

Vol. 15, n° 2

Le tir manqué de la directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information

Lucie Guibault*

1. Introduction	539
1.1 Bref historique de la Directive	541
1.2 Mise en œuvre de la Directive	543
2. Droits conférés et l'acquis communautaire	546
2.1 Droit de reproduction	546
2.2 Droit de communication au public	550
2.3 Droit de distribution	553
3. Limitations au droit d'auteur et aux droits voisins	554
3.1 Remarques générales concernant l'article 5 de la Directive	555

© Lucie Guibault, 2002.

* (LL.M. Montréal, LL.D. Amsterdam) Professeur adjoint à l'Université d'Amsterdam (UvA) et chercheur à l'Institut du droit de l'information (IViR) – guibault@jur.uva.nl.

3.2 Limitations permises au droit d'auteur et aux droits voisins	560
3.3 «Test en trois étapes»	569
4. Conclusion.	571

1. INTRODUCTION

Entre 1991 et 2001, le Conseil et le Parlement européens ont adopté sept directives touchant au droit d'auteur. L'objectif premier de telles directives est d'assurer le bon fonctionnement du Marché intérieur européen, en d'autres termes d'assurer que biens, services, personnes et capitaux peuvent circuler librement et sans discrimination à l'intérieur du territoire de l'Union européenne¹. Naturellement, des considérations d'ordre culturel ne sont pas étrangères à l'adoption des directives dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins². Jusqu'ici pourtant, les directives relatives au droit d'auteur et aux droits voisins ont harmonisé ce secteur du droit de manière «verticale», c'est-à-dire qu'elles ont eu pour but de régler des questions de nature ponctuelle qui, à un certain moment, ont été jugées susceptibles de faire obstacle au bon fonctionnement du Marché intérieur³. En effet, ces directives s'appliquent soit à une catégorie d'œuvres spécifique (logiciels, bases de données) ou à une catégorie de droits spécifique (droit de prêt, de location ou de suite), soit à un mode d'exploitation particulier (radiodiffusion par satellite

-
1. Traité de Rome de 1957, art. 3 et 30.
 2. S. von LEWINSKI et M. WALTER, «Stand der Harmonisierung und Ausblick», dans M. WALTER (éd.), *Europäisches Urheberrecht*, Vienne, New York, Springer, 2001, p. 1115; et J. RODRIGUEZ PARDO, «Highlights of the Origins of the European Union Law on Copyright», (2001) *E.I.P.R.* 238.
 3. Directive du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (91/250/CEE), J.O.C.E. n° L 122 du 17/05/91, p. 42; Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, J.O.C.E. n° L 346 du 27/11/1992 p. 61; Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, J.O.C.E. n° L 248 du 06/10/1993 p. 15; Directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, J.O.C.E. n° L 290 du 24/11/1993 p. 9; Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, J.O.C.E. n° L 77 du 27/03/96 p. 20; Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, J.O.C.E. n° L 272 du 13/10/2001, p. 32.

et retransmission par câble) ou encore à un élément particulier de la protection (durée)⁴. La Directive portant sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information⁵ diffère des précédentes directives, dans la mesure où celle-ci est destinée à recevoir une application dite «horizontale», s'appliquant indépendamment de la catégorie d'œuvre, du mode d'exploitation ou de la nature de l'utilisateur. En effet, l'intention avouée de la Commission européenne a été non seulement de mettre en œuvre les principales obligations des nouveaux *Traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)*⁶, dans la perspective de leur ratification par la Communauté, mais également d'adapter et de compléter le cadre juridique existant dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins⁷.

Au lieu de se concentrer uniquement sur les questions nécessaires à la mise en œuvre des *Traités de l'OMPI*, telles que la protection des mesures techniques et de l'information sur le régime des droits, la Directive InfoSoc entend donc harmoniser nombre de questions épineuses et complexes n'ayant pas directement trait à l'Internet, parmi lesquelles la plus délicate est sans contredit celle des limitations au droit d'auteur et aux droits voisins. Projet ambitieux s'il en est, la Directive aurait pourtant bien profité de davantage de temps et d'étude, que le court délai imposé par le désir de la Communauté européenne de ratifier les *Traités de l'OMPI* au plus vite rendait impossible⁸. La rédaction de la Directive a en outre été marquée par les efforts sans précédents qu'ont déployés les lobbystes tout au cours des négociations. Le résultat final est par conséquent le reflet d'un compromis arraché *in extremis*, dont le texte est mal rédigé et parfois incomplet, qui porte souvent à interprétation et qui ne satisfait plei-

4. Jörg REINBOTHE, «A Review of the Last Ten Years and A Look at What Lies Ahead: Copyright and Related Rights in the European Union», *Fordham Annual Conference on International Intellectual Property Law & Policy*, avril 2002.
5. Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, J.O.C.E. n° L 167 du 22/06/2001, p. 10 [ci-après «Directive InfoSoc»].
6. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (TMDA), adopté à Genève, 20 décembre 1996; et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (TMIEP), adopté à Genève, 20 décembre 1996 [ci-après collectivement *Traités de l'OMPI*].
7. Commission Européenne, *Exposé des motifs accompagnant la 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*, Bruxelles, le 10 décembre 1997, COM(97) 628 final, p. 2.
8. P. BERNT HUGENHOLTZ, «Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid», (2000) *E.I.P.R.* 499, p. 500.

nement personne. À l'heure où les États membres doivent transposer les dispositions de la Directive en droit national, il s'agit maintenant de savoir si l'objectif d'harmonisation et d'adaptation du droit d'auteur et des droits voisins à l'ère numérique pourra être atteint et si le contenu des dispositions de la Directive InfoSoc permettra la ratification des *Traités de l'OMPI* par l'Union européenne et ses États membres.

Avant de nous pencher sur les questions de fond, nous tracerons tout d'abord un bref aperçu historique du processus d'adoption de la Directive (section 1.1) ainsi que de l'état actuel de sa mise en œuvre dans les États membres (section 1.2). Nous nous tournerons ensuite vers l'examen des droits conférés par la Directive InfoSoc et de l'acquis communautaire en matière de droits d'auteur et de droits voisins (section 2). Nous analyserons plus spécifiquement le droit de reproduction (section 2.1), le droit de communication au public (section 2.2) et le droit de distribution (section 2.3). La section 3 du présent article est consacrée aux limitations permises par la Directive. Nous ferons tout d'abord un certain nombre de remarques générales au sujet de l'article 5 de la Directive (section 3.1), puis nous examinerons brièvement les nombreuses limitations au droit d'auteur et aux droits voisins (section 3.2), ainsi que le «test en trois étapes» (section 3.3). Enfin, nous conclurons notre propos en formulant certains commentaires et critiques à l'endroit des dispositions de la directive. Il convient de noter que nous laissons délibérément de côté la question des mesures techniques, puisque celle-ci a déjà fait l'objet d'une analyse dans le précédent numéro de cette revue, à laquelle nous souscrivons entièrement⁹. Nous n'aborderons pas non plus la question de la responsabilité des fournisseurs de services dans la société de l'information, dont les activités sont régies non seulement par la Directive InfoSoc, mais bien davantage par la Directive sur le commerce électronique¹⁰.

1.1 Bref historique de la Directive

Les premières étapes du chemin de croix qui a mené à l'adoption en juin 2001 de la Directive InfoSoc avaient pourtant débuté

-
9. E. LABBÉ, «L'accès aux dispositifs de neutralisation des œuvres verrouillées: une condition nécessaire à l'exercice d'exceptions au droit d'auteur», (2002) 14 *Cahiers de Propriété Intellectuelle* 741-774.
 10. 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, J.O.C.E. L/178 du 17 juillet 2000, p. 1, art. 10 à 13.

sous un jour prometteur¹¹. Le rapport Bangemann, publié en mai 1994 par le Conseil européen, avait confirmé l'importance du droit d'auteur pour la société de l'information en recommandant la mise en place d'un cadre européen pour la protection de la propriété intellectuelle¹². Sur la base de ce rapport, la Commission européenne publiait en juillet 1995 un Livre vert intitulé: «*Le Droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*»¹³. Ce Livre vert dressait un inventaire des sujets relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins qui, de l'avis de la Commission, devait faire l'objet d'une harmonisation: droit applicable, théorie de l'épuisement des droits, portée des droits d'exploitation, droits moraux, gestion collective et protection technique. Une vaste consultation associant l'industrie, les titulaires de droits, les utilisateurs et autres intéressés avait suivi la publication du Livre vert. Plus d'un an plus tard, la Commission publia un second document, fondé sur les résultats de cette consultation. Le *Suivi du Livre vert* fut rédigé en vue de définir la politique du marché intérieur de la Commission dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information et d'expliquer le raisonnement sous-tendant la conception adoptée, notamment en ce qui concernait les priorités et les moyens d'action choisis¹⁴. Déjà, les points devant être soumis à l'harmonisation avaient été réduits aux droits de reproduction, au droit de communication au public, à la protection des mesures techniques et au droit de distribution, incluant la théorie de l'épuisement des droits. Entre temps, les problèmes de droit d'auteur reliés à la croissance rapide des autoroutes de l'information avaient pris tant d'importance qu'ils en étaient venus à constituer le point de mire des discussions au niveau international, notamment au sein de l'OMPI.

