

Université Panthéon-Assas

École doctorale de droit privé - CEJEM

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 30 novembre 2012

**EXCEPTIONS AU DROIT D'AUTEUR ET MESURES TECHNIQUES DE
PROTECTION**



Université Panthéon-Assas

Mahmadane DIENG

Directeur de thèse : **Monsieur Jérôme PASSA**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury : **Monsieur Christophe ALLEAUME**
Professeur à l'Université de Caen

Madame Valérie-Laure BENABOU
Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin

Monsieur Pierre-Yves GAUTIER
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Antoine LATREILLE
Professeur à l'Université Paris-Sud (Paris XI)

L'Université Panthéon-Assas (Paris II) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je remercie profondément Monsieur le Professeur Jérôme Passa de m'avoir accordé sa confiance et d'avoir dirigé cette étude avec bienveillance.

Je remercie également le CEJEM et l'IRPI d'offrir aux chercheurs d'excellentes conditions de travail.

Je tiens à exprimer toute ma gratitude aux membres du CERDI pour leur hospitalité.

Merci à Mahalia, Maud et Morgan.

RÉSUMÉ

Comme deux éléments qui ne peuvent coexister sans se nuire, les exceptions au droit d'auteur et les mesures techniques de protection sont dans un rapport d'opposition. On ne compte plus dans la littérature spécialisée le nombre d'articles dédiés à leur incompatibilité. Les exceptions au droit d'auteur sont des « dérogations légales » au monopole d'exploitation. Elles permettent d'écarter la mise en œuvre du droit exclusif alors que les conditions d'application de ce dernier sont réunies. Les mesures techniques de protection sont destinées à empêcher les utilisations interdites par les titulaires de droits. La question est de savoir si ces dispositifs techniques peuvent restreindre l'exercice des exceptions au droit d'auteur. La réponse est positive puisque la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 interdit de contourner des mesures techniques quand bien même il s'agirait de mettre en œuvre une dérogation au droit d'auteur. Cependant, l'instrument européen instaure un régime de sauvegarde en faveur de certaines exceptions. Aussi, le législateur français a créé une autorité administrative indépendante – la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet – chargée de garantir le bénéfice de ces exceptions. Il est permis de se demander si l'instauration d'un régime de sauvegarde n'est pas la reconnaissance implicite de la valeur impérative des dérogations au droit d'auteur. En tous les cas, cela donne à penser que les exceptions constituent bel et bien des intérêts juridiquement protégés susceptibles d'être portés devant l'autorité judiciaire contrairement à ce qu'a jugé la Cour de cassation.

Mots-clés : Exceptions au droit d'auteur – Mesures techniques de protection – Titulaires de droits – Droits exclusifs – Contournement – Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet

ABSTRACT

Like two elements that cannot coexist without working against each other, exceptions to exclusive rights and technological protection measures are in opposition. There are countless articles in the specialised literature devoted to their incompatibility. Exceptions to exclusive rights are “legal exemptions” from the operating monopoly. They enable the implementation of exclusive rights to be neutralised even though the conditions for the application of the latter have been met. Technological protection measures are intended to prevent unauthorised use by rightholders. The question is whether these technological systems can restrict the use of exceptions to exclusive rights. The answer is affirmative, since the directive 2001/29/CE of 22 May 2001 prohibits the circumvention of technological measures even though it would be a case of implementing an exemption to exclusive rights. The European instrument, however, establishes a protection system in favour of certain exceptions. Consequently, French lawmakers have created an independent administrative authority – the High Authority for the dissemination of creative works and protection of rights on the Internet – in order to safeguard the benefits of these exceptions. It could be asked whether the establishment of a protection system implicitly acknowledges the crucial value of these exceptions. In any event, it suggests that they do indeed constitute legally protected interests liable to be brought before the legal authorities, contrary to the Court of Cassation's assertions.

Keywords : Exceptions to exclusive rights – Technological protection measures – Rightholders – Exclusive rights – Circumvention – High Authority for the dissemination of creative works and protection of rights on the Internet

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ADPIC	Aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accords sur les)
aff.	affaire
AFPIDA	Association française pour la protection internationale du droit d'auteur
al.	alinéa
ALAI	Association littéraire et artistique internationale
AN	Assemblée Nationale
Ann. propr. ind.	Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire
art.	article
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
CA	Cour d'appel
Cass. 1 ^{re} civ.	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2 ^e civ.	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3 ^e civ.	Troisième chambre civile de la Cour de Cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CCC	Contrats, Concurrence, Consommation
CCE	Communication, Commerce Électronique
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. réunies	Chambres réunies de la Cour de cassation
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
comm.	commentaire
Comp.	Comparer
concl.	conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	Position ou solution contraire
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
D.	Dalloz
D. Affaires	Dalloz Affaires
Dr. auteur	Droit d'auteur
dir.	dirigé par
DP	Dalloz périodique
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
éd.	édition
Expertises	Expertises des systèmes d'information
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais

HADOPI	Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
inf. rap.	informations rapides
IRPI	Institut de recherche en propriété intellectuelle
J.-Cl.	Juris-Classeur Encyclopédie
J.-Cl. PLA	Juris-Classeur Propriété littéraire et artistique
JCP G	Jurisqueuseur périodique, édition générale
JCP E	Jurisqueuseur périodique, édition entreprise
JO	Journal Officiel
JOAN CR	Journal Officiel de l'Assemblée Nationale Compte-rendu
JOAN Q	Journal Officiel de l'Assemblée Nationale Questions
JOCE	Journal Officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal Officiel de l'Union européenne
JO Sénat CR	journal Officiel du Sénat Compte-rendu
JO Sénat Q	Journal Officiel du Sénat Questions
jurispr.	jurisprudence
Legipresse	Legipresse revue du droit de la communication
LPA	Petites affiches (Les)
obs.	observations
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
pan.	panorama
PI	Propriétés intellectuelles
préc.	précité.
Propr. industr.	Propriété industrielle
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Rappr.	Rapprocher
Rec.	Recueil des arrêts du Tribunal de première instance et de la Cour de justice
Rép. civ. Dalloz	Répertoire civil Dalloz
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RLDI	Revue Lamy droit de l'immatériel
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
<i>Supra</i>	ci-dessus
S.	Sirey
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
Trib. civ.	Tribunal civil
T. com.	Tribunal de commerce
V.	voir

OUVRAGES CITÉS PAR LE SEUL NOM DE LEURS AUTEURS

C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009.

C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9^e éd., 1999.

H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978.

P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012.

A. et H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, cité A. LUCAS et *alii*.

F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005.

E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal et Billard éd., 3^e éd., par G. Maillard et C. Claro, 1908.

A.-Ch. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, 2 tomes, Renouard éd., 1838.

M. THIOILLIÈRE, *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles du Sénat*, n° 308, Annexe au Procès-verbal de la séance du 12 avril 2006, cité rapport THIOILLIÈRE.

C. VANNESTE, *Rapport fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale*, n° 2349, Annexe au Procès-verbal de la séance du 1^{er} juin 2005, cité rapport VANNESTE.

M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009.

SOMMAIRE

(une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage)

PREMIERE PARTIE – LE CONFLIT ENTRE LES EXCEPTIONS AU DROIT D’AUTEUR ET LES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION	29
TITRE I – L’ÉCONOMIE PAISIBLE DES EXCEPTIONS AU DROIT D’AUTEUR.....	32
Chapitre I – La teneur des exceptions au droit d’auteur.....	33
Chapitre II – La valeur des exceptions au droit d’auteur.....	94
TITRE II – L’ÉCONOMIE CONTRARIANTE DES MESURES TECHNIQUES.....	162
Chapitre I – La protection juridique des mesures techniques	163
Chapitre II – Les fondements des mesures techniques	245
DEUXIEME PARTIE – L’ARTICULATION ENTRE LES EXCEPTIONS AU DROIT D’AUTEUR ET LES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION	313
TITRE I – UNE MISSION DÉVOLUE À L’AUTORITÉ DE RÉGULATION.....	314
Chapitre I – La régulation entre les exceptions au droit d’auteur et les mesures techniques de protection	317
Chapitre II – L’exclusion de la régulation entre les exceptions au droit d’auteur et les mesures techniques de protection.....	360
TITRE II – UNE MISSION RÉVOLUE DE L’AUTORITÉ JUDICIAIRE.....	380
Chapitre I – L’intervention de l’autorité judiciaire.....	381
Chapitre II – La démission de l’autorité judiciaire	416
CONCLUSION GÉNÉRALE	465

A mes parents,

A Diami et Tapha,

A Aneta et Adam.

« Au début de sa quête du spirituel, Bouddha s'adonnait à de nombreuses austérités.

Un jour, deux musiciens vinrent à passer près de l'arbre où il était et méditait, et il entendit l'un d'eux dire à l'autre : "Ne tends pas trop les cordes de ton sitar, elles vont casser ; ne les laisse pas trop lâches non plus, elles ne vibreront pas. Observe le juste milieu" »

A. De Mello, *Histoires d'humour et de sagesse*, Bellarmin, 1992, p. 105.

INTRODUCTION

1. « *Nous ne savons que penser des changements prodigieux qui se déclarent autour de nous et même en nous. Pouvoirs nouveaux, gênes nouvelles, le monde n'a jamais moins su où il allait* ». Ce propos que l'on doit à Valéry¹, connu pour avoir écrit sur les œuvres de l'esprit et l'art en général², évoque avec clairvoyance les effets déconcertants, inattendus même, que peut engendrer le progrès. Il est difficile de prévoir ce qu'il nous réserve. En matière de droit d'auteur, on peut certainement voir en la numérisation un progrès³ qui procure des pouvoirs nouveaux en même temps qu'il occasionne des gênes nouvelles. Au carrefour de changements prodigieux, certains diraient que le droit d'auteur est « *en quête de sens* »⁴. En tous les cas, les rapports qu'entretiennent le droit, la technique et le progrès ne cessent de susciter l'intérêt. Selon M. Dérieux, « *la technique et ses prétendus "progrès" peuvent en effet être [...], comme on a coutume de le dire, "la meilleure ou la pire des choses". Le rôle du droit est alors de contribuer à les orienter et les encadrer afin de permettre et de promouvoir ce qui est souhaitable ou bénéfique pour l'homme, le respect de sa dignité et de sa liberté, et d'empêcher, autant qu'on le peut, ce qui est dangereux, préjudiciable ou nuisible* »⁵. Il importe alors d'éviter toute nocivité des techniques non seulement pour l'homme mais – faut-il ajouter – pour le droit lui-même. L'idée n'est pas nouvelle, Savatier le professait déjà : « *l'influence exercée sur le droit par les progrès des techniques doit le perfectionner sans porter atteinte à son essence* »⁶.

¹ P. Valéry, « Propos sur le progrès », in *Regards sur le monde actuel et autres essais*, Folio, 2002, p. 140.

² P. Valéry, « Notre destin et les lettres » ainsi que « La liberté de l'esprit », in *Regards sur le monde actuel et autres essais*, Folio, 2002, respectivement p. 185 et p. 207.

³ C. Nguyen Duc Long, *La numérisation des œuvres - Aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Thèse Paris XI, Litec, 2001, p.1, n° 1.

⁴ V. *La propriété littéraire et artistique en quête de sens*, colloque à l'occasion du 20^e anniversaire du Cerdi et du Master DI2C, 26 mars 2009, maison du Barreau, RLDI, supplément au n° 49, mai 2009.

⁵ E. Dérieux, « Sciences et techniques et droits de l'homme », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 639.

⁶ R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959, p. 52, n° 29.

2. Pouvoirs nouveaux des utilisateurs – La numérisation a permis d'accroître les capacités de reproduction des œuvres de l'esprit. Il est possible pour un seul et même utilisateur de faire des milliers de copies et de les stocker dans le disque dur de son ordinateur. Tout comme le magnétophone et le magnétoscope en leur temps, la numérisation est une révolution technique⁷, mais le bond effectué grâce à elle, n'a pas eu son pareil dans l'environnement analogique. Depuis l'avènement de l'environnement numérique, les facultés de reproduction et de stockage ont été augmentées certes, mais de manière exponentielle⁸. En effet, alors que les possibilités plus restreintes du magnétophone et du magnétoscope n'ont jamais incité le public qu'à effectuer un nombre tout de même limité de copies, le numérique offre au public l'opportunité de les multiplier à l'envi. Grâce aux formats de compression, la taille des fichiers informatiques a été réduite, si bien que les volumes de stockage peuvent dorénavant en accueillir un nombre incalculable. Les réseaux n'ont fait qu'ajouter au phénomène en facilitant la diffusion massive des œuvres sur la toile et dans le monde entier. Les effets du progrès numérique ou les pouvoirs nouveaux qu'il crée ne sont certainement pas pour déplaire aux utilisateurs. Pourtant, ces pouvoirs nouveaux dans les mains du public sont vus comme des gênes nouvelles par les titulaires de droits.

