explore le World Wide Web à l'aide d'un navigateur (un « browser »). L'ordinateur récepteur confectionne une copie éphémère dans sa mémoire RAM lors de chaque visualisation ou écoute d'une œuvre sur le réseau. Le geste peut paraître anodin, et la tentation est grande de le comparer à la lecture d'un livre ou à l'écoute d'un disque. Pourtant, sans que la personne qui surfe ne le demande, l'ordinateur dont elle se sert va réaliser des copies²³.

Il ne s'agit donc plus de transmission, mais bien de stockage. Cette copie disparaît dès que la mémoire vive est désactivée (lors de l'extinction de la machine), et donc la question est la même que dans le cas du routing : cette fixation éphémère est-elle une reproduction ?

3. Le caching.

Toujours au niveau du stockage, mais plus spécialement dans la mémoire de la machine de l'utilisateur, le caching est sans doute l'opération technique qui suscite le plus de questions aux yeux du droit. De manière générale, le caching permet de diminuer le trafic sur le réseau²⁴ en enregistrant les pages web visitées dans un *répertoire cache* au sein d'un disque dur. Ainsi, lorsque cette même page est à nouveau demandée, c'est la copie qui apparaît, sans qu'il faille passer par le réseau.

Ce procédé peut être réalisé à deux niveaux. D'abord, le navigateur employé par chaque utilisateur réalise une copie de chaque page web consultée, et la range dans le disque dur de l'ordinateur utilisé. Lorsque cette page est ultérieurement sollicitée à partir de la même machine, c'est la copie du disque dur qui apparaît, et ce beaucoup plus rapidement que s'il avait fallu se connecter à nouveau. Il s'agit ici d'un *cache client*.

La même technique est également utilisée par les fournisseurs d'accès, les entreprises, les universités ou d'autres institutions. Les requêtes des utilisateurs sont d'abord traitées pas des ordinateurs intermédiaires (par exemple des proxy-server ou des firewall) qui contiennent des reproductions des sites les plus demandés, ce qui diminue la circulation sur les réseaux. Il s'agit cette fois d'un *cache proxy*.

Le problème est que dans le cas du caching, les reproductions temporaires peuvent rester stockées de manière éphémère (quelques secondes), mais aussi de manière « quasi-permanente »²⁵, ce qui fait que dans ce cas, la page affichée n'est pas actualisée et est différente de celle qui se trouve dans le site que l'on veut consulter.

²³ Ce qui montre bien que l'analogie avec la lecture d'un livre ou l'écoute d'un disque est en réalité trompeuse... voy. A. Lucas, *op. cit.*, p. 133, n° 263.

²⁴ ... et donc d'améliorer ses performances en terme de temps d'accès aux informations sollicitées.

²⁵ Pour reprendre l'expression de S. Dusollier, *op. cit. (note 12)*, p. 11.

4. Position de la question.

Tous ces procédés techniques doivent-ils être qualifiés de reproduction ? Sont-ils des actes soumis au droit d'auteur ? Deux points de vue peuvent être dégagés.

D'un côté, on peut considérer que chaque copie provisoire qui est réalisée est une reproduction. C'est la thèse qui est attribuée aux titulaires de droit, ceux-ci estimant que chaque copie, aussi éphémère soit elle, constitue une exploitation de l'œuvre. Cependant, cette vision doit être nuancée, puisqu'ils ont admis l'exception pour copie provisoire, pour autant que celle-ci soit réduite aux actes de reproduction posés dans le cadre d'une transmission de l'œuvre lors d'une exploitation *licite*.

« Ainsi, fait remarquer S. Dusollier, *les intermédiaires seraient responsables des actes de fixation volatile réalisés lorsque la transmission elle-même est illicite. Ceci aurait [...] 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* »²⁶. Ceci illustre donc bien les tenants et aboutissants d'une définition large (ou d'une exception limitée à cette définition) de la reproduction dans le cadre des réseaux.

A l'opposé de ce point de vue, se trouvent les intermédiaires, qui arguent que les copies réalisées lors de la transmission des informations sont nécessaires au procédé technique. Une autre opinion en faveur des utilisateurs va aussi dans le même sens. Selon celle-ci, l'assimilation d'une copie réalisée dans la mémoire vive à une reproduction reviendrait à pénaliser le surfeur qui accède simplement à une page contenant une œuvre, sans même que celui-ci ait manifesté l'intention de copier cette œuvre de manière permanente sur son disque dur.