En décembre 1997, la Commission européenne présenta une *Proposition de directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*¹⁵. Selon l'exposé des motifs, la Proposition

11. P.B. HUGENHOLTZ, «Brussels Broddelwerk – Recht en krom in de auteursrechtlijn», (2001) *AMI* 2-8, p. 2.
12. «L'Europe et la société de l'information globale – Recommandation au Conseil de l'Europe», Bruxelles, 26 mai 1994, p. 17.
13. Commission des Communautés européennes, *Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, Bruxelles, 19 juillet 1995, COM(95) 382 final.
14. Commission des Communautés européennes, *Communication de la Commission – suivi du Livre vert «le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information»*, Bruxelles, le 20 novembre 1996, COM(96) 568 final, p. 5.
15. *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*, Bruxelles, le 10 décembre 1997, COM (97) 628 final [ci-après «proposition de Directive» ou la «Proposition»].

devait ajuster et compléter le cadre juridique existant et harmoniser notamment les règles relatives au droit de reproduction, au droit de communication au public et au droit de distribution. La Proposition avait également pour but de mettre en œuvre les principales obligations des nouveaux *Traités de l'OMPI*, dans la perspective de leur ratification par la Communauté. Mais l'ambitieux projet de la Commission européenne s'est heurté à de maintes controverses et à d'intenses discussions tout au cours de son processus d'adoption. Le Comité économique et social rendit son avis sur cette proposition le 9 septembre 1998¹⁶. Le Parlement européen, consulté dans le cadre de la procédure de codécision, examina la Proposition en détail au sein de ses commissions. Lors de sa séance plénière du 10 février 1999, il se prononça en faveur de la Proposition telle que modifiée par pas moins d'une soixantaine d'amendements portant principalement sur les limitations au droit d'auteur¹⁷. En mai 1999, la Commission déposa une Proposition modifiée, qui devait prendre en compte les modifications de fond et les principaux amendements proposés par le Parlement¹⁸. Enfin, plus de trois ans après le dépôt de la proposition initiale, le Conseil et le Parlement européens sont parvenus, non sans difficulté, à une position commune relativement au texte de la directive¹⁹, laquelle fut éventuellement adoptée en mai 2001 après que certaines modifications additionnelles y aient été apportées.

1.2 Mise en œuvre de la Directive

Bien qu'il ne soit pas inhabituel dans le domaine, le délai imparti pour la mise en œuvre de la Directive InfoSoc paraît bien court compte tenu surtout du nombre et de la complexité des questions qu'elle soulève. En effet, les États membres se sont vus accorder une période de dix-huit mois pour incorporer les normes de la Directive en droit national, la date limite pour ce faire ayant été fixée au 22 décembre 2002²⁰. L'urgence s'explique, rappelons-le, par le désir de la Communauté européenne de ratifier les *Traités de l'OMPI* au plus vite. Dans le meilleur des cas, la Communauté européenne ne pourra transmettre son instrument de ratification des Traités

16. J.O.C.E. C/407 du 28 décembre 1998, p. 30.

17. Avis du Parlement du 10 février 1999.

18. *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*, Bruxelles, le 21 mai 1999, COM(1999) 250 final.

19. *Position commune du Conseil et du Parlement européens sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, Bruxelles, J.O.C.E. 2000/C344 /01 du 28 septembre 2000.

20. À titre de comparaison, les États Membres ont bénéficié d'un délai de 3 et 5 ans respectivement, pour la mise en œuvre des directives portant sur la protection des bases de données et le droit de suite.

avant le début de l'année 2003, soit plus de cinq ans après les États-Unis...

Au moment où nous écrivons ces lignes, seulement deux États Membres ont respecté le délai qui leur était imparti, soit la Grèce et le Danemark, où des lois de mise en œuvre furent adoptées le 24 septembre 2002 et le 11 décembre 2002, respectivement. Cinq États membres, à savoir la Belgique, les Pays-Bas, l'Allemagne, le Royaume-Uni et l'Italie ont déposé un projet de loi ou de règlement visant à incorporer les normes de la Directive InfoSoc en droit national. En Belgique, le Sénateur Monfils déposait le 23 mars 2001, soit deux mois avant l'adoption de la Directive, une proposition de loi modifiant la loi belge de 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans le contexte du développement de la société de l'information²¹ qui avait pour but de transposer en droit belge cette Directive. Sur proposition du Ministre de la Justice, le Conseil des Ministres a approuvé les projets d'amendements à la proposition de loi relative au droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Les projets d'amendements ont pour but de rendre la proposition de loi de Monsieur Monfils conforme aux prescriptions de la Directive. À l'été 2002, les gouvernements néerlandais, allemand et britannique présentaient coup sur coup leur projet de mise en œuvre des dispositions de la Directive InfoSoc: le 22 juillet 2002, le gouvernement néerlandais déposait un projet de loi de mise en œuvre²²; le 31 juillet, le gouvernement allemand lui a succédé²³; et, le 7 août, le gouvernement britannique a publié un projet de règlement ayant pour but de transposer les dispositions de la Directive, conformément à l'article 2, paragraphe 2, de la Loi britannique sur les Communautés européennes de 1972²⁴. En déposant ce projet de

21. *Proposition de loi modifiant la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans le contexte du développement de la société de l'information*, Session de 2000-2001, 23 mars 2001, Document législatif n° 2-704/1 [ci-après «Projet de loi belge»].

22. *Aanpassing van de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten en de Data-bankwet ter uitvoering van richtlijn nr. 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij*, Kamerstuk 2001-2002, 28482, nr. 1-2, Tweede Kamer, du 22 juillet 2002 [ci-après «Projet de loi néerlandais»].

23. *Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, Bundestag, Berlin, 31 juillet 2002 [ci-après «Projet de loi allemand»].

24. *EC Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society – Consultation Paper on Implementation of the Directive in the United Kingdom*, Copyright Directorate, The Patent Office, Londres, 7 août 2002, disponible à l'adresse URL suivante: <<http://www.patent.gov.uk/about/consultations/eccopyright/index.htm>>.

règlement, le gouvernement britannique a démarré un processus de consultation, ouvert jusqu'au 31 octobre 2002, à la suite duquel le projet sera remanié puis présenté au Parlement pour homologation. Compte tenu de l'ampleur des réactions reçues des milieux intéressés, le gouvernement britannique a dû émettre un communiqué en novembre 2002 annonçant un délai supplémentaire dans le processus de mise en œuvre de la Directive. En septembre 2002, le gouvernement italien, à qui le pouvoir de transposer les dispositions de la Directive en droit italien a été délégué²⁵, publiait un projet de décret législatif. Ce projet de décret a également suscité de nombreuses réactions, ce qui explique qu'il n'a pas réussi à franchir à temps l'étape de l'adoption formelle. De plus, des textes ont circulé en Autriche et en Finlande, au cours de l'hiver 2002, mais ni l'un ni l'autre n'a à notre connaissance encore réussi à passer l'étape de l'avant-projet de loi. À en juger par une pratique déjà bien établie, les dispositions de la Directive InfoSoc seront, selon toute vraisemblance, transposées en droit portugais suivant la même démarche de délégation de pouvoir.

Quoi qu'il en soit, les États membres possèdent une assez grande marge de manœuvre pour la transposition de la Directive. Ils peuvent en effet choisir de procéder, comme le projette la France, à une transposition minimaliste, qui se contente de modifier la loi nationale uniquement à l'égard des dispositions de la Directive qui ont un caractère obligatoire, comme la limite relative aux copies techniques, ou qui ont un caractère de nouveauté, comme la protection juridique des mesures techniques et de l'information sur le régime des droits. Les États membres peuvent encore aller au-delà de ces dispositions obligatoires ou innovatrices, comme l'envisagent les Pays-Bas, et utiliser tout le potentiel de la Directive, notamment en ce qui a trait aux limitations aux droits. Il est également possible pour les États de profiter de la transposition de la Directive pour remanier et rajeunir un texte de loi vieilli, en y apportant des modifications sans lien nécessaire avec la Directive. Ce sera peut-être le cas de la Finlande, qui a mis sur pied une Commission pour rédiger un projet de loi dont la mission compte d'autres sujets que ceux de la Directive²⁶.

25. Legge 1 marzo 2002, n. 39, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2001*, Gazette officielle n° 72 du 26 mars 2002 - Supplément ordinaire n° 54, art. 30 [ci-après «Loi de délégation italienne»].

26. Association Internationale des Auteurs de l'Audiovisuel, *État de la transposition dans les États membres de l'Union européenne de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, Bruxelles, avril 2002.

2. DROITS CONFÉRÉS ET L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE

Dans son article premier, la Directive InfoSoc précise que son champ d'application couvre la protection juridique du droit d'auteur et des droits voisins dans le cadre du Marché intérieur, avec une importance particulière accordée à la société de l'information. Le paragraphe 2 du même article précise en outre que la Directive laisse intactes et n'affecte en aucune façon les dispositions des directives européennes adoptées antérieurement dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. Ainsi, les nouvelles dispositions ne sont pas censées changer le droit communautaire existant, ou cet ensemble de règles que l'on appelle «l'acquis communautaire». Toutefois, dans la mesure où la Directive InfoSoc doit recevoir une application «horizontale», il est apparu important de confirmer la portée et les différents bénéficiaires des droits exclusifs reconnus en droit européen²⁷. Par conséquent, la Directive InfoSoc entend harmoniser le droit de reproduction, de communication au public et de distribution, conférés aux auteurs sur leurs œuvres. Dans bien des cas, les États membres n'auront que des modifications mineures à apporter à la loi nationale pour se conformer à ces dispositions particulières de la Directive.