3. Gênes nouvelles pour les titulaires de droits – Toute médaille a son revers : les pouvoirs nouveaux que confère le progrès ne sont pas sans inconvénients. A cet égard, la numérisation n'a pas laissé les titulaires de droits indifférents. L'environnement numérique est un terrain propice aux exploitations non autorisées des œuvres par les tiers. Internet est venu s'ajouter aux modes de diffusion classiques des œuvres tels que la télévision ou la radio. Il est devenu un lieu d'échange de contenus culturels en tout genre. On en a fait un laboratoire où l'on a pu observer la gestation de nouveaux modèles de diffusion des créations. Ainsi se sont développés les sites de partage gratuit d'œuvres et autres réseaux décentralisés de type *peer-to-peer* qui donnent la possibilité aux utilisateurs de se transmettre des fichiers comportant des contenus culturels. Bien entendu, le premier souci des contrefacteurs fut d'échapper à la vigilance des titulaires de droits. C'est la raison pour laquelle, très rapidement, des réseaux sont apparus qui garantissent l'anonymat des utilisateurs, compliquant ainsi la tâche des enquêteurs chargés de leur poursuite. Pourtant, il a été mis en évidence que les réseaux *peer-to-peer* n'ont pas pour seule fonction d'échanger des œuvres de l'esprit. Ces réseaux peuvent autant servir à transmettre des documents personnels que faire office de messagerie instantanée. C'est donc moins le *peer-to-peer* en tant que moyen technique qui

⁷ C. Nguyen Duc Long, Thèse préc., p.1, n° 1.

⁸ *Ibid.*

doit être mis en cause⁹ que l'usage qui en est fait. Dans le même temps, on ne peut ignorer que, dans la pratique, beaucoup s'en servent afin d'obtenir gratuitement des contenus culturels. L'offre de service Internet est devenue très attractive depuis que les flux sont distribués à haut débit¹⁰. Cela permet aux utilisateurs de télécharger rapidement les contenus qu'ils affectionnent – plus ou moins volumineux d'ailleurs – que sont les œuvres musicales ou les œuvres audiovisuelles.

De telles pratiques font perdre aux auteurs la maîtrise de l'exploitation de leurs œuvres. Or la fonction principale du droit d'auteur est d'assurer aux titulaires de droits l'exclusivité de l'exploitation. L'auteur dispose seul du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction ou la représentation de son oeuvre. Cette maîtrise exclusive de l'exploitation constitue une incitation à la création car elle permet au titulaire de droits de percevoir les fruits de son travail. Mais une telle maîtrise paraît difficile dans l'univers numérique. Les réseaux permettent de communiquer avec une aisance déroutante des contenus culturels à l'échelle planétaire. Il devient dès lors difficile pour les titulaires de droits et les sociétés de gestion collective de gérer les droits d'auteur puisque leur échappe le contrôle des autorisations et des conditions d'exploitation. Partant, la perception et la répartition des rémunérations deviennent illusoires. Si dans l'environnement analogique, du fait de la matérialité des supports, la reproduction et la diffusion massives des œuvres restent l'apanage des professionnels, cela n'est pas du tout le cas dans l'univers digital. Dans la sphère numérique, les supports sont virtuels. Dès lors, il suffit de peu de moyens pour qu'un néophyte, sans autorisation des ayants droit, reproduise une œuvre à foison et injecte les copies dans le réseau. On en conclut sans ambages que le recul de la maîtrise de l'exploitation dans le monde numérique ne va pas dans le sens d'un encouragement à la production artistique. Bien au contraire, il est la cause d'un manque à gagner considérable pour les auteurs. Dès lors, on comprend vite pourquoi, face à cette situation, la réaction des titulaires de droits ne s'est pas fait attendre.

4. Réaction des titulaires de droits face aux gênes nouvelles – Plusieurs actions ont été entreprises pour tenter d'endiguer le phénomène. Ainsi, les pouvoirs publics ont tenté de

⁹ V. Exposé des motifs de la proposition de loi n° 3061 relative à la neutralité de l'internet et enregistrée à l'Assemblée nationale le 20 décembre 2010, disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion3061.asp> (page consultée le 13 octobre 2012).

¹⁰ C. Nguyen Duc Long, Thèse préc., p. 2, n° 1. Selon l'auteur, les « progrès se matérialisent aussi bien dans le volume des communications, que dans la manière dont ces dernières peuvent désormais s'exécuter : la vitesse de communication s'accroît avec le développement des accès à Internet à haut débit passant par le câble ou le satellite ».

sensibiliser les utilisateurs à un usage licite des réseaux¹¹. Par ailleurs, des mesures de filtrage ont été mises en place afin de repérer les contenus contrefaisants sur la toile. On est même allé jusqu'à inonder les réseaux *peer-to-peer* de leurres dans le but de décourager les utilisateurs de télécharger illégalement. Mais les mesures de filtrage ont montré très rapidement leurs limites. D'abord, à elles seules, elles ne sont pas suffisantes face à l'ingéniosité des pirates qui finissent toujours par trouver une astuce pour contourner les pièges posés à leur attention. Ensuite, en tant que moyens de contrôle *a posteriori*, elles ne peuvent se substituer pleinement au monopole d'exploitation. C'est la raison pour laquelle les titulaires de droits ont recherché des solutions techniques plus efficaces permettant de leur restituer la pleine maîtrise de leurs œuvres dans l'univers numérique.

5. Mesures techniques et pouvoirs nouveaux des titulaires de droits – Comme on combat le feu par le feu, les ayants droits ont trouvé naturel de se servir de la technique pour lutter contre la technique¹². Il a paru évident que l'impuissance du droit d'auteur dans l'environnement numérique appelait une réponse technique susceptible de remédier aux problèmes posés par la technique elle-même. C'est ainsi que les titulaires de droits ont recouru aux mesures techniques. Celles-ci peuvent jouer un rôle d'information¹³, et permettre par des dispositifs d'empreintes, de tatouage ou encore de filigrane, d'identifier et de décrire des contenus numériques protégés par des droits de propriété intellectuelle, ainsi que de vérifier les conditions d'exploitation de ces contenus telles que définies par les ayants droit ou le législateur. Ces mesures techniques, qui contribuent à l'identification et à la traçabilité des œuvres sans en altérer la qualité, sont utiles aux auteurs qui peuvent désormais recueillir des renseignements concernant la circulation de leurs œuvres sur les réseaux. Les mesures techniques peuvent encore jouer un rôle de protection¹⁴ en limitant ou en empêchant certains actes d'utilisation des œuvres. Ainsi peuvent être déployés des dispositifs d'obstruction à la copie ou encore des technologies de contrôle de l'accès à l'œuvre

¹¹ Par exemple, la charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de la musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique du 28 juillet 2004. Les pouvoirs publics ont proposé aux professionnels du secteur de la musique un certain nombre d'actions à entreprendre dans les domaines de la prévention, de la promotion, de l'offre légale de musique en ligne, de la répression et de la dissuasion. Ainsi a-t-il été suggéré de mener des actions pédagogiques dans les collèges et les lycées, avec notamment, la présentation de films montrant les méfaits de la contrefaçon et l'intervention d'artistes. Par ailleurs, il a été demandé aux fournisseurs d'accès à Internet de conduire auprès de leurs abonnés des campagnes de sensibilisation sur le caractère illégal du piratage.

¹² C. Clark, « The answer to the machine is in the machine », in *The future of copyright in a digital environment*, B. Hugenholtz (ed.), Kluwer Law International, The Hague, 1996, p. 139.

¹³ Article L. 331-11 du CPI.

¹⁴ Article L. 331-5 du CPI.

associées à des mécanismes de gestion des droits¹⁵ autrement appelés *digital rights management systems* ou *DRM*. Partant, la combinaison des mesures techniques d'information et des mesures techniques de protection permet de conditionner l'ensemble des opérations dont une œuvre peut faire l'objet sur le réseau. L'utilisateur, lui, ne peut avoir accès à l'œuvre qu'à condition qu'il se soit acquitté des droits. Finalement, le rôle assigné aux mesures techniques semble parfaitement rempli puisqu'elles offrent aux auteurs la possibilité de recouvrer la maîtrise de l'exploitation en restaurant dans l'univers numérique l'effectivité de leur droit exclusif. Encore faut-il tempérer cette analyse car la reconquête n'est jamais définitive. Gagner une bataille, ce n'est pas gagner la guerre. Le réflexe est logique de recourir à la technique pour faire face à la technique, mais c'est certainement compter sans la ténacité des pirates qui mettent constamment à rude épreuve l'inviolabilité des défenses qu'on leur oppose.

6. Vulnérabilité des pouvoirs nouveaux des titulaires de droits – La technique n'est pas sans faille. Chaque mesure technique nouvelle appelle une parade nouvelle¹⁶. Les pirates ne manquent pas d'audace dans le défi que leur proposent les fabricants de mesures techniques. Ils redoublent d'effort pour faire évoluer leurs propres techniques et réussir à déjouer les embûches tendues. Leur sabotage permanent rend la durée de vie d'une mesure technique relativement courte. C'est dans ce contexte que les titulaires de droits, conscients de la vulnérabilité des barrières techniques, ont requis auprès des législateurs le renfort du droit.

7. Protection juridique des mesures techniques – La protection juridique des mesures techniques a vu le jour en droit européen avec la directive du 14 mai 1991 sur les programmes d'ordinateur¹⁷, consolidée par la directive du 23 avril 2009¹⁸, et dont l'article 7 interdit la mise en circulation ou la détention à des fins commerciales de tout moyen ayant pour seul but de faciliter la suppression non autorisée ou la neutralisation de tout dispositif technique éventuellement mis en place pour protéger un programme d'ordinateur. Les Traités internationaux de l'OMPI¹⁹ en date du 20 décembre 1996 ont fait de même. En effet, l'article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit

¹⁵ Il s'agit de systèmes de gestion numérique des droits. Ce sont de véritables mesures techniques de protection permettant de contrôler l'accès et l'utilisation des œuvres tout en administrant la gestion des droits.

¹⁶ Rapport de P. Chantepie, *Mesures techniques de protection des œuvres et DRMS : un état des lieux*, 2003, p. 10.

¹⁷ Directive 91/250/CE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *JOCE* n° L 122 du 17 mai 1991, p. 42 (au cours de cette étude, elle sera désignée par l'appellation « directive du 14 mai 1991 »).

¹⁸ Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *JOCE* n° L 111 du 5 mai 2009, p. 16.

¹⁹ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996, *JOCE* n° L 89 du 11 avril 2000, p. 8 (au cours de cette étude, il sera désigné par l'appellation « Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur ») ; Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes du 20 décembre 1996, *JOCE* n° L 89 du 11 avril 2000, p. 15 (au cours de cette étude, il sera désigné par l'appellation « Traité de l'OMPI sur les droits voisins »).

d'auteur ainsi que l'article 18 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes obligent, dans des termes similaires, les États contractants à prévoir une protection juridique et des sanctions contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les titulaires de droits. Ces dispositions anti-contournement ont été reprises dans le *Digital Millennium Copyright Act* de 1998, puis dans la directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information²⁰, laquelle élargit les dispositions anti-contournement aux actes préparatoires de neutralisation des mesures techniques en vue de sanctionner la fabrication et la commercialisation de dispositifs de contournement. Cette directive a été transposée en France par le truchement de la loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, aussi appelée loi DADVSI²¹.

La protection juridique des mesures techniques répond à un objectif clairement affiché dans la directive du 22 mai 2001 qui est d'instaurer un niveau de protection élevé de la propriété intellectuelle et d'encourager ainsi les actes de création²². Ce niveau élevé de protection se traduit par la triple protection²³ dont bénéficient désormais les œuvres. La première couche de protection est constituée par le droit d'auteur qui est la défense naturelle des œuvres de l'esprit. La deuxième couche est formée par les dispositifs techniques qui viennent au secours du droit d'auteur insuffisant dans le contexte numérique, en vue de garantir aux titulaires de droits la maîtrise de l'exploitation des œuvres. Enfin, la troisième couche est celle que représentent les dispositions anti-contournement censées remédier à la vulnérabilité des mesures techniques. Cependant, comme les aptitudes nouvelles qui découlent de la numérisation, les pouvoirs nouveaux des titulaires de droits représentent une gêne, et non des moindres, pour les utilisateurs. En effet, d'aucuns considèrent qu'une telle « *sur-réservation* » risque de « *détruire le délicat équilibre patiemment construit depuis des siècles* »²⁴, en faisant obstacle à l'exercice légitime des exceptions au droit d'auteur par les utilisateurs.

²⁰ Article 6 et 7 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOCE* n° L 167 du 22 juin 2001, p.10 (au cours de cette étude, elle sera désignée par l'appellation « directive du 22 mai 2001 »).

²¹ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006, *JO* n° 178 du 3 août 2006, p. 11529.

²² Quatrième et neuvième considérants de la directive du 22 mai 2001.

²³ V. X. Linant de Bellefonds, « Triple blindage », *CCE*, juillet-août 2004, repère 7, p. 3.

²⁴ P. Sirinelli, « L'étendue de l'interdiction de contourner les mesures techniques protégeant l'accès aux œuvres et les droits des auteurs : exceptions et limitations - Rapport général », in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, New York, ALAI-USA, 2002, p. 418.