Les aspects techniques et les enjeux qu'ils suscitent étant cernés, il convient de passer aux aspects juridiques de ces questions, et donc à la directive même.

3. La réponse juridique contenue dans la directive.

La directive « droit d'auteur dans la société de l'information » a été définitivement adoptée le 22 mai 2001, au terme du processus de codécision (article 251 du Traité CE). Il semble donc intéressant de s'attarder quelque peu sur les différentes étapes de cette élaboration, ainsi que sur les prémisses (à l'occasion de la Conférence Diplomatique de

²⁶ S. Dusollier, *op. cit.* (note 12), p. 11.

l'OMPI en 1996²⁷ et de l'élaboration du Livre vert sur les droits de propriété intellectuelle dans la Société de l'Information du 19 juillet 1995) qui ont amené la Commission à déposer une proposition de directive le 10 décembre 1997 (point 1.). Ensuite, les grandes questions soulevées par la directive concernant la définition du droit de reproduction et ses exceptions obligatoires et facultatives seront abordées (points 2. à 4.). Enfin, le dernier point sera consacré à l'articulation de la directive « droit d'auteur dans la société de l'information » avec la directive « commerce électronique » (point 5).

1. Rétroactes.

Durant l'année 1996, lors des discussions de la Conférence Diplomatique de l'OMPI, la définition suivante avait été avancée comme proposition de base : « *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* ». D'autre part, « *Sous réserve des dispositions de l'article 9.2) de la Convention de Berne, est réservée à la législation des Parties contractantes la faculté de limiter le droit de reproduction lorsqu'une reproduction temporaire vise uniquement à rendre l'œuvre perceptible ou lorsque la reproduction a un caractère éphémère ou accessoire, à condition que cette reproduction ait lieu au cours d'une utilisation de l'œuvre qui est autorisée par l'auteur ou admise par la loi* »²⁸.

Cette proposition avançait donc un principe témoignant d'une conception assez extensive, assorti d'une exception facultative. Mais elle fut décriée par les fournisseurs d'accès, qui s'opposèrent évidemment à l'inclusion de la reproduction provisoire dans le texte de l'accord²⁹. D'où, au final, il fut décidé d'adopter « *un texte affaibli tant en ce qui relève de sa teneur que de sa portée juridique* »³⁰. La déclaration indique en effet que « *Le droit de reproduction énoncé à l'article 9 de la Convention de Berne et les exceptions dont il peut être assorti s'appliquent pleinement dans l'environnement numérique, en particulier à l'utilisation des œuvres sous forme numérique. 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* »³¹. Le champ d'application d'une telle disposition est assez large pour viser les cas de copie « fixe », voire même ceux de copie éphémère...³²

²⁷ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes adoptés à Genève par la Conférence Diplomatique le 20 décembre 1996, disponibles sur le site de l'OMPI, <http://www.OMPI.int/lrc/iplx/index.html>

²⁸ Proposition de base concernant les dispositions de fond du traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques soumises à l'examen de la conférence diplomatique, OMPI, *CRNR/DC/4 prov.*, 30 août 1996, article 7.

²⁹ Voy. Th. Vinje, "The WIPO Treaties : a happy result in Geneva", [1997] 5, *E.I.P.R.*, p. 232. Voy. également P. Bernt Hugenholtz in *Digital Intellectual Property Practice Economic Report (DIPPER)*, Legal report (final), Institute for Information Law (IViR), University of Amsterdam, 30 september 1999, p. 8 et s.

³⁰ Y. Gendreau, *op. cit.*, p 21.

³¹ Déclaration commune concernant le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur », OMPI, *CRNR/DC/96*, 23 décembre 1998, article 1.4).

³² voy. S. Dusollier, *op. cit.* (note 12), p. 9, ainsi que Y. Gendreau, *op. cit.*, pp. 21-22 qui explique que « *cette réticence de la Conférence Diplomatique (...) est compréhensible. Le texte devant s'appliquer à l'ensemble des œuvres protégées et non plus aux seules créations informatiques, à tous les modes de reproduction, connus ou non, et dans tous les pays membres de l'Union, le geste est lourd de conséquences* ».

Au niveau européen, un Livre vert fut adopté le 19 juillet 1995³³, et un suivi de ce Livre vert (adopté le 20 novembre 1996) indique clairement que « *l'harmonisation des limitations et exceptions au droit de reproduction sera de la plus haute importance* »³⁴. Il appelle aussi à une délimitation claire du droit de reproduction, en indiquant notamment que « *la numérisation des œuvres et autres objets protégés, ainsi que d'autres actes tels que le balayage optique et le téléchargement d'œuvres et autres objets numérisés, sont (...) couverts par (celui-ci)* ». De plus, « *seraient également pris en considération, pour les mêmes raisons la reproduction temporaire ou d'autres actes de reproduction éphémères* »³⁵.