2.1 Droit de reproduction

À la différence des *Traités de l'OMPI*, la Directive InfoSoc entend, par son article 2, étendre à tous les titulaires de droits reconnus par l'acquis communautaire le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, temporaire ou permanente, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit. Les titulaires du droit de reproduction sont non seulement les auteurs, les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes, mais aussi les producteurs de film et les organismes de radiodiffusion et de télédiffusion. Dans la mesure où la Directive concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur²⁸ et la Directive concernant la protection juridique des bases de données²⁹ avaient déjà expressément déclaré que les droits exclusifs du titulaire comportaient le droit de faire et d'autoriser «la reproduction permanente ou provisoire, en tout ou en partie, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit», cette disposition de la Directive InfoSoc apporte peu de changement. Tout au plus, certaines lois

27. Directive InfoSoc, Considérant 21.

28. J.O.C.E. n° L 122 du 17/05/91, p. 42, art. 4(a).

29. J.O.C.E. n° L 77 du 27/03/96 p. 20, art. 5(a).

devront-elles être modifiées pour s'assurer que tous les titulaires de droits visés par la Directive bénéficient effectivement du droit exclusif en vertu du droit national et que les actes de reproduction visés par la loi comprennent toute reproduction directe ou indirecte, temporaire ou permanente, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit. Alors que les législateurs français, belge, et néerlandais considèrent qu'en droit national, la notion de reproduction ne nécessite aucune modification, les législateurs italien et allemand entendent, eux, préciser que toute reproduction directe ou indirecte, temporaire ou permanente, constitue un acte de reproduction au sens de la loi sur le droit d'auteur³⁰. La loi néerlandaise sur les droits voisins doit par contre être révisée de manière à conférer un droit exclusif de reproduction aux artistes interprètes ou exécutants, aux producteurs de phonogrammes, aux producteurs de films et aux organismes de radiodiffusion.

Puisque le droit de reproduction comprend les reproductions temporaires, la Commission européenne et les États membres ont jugé nécessaire d'adopter une limitation afin d'exclure les reproductions à caractère purement technique du champ du droit exclusif. Inspiré par l'article 7 de la Proposition de base du traité de l'OMPI sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques – disposition qui avait d'ailleurs dû être retirée du texte final du Traité en raison du manque de consensus³¹, l'article 5, paragraphe 1, contient la seule limitation obligatoire de la Directive InfoSoc, selon laquelle:

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

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

30. Projet de loi allemand, art. 1(1)(3); et Loi de délégation italienne, art. 30(1)(a).

31. OMPI, *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*, Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins, Genève, 2-20 décembre 1996, Doc. CRNR/DC/4 Prov.

Cette disposition ne s'applique ni aux programmes d'ordinateur, ni aux bases de données. Suivant l'exposé des motifs accompagnant la Proposition de directive de 1997, l'article 5, paragraphe 1, est censé couvrir les actes de reproduction purement techniques et accessoires, effectués dans le seul but d'accomplir d'autres actes d'exploitation d'œuvres et qui n'ont aucune signification économique en soi. L'exposé des motifs donne l'exemple d'une transmission vidéo à la demande entre un ordinateur situé en Allemagne et un autre au Portugal, ladite transmission impliquant la réalisation de près de cent actes, souvent éphémères, de stockage de la vidéo au cours de la transmission vers le Portugal³². Selon le Considérant 33 de la Directive, les actes qui permettent le survol (*browsing*), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (*caching*) sont couverts par cette limitation, à condition qu'ils remplissent les conditions posées par la disposition.

Là où la communauté internationale avait dû capituler par manque de consensus³³, la Commission européenne a pensé faire mieux en élaborant cette définition du droit de reproduction. Mais, comme cela avait été le cas au sein de l'OMPI, la formulation de cette limitation a fait l'objet d'intenses discussions tout au long du processus d'adoption de la Directive. Le résultat en est que cette disposition introduit dans ses éléments clés des concepts vagues que la Directive ne définit pas davantage³⁴. Qu'entend-on par une reproduction «provisoire» et que viennent ajouter les qualificatifs «transitoire ou accessoire»? Comment doit-on interpréter les expressions «partie intégrante et essentielle d'un procédé technique» et «signification économique indépendante»? À titre d'exemple, le Considérant 33 de la Directive réfère à des actes de pré-lecture dans un support rapide (*caching*), «y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information». Sur la base de ce Considérant, on peut lire dans l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi néerlandais, qu'une reproduction peut être

32. COMMISSION EUROPÉENNE, *Exposé des motifs de la 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*, Bruxelles, le 10 décembre 1997, p. 32.

33. Voir M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

34. HUGENHOLTZ, *op. cit.*, *supra*, note 11, p. 6.

jugée «essentielle» non seulement si elle est essentielle du point de vue technique, mais également si elle est essentielle du point de vue économique en ce sens qu'elle permet «le fonctionnement efficace des systèmes de transmission». En d'autres termes, le législateur néerlandais estime qu'une copie devrait être exclue du champ du droit exclusif, lorsqu'elle est économiquement indispensable à la fourniture d'un service adéquat, compte tenu des attentes normales et légitimes des usagers dans la branche commerciale considérée. Une copie peut aussi être jugée économiquement essentielle si la réalisation de cette copie fait en sorte d'éviter la mise en place de dispositions économiquement injustifiables ou inutilement défavorables. On peut cependant se demander comment une reproduction peut, en toute logique, être jugée «économiquement essentielle» sans avoir de «signification économique indépendante» de manière à l'exclure du champ du droit exclusif de reproduction. En d'autres mots, comment une telle interprétation peut-elle être réconciliée avec la disposition de la Directive?

Il y a pourtant lieu de se demander si l'on avait vraiment besoin d'une limitation dans la loi pour savoir qu'une reproduction purement technique ne constitue pas nécessairement une reproduction au sens de la loi sur le droit d'auteur. Une interprétation raisonnable des tribunaux aurait aussi bien pu accomplir le même résultat, sinon mieux! De fait, certains auteurs soutiennent que le concept de reproduction en droit d'auteur est un concept normatif, suivant lequel seules les reproductions qui constituent un acte d'exploitation au sens du droit d'auteur sont comprises dans la définition du droit de reproduction³⁵. Selon cette approche, les reproductions à caractère purement technique sont par définition exclues du champ du droit exclusif, puisqu'elles ne constituent pas un acte d'exploitation ayant une signification économique pour le titulaire du droit. Ces auteurs contestent par conséquent la nécessité d'adopter la limitation prévue à l'article 5, paragraphe 1 de la Directive et proposent que, si une telle disposition doit absolument être incorporée dans la loi, elle le soit à titre d'exclusion du droit de reproduction et non à titre de limitation.

Contrairement aux projets de loi allemand et britannique qui prévoient transposer l'article 5 paragraphe 1 de la Directive dans la section portant sur les limitations au droit d'auteur, le projet de loi

35. HUGENHOLTZ, *op. cit., supra*, note 8, p. 501; J. ZECHER, «Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht II», (2002) 6 *ZUM* 451-457, p. 454; *a contrario*, voir: J. SEIGNETTE, «Openbaarmaking en vereenvoudiging op het Internet: back to basics», (1999) *Informatierecht / AMI* 69-75, p. 70.

néerlandais a opté pour l'exclusion pure et simple de telles reproductions techniques du champ du droit exclusif conféré aux titulaires de droits. Sans doute la plus importante conséquence de ce choix est que l'évaluation de la légalité d'un acte de reproduction technique n'est probablement pas subordonnée à l'observation du «test en trois étapes», bien que l'exposé des motifs déclare qu'un juge devra analyser les faits de chaque cas à la lumière de ce test. Et qu'en est-il du fardeau de preuve des parties impliquées dans une poursuite pour violation du droit d'auteur? Alors que la Directive fait reposer le fardeau de preuve sur les épaules de la partie qui invoque la limitation, le projet de loi néerlandais fait reposer le fardeau de preuve sur les épaules du titulaire de droit. Celui-ci aurait donc l'impossible tâche de démontrer que la reproduction provisoire en question est bien couverte par son droit exclusif, qu'elle n'est pas que «transitoire ou accessoire», qu'elle n'est pas «partie intégrante et essentielle d'un procédé technique», qu'elle ne constitue ni une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ni une utilisation licite d'une œuvre et enfin qu'elle ne possède pas de «signification économique indépendante»³⁶. Cette solution fait également en sorte que la reproduction provisoire de programmes d'ordinateur et de bases de données sera vraisemblablement traitée différemment de celle d'autres catégories d'œuvres protégées en vertu de la loi néerlandaise.

2.2 Droit de communication au public

En vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la Directive InfoSoc, les titulaires de droits bénéficient du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la communication au public de toutes les catégories d'œuvres, avec ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. Cette disposition, qui est sans doute l'une des seules à avoir été adoptée sans discussion, est calquée sur le modèle de l'article 8 du TMDA³⁷. L'article 3 paragraphe 2 de la Directive a pour objet d'étendre à tous les titulaires de droits reconnus par l'acquis communautaire le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et

36. J. SEIGNETTE, «Implementatie en dan nog meer: Reactie op het conceptwetsvoorstel voor de implementatie van de Auteursrechtlijn», (2002) *AMI* 6-10, p. 8.

37. HUGENHOLTZ, *op. cit.*, *supra*, note 11, p. 8; et M. WALTER, «Verwertungsrechte», dans WALTER, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 1048.

au moment qu'il choisit individuellement. Ce droit doit s'entendre comme couvrant tous les actes de mise à la disposition du public qui n'est pas présent à l'endroit où l'acte de mise à disposition a son origine et comme ne couvrant aucun autre acte. En effet, l'exposé des motifs accompagnant la Proposition de directive de 1997 précise que:

La notion de choix individuel renvoie au fait que l'accès est interactif et se fait à la demande. Par conséquent, la protection octroyée par cette disposition ne couvre pas la radiodiffusion, notamment les nouvelles formes qu'elle revêt, telles que la télévision à péage ou la télévision à la séance; le critère du choix individuel exclut en effet les œuvres offertes dans le cadre d'un programme défini à l'avance. N'est pas davantage couverte la quasi-vidéo à la demande, qui consiste à proposer un programme non interactif plusieurs fois en parallèle à des horaires légèrement décalés. En outre, cette disposition ne couvre pas les communications purement privées, ce qu'indique l'emploi du terme «public».³⁸

La raison de cette exclusion est que les titulaires de droits voisins bénéficient généralement d'un simple droit à rémunération pour la radiodiffusion de leurs prestations, y compris pour les services dits «quasi-à la demande». Dans la mesure où le nouveau droit de communication au public n'est pas limité au domaine des interprétations et exécutions *sonores*, mais couvre également les produits audiovisuels, la nouvelle Directive va plus loin que ce qu'exigent les obligations internationales. Il est à noter que la définition de ce que constitue une communication au «public» a été laissée à l'appréciation de chaque État membre³⁹.