8. Pouvoirs nouveaux des titulaires de droits et gênes nouvelles pour les utilisateurs –

Désormais, les oeuvres bénéficient de la protection élevée que souhaitaient les auteurs pour faire face aux dangers de l'environnement numérique. Le droit d'auteur est secondé par une protection technique dont le contournement est interdit. Pourtant, une telle « *surprotection* »²⁵ présente des inconvénients pour les utilisateurs même si – il faut bien le reconnaître – les mesures techniques d'information sont beaucoup moins gênantes que les mesures techniques de protection²⁶. Tout d'abord, on peut rester dubitatif quant à la légitimité de l'auteur à poser des entraves techniques sur le support matériel de l'œuvre, c'est-à-dire sur la propriété d'autrui. Un tel empiètement semble remettre en cause le principe d'indépendance de la propriété incorporelle par rapport à la propriété corporelle. Ensuite, on ne saurait admettre qu'une mesure technique puisse grever une œuvre tombée dans le domaine public, qui doit être de libre usage. En outre, on peut s'interroger sur le nouveau pouvoir des auteurs de contrôler l'usage des oeuvres par le moyen des mesures techniques et se demander si un tel contrôle relève bel et bien du monopole d'exploitation. Enfin, et surtout, les mesures techniques constituent un obstacle à la mise en oeuvre légitime des exceptions au droit d'auteur. D'une part, l'emprise matérielle qu'elles exercent sur le support de l'oeuvre empêche *de facto* tous les actes non autorisés par les titulaires de droits, qu'ils reposent sur le fondement d'une exception ou non. On observera que les mesures techniques ne font pas la différence entre les actes interdits par la loi ou les titulaires de droits et les actes autorisés qui relèvent d'une exception au droit d'auteur²⁷. D'autre part, les dispositions anti-contournement qui protègent les mesures techniques n'exemptent pas les atteintes aux mesures techniques, quand bien même ces atteintes seraient commises dans le but légitime de mettre en oeuvre une exception au droit d'auteur. Par conséquent, on peut considérer que les mesures techniques sont un moyen de repousser – à tort ou à raison – les limites au droit d'auteur.

9. Limites et exceptions au droit d'auteur – D'un point de vue pédagogique, il convient d'évoquer la confusion terminologique qui entoure la notion d'exception au droit d'auteur. Il n'en existe pas de définition juridique et l'expression est apparue officiellement dans le CPI par le truchement de la loi du 1^{er} août 2006²⁸. De plus, le terme d'« exception » utilisé par les juristes français n'est pas forcément celui qui est employé dans les autres pays. On le retrouve en droit belge, alors que dans d'autres États, on parle de « limites », de « limitations », de « restrictions »,

²⁵ *Ibid.*, p. 437.

²⁶ P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 421. Selon l'auteur, tous les dispositifs n'occasionnent pas forcément de gênes pour les utilisateurs. Par exemple, les mesures techniques d'information n'entravent pas l'accès à l'œuvre, ce qui permet aux utilisateurs de mettre en oeuvre les exceptions sans difficultés.

²⁷ M. Buydens et S. Dusollier, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, septembre 2001, chron. 22, p. 15.

²⁸ V. par exemple, les articles L. 331-31 et s. du CPI.

d'« actes autorisés » ou encore de « libre utilisation »²⁹. La directive du 22 mai 2001 recourt indifféremment aux termes d'« exception » et de « limitation ». La persistance de ce flottement sémantique résulte certainement du fait que le législateur européen n'ait pas su départager face à la diversité des législations nationales³⁰, la tâche s'annonçant trop fastidieuse. La confusion lexicale n'est pas cantonnée aux comparaisons transfrontières car on la retrouve en droit français. Ainsi a-t-on pu donner, ici ou là, l'appellation de « *dispenses* »³¹ ou encore celle de « dérogations » aux hypothèses dans lesquelles le législateur écarte le monopole en vue de satisfaire certains intérêts ou promouvoir certaines valeurs. Pourtant, au sens strict, la dérogation est « *l'opération consistant, pour les sujets de droit, à mettre valablement à l'écart une règle normalement applicable en lui substituant une réglementation individuelle différente* »³². Or, ce n'est pas le cas de l'exception au droit d'auteur qui, d'une part, n'a pas pour source la volonté individuelle, mais la volonté législative ; et d'autre part, ne crée pas de réglementation particulière concurrente au droit d'auteur mais vient simplement limiter l'exercice de celui-ci pour libérer un usage. C'est donc dans son acception large – en tant qu'il désigne « *l'exclusion du droit commun dans un cas particulier* »³³ – que le mot « dérogation » viendra faire office de synonyme d'« exception au droit d'auteur » au cours de cette étude.

Cela n'est pas sans rappeler les propos de Roubier affirmant que « *les plus grosses difficultés tiennent [...] à l'emploi d'une terminologie trop imprécise. Une science est une langue bien faite, et on doit très humblement reconnaître que les termes dont les juristes se servent constamment manquent de netteté* »³⁴. Il est important de ne pas employer « *les uns pour les autres* »³⁵. La recherche de la vérité si chère à l'auteur passe nécessairement par la précision des mots qu'il convient d'apporter en distinguant les limites internes et les limites externes au droit exclusif d'exploitation. Alors que les premières traduisent l'étendue de la définition et de l'objet du monopole d'exploitation, les secondes correspondent aux hypothèses dans lesquelles des règles plus ou moins étrangères à la définition du

²⁹ P. Sirinelli, « Exceptions et limites au droit d'auteur et droits voisins », in *Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions de phonogrammes (WPPT)*, Genève 6-7 décembre 1999, p. 2. Ce document est disponible à l'adresse internet suivante : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf (page consultée le 14 octobre 2012).

³⁰ *Ibid.*

³¹ H. Desbois, « La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », *D.* 1957, chron. p. 169.

³² C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, Thèse Paris I, LGDJ, 2004, p. 254, n° 280 – G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 9^e éd., 2011, p. 332, suivant lequel, au sens strict, le terme « dérogation » correspond à l'action « d'écarter l'application d'une règle dans un cas particulier ; exclusion particulière de la loi par décision ou convention, en ce sens, la dérogation (dite parfois individuelle) s'oppose à l'exception [...] en ce qu'elle n'arrache à la règle qu'un seul cas concrètement déterminé ».

³³ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 20^e éd., 2012, p. 314.

³⁴ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, réédité par Dalloz, 2005, préface, p. 2.

³⁵ *Ibid.*

monopole viennent en tempérer l'exercice alors que les conditions de son application sont remplies.

10. Limites internes et limites externes au droit d'auteur – Une limite est ce qui marque le commencement ou la fin d'un domaine. La limite au droit d'auteur a donc pour objectif de borner³⁶ celui-ci. Trouver les limites du droit d'exploitation revient à déduire de ce qu'il est ce qu'il n'est pas. Définir l'étendue d'un domaine implique d'en déterminer les limites. Inversement, en dessiner les contours, c'est forcément en préciser le contenu. Partant, l'interdépendance entre la limite et le droit est si forte que le changement de l'un entraîne fatalement la modification de l'autre. Le terme de limite est lui-même ambivalent puisqu'il désigne aussi bien la limite interne que la limite externe – formules qui recouvrent pourtant deux réalités bien différentes en droit d'auteur. Le caractère polysémique de ce mot est encore accentué par le fait que les notions de limites internes et de limites externes diffèrent selon les auteurs³⁷.

11. Limites internes – Les limites internes sont celles que l'on déduit de la définition, et plus largement, du contenu du droit. Désignant simplement par le terme « limite » ce que l'on nomme communément une limite interne, M. Gaudrat dit de celle-ci qu'elle « *ne contredit pas le principe ; elle contribue, au contraire à le définir, sur un mode simplement négatif* »³⁸. Par conséquent, de l'affirmation que le droit d'auteur ne protège que les objets qualifiés d'œuvres de l'esprit, on peut déduire la limite intrinsèque qu'il n'a pas de prise sur les objets dénués de cette qualité. L'exclusion des idées peut également être regardée comme une limite endogène au droit d'auteur. Il en est de même pour le caractère temporaire du droit exclusif qui implique que, passé un certain délai, le monopole d'exploitation disparaisse, les œuvres tombant alors dans le domaine public. A l'analyse, on conviendra que les limites internes correspondent aux hypothèses dans lesquelles les conditions d'application du droit exclusif ne sont pas réunies car la définition même du droit place hors de son domaine des éléments qui concourent à le limiter.

³⁶ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 369, n° 557.

³⁷ A cet égard, voir les approches différentes de A. LUCAS et *alii*, p. 324, n° 342, pour lesquels l'exclusion des idées et la durée limitée du droit doivent être considérées comme des limites internes, « naturelles, du droit d'auteur ». Celles-ci correspondent donc aux hypothèses situées hors du champ d'application du monopole ; et C. CARON, p. 293, n° 349 : selon l'auteur, les limites internes correspondent aux situations dans lesquelles les conditions d'application du droit d'auteur sont bien réunies, mais « le titulaire de droits subit, en quelque sorte, une expropriation partielle pour cause d'utilité privée », par le moyen d'une exception au droit d'auteur. Limites internes et exceptions au droit d'auteur seraient donc synonymes.

³⁸ P. Gaudrat, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la société de l'information », *RTD com.* 2003, p. 87.

12. Limites externes – Les limites externes peuvent être définies comme l'ensemble des règles qui limitent l'exercice du droit d'exploitation alors que les conditions d'application de celui-ci sont remplies³⁹. Il est possible de distinguer trois types de limites externes : les limites apportées par des droits concurrents, les limitations au droit d'auteur, et enfin les exceptions au droit d'auteur.

13. Limites apportées par des droits concurrents – Les limites externes peuvent procéder de la définition d'autres droits que le droit d'auteur, et plus précisément, du déclenchement de logiques extérieures qui entrent en compétition avec lui. Ces corps étrangers, bien souvent antagonistes, obéissent à leurs propres impératifs et sont susceptibles d'influer sur l'application du droit d'auteur. Il en est ainsi du droit de la concurrence⁴⁰, du droit de la consommation, du droit des contrats, des droits de la personnalité, et la liste délivrée ici n'est pas exhaustive. Dès lors qu'il est applicable, en d'autres termes, que les conditions de sa définition sont observées, chacun de ces droits est susceptible d'être mis en balance avec le droit d'auteur. Dans ce cas de figure, les conditions de la protection par le droit d'auteur sont bien réunies, mais l'application de celui-ci est limitée par la mise en oeuvre d'autres corps de règles.

14. Limitations au droit d'auteur – Tandis que la notion d'exception⁴¹ correspond aux hypothèses dans lesquelles le droit exclusif est évincé sans aucune contrepartie, la notion de limitation renvoie aux situations dans lesquelles le monopole est reclassé voire déclassé en un simple droit à rémunération. On parle alors de licences non volontaires. Ces licences – encore dites forcées ou obligatoires – permettent aux tiers d'effectuer des actes d'exploitation de l'œuvre sans le consentement du titulaire de droits.

Dès lors, l'auteur n'a plus toute latitude. Une fois l'œuvre divulguée, les tiers peuvent l'exploiter librement à condition de reverser une rémunération ou une compensation dite équitable. Privé de l'exercice discrétionnaire⁴² du droit exclusif dont il reste pourtant le seul

³⁹ Rappr. A. Lucas, « Droits des auteurs - Droits patrimoniaux - Exceptions au droit exclusif (CPI, art. L. 122-5 et L. 331-4) », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1248, 2010, p. 4, n° 11.

⁴⁰ Sur les interactions entre la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, S. Dormont, *Le conflit entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence*, Thèse Paris XI, 2011 – C. Maréchal, *L'évolution des droits de la propriété intellectuelle sous l'influence du droit de la concurrence*, Thèse Paris II, Litec, 2009 – V. également, P. Bonnet, *L'application du droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle*, Thèse Caen, 2006.

⁴¹ *Infra* n° 15.

⁴² DESBOIS, p. 292, n° 231, qui relève que la licence légale retire à l'auteur tout pouvoir discrétionnaire. Il n'est plus libre d'aménager l'exploitation de l'œuvre qu'il a divulguée et doit s'en remettre en cas de conflit à la décision d'une instance arbitrale ou judiciaire – Aussi, A. Abello, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, Thèse Paris-Dauphine, LGDJ, 2008, p. 215, n° 418 : « le droit du titulaire ne s'exerce plus

titulaire, l'auteur ne peut plus ni convenir comme bon lui semble des conditions d'exploitation de son oeuvre, ni faire le choix des exploitants. De plus, il ne prend plus part à la fixation du montant de sa rémunération et doit en laisser le soin au législateur ou à une commission *ad hoc*. Ce système conduit inéluctablement à la détermination d'une redevance moins élevée que celle que l'auteur aurait lui-même négociée.

Les licences non volontaires semblent remettre en cause la conception classique selon laquelle l'auteur est titulaire de droits exclusifs qui le désignent seul maître de l'exploitation de son oeuvre. Toutefois, elles apparaissent comme une solution dans les hypothèses où la mise en oeuvre du monopole s'avère difficile. Ainsi, lorsque certains modes d'utilisation des oeuvres échappent au contrôle des titulaires de droits ou que la collecte des rémunérations est compromise, le droit exclusif est en quelque sorte contraint de s'adapter. Il change alors en un droit à rémunération dont la gestion est confiée à des sociétés de perception et de répartition des droits.