Le 10 décembre 1997, la Commission s'engage dans la voie législative en adoptant une proposition de directive, qui est présentée le 21 janvier 1998 au Parlement, au Conseil et au Comité économique et social³⁶. Le but est clair : d'une part, il faut harmoniser les législations des Etats Membres en matière de droit d'auteur, et d'autre part, il faut transposer en droit communautaire les dispositions contenues dans le Traité de l'OMPI.

Cette proposition comprend un article 2 définissant le droit de reproduction, qui est « *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* ». Ces termes sont en fait semblables, presque mot à mot, à la Directive traitant des programmes d'ordinateur³⁷, et à celle protégeant les bases de données³⁸. Il est clair que les reproductions temporaires sont englobées dans le champ de cet article, si ce n'est qu'un autre article (l'article 5, 1.) pose une exception obligatoire à ce principe concernant les actes « *qui font partie intégrante d'un procédé technique ayant pour unique finalité de permettre une utilisation d'une œuvre ou d'un autre objet protégé, et n'ont pas de signification indépendante* ». Les intérêts des intermédiaires techniques sont ainsi sauvegardés³⁹, comme il est expliqué noir sur blanc dans le considérant 23 de la proposition⁴⁰.

³³ Livre vert de la Commission européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information, COM (95) 382 final, 27 juillet 1995.

³⁴ 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. 11.

³⁵ Id. p. 11.

³⁶ 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, *J.O.C.E.*, C 108, 7 avril 1998, p. 6 et s.

³⁷ Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *J.O.C.E.*, L 122, 15 mai 1991, p. 42.

³⁸ Directive 96/6/CEE du Parlement et du conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *J.O.C.E.*, L 77, 27 mars 1996, p. 20.

³⁹ Considérant 23 : « *Le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à autoriser certains actes de reproduction provisoire entrant dans le cadre d'un processus technique et ayant un caractère accessoire, qui n'ont pour unique finalité que de permettre les utilisations d'un objet protégé et qui n'ont pas, par eux-mêmes, de valeur économique propre ; que, dans ces conditions, cette exception couvre également certains actes de prélecture dans un support rapide (caching) ou de survol (browsing)* ».

⁴⁰ voy. S. Dusollier, J.-C. Lardinois, « A propos de la Proposition de Directive européenne sur l'harmonisation du droit d'auteur dans la Société de l'Information », *I.R.D.I.*, 3/1998, n° 98/1, p. 17. Les auteurs expliquent que dans une version antérieure de la Proposition, « *il était requis que l'utilisation de l'œuvre qui impliquait la réalisation de reproductions provisoires soit une utilisation autorisée par la loi ou par l'auteur* ». Evidemment, les fournisseurs d'accès et autres intermédiaires techniques se sont opposés avec force à cette obligation de licéité, et ont finalement obtenu gain de cause... provisoirement, comme on le verra ci-après.

Au moment de la première lecture par le Parlement, dont les 56 (!) amendements furent adoptés le 10 février 1999⁴¹, le principe va rester tel quel, mais l'exception va être précisée. A présent, les actes de reproduction doivent être provisoires *et accessoires*, et doivent constituer une partie intégrante *et indispensable* du procédé technique. Surtout, le paragraphe 1 se termine en indiquant que l'utilisation de l'œuvre « *doit être autorisée par les ayant droit ou par la loi et ne doit pas avoir de signification économique pour les titulaires de droits* ». A ce moment, il y a donc deux conditions à remplir afin de pouvoir utiliser l'œuvre.

La proposition révisée adoptée le 25 mai 1999 par la Commission⁴² ne va conserver que la deuxième condition ci-dessus. Elle va par contre la formuler de façon légèrement différente : la reproduction provisoire peut avoir lieu si elle ne représente aucune « *signification économique indépendante* ». Cependant, la condition d'utilisation licite va réapparaître à l'occasion de la position commune du Conseil, arrêtée le 28 septembre 2000⁴³, et sera définitivement conservée pour la suite, résistant ainsi à la seconde lecture du parlement qui mènera à l'adoption de neuf amendements le 14 février 2001, et à l'adoption définitive par le Conseil le 9 avril 2001. La seule différence (et elle a son importance) est qu'à partir de ce moment, elle est reliée par la conjonction « ou » à une autre hypothèse d'utilisation de l'œuvre, à savoir « *une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire* ».