Il en ressort que, dans certains États membres comme l'Italie⁴⁰, la Belgique⁴¹ et l'Allemagne⁴², où les droits exclusifs sont formulés en termes étroits, la législation doit être ajustée de manière à se conformer aux exigences de la Directive. Bien que l'article premier de la Loi belge de 1994 confère à l'auteur le droit de communiquer

38. COMMISSION EUROPÉENNE, *Exposé des motifs de la 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*, Bruxelles, le 10 décembre 1997, p. 28.

39. M. WALTER, «Verwertungsrechte», dans WALTER, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 1053.

40. *Loi de délégation italienne*, art. 30(b).

41. *Projet de loi belge*, art. 2.

42. *Projet de loi allemand*, art. 15, 19a).

son œuvre au public par un procédé quelconque, le projet de loi belge explique que:

[...] il est indispensable dans un souci de clarté et de sécurité juridique que le droit belge contienne une disposition faisant explicitement référence au droit des auteurs à mettre ou non leurs œuvres en ligne. Les droits voisins doivent également incorporer une telle disposition car la liberté de mettre ou non les œuvres en ligne appartient aussi aux détenteurs de ces droits voisins [...]

Dans d'autres États, comme aux Pays-Bas, le droit de communication au public est exprimé en termes suffisamment larges pour inclure toute forme de communication par fil ou sans fil, y compris les transmissions interactives à la demande. Cependant, le législateur doit s'assurer que le droit exclusif bénéficie à tous les titulaires de droits visés par la directive, à savoir aussi bien les auteurs que les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes, les producteurs de films ainsi que les organismes de radiodiffusion⁴³. De façon similaire, les dispositions de la Loi britannique doivent être modifiées de manière à étendre la protection à tous les titulaires de droits voisins. Pour ce faire, le projet de règlement propose de modifier la définition du droit de «radiodiffusion» de la Partie I de la loi, de manière à inclure les transmissions par voie électronique, avec ou sans fil, y compris les transmissions interactives à la demande. De même, le projet de loi prévoit conférer dans la Partie II de la loi un droit exclusif de communication à la demande aux artistes interprètes ou exécutants, droit exclusif qui ne toucherait que cette forme de transmission interactive puisque les artistes interprètes ou exécutants bénéficient d'un droit à rémunération pour les autres formes de communication au public.

Enfin, l'article 3, paragraphe 3, de la Directive rappelle que la transmission en ligne d'une œuvre ou d'un autre objet protégé qui s'effectue avec l'autorisation du titulaire des droits n'épuise pas le droit qui protège cet acte d'exploitation. En d'autres termes, la Commission européenne entendait par-là préciser que le droit de communication au public d'une œuvre ou d'un objet similaire, qu'elle se fasse par fil ou sans fil, est un acte qui peut être répété un nombre illimité de fois et sera toujours subordonné à une autorisation, dans les limites fixées par la loi.

43. Projet de loi néerlandais, Partie II, art. 2.

2.3 Droit de distribution

En vertu de l'article 4 de la Directive, la protection du droit d'auteur couvre le droit exclusif pour les auteurs de contrôler toute forme de distribution au public par la vente ou tout autre moyen, de leurs œuvres originales ou de copies de celles-ci. La protection du droit d'auteur inclut par conséquent le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un bien tangible. Dans la majorité des États membres, cette définition du droit de distribution ne pose pas de problème, pourvu qu'un droit de distribution soit également conféré aux artistes interprètes ou exécutants, comme c'est le cas en vertu du projet de loi allemand. Le second paragraphe de l'article 4 précise cependant que «le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement». En d'autres termes, cette disposition consacre le principe de l'épuisement communautaire, c'est-à-dire que le droit de distribution n'est pas épuisé par la vente de l'original ou de copies de celui-ci *hors* de la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement. La Directive prend soin de spécifier que le droit de distribution n'affecte pas les dispositions en matière de droits de location et de prêt établis par la Directive de 1992⁴⁴. De plus, le Considérant 29 de la Directive précise que le droit de distribution n'est pas épuisé dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Contrairement aux CD-ROM ou aux CD-I, pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi.

La précision du principe de l'épuisement communautaire devait être apportée puisque, malgré la jurisprudence constante de la Cour de justice européenne⁴⁵ et les dispositions de directives antérieures, certains États membres, notamment l'Irlande, les Pays-Bas, le Luxembourg et les Pays scandinaves, avaient tendance à favoriser

44. Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, J.O.C.E. n° L 346 du 27/11/1992 p. 61.

45. Voir notamment: *Musiek-Vertrieb Membran GmbH c. GEMA*, Cour de justice européenne, 20 janvier 1981, IIC 1981/04, p. 526-531; *Warner Brothers Inc. c. Christiansen*, Cour de justice européenne, 17 mai 1988, IIC 1988/05, p. 666-667; *EMI Electrola GmbH*, Cour de justice européenne, 24 janvier 1989, IIC 1990/05, p. 689-691.

la théorie de l'épuisement international⁴⁶. Suivant ce principe, le droit de distribution est épuisé dès que l'original ou des copies de celui-ci est mis sur le marché n'importe où dans le monde par le titulaire de droits ou avec son consentement. Les tenants de la théorie de l'épuisement international soutiennent que cette forme d'épuisement des droits encourage le commerce, stimule la concurrence et assure que les prix restent bas⁴⁷. La Commission européenne justifie sa prise de position en faveur de l'épuisement communautaire en faisant remarquer que les principaux partenaires commerciaux de l'Union européenne prévoient des droits d'importation distincts ou excluent d'une autre manière l'épuisement international. Selon la Commission, il pourrait en résulter un handicap concurrentiel si le principe de l'épuisement international du droit de distribution devait être applicable. L'instauration d'un système d'épuisement international soulève en outre plusieurs questions concernant ses effets sur les titulaires de droits des pays tiers, questions auxquelles il conviendrait d'apporter une réponse satisfaisante avant qu'une telle mesure puisse être envisagée⁴⁸. De plus, le fait d'exclure de façon harmonisée le principe de l'épuisement international pour toutes les catégories d'œuvres mettrait fin aux distorsions qui affectent actuellement les échanges de ces biens et à la segmentation du Marché intérieur en marchés et territoires nationaux distincts, pratiques qui vont à l'encontre du principe de libre circulation des biens et services à la base de l'Union européenne.

3. LIMITATIONS AU DROIT D'AUTEUR ET AUX DROITS VOISINS

Non contente de s'en tenir à la simple mise en œuvre des *Traité de l'OMPI*, la Commission européenne a décidé de procéder à l'harmonisation des règles relatives aux limitations au droit d'auteur et aux droits voisins, soutenant qu'une telle harmonisation est indispensable au bon fonctionnement du Marché intérieur. Cette décision est étonnante, considérant que ni le rapport Bangemann, ni le Livre vert de 1995, ni le Suivi du Livre vert de 1996 n'avait identifié cette question comme l'une de celles devant faire l'objet d'une harmonisation. La Commission laissait entendre, dans l'exposé des motifs qui

46. HUGENHOLTZ, *op. cit.*, *supra*, note 11, p. 8.

47. E. ARKENBOUT, «Nieuw auteursrecht op komst», (2000) 7 *Informatierecht / AMI* 125-131, à la p. 127.

48. COMMISSION EUROPÉENNE, *Exposé des motifs de la 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*, Bruxelles, le 10 décembre 1997, p. 30.

accompagnait la Proposition de directive de 1997, que faute d'une harmonisation suffisante des limitations, ainsi que de leurs conditions d'application, les États membres pourraient continuer d'appliquer à ces droits de nombreuses limitations différentes et, partant, appliquer ces droits sous des formes différentes. Jusqu'à ce jour, en effet, seules les limitations aux droits conférés sur les programmes d'ordinateur et sur les bases de données et certaines limitations aux droits voisins avaient été harmonisées au niveau de l'Union européenne⁴⁹.

En fin de compte, ce fut la croix et la bannière de négocier le choix et l'étendue des limitations au droit d'auteur et aux droits voisins qui seraient jugées acceptables par l'ensemble des États membres. Sous la pression des États membres et des groupes de lobbies, la liste de limitations s'est vue rallonger d'une version de la Directive à une autre. Entre le moment où la Commission européenne a déposé sa Proposition de directive en 1997 et le moment où le texte final de la Directive fut adopté, le nombre des limitations admissibles en vertu de la Directive est passé d'un total de sept à vingt-trois. Il est permis de douter que la mise en œuvre de la Directive conduise à quelque harmonisation que ce soit, puisque toutes sauf une sont facultatives⁵⁰. Comme l'unique limitation obligatoire contenue dans la Directive InfoSoc a été analysée plus haut, en relation avec le droit de reproduction, nous traçons ici un bref portrait des quelque vingt-deux autres limitations reconnues dans cette Directive. Nous faisons tout d'abord quelques remarques générales concernant la structure de l'article 5 de la Directive, pour nous tourner ensuite à l'étude des nombreuses limitations permises au droit d'auteur et aux droits voisins, pour faire enfin quelques observations concernant la limitation posée par le «test en trois étapes».