Les licences non volontaires sont pour la plupart le fait du législateur⁴³ qui a reconnu qu'il fallait rendre plus efficace la perception des rémunérations. Depuis la loi du 3 juillet 1985, le nombre des licences dites légales ne cesse de croître. Ainsi peut-on citer la licence légale concernant les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes⁴⁴ ou celle relative au prêt en bibliothèque. Encore faut-il évoquer le cas particulier du système instauré par la loi du 3 janvier 1995 en matière de reprographie⁴⁵ qui montre jusqu'où le législateur est capable d'aller pour rendre le monopole effectif. En effet, en vertu de l'article L. 122-10 du CPI, « *la publication d'une oeuvre emporte cession du droit de reproduction par reprographie à une société* » de gestion collective. Dans ce cas, il ne s'agit plus d'une simple licence légale mais d'une cession forcée qui porte l'expropriation de l'auteur à son paroxysme. L'auteur n'est plus titulaire du droit exclusif⁴⁶ car celui-ci est dévolu à un organisme de gestion collective par effet de la loi.

comme un véritable droit privatif d'exploitation, celui-ci donnant simplement lieu à redevance. Dans cette hypothèse, la liberté contractuelle disparaît au bénéfice d'une solution médiane permettant d'atteindre un équilibre entre l'attribution d'un droit de propriété intellectuelle qui donne à son titulaire un droit exercé dans toute sa plénitude et le refus de lui reconnaître un tel droit. Ainsi, la licence forcée est un compromis entre un droit de propriété intellectuelle qui peut se révéler excessif et le risque de détruire les mécanismes d'incitation si l'on rendait la propriété intellectuelle moins incitative ».

⁴³ V. C. CARON, p. 243, n° 295 : « quand ces licences, ne sont pas consacrées par le législateur, c'est la jurisprudence qui, sous couvert d'application du droit de la concurrence, élabore de véritables licences obligatoires ».

⁴⁴ Articles L. 214-1 et s. du CPI.

⁴⁵ Articles L. 122-10 et s. du CPI.

⁴⁶ Plus précisément, l'auteur n'est dépouillé que de son droit de reproduction par reprographie.

15. Exceptions au droit d'auteur – Une exception au droit d'auteur est une « dérogation légale » au monopole d'exploitation et à ce titre elle ne présente pas les mêmes caractéristiques qu'une limite interne. Certes, l'exception implique les mêmes effets que la limite interne dans la mesure où le droit exclusif n'a pas prise en sa présence. Mais contrairement à la limite interne, l'exception au droit d'auteur ne participe pas directement de la définition du droit⁴⁷. L'exception au droit d'auteur n'est pas une conséquence du contenu du droit privatif légalement défini mais elle constitue une limite apportée par la loi à l'exercice de ce droit. Cela ne se fait pas sans raison car l'exception recouvre une hypothèse dans laquelle le législateur, soucieux de préserver l'harmonie du droit d'auteur, décide d'évincer le monopole en vue de le concilier avec d'autres intérêts ou d'autres valeurs fondamentales⁴⁸. Par exemple, afin de préserver la liberté d'expression, le législateur de 1957 a consacré des exceptions⁴⁹ telles que l'analyse, la courte citation, ou encore la parodie.

L'exception au droit d'auteur permet de neutraliser la mise en œuvre du droit exclusif alors que les conditions d'application de ce dernier sont réunies. C'est là une différence avec la notion de limite interne puisque celle-ci ne recouvre que les situations dans lesquelles les exigences requises pour la protection ne sont pas satisfaites. L'exception apparaît alors comme un moyen légitime de « contrevenir » au monopole. Sur ce point, exception au droit d'auteur et limite interne diffèrent encore. Alors que la limite interne ne contredit pas le droit mais contribue à sa définition, l'exception formule une proposition qui contrarie la règle. Cela s'explique par le fait que le législateur vise à préserver des « *prérogatives contradictoires, opposées aux titulaires* »⁵⁰ de droits dans le même temps qu'il protège celles de ces derniers.

16. Exceptions au droit d'auteur et critère de l'exploitation – Il ressort de ce qui précède que limites internes et exceptions au droit d'auteur concernent en théorie des situations bien différentes. Pour autant, la confusion persiste en raison des avis divergents à propos des conditions nécessaires à la mise en œuvre du droit exclusif d'exploitation. L'origine de la discussion est surtout sémantique. Contrairement aux limites internes, les exceptions au droit d'auteur ne participent pas de la définition du droit exclusif. Il n'en reste pas moins que les dispositions qui leur sont relatives doivent être interprétées à la lumière des articles L. 122-2 et L. 122-3 du CPI qui délivrent respectivement les définitions du droit de représentation et du droit

⁴⁷ P. Gaudrat, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la société de l'information », *RTD com.* 2003, p. 87.

⁴⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 368, n° 557 – C. CARON, p. 292, n° 349.

⁴⁹ Ces exceptions étaient cependant déjà admises par la jurisprudence.

⁵⁰ P. Gaudrat, *op. cit.*, p. 87.

de reproduction. En effet, l'interprétation de la définition du monopole d'exploitation influence dans une certaine mesure la portée des exceptions. Ainsi, une doctrine majoritaire estime que la communication au public est le critère fondamental de l'exploitation⁵¹ : « le critère de mise en œuvre du droit d'exploitation est, dans la loi de 1957, la communication de l'œuvre à un public d'exploitation. A contrario, les actes qui n'impliquent pas la communication au public de l'œuvre n'affectent pas le droit d'exploitation »⁵². Aussi, certaines exceptions énumérées à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle seraient en réalité de « fausses exceptions ». Par exemple, la représentation gratuite dans le cercle de famille ne relèverait pas du champ du droit exclusif car la famille ne saurait être considérée comme un public⁵³. Dès lors, elle ne serait pas une exception mais une limite interne au droit exclusif telle que définie plus haut. Il en serait de même pour la copie privée non destinée à une communication au public⁵⁴. L'idée que la communication au public est le seul critère déterminant de l'exploitation n'est pas dénuée de cohérence mais il n'est pas sûr qu'elle reflète fidèlement l'intention du législateur.

Au contraire, d'autres estiment que la communication au public n'est pas un critère indispensable dans la mise en œuvre du monopole⁵⁵. Parmi eux, M. Pollaud-Dulian rappelle que la communication au public n'est pas un élément de la définition du droit de reproduction⁵⁶. Certes, la communication au public caractérise fondamentalement le droit de représentation tel que défini à l'article L. 122-2 du CPI⁵⁷ mais il n'en est pas de même du droit de reproduction. En effet, l'article L. 122-3 du CPI énonce que « la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre

⁵¹ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6^e éd., 2007, p. 392, n° 338 : « le fondement du droit d'auteur est l'usage public de l'œuvre, dans un cadre et dans une perspective économique » – Dans le même sens, C. CARON, p. 259, n° 308 – Aussi, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 372, n° 560.

⁵² P. Gaudrat, « Droits des auteurs – Règles générales – Droit de représentation », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1242, 2004, p. 3, n° 6.

⁵³ *Ibid* – Dans le même sens, A. LUCAS et *alii* p. 324, n° 343 : « la représentation effectuée dans le cadre du cercle de famille est expressément exemptée par l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, mais la solution paraît aussi pouvoir se déduire de la définition même de la représentation, entendue, selon l'article L. 122-2, comme la communication de l'œuvre au public » – Également, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 373, n° 560. Ces auteurs font aussi de la publicité un élément déterminant en affirmant que « le droit d'auteur postule bien un usage public de l'œuvre ou si l'on préfère, qu'à défaut, le droit d'auteur n'a pas de raison d'être ».

⁵⁴ C. CARON, p. 299, n° 356, selon lequel « la copie privée est une reproduction imparfaite : s'il existe bien une fixation matérielle, cette dernière n'est pas destinée à être communiquée au public. C'est pourquoi la copie privée existe au-delà des frontières du droit de reproduction ».

⁵⁵ F. POLLAUD-DULIAN, p. 471, n° 719.

⁵⁶ V. A. LUCAS et *alii*, p. 325, n° 344 : « l'article L. 122-3 définit la reproduction comme la fixation matérielle de l'œuvre, et s'il ajoute que cette fixation peut se faire par tous procédés qui permettent de communiquer l'œuvre au public, il ne fait pas de la communication au public un élément de la définition, contrairement à ce que prévoit l'article L. 122-2 pour la représentation, ce qui explique qu'il soit apparu nécessaire d'édicter dans toutes les lois sur le droit d'auteur une exception (toujours affichée comme telle) en faveur de la copie privée ».

⁵⁷ En vertu de l'article L. 122-2 du CPI, « la représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque ».

par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ». Or, la référence à la communication au public ne permet pas d'affirmer sans réserves que celle-ci constitue le critère de l'exploitation. En vérité, la rédaction équivoque du texte suscite de multiples interprétations.

Dans un premier sens, l'article L. 122-3 du CPI semble concerner toutes fixations matérielles de l'œuvre qu'elles soient destinées à un usage privé ou à un usage collectif. Le critère de l'exploitation serait la seule fixation matérielle de l'œuvre, dans la mesure où elle reste « potentiellement » susceptible de communiquer l'œuvre à un public de manière indirecte⁵⁸. Dans un second sens, ne devraient tomber sous le coup du droit de reproduction que les fixations aboutissant « effectivement » à un usage public. Il est vrai que, du point de vue de la méthode, on pourrait s'interroger sur la raison pour laquelle l'article L. 122-3 du CPI préciserait l'élément de la communication au public, si ce n'est pour en faire une condition *sine qua non* de la mise en œuvre du monopole.

Cependant, affirmer de manière péremptoire que la communication au public est un critère fondamental du droit de reproduction serait faire fi des principes élémentaires qui gouvernent la matière. Dans le cas de l'article L. 122-3 du CPI, il convient certainement d'appliquer le principe d'interprétation *in favorem auctoris* en vertu duquel la loi équivoque doit être interprétée dans un sens favorable à l'auteur⁵⁹. Ainsi, il ne faudrait retenir que la lecture de l'article L. 122-3 du CPI suivant laquelle il y a reproduction dès lors qu'une fixation matérielle de l'œuvre a été effectuée, qu'elle soit destinée à un public ou non. D'autant qu'une reproduction initialement réservée à un usage privé peut par la suite être communiquée à un public⁶⁰. Par ailleurs, il est permis de se demander s'il n'aurait pas été superflu de créer une exception de copie privée si pareille copie ne relevait pas du champ du droit exclusif⁶¹ et constituait simplement une limite inhérente au monopole. D'aucuns pourraient néanmoins objecter que l'argument ne vaut

⁵⁸ En ce sens, A. LUCAS et *alii*, p. 387, n° 421.

⁵⁹ F. POLLAUD-DULIAN, p. 50, n° 65. L'auteur fait remarquer qu'en cas d'ambiguïté ou d'obscurité de la loi, il convient d'adopter une interprétation téléologique. Cela signifie que les dispositions du Code de la propriété intellectuelle doivent être interprétées en fonction des intérêts de l'auteur et non en fonction de la recherche d'un équilibre entre les intérêts de celui-ci et ceux de tiers comme le préconise la doctrine allemande – Par ailleurs, A. LUCAS et *alii*, p. 327, n° 346, selon lesquels la conception personnaliste vise à privilégier les intérêts de l'auteur au détriment de ceux des tiers car la figure centrale du dispositif est l'auteur, comme l'indique l'expression « droit d'auteur ». Néanmoins, ces auteurs remarquent que le principe d'interprétation étroite des exceptions doit lui-même faire l'objet d'une application raisonnable.

⁶⁰ En ce sens, A. LUCAS et *alii*, p. 251, n° 255 : « la fixation fait en elle-même planer la menace d'une exploitation concurrente ultérieure ».

⁶¹ J. Passa, « Internet et droit d'auteur », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1970, 2001, p. 5, n° 12. L'auteur rappelle que si la définition légale de la reproduction fait référence à la notion de communication au public cela s'explique par le fait qu'habituellement la reproduction implique la fabrication d'un exemplaire qui constitue le support permettant d'accéder à l'œuvre de manière indirecte.

pas puisque le législateur a érigé une exception de représentation dans le cercle de famille alors qu'il s'agit sans nul doute d'une limite interne.

Quoi qu'il en soit, il ne semble pas possible, pour le moment, d'affirmer de manière catégorique que la copie privée se situe hors du champ du droit de reproduction et constitue une limite interne au droit exclusif⁶². Dès lors qu'il y a une fixation matérielle de l'œuvre, qu'une communication au public soit « effectivement » subséquente⁶³ ou que la reproduction soit réservée à l'usage privé du copiste, le droit exclusif a vocation à être appliqué⁶⁴. Ce n'est que par le jeu de l'exception que la copie privée échappe au monopole de l'auteur et non du fait de l'absence de communication au public. Par conséquent, nul ne commet d'abus de langage en qualifiant la copie privée d'« exception au droit d'auteur »⁶⁵.