L'article 5 paragraphe 1^{er} instaure donc la seule exception obligatoire au droit exclusif de reproduction, et aura créé bien des remous tout au long de la procédure d'adoption de la directive. On peut aisément deviner les différents intérêts qui étaient en présence... Reste à savoir si la directive atteint les objectifs qui lui étaient assignés.

2. Le principe : article 2 de la Directive.

Cet article, qui donne la définition définitive du droit de reproduction, est finalement libellé comme suit :

« *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, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite ».*

⁴¹ 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, *J.O.C.E.*, C 150, 28 mai 1999, p. 171 et s. Voy. P. Bernt Hugenholtz, *op. cit.*, p. 17 et s.

⁴² Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, C 180, 25 juin 1999, p. 6 et s.

⁴³ Position commune du arrêtee par le Conseil le 28 septembre 2000 en vue de l'adoption de la directive 2000/.../CE du Parlement européen et du Conseil du ... sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, C 344, 1^{er} décembre 2000, p. 1 et s.

Cet article qui s'impose de manière obligatoire aux états, donne donc une conception large du droit de reproduction, puisque les hypothèses de reproduction temporaire y sont incluses. Cette vision des choses est donc fidèle à l'intention de départ⁴⁴. Comme il a été dit un peu plus haut, cette manière de procéder est d'ailleurs assez courante dans la pratique législative européenne, puisqu'elle reprend la méthode instaurée par la Directive relative aux programmes d'ordinateur et celle protégeant les bases de données : la fixation d'un droit de reproduction large, intégrant les actes de reproduction éphémères, assorti aussitôt d'exceptions⁴⁵ (voir points suivants).

Avant de passer à la suite, quelques remarques peuvent encore être faites à propos de cet article, notamment des notions de reproduction directe et indirecte. La reproduction directe vise les cas de copie d'un œuvre directement sur le même support ou sur un support différent. La reproduction indirecte vise les cas de reproduction faite via des étapes intermédiaires⁴⁶.

Pour le reste, les termes « *par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit* » visent à anticiper sur l'évolution technologique, afin de garantir une certaine longévité à cette disposition, et le « *en tout ou en partie* » vise le cas de la reproduction partielle, qui trouve un application très claire dans l'environnement numérique, vu qu'au sein des réseaux, circulent des paquets qui représentent chacun une partie de l'information envoyée (*cf. supra*). Enfin, les points b) à e) octroient la prérogative d'autoriser ou d'interdire la reproduction aux titulaires de droits voisins, chacun dans les limites du droit dont ils sont détenteurs.

3. L'exception obligatoire : article 5 § 1^{er} de la Directive.

Au contraire de ce qui a été décidé au sein de l'OMPI⁴⁷, la Directive intègre clairement dans son article 5 paragraphe 1, des hypothèses dérogeant obligatoirement à la reproduction provisoire:

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

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

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

Cet article de la Directive marque donc la distinction entre deux hypothèses : celle où l'œuvre est transmise dans un réseau par un intermédiaire technique (« ...*a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire...* »), et celle où l'œuvre est simplement

⁴⁴ Voir la proposition initiale déposée le 10 décembre 1997 par la Commission, et dont on parle ci-dessus.

⁴⁵ Y. Gendreau, *op. cit.*, p. 17, parle « *d'octroi de droits suivi de leur retrait* ». Pour plus de détails à propos de l'évolution qui a amené, au niveau européen, à faire entrer les fixations éphémères dans le champ du droit de reproduction, *cf.* S. Dusollier, *op. cit. (note 10)*, pp. 30-35.

⁴⁶ S. Dusollier, J.-C. Lardinois, *op. cit.*, p. 17, citent l'exemple de l'enregistrement d'une diffusion qui a elle-même été faite sur base d'un phonogramme.

⁴⁷ ... ou, pour être plus précis, de ce qui n'a pas été décidé.

utilisée, mais alors de manière licite (« ...b)... »). Cette dernière hypothèse fait d'ailleurs penser à la notion d'utilisation « *conforme à la destination* » qui se trouve dans la Directive relative aux programmes d'ordinateur (article 5) et celle protégeant les bases de données (article 5 également). « *Le cas de la responsabilité des intermédiaires est donc clairement dissocié du cas de reproduction provisoire nécessitée par l'usage de l'œuvre* »⁴⁸.