3.1 Remarques générales concernant l'article 5 de la Directive

Contrairement aux *Traités de l'OMPI*, qui ne contiennent pas de limitations spécifiques autres que la référence au «test en trois étapes», la Directive InfoSoc prévoit, en plus du test, une liste de

49. Directive du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (91/250/CEE), J.O.C.E. n° L 122 du 17/05/91, p. 42; Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, J.O.C.E. n° L 346 du 27/11/1992 p. 61; Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, J.O.C.E. n° L 77 du 27/03/96 p. 20.

50. HUGENHOLTZ, *op. cit.*, *supra*, note 11, p. 3.

limitations au droit d'auteur et aux droits voisins. Cette liste est exhaustive⁵¹, en ce sens que les États membres ne sont pas autorisés à reconnaître quelque autre limitation que celles énumérées à l'article 5. La requête de certains États membres – parmi lesquels les plus fervents revendicateurs étaient les Pays-Bas, secondés en cela par les pays scandinaves – en faveur de l'introduction d'une limitation du type «fair use»⁵² fut carrément rejetée. La raison invoquée par la Commission européenne étant qu'il existait des doutes relativement à la compatibilité d'une telle règle avec le «test en trois étapes»⁵³. Ainsi, outre le premier paragraphe qui porte sur les reproductions provisoires à caractère purement technique, cette disposition comprend quatre autres paragraphes: le second, portant sur les limitations au droit de reproduction; le troisième, portant sur les limitations applicables à la fois au droit de reproduction et au droit de communication au public; le quatrième, portant sur les limitations au droit de distribution; et le cinquième, contenant le «test en trois étapes». Concernant la limitation au droit de distribution, notons simplement que lorsque la Directive donne aux États membres la faculté de prévoir une exception ou une limitation au droit de reproduction en vertu des paragraphes 2 et 3, ils peuvent également prévoir une limitation au droit de distribution visé à l'article 4, dans la mesure où celle-ci est justifiée par le but de la reproduction autorisée. À titre d'exemple, pensons notamment aux reproductions effectuées à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique, qui sont par définition destinées à être distribuées aux élèves ou collègues chercheurs.

Le caractère exhaustif de la liste de limitations prévues à l'article 5 de la Directive suscite deux commentaires principaux.

51. Directive InfoSoc, Considérant 32, qui se lit comme suit: «La présente directive contient une liste exhaustive des exceptions et limitations au droit de reproduction et au droit de communication au public. Certaines exceptions ou limitations ne s'appliquent qu'au droit de reproduction, s'il y a lieu. La liste tient dûment compte de la diversité des traditions juridiques des États membres tout en visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Les États membres appliquent ces exceptions et limitations de manière cohérente et la question sera examinée lors d'un futur réexamen des dispositions de mise en œuvre.»
52. Nous faisons référence ici au concept américain d'usage équitable d'une œuvre, reconnu à U.S.C. Title 17, § 107.
53. *Aanpassing van de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten en de Data-bankwet ter uitvoering van richtlijn nr. 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij*, Kamerstuk 2001-2002, 28482, nr. 3, Tweede Kamer, du 22 juillet 2002, p. 18 [ci après «Exposé des motifs accompagnant le projet de loi néerlandais»].

Tout d'abord, comme l'avait indiqué le Legal Advisory Board (LAB) au sujet de l'adoption possible d'une liste exhaustive de limitations, «harmonisation n'est nécessairement synonyme d'uniformisation»⁵⁴. Selon le LAB, les règles devraient converger, mais devraient aussi permettre la persistance de caractéristiques distinctives figurant dans les législations nationales, pour autant qu'elles ne fassent pas obstacle au Marché intérieur. La *Convention de Berne* constitue un bon élément de comparaison, alors que la faculté d'adopter une liste plus complète de dérogations, qui aurait été exhaustive, avait été examinée et longuement débattue lors de la conférence de Stockholm de 1967. Toutefois, cette proposition avait été rejetée pour deux raisons majeures. Premièrement, parce que, pour englober toutes les principales dérogations existant dans les législations nationales, une telle liste aurait dû être très longue, sans être complète pour autant. En second lieu, tous les pays ne reconnaissaient pas toutes les dérogations possibles, ou certaines d'entre elles n'étaient accordées que contre le paiement d'une rémunération au titre d'une licence légale. On craignait que, si une liste exclusive de limitations était incluse, les États ne soient tentés d'adopter toutes les limitations autorisées et d'abolir le droit à rémunération, ce qui aurait été plus préjudiciable aux titulaires de droits⁵⁵. Ces remarques restent vraies aujourd'hui en ce qui concerne la Directive, comme elles l'étaient d'ailleurs pour les *Traités de l'OMPI*.

De fait, ces inquiétudes ne sont pas sans fondement car tout indique que bon nombre d'États membres introduiront dans leur législation de nouvelles limitations aux droits exclusifs, qui n'auraient sans doute pas été adoptées si l'occasion ne leur avait pas été présentée⁵⁶. Par exemple, les amendements au projet de loi belge prévoient l'ajout de nouvelles exceptions au droit d'auteur, que la directive permet aux États membres d'insérer dans la législation nationale. Les projets de loi allemand et britannique prévoient également ajouter quelques limitations à la liste déjà respectable de limitations présentes dans leur législation respective, et notamment une limitation adoptée au bénéfice de personnes affectées d'un handicap. Le projet de loi des Pays-Bas offre probablement l'exemple le plus flagrant de cette approche «extensive» des limitations au droit d'auteur et aux droits voisins. Le législateur néerlandais ne s'en

54. LAB, *Commentaires du Legal Advisory Board sur la Communication de la Commission du 20 novembre 1996: Suivi du Livre vert*, Bruxelles, 1997, § 9A.

55. S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Kluwer, 1987, p. 480.

56. E. ARKENBOUT, *op. cit.*, *supra*, note 47, p. 128.

cache pas d'ailleurs: compte tenu du refus catégorique de la Commission européenne de conférer aux États membres la possibilité d'introduire une limitation du type «fair use», il a décidé de tirer avantage de l'unique possibilité qui lui est offerte, à savoir d'adopter les vingt-deux limitations facultatives prévues à l'article 5 de la Directive InfoSoc.

Dans l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi néerlandais, on peut lire en essence que les limitations existantes seront en principe maintenues, qu'il sera tenu compte, autant que faire se peut, des besoins manifestes des usagers dans l'adoption de nouvelles limitations ou dans la reformulation de limitations existantes, que les limitations seront formulées en termes technologiquement neutres et que l'objection voulant que la directive ne laisse aucune place à l'introduction dans la loi nationale d'une limitation d'application générale du type «fair use» sera compensée autant que possible par d'autres moyens⁵⁷. Comme le souligne le législateur néerlandais, la Directive InfoSoc offre d'ailleurs la possibilité d'adopter une série de limitations qui s'appliquent à des circonstances pour lesquelles, en pratique, un recours à une règle générale aurait pu offrir une solution tout aussi satisfaisante. C'est le cas notamment de la limitation permettant l'inclusion fortuite d'une œuvre dans un autre produit, et de celle permettant l'utilisation d'une œuvre à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche. Le gouvernement néerlandais est d'avis qu'en ce qui a trait à ces utilisations les besoins de la société néerlandaise sont tels qu'ils doivent être comblés par des dispositions spécifiques en l'absence d'une norme flexible à laquelle la Directive ne laisse aucune place. Cependant, le législateur se garde d'introduire des limitations dans la loi néerlandaise pour lesquelles aucun besoin ne se fait sentir dans la société. C'est le cas de la limitation autorisant la reproduction d'émissions faites par des institutions sociales sans but lucratif, telles que les hôpitaux ou les prisons, et de celles autorisant l'utilisation d'œuvres au bénéfice de personnes affectées d'un handicap et d'utilisations à des fins de démonstration ou de réparation de matériel⁵⁸.

Aussi bien dire que, malgré l'intention d'harmonisation de la Commission européenne, les États membres continueront tout simplement d'appliquer aux droits exclusifs de nombreuses limitations et exceptions différentes et, partant, d'appliquer ces droits sous des

57. Exposé des motifs accompagnant le projet de loi néerlandais, p. 17; pour un commentaire critique de cette approche, voir: J. SEIGNETTE, *op. cit.*, *supra*, note 36, p. 9.

58. Exposé des motifs accompagnant le projet de loi néerlandais, p. 18.

formes différentes. De plus, comme le fait observer le professeur Hugenholtz, l'idée même d'une liste exhaustive de limitations était mal conçue dès le départ. La dernière chose dont l'industrie de l'information a besoin en ces temps dynamiques est une série de règles rigides qui soient coulées dans du béton pour des années à venir⁵⁹. Comment un législateur sensé peut-il envisager l'adoption d'une liste exhaustive de limitations, qui sont souvent rédigées en termes inflexibles et liés à la technologie, alors que l'Internet fait apparaître de nouveaux modèles d'affaires et de nouvelles utilisations d'œuvres presque quotidiennement? Il en ressort que si une utilisation imprévue au moment de l'adoption de la Directive InfoSoc émerge, pour laquelle tous s'entendent qu'elle devrait être exemptée, il faudra attendre au moins trois ans, sinon davantage, pour que la Directive soit ajustée. Il serait étonnant que, dans de telles circonstances, les législateurs nationaux et les tribunaux fassent preuve de beaucoup de patience et soient si respectueux du droit communautaire.