17. Adéquation du terme « exception » – La question préoccupe de savoir si le terme « exception », plus que d'autres, est approprié pour évoquer les hypothèses où, alors que ses conditions d'application sont remplies, le droit exclusif est totalement écarté. Pour y répondre, il convient de s'en remettre à la définition de l'exception. Dans un premier sens, le vocabulaire Lalande définit l'exception comme un « *acte par lequel on exclut un cas d'une règle ou d'une formule générale qui lui serait applicable, cette exclusion résultant soit de l'usage (comme en grammaire), soit des résultats de l'observation (comme dans les anomalies biologiques), soit de la décision même qui pose la règle (comme dans les lois), soit d'une dérogation, volontaire ou non, à une norme reconnue et habituellement suivie* ». Dans un second sens, il s'agirait d'un « *acte par lequel on excipe d'une circonstance particulière, c'est-à-dire par lequel on tire*

⁶² Il faudrait une intervention du législateur pour qu'il en soit autrement. Seule une modification des termes de l'article L. 122-3 du CPI pourrait lever l'ambiguïté et opérer l'introduction de la communication au public dans la définition du droit de reproduction.

⁶³ *Contra* C. Caron, note sous CA Aix-en-Provence, 5 septembre 2007, *CCE*, novembre 2007, comm. 130, p. 33 : « il est constant que le monopole n'est en jeu que lorsque l'œuvre est communiquée à un "public" [...] ou qu'elle est reproduite en vue "de la communiquer au public d'une manière indirecte". L'auteur admet néanmoins que dans le cadre d'un prêt de copie, la « communication privée d'une œuvre peut subrepticement se métamorphoser en communication publique ».

⁶⁴ TGI Paris, 18 décembre 2009, *Éditions du Seuil et autres c/Google et autres*, *PI*, janvier 2010, p. 619, obs. A. Lucas, suivant lequel la numérisation d'une œuvre constitue une reproduction et la fixation résultant d'une telle numérisation reste « apte à communiquer l'œuvre au public d'une manière indirecte » – Aussi, Cass. 1^{re} civ., 26 janvier 1994, *FAC c/Duverne*, *Bull. civ.* I, n° 35 ; *RIDA*, octobre 1994, p. 433.

⁶⁵ Sur le sujet, H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, p. 300, n° 238. L'auteur rappelle que, traditionnellement, on distinguait selon que la reproduction était destinée à un usage privé ou à un usage public. mais l'acception de plus en plus large de l'usage public a conduit au retranchement de l'exemption dans un domaine de plus en plus confiné. Cette solution fut consacrée au travers de la Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, *JO* du 14 mars 1957, p. 2723, (qui sera désignée par l'appellation « Loi du 11 mars 1957 » au cours de cette étude). L'auteur ajoute qu'il est par ailleurs devenu inexact d'affirmer que les reproductions échappent au monopole dès lors qu'elles sont destinées à l'usage privé du copiste – Comp. *POUILLET*, p. 559, n° 528. A propos de l'approche classique de l'usage privé, l'auteur souligne qu'il était admis que la contrefaçon n'était pas caractérisée si la copie était destinée à un usage personnel.

argument de cette circonstance pour justifier une dérogation à la règle générale applicable aux cas de cette sorte»⁶⁶. Or, force est de reconnaître que ces deux acceptions siéent en tous points aux hypothèses qu'il est donné d'étudier. D'une part, les exceptions au droit d'auteur correspondent bien à des cas particuliers que la loi soustrait à l'emprise du monopole alors que celui-ci est en principe applicable. Par exemple, il en est ainsi de la copie privée qui relève normalement du droit de reproduction, mais que le législateur a choisi de ne pas soumettre à l'autorisation de l'auteur dès lors que ladite copie est réservée à l'usage privé du copiste. D'autre part, l'exception au droit d'auteur constitue bien un moyen d'exciper d'une circonstance particulière pour justifier un acte qui en apparence viole le droit exclusif. Autrement dit, les exceptions au droit d'auteur peuvent effectivement être regardées comme des moyens de défense⁶⁷. Pour reprendre l'exemple de la copie privée, l'utilisateur poursuivi pour contrefaçon pourra exciper de la circonstance qu'il a effectué une copie réservée à son usage personnel pour écarter toute responsabilité. Pour autant, on ne saurait réduire les exceptions au droit d'auteur à de simples moyens de défense. Il semble en effet qu'elles offrent d'autres possibilités qu'il conviendra d'envisager.

Les hypothèses désignées par le terme « exception » en droit d'auteur n'usurpent pas une telle qualification. Même si certains auteurs soutiennent que cette terminologie est substituable⁶⁸, on prend peu de risques à affirmer que l'expression « exception au droit d'auteur » est la formule topique. Quoique, pour être plus précis, il conviendrait plutôt de parler d'« exception au droit exclusif d'exploitation ». L'expression « exception au droit d'auteur » n'est usitée que par commodité de langage et laisse à penser que le droit moral peut souffrir des dérogations légales, ce qui n'est pas vrai.

Par ailleurs, il convient de distinguer les exceptions au droit d'auteur, en tant que règles générales et abstraites, des intérêts qu'elles font naître ou préservent. Les exceptions au droit d'auteur sont d'abord des règles de droit objectif et c'est par un raccourci qu'on les ramène aux intérêts qu'elles garantissent.

⁶⁶ André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Quadrige/PUF, 3^e éd., 2010, p. 315.

⁶⁷ J.-L. Goutal, « L'environnement de la directive "droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information" en droit international et comparé », *CCE*, février 2002, chron. 4, p. 11.

⁶⁸ C. Geiger, « Les exceptions au droit d'auteur en France - Critiques et prospectives », in *Rencontres Franco-Allemandes - Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007, p. 352. L'auteur propose de changer de terminologie en préférant le terme « limitation ». Selon lui, le terme « limitation » rend compte davantage de ce que les limites au droit d'auteur sont « des techniques par lesquelles la loi délimite le monopole ». De plus, l'emploi d'un tel vocable permettrait d'écarter l'application du principe d'interprétation stricte des exceptions.

18. Du droit international au droit européen des exceptions – Si la question des exceptions au droit d’auteur a pu être réglée par des conventions et traités internationaux⁶⁹, elle fait également l’objet de dispositions européennes. D’ailleurs, l’articulation entre les instruments internationaux et les instruments européens fut un enjeu primordial. Mais le rôle que l’Union européenne tint au sein de l’Organisation mondiale du commerce (OMC), ainsi que l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ne pouvait que la conduire à observer dans ses directives les règles posées dans les instruments internationaux. Ce qu’elle fit, du reste, avec plus ou moins de difficultés⁷⁰.

19. Harmonisation des exceptions au droit d’auteur – L’intervention de l’Union européenne sur la question des exceptions s’explique bien évidemment par son travail d’harmonisation des législations nationales dans le domaine du droit d’auteur. A cet effet, dans les années 90, l’Union européenne a pris deux directives⁷¹, chacune dédiée à un type d’œuvre : la directive du 14 mai 1991 relative à la protection juridique des programmes d’ordinateur et la directive du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données⁷². Il a fallu attendre la directive du 22 mai 2001 pour que la propriété littéraire et artistique soit envisagée dans son ensemble.

20. Harmonisation ciblant certains types d’œuvres – Avec la directive du 14 mai 1991, l’Union européenne fait ses premiers pas dans le domaine de la propriété littéraire et artistique. Cette directive apparaît dans un contexte « où les programmes d’ordinateur ne sont [...] pas clairement

⁶⁹ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 ; Convention de Genève du 6 septembre 1952 dite « Convention universelle sur le droit d’auteur » ; Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce du 15 avril 1994 ; Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur du 20 décembre 1996.

⁷⁰ Sur l’ensemble de la question, v. V.-L. Benabou, *Droit d’auteur, droits voisins et droit communautaire*, Thèse Paris II, Bruylant, 1997, p. 482, n° 796.

⁷¹ V. la 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, *JOCE* n° L 346, du 27 novembre 1992, p. 61 (elle sera désignée par l’appellation « directive du 19 novembre 1992 » au cours de cette étude). De plus que, par son article 5, elle institue une exception au droit exclusif de prêt public, la directive du 19 novembre 1992 donne la faculté aux États membres de prévoir des exceptions aux droits voisins en cas d’utilisation privée, en cas d’utilisation de courts fragments à l’occasion d’un compte rendu d’un événement de l’actualité, en cas de fixation éphémère par un organisme de radiodiffusion par ses propres moyens et pour ses propres émissions, ou en cas d’utilisation uniquement à des fins d’enseignement ou de recherche scientifique (article 10 alinéa 1). Les États membres peuvent encore prévoir des exceptions de même nature que celles qui sont appliquées en droit d’auteur (article 10 alinéa 2). Par ailleurs, des licences obligatoires peuvent être prévues à condition qu’elles soient compatibles avec la Convention de Rome du 26 octobre 1961 sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes ou des organismes de radiodiffusion (article 10 alinéa 3).

⁷² Directive 96/9/CE du Parlement et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE* n° L 77, du 27 mars 1996, p. 20 (elle sera désignée par l’appellation « directive du 11 mars 1996 » au cours de cette étude).

protégés dans tous les États membres par la législation en vigueur »⁷³, alors qu'ils jouent un rôle de plus en plus important dans de nombreux secteurs. La directive reconnaît des droits exclusifs aux auteurs de logiciels et les met en mesure d'autoriser ou d'interdire certains actes d'exploitation. Dans le même temps, elle assortit ces prérogatives d'exceptions, lesquelles permettent notamment aux utilisateurs d'accomplir les actes « nécessaires » à l'utilisation du programme. L'idée est aussi de favoriser la création, le développement, ainsi que la concurrence dans le domaine des logiciels en donnant aux utilisateurs la possibilité d'en étudier le fonctionnement ou encore en garantissant l'interopérabilité des programmes⁷⁴. Dans le même esprit, la directive du 11 mars 1996, aussitôt qu'elle reconnaît aux auteurs des droits exclusifs, les tempère par des exceptions⁷⁵.

21. Harmonisation globale en demi-teinte – Destinée à « *devenir la pierre angulaire du système communautaire de protection de la création littéraire et artistique à l'heure de l'Internet* »⁷⁶, la directive du 22 mai 2001, dont la genèse remonte au milieu des années quatre-vingt-dix⁷⁷, a tenté de régler dans son ensemble la question des exceptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins. Comme le relève M. Passa, « *l'objectif d'harmonisation des prérogatives des titulaires de droits dans la Communauté, dans le but de faciliter les exploitations en réseaux dans le marché intérieur, ne pouvait naturellement être envisagé sans que la directive porte également sur les exceptions* »⁷⁸. Cependant, alors que l'un des enjeux principaux était d'harmoniser les exceptions au sein de l'ancienne Communauté, chacun des États membres manifestait la volonté de maintenir les règles qu'il avait jusqu'alors consacrées en la matière. Du fait de ces résistances culturelles⁷⁹, l'entreprise se solda par un échec⁸⁰.

⁷³ Considérant 1 de la directive du 14 mai 1991.

⁷⁴ Article 5 et 6 de la directive du 14 mai 1991.

⁷⁵ Article 6 de la directive du 14 mai 1991.

⁷⁶ V.-L. Benabou, « La directive droit d'auteur, droits voisins, et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *CCE*, octobre 2001, chron. 23, p. 8.

⁷⁷ Pour un aperçu historique, C. Caron, « La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », *CCE*, mai 2001, chron. 13, p. 20, n° 2 ; pour une étude du contexte international dans lequel fut élaboré la directive, J.-L. Goutal, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁸ J. Passa, « La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *JCP G* 2001, I, 331, p. 1266, n° 16.

⁷⁹ Ces résistances culturelles ont été largement aidées par « l'exception balai » de la directive du 22 mai 2001. Au détriment de l'objectif d'harmonisation, l'alinéa (o) de l'article 5 paragraphe 3 énonce que les États membres peuvent maintenir des exceptions déjà existantes dans leur législation nationale dès lors que « cela ne concerne que des situations analogiques et n'affecte pas la libre circulation des marchandises et des services dans la Communauté ». Cette clause de sauvegarde, tantôt qualifiée de « clause de grand-père », tantôt nommée « exception-balai », permet le maintien dans l'environnement analogique d'exceptions telles que la représentation dans le cercle de famille et l'analyse qui ne figurent pas expressément dans la directive ou encore l'exception érigée par la jurisprudence qu'est la reproduction ou la représentation accessoire d'œuvres graphiques ou plastiques situées dans un lieu public. Cette clause permet encore de contenter les États membres qui voyaient d'un très mauvais œil l'idée d'une liste exhaustive d'exceptions. A la suite de l'alinéa (o),

Au regard de son considérant 32, c'est « *une liste exhaustive [...] qui tient dûment compte de la diversité des traditions juridiques des États membres tout en visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur* » que livre la directive. L'article 5, véritable « *catalogue "à la Prévert"* »⁸¹, dresse avec force détails une liste limitative comportant pas moins d'une vingtaine d'exceptions. On en déduit que les États membres ne peuvent pas créer de nouvelles exceptions au droit d'auteur et ne doivent consacrer que celles que la liste leur propose. Malheureusement, c'est là que le bât blesse : hormis son paragraphe 1^{er} dédié aux actes de reproduction provisoire, l'article 5 ne fait que proposer les exceptions au lieu de les imposer. En effet, suivant le paragraphe 2, « *les États membres ont la faculté de prévoir les exceptions ou limitations* ». Pareille disposition ne pouvait que compromettre l'harmonisation souhaitée. Certes, l'article 5 de la directive du 22 mai 2001 a le mérite de poser les bases d'un socle commun en matière d'exceptions au droit d'auteur. De plus, il n'affecte en aucun cas les exceptions admises antérieurement dans les autres directives⁸². Mais alors que les articles 2, 3, et 4 de la directive du 22 mai 2001 imposent de transposer les droits exclusifs que constituent le droit de reproduction, le droit de communication au public et le droit de distribution, l'article 5 ne rend obligatoire qu'une seule exception. Les États membres ont donc tout le loisir d'intégrer ou non dans leurs législations les nombreuses exceptions restantes⁸³.

on observera que le paragraphe 4 de l'article 5 donne la possibilité aux États d'appliquer au droit de distribution des exceptions prévues pour le droit de reproduction.