Au total, les actes de reproduction provisoire doivent répondre aux conditions suivantes : ils doivent être « *transitoires ou accessoires* », constituer « *une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique* » ayant une finalité conforme aux deux hypothèses dégagées ci-dessus, et enfin, n'avoir pas de « *signification économique indépendante* ». Cela suscite quelques questions...

D'abord, la notion de « *partie intégrante et essentielle d'un procédé technique ayant pour unique finalité de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite* » ne clôt pas définitivement les débats, bien au contraire. En effet, il est clair que ces termes peuvent s'appliquer de manière précise au *routing* et au *browsing*, puisque sans copies dans ces cas-là, il n'y a pas de transmission (concernant le *routing*) ou d'utilisation (dans le cas du *browsing*) possible de l'œuvre.

Par contre, le doute subsiste en ce qui concerne le cas du cache proxy⁴⁹. Est-ce un procédé technique *permettant* la transmission ou l'utilisation ? Rien n'est moins sûr. Au niveau de la transmission, la formulation de la directive est assez ambiguë... Naturellement, les fournisseurs d'accès sont convaincus de l'utilité du *caching*, mais sans lui, la transmission et la visualisation de l'œuvre sont toujours possibles, même si elles sont rendues moins faciles (parce que moins rapides)⁵⁰. La question reste ouverte.

De même, la notion de « *signification économique indépendante* » manque aussi de précision. Le considérant 33 nous dit que « *les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre* ». Les copies réalisées pour la transmission des œuvres étant purement techniques, elle ne génèrent aucun acte d'exploitation et donc aucune valeur économique. Il y a donc exemption dans ce cas. Par contre, qu'en est-il au niveau de l'utilisation de l'œuvre ? Dans ce cas, « *l'indépendance doit-elle être relative à la signification économique de l'utilisation au profit de laquelle intervient la copie provisoire* »⁵¹ ? Ici aussi, la question demeure ouverte

⁴⁸ S. Dusollier, *op. cit.* (note 10), p. 36. La responsabilité des intermédiaires sera envisagée plus loin dans ce travail, au point 4.

⁴⁹ Il semble que la question ne se pose pas dans le cas du *cache client*. Il est en effet contestable que les copies réalisées par le navigateur dans ce cas soient des copies provisoires. De fait, et comme on l'a dit, les copies stockées dans le disque dur peuvent y rester pendant plusieurs mois. Cette hypothèse n'est donc pas envisagée ici... Pour d'autres commentaires à ce sujet, voy. P. Bernt Hugenholtz, *op. cit.*, p. 22 et A. Lucas, *op. cit.*, p. 132. Les critiques de ces deux auteurs se situent même plus en amont, puisqu'ils affirment que le droit de reproduction n'est jamais impliqué dans le cas du *caching*. P. Bernt Hugenholtz va même plus loin en affirmant que « *moreover, even if the right would apply, end users would probably be exempted on the basis of existing private copying limitations* », ce qui est critiqué à juste titre par A. Lucas : « (...) ces fixations n'ont aucune autonomie puisqu'elles ne sont que des étapes, fonctionnellement nécessaires, d'un processus de communication. Elles ne doivent donc pas être considérées comme des reproductions au sens du droit d'auteur, et on n'a donc même pas à s'interroger sur le point de savoir si elle peuvent bénéficier de l'exception pour copie privée ».

⁵⁰ S. Dusollier, *op. cit.* (note 10), p. 37. P. Bernt Hugenholtz, *op. cit.*, p. 23 par exemple, ne considère pas le *caching* comme indispensable : « *Caching may be useful, and even essential to prevent the Internet from slowing down to snail-mail speeds, it is certainly not essential to the process of digital communications as such* ».

⁵¹ *Ibidem*, p. 37.

Une dernière expression suscite également quelques interrogations, celle d'*utilisation licite*. D'après le considérant 33, « *Une utilisation est réputée licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi* ». Quelle est l'utilité d'ajouter que l'utilisation doit être *licite* ? Elle semble en effet faire double emploi avec les deux conditions exposées précédemment. Pourquoi ne pas décider que dès qu'une utilisation est autorisée par l'auteur ou par la loi, les actes de reproduction *transitoires ou accessoires* qui en découlent sont automatiquement exemptés du droit de reproduction ? Pour reprendre les mots de S. Dusollier, « *On se calquerait alors sur le régime de la copie provisoire des directives logiciels et base de données. Une interprétation dans ce sens (...) impliquerait l'exonération de tous les actes d'utilisation et d'accès incidents à une mise à disposition légitime. Cette solution aurait le mérite de la simplicité et de la sécurité juridique pour l'utilisateur* »⁵². On ne peut qu'approuver une telle opinion.