Le deuxième commentaire que suscite la structure des limitations de la Directive InfoSoc a trait au manque de clarté qui persiste relativement à la relation entre le droit d'auteur et le droit des contrats. Alors que la Directive sur les programmes d'ordinateur et la Directive sur les bases de données précisent toutes deux quelles dérogations ne peuvent pas être contournées par un accord contractuel, la Directive InfoSoc se garde de trancher la question. Le Considérant 45 de la Directive InfoSoc prévoit seulement que «les exceptions et limitations visées à l'article 5, paragraphes 2, 3 et 4, ne doivent toutefois pas faire obstacle à la définition des relations contractuelles visant à assurer une compensation équitable aux titulaires de droits dans la mesure où la législation nationale le permet». Il est sans doute utile de rappeler qu'en droit européen une intention exprimée dans un préambule ou un considérant a une valeur juridique moindre qu'une disposition insérée dans le corps même du texte d'une directive. Cependant, l'intention exprimée dans un considérant peut servir de point de référence au juge national qui est censé interpréter la loi locale en conformité avec les dispositions européennes. Le silence de la Commission concernant la relation entre le droit d'auteur et le droit des contrats est d'autant plus étonnant à la lumière de l'article 6, paragraphe 4 de la Directive. Comme le LAB l'a fait observer dans sa Réponse au Livre vert, «il y a tout lieu de s'attendre à ce qu'à l'avenir une bonne part de la protection actuellement accordée aux producteurs ou aux fournisseurs d'infor-

59. HUGENHOLTZ, *op. cit.*, *supra*, note 8, p. 501.

mations par l'intermédiaire de la propriété intellectuelle découle du droit des contrats»⁶⁰. Par conséquent, il y a de bonnes raisons de craindre qu'en l'absence de limites appropriées, les utilisateurs ne soient contraints de renoncer par contrat à certains des privilèges reconnus par la loi afin d'avoir accès à du contenu protégé. À quoi bon reconnaître des limitations au droit d'auteur et aux droits voisins si celles-ci peuvent être écartées dans n'importe quelle circonstance, par n'importe quel contrat⁶¹?

3.2 Limitations permises au droit d'auteur et aux droits voisins

En vertu de l'article 5, paragraphe 2, de la Directive InfoSoc, les États membres ont la possibilité d'adopter des limitations au droit de reproduction, en ce qui a trait à la reproduction reprographique sur papier, à la reproduction pour fins privées, à la reproduction d'œuvres par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées, aux enregistrements éphémères d'œuvres effectués par des organismes de radiodiffusion et à la reproduction d'émissions faites par des institutions sociales sans but lucratif, telles que les hôpitaux ou les prisons. L'article 5, paragraphe 3, de la Directive, contient une liste imposante de non moins de quinze limitations applicables à la fois au droit de reproduction et au droit de communication au public que les États membres peuvent introduire dans leur législation nationale. Afin d'illustrer notre thèse voulant qu'aucune harmonisation des limitations ne soit possible en vertu de la Directive InfoSoc, nous dressons ici la liste complète des limitations permises en vertu du paragraphe 3:

- a) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique, sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi;
- b) lorsqu'il s'agit d'utilisations au bénéfice de personnes affectées d'un handicap qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap;

60. LAB, Commentaires du Legal Advisory Board sur la Communication de la Commission du 20 novembre 1996: Suivi du Livre vert, § 9A.

61. L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, coll. Information Law Series No. 9, p. 220.

- c) lorsqu'il s'agit de la reproduction par la presse, de la communication au public ou de la mise à disposition d'articles publiés sur des thèmes d'actualité à caractère économique, politique ou religieux ou d'œuvres radiodiffusées ou d'autres objets protégés présentant le même caractère, dans les cas où cette utilisation n'est pas expressément réservée et pour autant que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée, ou lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'œuvres ou d'autres objets protégés afin de rendre compte d'événements d'actualité, dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi et sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur;
- d) lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue, pour autant qu'elles concernent une œuvre ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée et qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi;
- e) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins de sécurité publique ou pour assurer le bon déroulement de procédures administratives, parlementaires ou judiciaires, ou pour assurer une couverture adéquate desdites procédures;
- f) lorsqu'il s'agit de l'utilisation de discours politiques ainsi que d'extraits de conférences publiques ou d'œuvres ou d'objets protégés similaires, dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi et pour autant, à moins que cela ne s'avère impossible, que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée;
- g) lorsqu'il s'agit d'une utilisation au cours de cérémonies religieuses ou de cérémonies officielles organisées par une autorité publique;
- h) lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'œuvres, telles que des réalisations architecturales ou des sculptures, réalisées pour être placées en permanence dans des lieux publics;
- i) lorsqu'il s'agit de l'inclusion fortuite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé dans un autre produit;

-
- j) lorsqu'il s'agit d'une utilisation visant à annoncer des expositions publiques ou des ventes d'œuvres artistiques, dans la mesure nécessaire pour promouvoir l'événement en question, à l'exclusion de toute autre utilisation commerciale;
 - k) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche;
 - l) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins de démonstration ou de réparation de matériel;
 - m) lorsqu'il s'agit d'une utilisation d'une œuvre artistique constituée par un immeuble ou un dessin ou un plan d'un immeuble aux fins de la reconstruction de cet immeuble;
 - n) lorsqu'il s'agit de l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés au paragraphe 2, point c), d'œuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence;
 - o) lorsqu'il s'agit d'une utilisation dans certains autres cas de moindre importance pour lesquels des exceptions ou limitations existent déjà dans la législation nationale, pour autant que cela ne concerne que des utilisations analogiques et n'affecte pas la libre circulation des marchandises et des services dans la Communauté, sans préjudice des autres exceptions et limitations prévues au présent article.

Il est important de souligner que toutes ces limitations, notamment celles permettant la mise en place de régimes de reprographie et de copie privée, sont prévues uniquement à titre facultatif. La remarque suivante, tirée de l'exposé des motifs accompagnant la Proposition de directive de 1997, laisse perplexe tant elle démontre combien illusoire est l'effort d'harmonisation de la Commission européenne et ce, depuis le moment même du dépôt de la Proposition de directive:

Le Marché intérieur est beaucoup moins affecté par ces différences mineures que par le fait qu'il existe un régime dans certains États membres et qu'il n'en existe pas dans d'autres. En conséquence, dans la mesure où les différences qui existent

entre les régimes actuellement applicables à la reprographie ne créent pas d'entraves majeures au Marché intérieur et sont susceptibles de s'atténuer du fait de l'adoption de régimes similaires par d'autres États membres, il n'est pas vraiment nécessaire d'harmoniser davantage cette exception au droit de reproduction. Les États membres qui prévoient déjà une rémunération doivent rester libres de la maintenir, mais il n'est pas fait obligation aux autres États membres de suivre cette approche.⁶²

Clairement, si la Commission européenne avait vraiment voulu être cohérente dans sa politique d'harmonisation et si elle avait vraiment voulu éliminer les obstacles au Marché intérieur, elle aurait rendu ces limitations obligatoires. Outre le fait que la Directive InfoSoc manque totalement son objectif d'harmonisation, les dispositions de celle-ci recèlent des termes vagues et d'incohérences par rapport aux dispositions des directives antérieures. Et bien que l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la Directive déclare que, sauf s'il en est disposé autrement, celle-ci s'applique sans préjudice des dispositions communautaires existantes en matière de droits d'auteur et de droits voisins, la relation entre les limitations de la nouvelle Directive et celles prévues dans les directives antérieures est loin d'être harmonieuse.

Ainsi, contrairement à la Directive relative au droit de location et de prêt⁶³, la Directive InfoSoc réfère non pas à la notion de «rémunération équitable», mais bien à celle de «compensation équitable». Cette notion fut introduite dans le vocable de la nouvelle Directive sous la pression de certains États membres, et plus particulièrement du Royaume-Uni, qui ne voulaient pas être liés au concept de rémunération équitable alors que le système national prévoit déjà une forme de compensation pour les titulaires de droits. Le Considérant 35 de la Directive explique que lors de la détermination de la forme, des modalités et du niveau éventuel d'une telle compensation équitable, il convient de tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Pour évaluer ces circonstances, un critère utile serait le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en

62. COMMISSION EUROPÉENNE, *Exposé des motifs de la 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*, Bruxelles, le 10 décembre 1997, p. 32.

63. Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, J.O.C.E. n° L 346 du 27/11/1992 p. 61, art. 10.

question. Dans le cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence, un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû. Le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection prévues à la présente directive. Certains cas où le préjudice au titulaire du droit serait minime pourraient ne pas donner naissance à une obligation de paiement⁶⁴. Que la Commission européenne ait consenti à ce compromis est d'autant plus surprenant qu'elle s'apprêtait de toute évidence à saisir la Cour de justice européenne à l'encontre du Royaume-Uni pour transposition incomplète de la Directive 92/100/CEE, au motif que la limite à la rémunération équitable permise par la loi britannique pour la diffusion non payante au public dans des restaurants et cafés ne faisait pas partie des exceptions possibles en vertu de l'article 10 de cette Directive. Au moment de saisir la Cour de justice, la Commission considérait de plus que la Directive en question devait être lue au regard des conventions internationales dont l'Union européenne ou ses États membres sont parties. Ainsi, les Conventions de Rome sur la protection des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes (1961), et la Convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques (1971), obligent les parties contractantes à prévoir une rémunération équitable telle qu'elle est inscrite dans la Directive 92/100/CEE⁶⁵. Est-ce que la procédure intentée contre le Royaume-Uni ne porte que sur la validité de la limitation pour la diffusion non payante au public ou porte-t-elle également sur la notion de «rémunération équitable»? N'y a-t-il pas une contradiction fondamentale dans l'attitude de la Commission européenne?

Dans les mois qui viennent, la Cour de justice européenne devra également se prononcer, dans un renvoi préjudiciel venant de la Cour suprême des Pays-Bas⁶⁶, relativement à l'interprétation à donner au terme «rémunération équitable», contenu à l'article 8(2) de la Directive relative au droit de location et de prêt public et à l'article 7 de la Loi néerlandaise sur les droits voisins. Cette cause, qui à notre connaissance était déjà pendante devant la Cour européenne au moment de l'adoption du texte final de la Directive

64. Voir: D.J.G. VISSER, «De beperkingen in de Auteursrechtlijn», (2001) *AMI* 9-15, à la p. 10.

65. COMMISSION EUROPÉENNE, *Rémunération équitable des artistes interprètes et producteurs de phonogrammes: procédure d'infraction contre le Royaume-Uni*, Communiqué de presse, Bruxelles, 26 juillet 2001.