⁸⁰ Sur le constat d'échec, C. Caron, « La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », *CCE*, mai 2001, chron. 13, p. 20, pour lequel la directive est « un texte ambitieux et décevant », et affirmant, p. 21, que « l'harmonisation est incomplète » – V.-L. Benabou, « La directive droit d'auteur, droits voisins, et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *CCE*, octobre 2001, chron. 23, p. 10, qui se demande « à quoi sert ce désolant catalogue – à l'opposé d'une harmonisation – si ce n'est à mettre en lumière les divergences majeures entre les systèmes juridiques sur la question des exceptions ».

⁸¹ C. Caron, *op. cit.*, p. 22.

⁸² L'article 1^{er} paragraphe 2 de la directive du 22 mai 2001 énonce qu'elle laisse intactes et n'affecte en aucune façon les « dispositions communautaires existantes », notamment en matière de protection juridique des programmes d'ordinateur ou des bases de données.

⁸³ L'article 5 paragraphe 2 de la directive du 22 mai 2001 reconnaît cinq « exceptions et limitations » au droit de reproduction dont certaines nécessitent toutefois une compensation équitable en faveur des titulaires de droits – ce qui les apparente davantage à des limitations. Ainsi, l'exception de reprographie (a), la copie privée (b), la reproduction d'émissions faites par des institutions sociales sans but lucratif telles que les hôpitaux ou les prisons (e), sont admises à condition que les titulaires de droit reçoivent une compensation équitable. Les deux exceptions restantes – en l'occurrence, la reproduction effectuée par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement, des musées ou des services d'archives ne recherchant aucun avantage économique ou commercial (c), et l'enregistrement d'œuvres effectué par des organismes de radiodiffusion par leurs propres moyens et pour leurs propres émissions (d), ne sont pas soumises à une telle exigence. Dans l'article 5, il est d'autres exceptions que les États sont autorisés à reconnaître sans prévoir de compensation équitable : ce sont les exceptions communes au droit de reproduction et au droit de représentation. Quinze autres exceptions viennent s'ajouter à celles qui sont spécifiques au droit de reproduction : il s'agit des exceptions communes au droit de reproduction et au droit de représentation de l'article 5 paragraphe 3. On y retrouve la controversée exception en faveur de l'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche scientifique (a), l'exception en faveur de personnes affectées d'un handicap (b), l'exception de revues de presse (c), l'exception de citation (d), l'exception à des fins de sécurité publique (e), l'exception en faveur de l'utilisation visant à annoncer des expositions publiques ou des ventes d'œuvres artistiques (j), ou encore

De manière plus générale, une autre critique fut formulée à l'encontre de la directive du 22 mai 2001 au sujet de l'idée qu'elle introduit d'un « *juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés* »⁸⁴. Cet équilibre est également mis en avant par le Préambule du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur. Or, des auteurs font remarquer que le concept de « balance des intérêts » ou l'idée d'un équilibre entre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs relèvent davantage de l'esprit utilitariste du *copyright* que de la tradition française du droit d'auteur⁸⁵. On objectera d'emblée que, même s'il ne s'est jamais agi d'une stricte équivalence entre les divers intérêts en cause, le droit d'auteur a toujours plus ou moins pris en compte ceux du public⁸⁶.

Deux éléments de taille doivent encore être précisés. D'une part, les États membres peuvent prévoir une compensation équitable en faveur des titulaires de droits dans le cadre des exceptions qui, normalement, ne sont pas soumises à cette condition⁸⁷. D'autre part, toutes les exceptions au droit d'auteur doivent satisfaire au test des trois étapes trouvant son origine dans la Convention de Berne. En effet, en vertu de l'article 5 paragraphe 5 de la directive du 22 mai 2001, les exceptions « *ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit* ». L'introduction du test des trois étapes dans la directive n'est pas sans conséquence notamment en ce qu'elle confère à la Cour de justice un pouvoir de contrôle sur l'ensemble des exceptions reconnues par les États membres⁸⁸.

22. Rapports entre mesures techniques de protection et exceptions au droit d'auteur – Les rapports entre les mesures techniques de protection et les exceptions au droit d'auteur sont des rapports d'opposition. Les unes et les autres obéissent à des logiques totalement contradictoires. Alors que les mesures techniques de protection ont pour vocation d'empêcher ou de limiter certains actes d'utilisation d'œuvres protégées, les exceptions au droit d'auteur, au contraire, ont pour objectif d'écarter le droit privatif afin de libérer certains usages. Aussi pourrait-on dire que

l'exception à des fins de caricature, de parodie, ou de pastiche (k). On restera perplexe face à des exceptions telles que l'utilisation au cours de cérémonies religieuses (g), l'utilisation d'œuvres pour être placées en permanence dans les lieux publics (h), l'inclusion fortuite d'une œuvre dans un autre produit (i), l'utilisation à des fins de démonstration ou de réparation de matériel (l), l'utilisation du plan d'un immeuble en vue de sa reconstruction (m), ou encore l'utilisation au travers des terminaux spécialisés des bibliothèques, établissements d'enseignements, musées ou services d'archives (n).

⁸⁴ Considérant 31 de la directive du 22 mai 2001.

⁸⁵ Contestant l'idée d'équilibre introduite par la directive du 22 mai 2001, J.-L. Goutal, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁶ *Infra* n° 151.

⁸⁷ Considérant 36 de la directive du 22 mai 2001.

⁸⁸ J. Passa, *op. cit.*, p. 1267, n° 19 – Dans le même sens, V.-L. Benabou, *op. cit.*, p. 10.

les exceptions au droit d'auteur et les mesures techniques de protection sont placées sous le signe de l'antinomie.

23. Antinomie – Il est à noter, et cela est rarement évoqué, que le conflit entre mesures techniques et exceptions au droit d'auteur est avant tout un conflit de règles. Ce conflit de règles se manifeste à deux niveaux.

Tout d'abord, une première opposition se situe au niveau de la deuxième couche de protection : un conflit entre la norme imposée par la technique⁸⁹ et l'exception. Comme le souligne Mme Dusollier, « *le dispositif technique a une vocation régulatrice. Il s'inspire certes des droits exclusifs reconnus à l'auteur par la loi, mais il dépasse souvent cette norme légale en imposant d'autres règles de comportement* »⁹⁰. Les dispositifs techniques ont donc, dans une certaine mesure, un pouvoir normatif. Par leur simple présence, ils conditionnent matériellement les comportements des utilisateurs et, plus précisément, l'utilisation susceptible d'être faite des œuvres. Par la règle de conduite qu'ils formulent techniquement, ils peuvent imposer des restrictions à l'exercice légitime d'une exception au droit d'auteur. Par exemple, une mesure technique peut imposer une règle de conduite en interdisant matériellement toute copie de l'œuvre, si bien qu'il sera impossible pour l'utilisateur de bénéficier de l'exception de copie privée. En cela, il est donc possible d'observer un premier rapport antinomique.

Ensuite, un second conflit s'installe au niveau de la troisième couche de protection, c'est-à-dire, entre les dispositions anti-contournement et l'exception. En effet, le CPI comporte des dispositions qui sanctionnent les atteintes aux mesures techniques⁹¹ protégeant des œuvres. Ces sanctions concernent tant les actes de contournement eux-mêmes que les actes préparatoires au contournement tels que la fabrication ou la mise à disposition de moyens conçus ou spécialement adaptés aux fins de neutralisation. Très vite s'est posée la question de savoir si un utilisateur était autorisé à contourner une mesure technique afin de mettre en œuvre une exception au droit d'auteur. La réponse est négative. Ni la directive du 22 mai 2001 ni le CPI n'apportent de tempéraments à l'interdiction des atteintes aux mesures techniques qu'il s'agisse des actes de contournement eux-mêmes ou des actes préparatoires⁹². L'illicéité de l'atteinte à une mesure

⁸⁹ S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique - Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Thèse Namur, Larcier, 2^e éd., 2007, p. 108, n° 120.

⁹⁰ *Ibid.*, p.110, n° 123.

⁹¹ V. les articles L. 335-3-1 et L. 335-3-2 du CPI.

⁹² Si ce n'est en matière de recherche scientifique et de cryptographie : *infra* n° 328.

technique est apprécié de façon objective, si bien qu'il est indifférent que l'auteur de cette atteinte ait agi en vue de mettre en œuvre une exception au droit exclusif ou non.

Dans le souci « *d'assurer malgré tout l'équilibre entre la défense des droits des créateurs et les aspirations légitimes des utilisateurs d'œuvres* »⁹³, le législateur européen a souhaité modérer la prévalence des mesures techniques en instaurant un régime de sauvegarde en faveur de certaines exceptions. Ainsi, en vertu de l'article 6 paragraphe 4 de la directive du 22 mai 2001, les États membres doivent prendre des mesures appropriées pour garantir le bénéfice de certaines exceptions limitativement énumérées lorsque le bénéficiaire a eu un accès licite à l'œuvre. Aussi, en droit d'auteur français, le régime de sauvegarde bénéficie à un nombre limité d'exceptions que l'on peut prendre la peine d'énumérer : l'exploitation aux fins de conservation et de consultation par les bibliothèques, les musées et les services d'archives, et les organismes de dépôt, de même que, l'exploitation aux fins d'illustration dans l'enseignement et la recherche⁹⁴, l'exploitation dans l'intérêt des personnes handicapées, les actes nécessaires entrepris à des fins de sécurité publique ou encore la reproduction destinée à l'usage privé du copiste. La mission a été confiée à une autorité administrative indépendante – la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet dite « HADOPI » ou encore « Haute Autorité » – de veiller à ce que la mise en œuvre des mesures techniques n'ait pas pour effet de priver les utilisateurs du bénéfice effectif de ces exceptions.

Il est permis de s'interroger quant à la méthode de sélection des exceptions privilégiées. Ni le législateur européen ni le législateur national ne font état des critères qui ont orienté leur choix. Il est vrai que le considérant 51 de la directive du 22 mai 2001 prévoit que « *la protection juridique des mesures techniques s'applique sans préjudice des dispositions relatives à l'ordre public [...] et à la sécurité publique* »⁹⁵. Mais cette précision n'est pas très éclairante. Cela signifierait que la sauvegarde d'exceptions telles que l'exception en faveur des bibliothèques, des musées, et des archives ou encore l'exception dans l'intérêt des personnes handicapées s'explique par leur caractère d'ordre public. Mais alors un autre problème survient. Comment des exceptions justifiées par la considération d'intérêts catégoriels – voire de raisons pratiques en ce qui concerne l'exception de copie privée⁹⁶ – pourraient être préférées à des exceptions telles que l'analyse, la courte citation, la

⁹³ P. Sirinelli, « La directive "Société de l'information" : apport réel ou fictif ? », in *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, Litec, 2001, p. 95.

⁹⁴ Que l'on retrouve en matière de bases de données à l'article L. 342-3 4° du CPI.

⁹⁵ Considérant 51 de la directive du 22 mai 2001.

⁹⁶ P. Sirinelli, « L'étendue de l'interdiction de contourner les mesures techniques protégeant l'accès aux œuvres et les droits des auteurs : exceptions et limitations – Rapport général », in *Régimes complémentaires et concurrentiels au*

revue de presse, ou encore la parodie, qui traduisent la prise en compte de libertés fondamentales telles que la liberté d'expression ou la liberté de la presse⁹⁷ ? En somme, on est en droit de se demander si tout cela procède d'une logique bien ordonnée.

24. Valeur des exceptions au droit d'auteur – Les errements du législateur européen renvoient à la méprise qu'il y a autour de la valeur des exceptions au droit d'auteur. D'une part, nombreux sont les auteurs qui les relèguent au rang de simples moyens de défense⁹⁸. D'autre part, d'aucuns estiment qu'elles constituent des règles supplétives. Or, une telle opinion ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Il semble difficile de déduire une valeur supplétive de l'article L. 122-5 du CPI, siège principal des exceptions au droit d'auteur. Au contraire, le texte ne laisse pas vraiment de place à l'ambiguïté⁹⁹ lorsque, de manière péremptoire, il énonce que « *l'auteur ne peut interdire* » certains usages des oeuvres. Et le fait que des dispositions relatives à certaines exceptions soient clairement frappées du sceau de l'impérativité¹⁰⁰ ne signifie aucunement que les autres dérogations au droit d'auteur n'ont pas de valeur impérative. Par ailleurs, l'idée est fautive que la plupart des lois sont supplétives¹⁰¹. Comme l'écrit M. Tallon, « *s'il est vrai que la règle de droit a surtout aujourd'hui une fonction organisatrice, le droit supplétif doit se cantonner dans un domaine restreint [et] il peut y avoir des degrés dans le caractère impératif de la loi* »¹⁰². L'ordre public est certainement l'un de ses échelons. En tous les cas, il ne serait certainement pas raisonnable de conclure au caractère supplétif de la règle de droit toutes les fois que le législateur n'a pas précisé son caractère impératif¹⁰³. A ce compte-là, la majorité des règles de droit devraient être qualifiées de

droit d'auteur, Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, New York, ALAI-USA, 2002, p. 444. L'exception de copie privée reposerait selon l'auteur sur « une certaine résignation ou des analyses aujourd'hui dépassées ».