4. Articulation avec la directive « commerce électronique ».

La directive « commerce électronique » contient également des dispositions sur le caching. En effet, son article 13 instaure un régime de non responsabilité à l'égard des intermédiaires techniques assorti de quatre conditions. Comme l'application de l'exception énoncée à l'article 2 de la directive « droit d'auteur » peut aussi mener à une non responsabilité des intermédiaires (encore que cela soit contestable, *cf* supra), il convient de se poser la question de la coexistence de ces deux textes.

Il faut d'abord préciser que l'objet de l'article 13 de la directive « commerce électronique » a un objet différent de celui de l'article 2 de la directive « droit d'auteur ». En effet, il paraît clair que la première ne concerne que les opérations de *proxy caching*, ce qui est encore contesté à l'heure actuelle concernant la directive « droit d'auteur ». De plus, elle couvre l'intermédiaire à l'égard de « *toutes les sources possibles d'illicéité des contenus d'Internet, qu'il s'agisse de violation de droit d'auteur ou d'autres dispositions légales* »⁵³.

Comment articuler les conditions énoncées par l'une et l'autre directive ? Suffit-il que les conditions de la directive « commerce électronique » soient respectées ? Si un *cache proxy* reproduit un contenu de manière illicite, et qu'il répond aux conditions de cette dernière directive, y aura-t-il dérogation ? Faut-il au contraire que toutes les conditions soient respectées cumulativement ? Aucune disposition de la nouvelle directive ne donne d'indice, l'interrogation subsiste donc pleinement⁵⁴.

Conclusion

Dans le débat qui a lieu autour de la délimitation du champ de la reproduction, la nouvelle directive règle clairement la question de la reproduction provisoire, ce qui

⁵² *Ibidem*, p. 38.

⁵³ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁴ S. Dusollier, *op. cit.* (note 12), p. 13.

n'empêche pas qu'un certain doute subsiste, et que de plus, la méthode qui a été employée pour arriver à un tel résultat soit critiquable.

Tout d'abord, un doute subsiste au niveau de l'exemption puisque le sort des *cached proxy* n'est pas réglé de manière claire et fera encore couler beaucoup d'encre... Ceci dit, la directive « commerce électronique » montre la voie à suivre (*cf supra*). En plus, c'est une voie pleine de raison, qui concilie les vues des titulaires de droits et des intermédiaires techniques. Reste à faire le lien en affirmant par exemple que le fait de respecter les conditions contenues dans cette directive suffit à attribuer une exemption au sens de la directive « droit d'auteur ».

Ensuite, la principale déception est que la toute nouvelle directive laisse un goût de trop peu. Sur le plan de la méthode, il peut paraître étrange de voir que la définition du droit de reproduction est d'abord étendu (et de manière assez considérable), pour être ensuite tempéré par une exception aux limites mal tracées. De plus, « *en matière de reproduction liée à la transmission des œuvres*, dit S. Dusollier, *il nous semble qu'une conception extensive du droit de reproduction, même assortie d'une exception, n'est pas justifiée* »⁵⁵. A. Lucas ajoute avec beaucoup de bon sens que « *c'est au juriste, et non au technicien, de dire ce qu'est une reproduction. (...) 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* »⁵⁶.

Cette directive était peut-être l'occasion de « *revoir notre compréhension du droit de reproduction* »⁵⁷, et d'interroger ses fondements en le confrontant réellement à la technique. Voilà sans doute pourquoi l'avancée proposée n'est peut-être pas assez fondamentale. L'avenir dira combien de temps la directive résistera à l'évolution technologique.

Les questions les plus fondamentales restent encore en suspens, et c'est dommage que le législateur n'ait pas eu le courage de tenter d'y répondre. Comme le fait remarquer Y. Gendreau, « *il se peut que, avec la diffusion de l'Internet, l'on soit en train d'atteindre les confins de la définition de la reproduction* »⁵⁸. On voit donc qu'il reste du chemin à parcourir, mais le défi est passionnant.

⁵⁵ S. Dusollier, *op. cit.* (note 12), p. 12.

⁵⁶ A. Lucas, *op. cit.*, p. 130, n° 257.

⁵⁷ Y. Gendreau, *op. cit.*, p. 71.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 49.