66. Cour suprême des Pays-Bas, décision du 9 juin 2000 (*SENA v. NOS*), *NJ* 2001/1569.

InfoSoc, oppose la *Fondation pour l'exploitation des droits voisins* (SENA), organisme voué à la collecte et la distribution de la rémunération équitable due aux artistes interprètes ou exécutants et aux producteurs de phonogrammes, à l'*Organisme de radiodiffusion néerlandais* (NOS). La question soumise aux tribunaux a trait au montant de rémunération équitable que la NOS doit verser à la SENA pour la diffusion par radio et télévision de prestations musicales fixées sur phonogrammes. Plus particulièrement, la SENA demande à la cour de déterminer si le concept de «rémunération équitable» constitue un concept autonome en droit communautaire qui devrait être interprété de façon uniforme dans les États membres. Le litige est allé jusque devant la Cour suprême des Pays-Bas qui, au lieu de trancher la question, a préféré renvoyer le tout à l'évaluation de la Cour de justice européenne. Les questions posées à la Cour européenne sont donc les suivantes:

1. Est-ce que le terme «rémunération équitable», prévu à l'article 8(2) de la Directive relative au droit de location et de prêt, constitue un concept en droit communautaire qui devrait être interprété et appliqué de la même manière dans tous les États membres de l'Union européenne?
2. Si oui:
 - a. En vertu de quels critères le montant de rémunération équitable doit-il être fixé?
 - b. Devrait-on tenter un alignement avec les montants de compensation convenus ou habituels avant l'entrée en vigueur de la directive entre les organisations impliquées dans les États membres pertinents?
 - c. Est-ce que les attentes des parties intéressées qui ont été suscitées relativement à la compensation devraient ou pourraient être prises en compte au moment de l'élaboration de la loi nationale de mise en œuvre de la directive?
 - d. Devrait-on tenter un alignement avec les montants de compensation versés par les organismes de radiodiffusion pour l'exécution publique (radiodiffusion) d'œuvres musicales?
 - e. La compensation doit-elle être liée à l'auditoire potentiel ou réel, ou au nombre réel d'auditeurs ou de téléspectateurs,

ou devrait-il être basé en partie sur l'auditoire potentiel et en partie sur le nombre réel d'auditeurs ou de téléspectateurs, et dans ce dernier cas, suivant quelle proportion?

3. Si la réponse à la question (1) est négative, est-ce que cela signifie que les États membres ont entière liberté pour élaborer les critères en vertu desquels le montant de la rémunération équitable doit être fixé? Ou y a-t-il des limites à cette liberté, et si oui, lesquelles?

Il sera intéressant de voir quelles réponses apportera la Cour européenne à ces questions, surtout à la lumière des dispositions de la Directive InfoSoc. Si la Cour en venait à décider que le terme «rémunération équitable» constitue un concept autonome en droit communautaire, comment devra-t-on réconcilier la Directive relative au droit de location et de prêt et la Directive InfoSoc et comment devra-t-on interpréter le terme «compensation équitable» prévu dans la nouvelle Directive? Dans l'intervalle, comment les États membres doivent-ils mettre cette disposition en œuvre en droit national? Sur quelle base le montant d'une «compensation équitable» doit-il être calculé⁶⁷? Dans les faits, puisqu'une «compensation équitable» peut être nulle, dépendant des circonstances, on peut raisonnablement supposer qu'un système de droit d'auteur qui prévoit déjà le paiement d'une «rémunération équitable» aux titulaires de droits pour les actes de reproduction par reprographie ou pour fins privées serait conforme au critère de «compensation équitable» au sens de la nouvelle Directive et ne nécessiterait aucune modification⁶⁸.

Outre les problèmes reliés à l'interprétation des termes «rémunération» ou «compensation» équitable, la coexistence de la nouvelle directive avec les directives antérieures soulève un certain nombre de difficultés additionnelles. Il y a lieu de mentionner tout d'abord que la Directive relative au droit de location et de prêt dispose, à l'article 10, paragraphe 1, que les États membres ont la faculté de prévoir des limitations aux droits voisins, dans le cas d'une utilisation privée, de l'utilisation de courts fragments à l'occasion du compte rendu d'un événement d'actualité, de la fixation éphémère d'une œuvre par un organisme de radiodiffusion, et d'une utilisation à des fins d'enseignement, dont la formulation ne correspond pas toujours avec celle de la Directive InfoSoc. L'article 10, paragraphe 2, prévoit de plus que tout État membre a la faculté de prévoir, en ce qui

67. D.J.G. VISSER, *op. cit.*, *supra*, note 64, p. 10.

68. Exposé des motifs accompagnant le projet de loi néerlandais, p. 22.

concerne la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes, des organismes de radiodiffusion et des producteurs des premières fixations de films, des limitations de même nature que celles qui sont prévues par la législation concernant la protection du droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques. Toutefois, en plus des limitations aux droits voisins permises en vertu de la Directive relative au droit de location et de prêt s'ajoutent celles de la Directive InfoSoc. Dans la mesure où des limitations aux droits voisins sont prévues dans les deux directives, les limitations à caractère spécifique de la Directive 92/100/CEE ont en principe préséance, quoiqu'elles doivent être interprétées en conformité avec les dispositions plus récentes de la Directive InfoSoc. Il aurait pourtant été judicieux de la part du législateur européen de choisir une formulation uniforme à travers les deux directives et de clarifier la situation à l'intérieur de l'article 11 de la Directive InfoSoc qui prévoit déjà un certain nombre d'adaptations techniques, dont notamment la suppression de l'article 7 de la Directive 92/100/CEE, relatif au droit de reproduction. En ce qui a trait au droit de communication au public, il semblerait que les limitations de la Directive 92/100/CEE ne s'appliquent qu'aux droits conférés par cette directive, tandis que les limitations prévues à l'article 5, paragraphe 3, de la Directive InfoSoc s'appliquent aux communications interactives. Enfin, le paragraphe 3, de l'article 10 de la Directive 92/100/CEE, qui prévoyait que les limitations du premier paragraphe s'appliquaient sans préjudice des dispositions législatives présentes ou futures sur la rémunération de la copie réalisée à des fins privées, a été remplacé par le «test en trois étapes». Encore là, une clarification n'aurait pas été superflue⁶⁹.

La coexistence entre les limitations de la Directive InfoSoc et celles des directives relatives à la protection juridique des programmes d'ordinateur et des bases de données aurait également pu être mieux coordonnée. En principe, les limitations à caractère spécifique des deux Directives antérieures ne sont pas touchées par la nouvelle Directive. Cela vaut aussi lorsque les trois directives contiennent des limitations semblables, quoique les limitations antérieures doivent être interprétées en conformité avec les dispositions plus récentes de la Directive InfoSoc. Selon le professeur Walter, ni la définition du droit de reproduction ni la limitation obligatoire relative aux reproductions provisoires à caractère purement technique prévues dans la Directive InfoSoc ne sont applicables aux programmes d'ordinateur ou aux bases de données, dans la mesure où ce droit est réglementé

69. M. WALTER, «Freie Nutzungen», dans *op. cit., supra*, note 2, p. 1062.

de manière spécifique dans les deux directives antérieures⁷⁰. Cette affirmation est d'autant plus vraie à l'égard des bases de données non originales, alors que la Directive 96/9/CE confère aux titulaires un droit d'«extraction» et non de reproduction. Quoi qu'il en soit, la notion de droit de reproduction aurait certainement dû être définie en termes identiques dans les trois directives. En ce qui a trait au droit de communication au public, le professeur Walter estime que les limitations de l'article 5, paragraphe 3 de la Directive InfoSoc peuvent trouver application à l'égard des programmes d'ordinateur, mais non à l'égard des bases de données, sachant que le titulaire de droits sur une base de données non originale jouit d'un droit de «réutilisation» qui couvre à la fois les communications interactives et la distribution d'exemplaires tangibles⁷¹.

En dehors des problèmes soulevés par la cohérence interne des différentes directives européennes, une difficulté supplémentaire se pose à certains législateurs européens concernant les licences obligatoires pour la radiodiffusion et la reproduction mécanique d'œuvres musicales. Ces limitations, présentes dans la loi de quelques États membres, datent souvent de la première moitié du XX^e siècle et avaient été adoptées à l'époque conformément aux articles 11*bis* et 13 de la Convention de Berne. Dans bien des cas, notamment en Allemagne et aux Pays-Bas, la loi accorde au gouvernement le pouvoir – qui ne fut pas toujours exercé – d'imposer des licences obligatoires pour la radiodiffusion et/ou pour la reproduction mécanique d'œuvres musicales, dès que des exemplaires de ces œuvres ont été mis sur le marché avec l'autorisation du titulaire de droits. La Directive 93/83/CEE relative à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble avait déjà modifié le droit européen en conférant aux auteurs le droit exclusif d'autoriser la communication au public par satellite d'œuvres protégées par le droit d'auteur et en obligeant l'exercice du droit de retransmission par câble à la gestion collective⁷². Nous l'avons vu plus haut, la Directive InfoSoc confère maintenant un droit exclusif aux titulaires de droits pour la communication interactive de leurs œuvres. Les limitations existantes permettant l'imposition de licences obligatoire pour la radiodiffusion d'œuvres musicales perdent donc toute pertinence à l'égard de communications au public effectuées à partir d'un État membre de l'Union euro-

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*, p. 1063.

72. Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, J.O.C.E. n° L 248 du 06/10/1993 p. 15, art. 2 et 9.

péenne ou de l'Espace économique européen. Le législateur néerlandais propose par conséquent de réduire la portée de la disposition aux communications provenant de pays non membres de l'Espace économique européen.