⁹⁷ En ce sens, V.-L. Benabou, « De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques », *PI*, octobre 2007, p. 432, évoquant la loi DADVSI du 1^{er} août 2006, l'auteur explique que certaines exceptions sont entravées par l'usage de mesures techniques de protection alors qu'elles poursuivent la satisfaction de l'intérêt général tandis que la loi protège l'exception de copie privée « bien moins consensuelle ».

⁹⁸ J.-L. Goutal, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁹ Comp. A. Latreille, « L'étendue de l'interdiction de contournement des dispositifs techniques de protection des droits - Exceptions - Rapport français », Journées d'études de l'ALAI, New-York, 2001, p. 14. L'auteur est d'un avis plus nuancé. Selon lui, si « la règle semble être d'ordre public », le législateur n'a pas eu l'intention de constituer des droits au profit des utilisateurs mais seulement des tolérances, des libertés fermement encadrées.

¹⁰⁰ Par exemple, en matière de logiciels, reprenant la solution de l'article 9 paragraphe 1 de la directive du 14 mai 1991, l'article L. 122-6-1 du CPI énonce que « toute stipulation contraire aux dispositions prévues aux II, III et IV du présent article est nulle et non avenue ».

¹⁰¹ *Contra* V. Larribau-Terneyre, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », *in étude offertes à Pierre Catala - Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Litec, 2001, p. 91, selon laquelle « la loi impérative est l'exception, la plupart des dispositions légales sont supplétives ».

¹⁰² D. Tallon, « Considérations sur la notion d'ordre public en droit français et en droit anglais », *in Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 891.

¹⁰³ Comp. J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, p. 254, n° 218, affirmant que « dans le choix entre la liberté et la règle, le droit, obéissant à la loi de l'économie des forces, commencera par poser la règle de la

supplétives. Il faut bien reconnaître que ce serait laisser à la volonté privée des matières bien délicates. Et si la valeur impérative ou supplétive de la règle de droit peut être une affaire d'interprétation¹⁰⁴, *a priori*, l'article L. 122-5 du CPI ne laisse pas à penser que la volonté contractuelle puisse lui substituer une réglementation différente. Même le principe d'interprétation *in favorem auctoris* ne semble d'aucune utilité puisqu'on ne peut l'invoquer que dans l'hypothèse où la règle de droit est équivoque¹⁰⁵. Ce n'est, apparemment, pas le cas de l'article L. 122-5 du CPI. Selon Carbonnier, « *il pourrait sembler bien plus conforme à la raison que le souverain s'exprime par ordres, et non par conseils* »¹⁰⁶. Or, la force contraignante¹⁰⁷ qui émane de l'article L. 122-5 du CPI relève davantage de l'impératif que de la simple suggestion et il paraît bien difficile d'interpréter ce texte dans un autre sens.

25. Nature des exceptions au droit d'auteur – D'un point de vue purement formel, toutes les exceptions¹⁰⁸ sont des règles de droit objectif¹⁰⁹. Or, la forme de l'exception a « *peu d'influence sur sa nature* »¹¹⁰. S'attacher uniquement à la manifestation formelle de l'exception ne permet pas de révéler la nature de l'intérêt qu'elle préserve dans la mesure où toutes les dérogations au droit d'auteur sont des règles de droit objectif. Pourtant, chaque exception « *a sa raison d'être et son fondement* »¹¹¹. Les exceptions au droit d'auteur correspondent à des situations dans lesquelles le législateur évince le monopole d'exploitation dans le but de satisfaire certains intérêts ou de répondre à certaines exigences fondamentales¹¹². Elles sont donc l'expression dans le système juridique de prérogatives sous-jacentes reconnues aux utilisateurs pouvant être d'inégale

liberté, tant du moins qu'il n'aura pas été démontré qu'en pratique l'usage de la liberté se tournerait d'ordinaire contre le bien public ». Or, ce « bien public » est certainement la finalité ultime des exceptions au droit d'auteur : *infra* n° 135.

¹⁰⁴ D. Tallon, *op. cit.*, p. 890.

¹⁰⁵ Sur les principes d'interprétation du droit d'auteur, F. POLLAUD-DULIAN, p. 50, n°65.

¹⁰⁶ J. Carbonnier, *Droit civil - Les biens*, t. 2, PUF, 1^{re} éd., 1957, p. 394, n° 118 – Également, D. Tallon, *op. cit.*, p. 891 – Plus catégorique, G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953, réédité en 2004, p. 285 : « les conseils, les simples exhortations échappent à la sphère du droit ».

¹⁰⁷ Sur la force contraignante de la norme, l'article de C. Groulier, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative – Naissance d'un concept*, sous la direction de C. Thibierge, LGDJ, 2009, p. 199.

¹⁰⁸ Quoique certaines ressemblent davantage à de véritables droits : en ce sens, X. Linant de Bellefonds, « Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine pour les cloneurs ? », *JCP G* 1998, I, 118, affirmant que l'exception d'analyse et l'exception de décompilation constituent de véritables droits et s'interrogeant à propos de la copie de sauvegarde.

¹⁰⁹ V. L. Guibault, *Copyright limitations and contracts, an analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, Kluwer Law International, 2002, p. 321 – Dans le même sens, C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information – Approche de droit comparé*, Thèse Montpellier I, Litec, 2004, p. 191, n° 218 – Également, S. Dusollier, Thèse préc., p. 486, n° 627.

¹¹⁰ L. Guibault, *op. cit.*, p. 321.

¹¹¹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 666, n° 997.

¹¹² *Ibid.*, p. 368, n° 557.

importance¹¹³. S'intéresser aux fondements des exceptions et aux intérêts qu'elles préservent peut certainement aider à déterminer leur valeur impérative ou supplétive.

26. Droits subjectifs, libertés fondamentales et intérêts – Les prérogatives ne se limitent pas à la catégorie des droits subjectifs. En marge de ces derniers, les droits et libertés fondamentaux sont de première importance. Mais il est une prérogative que l'on évoque peu alors qu'elle joue pourtant un rôle essentiel : l'intérêt. Selon M. Ost, « *tout, d'une certaine façon, procède de l'intérêt et se ramène à lui. Du moins tout est-il comptabilisable en intérêt* »¹¹⁴. Par ailleurs, M. Gervais a très bien montré que tout droit subjectif suppose l'existence d'un intérêt à sa base¹¹⁵. Dès lors, il ne faut pas opposer de manière manichéenne les prérogatives peuplant le paysage juridique. En vérité, toutes se situent sur une « *ligne continue qui mesure des différences de degré et non de nature* »¹¹⁶. La graduation est le résultat des jugements de valeurs portés par l'autorité sur tel intérêt ou telle valeur à considérer. Ainsi, alors que certains d'entre eux ne bénéficient d'aucune protection dans l'ordre juridique, d'autres font l'objet d'une reconnaissance en étant élevés au rang d'intérêt légitime, de droit subjectif ou encore de liberté fondamentale.

27. Les exceptions au droit d'auteur, vecteurs d'intérêts – Ce « *continuum* »¹¹⁷ d'intérêts est transposable aux exceptions au droit d'auteur. En effet, certaines d'entre elles peuvent être regardées comme l'expression de simples intérêts légitimes, pendant que d'autres semblent traduire des prérogatives affleurant le droit subjectif¹¹⁸, et que d'autres encore sont la manifestation d'une liberté fondamentale, « *justification la plus forte et la plus légitime* » selon certains¹¹⁹. En tout état de cause, les exceptions au droit d'auteur ne représentent jamais des intérêts illicites, ni des intérêts purs et simples¹²⁰. A tout le moins, une exception au droit d'auteur

¹¹³ En ce sens, L. Guibault, *op. cit.*, p. 321. L'auteur est d'avis que « la justification de l'adoption d'une [exception] détermine pour l'essentiel le poids que les tribunaux vont lui accorder [...]. En d'autres mots, le droit ou le privilège de l'utilisateur d'utiliser une œuvre protégée n'a jamais la force que de "l'intérêt légitime" ou de "l'objectif de politique publique" qu'il incarne ».

¹¹⁴ F. Ost, *Droit et intérêt – Entre droit et non droit*, t. 2, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 13.

¹¹⁵ A. Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t.1, Dalloz, 1961, p. 243.

¹¹⁶ F. Ost, *op. cit.*, p. 35.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 17.

¹¹⁸ P.-Y. GAUTIER, p. 343, n° 338 : « la copie privée est un droit de l'utilisateur fondé sur un usage domestique, supposé non dommageable à l'auteur et point une simple tolérance » – Aussi, J. Lesueur, *Conflits de droits - Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Thèse Paris II, PUAM, 2009, p. 219, n° 334, qui relève que l'article L. 331-31 du CPI introduit par la loi du 1^{er} août 2006 garantit le bénéfice de certaines exceptions dont la copie privée et qu'une telle protection peut porter à croire qu'elles constituent des droits subjectifs.

¹¹⁹ C. CARON, p. 294, n° 350.

¹²⁰ Sur les notions d'intérêt illicite et d'intérêt « pur et simple », A. Gervais, *op. cit.*, p. 243, selon lequel l'intérêt est qualifié d'illicite lorsque sa satisfaction est interdite par le droit objectif et est sanctionnée civilement ou

constitue le réceptacle d'un intérêt légitime car elle est forgée dans la reconnaissance par l'autorité d'une telle prérogative¹²¹. La nature des exceptions au droit d'auteur emporte des conséquences particulières qu'il ne faut pas négliger. En effet, elle détermine les pouvoirs dont sont dotés leurs bénéficiaires à l'encontre des titulaires de droits, en particulier, lorsque ces derniers usent de mesures techniques de protection. Dès lors, puisque l'intérêt légitime est la mesure de l'action, on ne comprend pas vraiment pourquoi les exceptions au droit d'auteur resteraient cantonnées au simple rôle de moyens de défense. Pas plus que l'on ne saisit la raison pour laquelle la Cour de cassation leur refuse la qualification d'intérêts juridiquement protégés¹²². En tous les cas, face à la domination qu'exercent les mesures techniques de protection sur les dérogations au droit d'auteur, l'attribution d'une telle qualification ne paraîtrait pas superflue aux utilisateurs.

28. Champ de l'étude – Tout d'abord, l'étude ne portera pas sur l'ensemble des droits de propriété littéraire et artistique : elle se limitera au droit d'auteur et n'explorera pas le domaine des droits voisins. La plupart des exceptions aux droits voisins sont des répliques pures et simples des exceptions au droit d'auteur. Peu importe la qualité des titulaires de droits, l'impact des mesures techniques de protection est de même nature lorsqu'il est question d'exceptions aux droits des auxiliaires de la création. Aussi, les raisonnements développés en matière de droit d'auteur vaudront en matière de droits voisins.

Ensuite, il ne sera question que des limites externes que sont les exceptions au droit d'auteur *stricto sensu*. Cela exclut le sujet des limites internes bien que de brefs développements seront consacrés au domaine public et à la représentation privée dans le cercle de famille dans la mesure où celle-ci figure dans la liste de l'article L. 122-5 du CPI. En outre, cette étude portera très peu sur les limitations au droit d'auteur. Celles-ci n'entretiennent pas véritablement de relation conflictuelle avec les mesures techniques de protection dans la mesure où les titulaires de droits tiennent compte du paiement des redevances dues au titre d'une licence non volontaire avant d'envisager le recours à la protection technique. Par endroits, l'étude se focalisera sur l'exception de copie privée puisqu'il s'agit de la dérogation qui concentre toutes les crispations.

pénalement ; l'intérêt est « pur et simple » lorsque sa satisfaction indiffère l'autorité et qu'elle n'est ni encouragée, ni condamnée – Rappr. F. Ost, *op.cit.*, p. 36.

¹²¹ A. Gervais, *op. cit.*, p. 243.

¹²² Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, *Perquin et UFC Que choisir c/ Universal Pictures video France*, affaire dite « Mulholland Drive », *RIDA*, n° 217, juillet 2008, p. 215, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2008, p. 551, obs. F. Pollaud-Dulian ; *CCE*, septembre 2008, comm. 102, C. Caron ; *RLDI*, juillet 2008, p. 14, obs. L. Costes ; S. Carre, « Le vertige de l'irrecevabilité (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2008) », *RIDA*, juillet 2009, n° 221, p. 64 – Aussi, Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2008, *UFC Que choisir c/ Warner Music France et Fnac*, affaire dite « Phil Collins », *RLDI*, février 2009, p. 10, note O. Pignatari ; *RTD com.* 2009, p. 131, obs. F. Pollaud-Dulian ; *CCC*, mars 2009, comm. 84, note G. Raymond.