Qu'advient-il cependant des licences obligatoires pour la reproduction mécanique des œuvres musicales? La Directive InfoSoc ne contient aucune limitation couvrant directement cette situation. Devant l'incertitude laissée par la nouvelle Directive, les législateurs néerlandais et allemand ont adopté différentes approches. Pour sa part, le législateur néerlandais semble considérer que comme la Directive InfoSoc accorde aux titulaires un droit exclusif de reproduction, la probabilité que le gouvernement adopte un règlement prévoyant l'imposition d'une licence obligatoire pour la reproduction mécanique des œuvres musicales est nulle. La disposition devrait donc être abrogée. Le législateur allemand quant à lui a décidé de conserver la possibilité d'imposer une licence obligatoire pour la reproduction mécanique des œuvres musicales dans les cas où les titulaires de droits n'exercent pas leurs droits par l'intermédiaire d'une société de gestion collective. Suivant l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi allemand, la licence obligatoire peut être considérée comme tombant sous le couvert de l'article 5, paragraphe 3, alinéa (o) de la Directive, qui permet aux États membres de maintenir des limitations permettant une «utilisation dans certains autres cas de moindre importance pour lesquels des exceptions ou limitations existent déjà dans la législation nationale, pour autant que cela ne concerne que des utilisations analogiques et n'affecte pas la libre circulation des marchandises et des services dans la Communauté».

3.3 «Test en trois étapes»

Conformément aux obligations internationales découlant des *Traités de l'OMPI* et suivant une pratique déjà établie par des directives antérieures⁷³, la Directive InfoSoc soumet l'application de l'ensemble des limitations au droit d'auteur et aux droits voisins aux exigences du «test en trois étapes»⁷⁴. Cette limitation constitue donc

73. Directive du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (91/250/CEE), J.O.C.E. n° L 122 du 17/05/91, p. 42, art. 6(2); et Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, J.O.C.E. n° L 77 du 27/03/96 p. 20, art. 6(3).

74. Directive InfoSoc, art. 5(5), qui se lit comme suit: «Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas

une «limitation des limitations» au droit d'auteur et aux droits voisins, en ce sens que lorsque les États membres prévoient de telles exceptions ou limitations, il y a lieu, en particulier, de tenir dûment compte de l'incidence économique accrue que celles-ci sont susceptibles d'avoir dans le cadre du nouvel environnement électronique. De l'avis de la Commission européenne, il pourrait s'avérer nécessaire de restreindre davantage encore la portée de certaines exceptions ou limitations en ce qui concerne certaines utilisations nouvelles d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés⁷⁵. Cette prise de position met fin, à tout le moins en ce qui a trait aux pays de l'Union européenne, à la controverse qui avait surgi en 1996 relativement à l'interprétation qu'il convient de donner à la Déclaration commune concernant l'article 10 du TMDA et l'article 16 du TMIEP, ainsi qu'à l'étendue de l'obligation des Parties contractantes de veiller à ce que les limitations existantes respectent le «test en trois étapes». Très tôt, la Commission européenne avait fait part de son point de vue, comme l'indique le commentaire suivant, tiré de l'exposé des motifs accompagnant la Proposition de directive:

Il va sans dire que les obligations prévues par les nouveaux traités doivent être respectées dans tous les cas. Les deux traités apportent des précisions importantes et des recommandations supplémentaires, qui devront être respectées par les parties contractantes. Ainsi, le «test des trois étapes» servira de ligne directrice principale pour la définition et l'application de limitations. Cela implique que certaines limitations définies au niveau communautaire ainsi qu'au niveau national devront également être modifiées en matière de droit de reproduction pour être mises en conformité avec les nouveaux traités de l'OMPI dans la Communauté et dans ses États membres.⁷⁶

En plus de devoir veiller à ce que les limitations existantes respectent le «test en trois étapes», certains États membres s'interrogent maintenant à savoir s'ils sont requis d'incorporer en droit national la règle du «test en trois étapes» en tant que norme de droit indépendante. On a soutenu par exemple que la règle du «test en

spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.».

75. Directive InfoSoc, Considérant 44.

76. Commission européenne, *Exposé des motifs de la 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*, Bruxelles, 10 décembre 1997, p. 18.

trois étapes» poursuit une double fonction: non seulement forme-t-elle un mandat au législateur, mais elle doit également servir de règle d'interprétation. La transposition de la règle en droit national ne serait donc pas superflue⁷⁷.

Pour sa part, le législateur allemand est d'avis qu'il n'est pas nécessaire de transposer cette règle séparément⁷⁸. Dans l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi allemand, on observe que la République Fédérale d'Allemagne doit bien entendu respecter les obligations internationales découlant notamment de la Convention de Berne et de l'Accord des ADPIC, lors de la création et de l'application des normes de la Loi allemande sur le droit d'auteur à des cas particuliers. Ceci dit, le législateur allemand considère que le projet de loi allemand satisfait pleinement à cette obligation. Suivant l'exposé des motifs, la définition des limitations au droit d'auteur et aux droits voisins, telle que proposée dans le projet de loi, répond déjà aux exigences de l'article 5, paragraphe 5, de la Directive: les limitations aux droits exclusifs sont décrites à l'aide de règles limitatives, qui s'appliquent à des cas spéciaux tout en respectent pleinement les intérêts des titulaires de droits. Le législateur allemand a conclu que, pour autant que des exceptions sont permises, elles ne constituent pas une atteinte déraisonnable à l'exploitation normale de l'œuvre par l'auteur. Le législateur néerlandais en est venu à la même conclusion que le législateur allemand: non seulement le «test en trois étapes» forme-t-il un mandat au législateur, mais il doit également servir de règle d'interprétation pour le juge. Comme le législateur allemand, le législateur néerlandais est d'avis qu'il n'est pas nécessaire de transposer cette règle séparément⁷⁹. Le projet de règlement britannique va dans le même sens⁸⁰. Sans doute les législateurs belge et italien sont-ils convaincus de la même chose en regard de leur loi nationale, car aucune mention n'est faite de la possibilité d'adopter le «test en trois étapes» sous la forme d'une norme juridique distincte.

4. CONCLUSION

À la lumière de ces quelques remarques, il est évident qu'aucune harmonisation des règles relatives au droit d'auteur et aux

77. Voir: J. ZECHER, *op. cit.*, *supra*, note 35, p. 453.

78. Exposé des motifs du projet de loi allemand, p. 35.

79. Exposé des motifs accompagnant le projet de loi néerlandais, p. 20.

80. UK PATENT OFFICE, *Consultation Paper on Implementation of the Directive in the United Kingdom*, Londres, 7 août 2002, p. 11.

droits voisins ne pourra être atteinte au niveau européen. De plus, une tâche ardue attend les États membres dans la mise en œuvre des dispositions de la Directive InfoSoc, à savoir réconcilier les dispositions des différentes directives et des instruments internationaux, tout en évaluant la nécessité ou l'opportunité de modifier la loi nationale. Le court délai imposé pour la mise en œuvre de la Directive empêche également les États membres de se pencher sur des problèmes sérieux qui ont surgi au cours des dernières années relativement à l'application des limitations à l'ère numérique. Par exemple, certains auteurs ont déploré le fait que le législateur allemand n'ait pas profité de l'occasion pour régler la question des revues de presse électroniques ou pour réévaluer toute la question de la copie privée dans l'environnement numérique⁸¹. La même remarque a été faite concernant la question de l'utilisation des archives des organismes de radiodiffusion publics. Par conséquent, on peut s'attendre à ce que les législateurs s'en tiennent largement à leur législation actuelle, qui de toute manière est la plus apte à prendre en compte les intérêts nationaux en matière d'éducation, de recherche, de bibliothèques, de radiodiffusion, de liberté de presse, de concurrence et de protection des consommateurs.

Mais qu'en est-il de la mise en œuvre des *Traités de l'OMPI*? Comme le souligne l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi néerlandais, les modifications nécessaires pour se conformer aux normes de la Directive InfoSoc ne sont pas suffisantes pour permettre la ratification du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (TMIEP) par les Pays-Bas⁸². Pour ce faire, il faudrait premièrement que la définition d'«artistes interprètes ou exécutants» de la loi néerlandaise couvre les expressions du folklore et, deuxièmement, que les critères de rattachement permettant la protection des droits voisins soit accordée aux ressortissants d'autres Parties contractantes au TMIEP. Le législateur néerlandais a décidé de laisser en suspens ces deux questions, considérant qu'elles devront être traitées dans un contexte spécifique. Qu'en est-il donc de la possibilité pour les Pays-Bas de ratifier le *Traité*? Le législateur allemand ayant fait la même constatation relativement à la définition d'«artistes interprètes ou exécutants» a choisi, pour sa part, d'apporter les modifications nécessaires au paragraphe 73 de la Loi allemande⁸³. Le projet de loi allemand va même plus loin: bien que ce ne soit pas requis par la directive, il incorpore les dispositions

81. J. ZECHER, *op. cit.*, *supra*, note 35, p. 452.

82. Exposé des motifs accompagnant le projet de loi néerlandais, p. 61.

83. Exposé des motifs accompagnant le projet de loi allemand, p. 54-55.

de l'article 5 du TMIEP concernant le droit moral des artistes interprètes ou exécutants. Par contre, aucune proposition n'est faite en vue de la modification des critères de rattachement de manière à ce que la protection des droits voisins soit accordée aux ressortissants d'autres Parties contractantes au TMIEP.

À notre avis, la Commission européenne aurait certainement mieux fait de s'en tenir à la simple mise en œuvre – mais à une mise en œuvre *complète* – des dispositions des *Traités de l'OMPI* qui aurait permis à l'Union européenne et à ses États membres de ratifier les Traités sans problème...