Mais, au-delà de l'exception de copie privée, toutes les dérogations au droit d'auteur seront envisagées. Une telle approche s'explique par la nécessité de mettre en lumière l'esprit qui anime chacune d'elles. Toutes les dérogations au droit d'auteur n'ont pas la même raison d'être et il importe de déterminer si elles réagissent de manière hétérogène face aux mesures techniques de protection ou au contraire si elles forment une unité face à l'adversité.

Enfin, la recherche portera essentiellement sur les mesures techniques de protection. Cela ne signifie pas que la question des mesures techniques d'information ne sera pas abordée. Celles-ci ne sont pas dépourvues d'intérêt eu égard au droit moral. Cependant, il faut s'intéresser bien davantage aux mesures de protection car elles ont essentiellement pour fonction de contrôler l'utilisation des œuvres. Le recours aux verrous techniques permet ainsi aux titulaires de droits de recouvrer la maîtrise de l'exploitation des œuvres dans l'environnement numérique au point même qu'ils puissent gêner le libre exercice des exceptions au droit d'auteur. Or, c'est cet aspect conflictuel qui constitue le motif de la présente recherche.

29. Plan – Les rapports entre les exceptions au droit d'auteur et les mesures techniques de protection sont des rapports conflictuels. Contradictions des règles, opposition des prérogatives, cette étude est l'occasion d'illustrer le caractère résolument dialectique du droit d'auteur. Mais, parce que les conflits doivent être dépassés, lorsqu'auteurs et utilisateurs n'ont trouvé aucun terrain d'entente, il revient aux autorités – l'autorité judiciaire auparavant, la Haute Autorité désormais – de les résoudre.

Il convient certainement de suivre cette trame pour traiter la question des rapports entre les exceptions au droit d'auteur et les mesures techniques de protection. Ainsi, à l'analyse du conflit entre les exceptions au droit d'auteur et les mesures de protection succèdera celle de l'articulation entre les dérogations au droit exclusif et les dispositifs techniques.

Première Partie : Le conflit entre les exceptions au droit d'auteur et les mesures techniques de protection.

Deuxième Partie : L'articulation entre les exceptions au droit d'auteur et les mesures techniques de protection.

PREMIERE PARTIE – LE CONFLIT ENTRE LES EXCEPTIONS AU DROIT D'AUTEUR ET LES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION

30. Contrariété des logiques – Comme deux éléments qui ne peuvent coexister sans se nuire, les exceptions au droit d'auteur et les mesures techniques de protection sont dans un rapport d'opposition. On ne compte plus dans la littérature spécialisée le nombre d'articles dédiés à leur incompatibilité¹²³. Comme le remarque M. Sirinelli, « *le verrouillage de l'œuvre combiné à l'interdiction de contourner [empêche] l'accomplissement d'actes que les législations souhaitaient pourtant faire échapper au droit exclusif de l'auteur* »¹²⁴. A première vue, il semble que le conflit qui oppose les exceptions au droit d'auteur et les mesures techniques de protection soit de l'ordre de l'antinomie. Au sens juridique, « *l'antinomie est le conflit immédiat de deux textes de loi* »¹²⁵, mais la loi doit être entendue ici dans une acception large comme synonyme de toute règle de droit¹²⁶. L'antinomie correspondrait au « *cas où un texte permet ou même ordonne une conduite qu'un autre texte interdit* »¹²⁷, voire, dans un sens extensif, à l'hypothèse « *où viennent en concurrence deux règles de droit de tendances contraires* »¹²⁸. Dans un ouvrage intitulé *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Perelman donne une description plus précise de l'antinomie. Selon lui, « *on dira que l'on se trouve, dans un système de*

¹²³ V. X. Linant de bellefonds, « Triple blindage », *CCE*, juillet-août 2004, Repère 7, p. 3 : « les mesures techniques de protection et l'exception de copie privée s'opposent comme deux logiques inconciliables si ne prévaut pas la recherche d'un juste milieu » – Par ailleurs, C. Caron, « Casse-tête ou comment concilier l'inconciliable ? », *CCE*, juillet-août 2005, Repère 7, p. 3 – Aussi, S. Dusollier, « L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection », *CCE*, novembre 2006, étude 29, p. 21.

¹²⁴ P. Sirinelli, « L'étendue de l'interdiction de contourner les mesures techniques protégeant l'accès aux œuvres et les droits des auteurs : exceptions et limitations – Rapport général », in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, New York, ALAI-USA, 2002, p. 420.

¹²⁵ Malgaud, « Les antinomies en droit, à propos de l'étude de G. Gavazzi », in *Les antinomies en droit – Études publiées par Chaïm Perelman*, Bruylant, 1965, p. 8.

¹²⁶ P. Foriers, « Les antinomies en droit », in *Les antinomies en droit – Études publiées par Chaïm Perelman*, Bruylant, 1965, p. 21 : « il ne faut pas limiter le mot "loi" à ce qu'il a d'étroitement et de strictement technique et si l'on admet qu'il est synonyme de "règle de droit", de "norme juridique", importe peu l'origine de la norme, car le pouvoir législatif n'a pas, tant s'en faut, le monopole de créer le droit ».

¹²⁷ W. Malgaud, *op. cit.*, p. 8.

¹²⁸ C. Huberlant, « Antinomies et recours aux principes généraux », in *Les antinomies en droit – Études publiées par Chaïm Perelman*, Bruylant, 1965, p. 208.

droit, en présence d'une antinomie, quand, par rapport à un cas d'espèce, il existe, dans le dit système, deux directives incompatibles, auxquelles on ne peut donc pas se conformer simultanément, soit parce qu'elles imposent deux obligations en sens opposés, soit parce que l'une interdit ce que l'autre permet, et qu'il n'y a donc pas moyen de se conformer à l'une sans violer l'autre »¹²⁹. Or, il est permis de se demander si l'auteur ne viole pas la lettre de l'article L. 122-5 lorsqu'il applique les articles L. 331-5 et suivants du CPI ? Autrement dit, si la loi énonce que l'auteur ne peut interdire la copie privée, pourquoi, par ailleurs, autorise-t-elle ce dernier à en empêcher la mise en œuvre par l'utilisateur ? Il y a là une subtilité que le sujet de droit non averti ne serait capable de saisir. D'un côté, la loi ne donne pas la possibilité au titulaire de droits d'interdire la mise en œuvre des exceptions au droit d'auteur. Mais de l'autre côté, elle lui permet de recourir aux dispositifs techniques afin de faire obstacle à l'usage de l'œuvre, comme il le souhaite, et quand bien même ces actes ressortiraient au bénéfice d'exceptions. En bref, tout se passe comme si la loi reprenait d'une main à l'utilisateur, ce qu'elle lui donne pourtant de l'autre.

Or, tout système de droit doit former un ensemble cohérent et faire en sorte de chasser les contradictions qu'il pourrait receler car « l'existence de règles contradictoires au sein d'une discipline normative est de nature à mettre en péril la cohérence de celle-ci »¹³⁰. Le « principe de non-contradiction est essentiel » et « la cohérence logique est une exigence fondamentale »¹³¹. Cependant, la discordance n'est peut-être pas si étonnante en droit d'auteur. Le conflit entre les exceptions et les dispositifs techniques n'est que la manifestation d'une opposition plus fondamentale entre divers intérêts. Dès l'origine, le législateur a été conduit à concilier les intérêts de l'auteur avec ceux du public. Selon Wistrand, « il y a, d'un côté, l'intérêt de favoriser le développement culturel et, de l'autre côté, l'intérêt du créateur qui est de bénéficier de son œuvre »¹³². La conciliation de ces intérêts opposés se manifeste alors par l'édiction de règles contradictoires au sein d'un même ensemble juridique. Ainsi, « les contradictions particulières qui caractérisent un système juridique donné ne sont, au fond, que les expressions de contradictions sociales dans le droit, dans le système juridique et dans la vie juridique »¹³³. Cela explique que le droit d'auteur, qui est en

¹²⁹ C. Perelman, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2^e éd., 1999, p. 39, n° 27. L'auteur relève que « les antinomies, ainsi comprises, ne concernent pas le vrai ou le faux, elles n'affirment pas simultanément deux propositions contradictoires, mais elles consistent en une norme unique ou en plusieurs normes dont l'application conduit, dans une situation donnée, à des directives incompatibles ».

¹³⁰ H. Buch, « Conception dialectique des antinomies », in *Les antinomies en droit – Études publiées par Chaïm Perelman*, Bruylant, 1965, p. 372.

¹³¹ P. Foriers, *op. cit.*, p. 22.

¹³² H. Wistrand, *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur son œuvre*, Monchrestien, 1968, pp. 51-52.

¹³³ I. SZABO, « Des contradictions entre le droit des différents systèmes sociaux », in *Les antinomies en droit – Études publiées par Chaïm Perelman*, Bruylant, 1965, p. 371.

vérité un droit foncièrement dialectique, puisse accueillir en son sein quelques paradoxes¹³⁴ ou autres antinomies¹³⁵. D'ailleurs, l'antinomie n'est pas forcément néfaste et représente parfois un moyen de parachèvement du système qui peut, « *si elle se déroule suivant une dialectique ordonnée, contribuer à son affermissement. Car son mouvement épouse alors celui qui anime la réalité sociale dont le droit est une expression normative* »¹³⁶. Reste à déterminer si la dialectique des exceptions au droit d'auteur et des mesures techniques de protection est bien ordonnée. Au fond, cela revient à se demander si le législateur donne les moyens de résoudre les conflits, et le cas échéant, s'il le fait bien. L'étude de l'articulation entre les exceptions au droit d'auteur et les dispositifs techniques permettra de le dire.

Mettre en évidence le conflit entre les dérogations au droit d'auteur et les mesures techniques de protection passe inévitablement par l'examen des logiques propres à chaque phénomène. Pour ce faire, il convient d'envisager d'abord ce que d'aucuns nomment l'économie¹³⁷ des exceptions au droit d'auteur, puis ce que l'on pourrait appeler, dans le même ordre d'idées, l'économie des mesures techniques. En l'absence de systèmes de protection, l'économie des exceptions au droit d'auteur est relativement paisible (Titre I). Bien que soumise à des conditions d'interprétation stricte, leur mise en œuvre n'est pas vraiment menacée. Dans la mesure où elles contribuent largement à sa fonction sociale, l'exercice des exceptions permet même au droit d'auteur de prendre toute son ampleur. En revanche, en présence de techniques de protection, la situation est tout autre. Le libre exercice des exceptions est compromis du fait d'entraves matérielles adjointes au support ou vecteur de l'œuvre. La gêne est d'autant plus grande que ces verrous bénéficient d'une protection juridique peu conciliante. Indéniablement, l'économie des mesures techniques de protection contrarie celle des exceptions (Titre II).

¹³⁴ J.-C. Galloux, « Exceptions et limitations au droit d'auteur : exception française ou paradoxe français », *in Rencontres franco-allemandes - Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007, p. 329.

¹³⁵ La première antinomie décelable en droit d'auteur est celle que forment le principe du droit exclusif et l'exception au droit d'auteur. La dérogation légale contredit le principe du monopole d'exploitation. L'existence des exceptions au droit d'auteur résulte du fait qu'il ait fallu faire un choix entre deux principes opposés, en donnant la prévalence à l'un plutôt qu'à l'autre. C'est ainsi que le principe du monopole d'exploitation a pris le pas sur le principe de libre utilisation des œuvres – V. E. Bertrand, « Le rôle de la dialectique en droit privé français », *D.* 1951, chron. p. 159 : « La détermination du principe à appliquer, plutôt que son contraire, n'est pas le fruit de l'arbitraire mais la conséquence d'un choix ou d'un mouvement nécessaire, en fonction du but à atteindre ou des règles de justice et de morale ou encore de la protection nécessaire de tel ou tel intérêt plutôt que de tel autre » – Cependant, l'antinomie entre le principe du droit exclusif et l'exception n'est pas insurmontable. Elle n'est qu'apparente dans la mesure où elle trouve une solution dans l'application du principe suivant lequel la loi spéciale prime la loi générale : *infra* n° 148.

¹³⁶ H. Buch, *op. cit.*, pp. 390-391 – Rapp. V. Bost-Lagier, *L'exceptionnel en droit civil*, Thèse Paris II, 2002, p. 87, affirmant que « l'une des fonctions de l'exceptionnel est de contribuer à défendre [les] principes en limitant l'exception qui y est apportée ».

¹³⁷ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 377, n° 566.

TITRE I – L'ÉCONOMIE PAISIBLE DES EXCEPTIONS AU DROIT D'AUTEUR

31. En l'absence de mesures techniques de protection, l'économie des exceptions au droit d'auteur est relativement paisible. D'une part, il n'y a qu'à rappeler que les utilisateurs rencontrent peu de difficultés à mettre en œuvre les dérogations au droit d'auteur dans l'environnement analogique. Le contrôle de l'utilisation des œuvres n'est jamais aussi loin que dans le contexte binaire propice aux verrous technologiques. D'autre part, il est évident que les dérogations légales participent de l'harmonie du droit d'auteur en lui permettant de remplir sa fonction sociale. Finalement, bien que les exceptions soient subordonnées à des conditions strictes d'application, normalement, leur rapport avec le droit d'auteur est davantage marqué par la complétude que par l'opposition.

32. Il n'en reste pas moins que les dérogations au droit exclusif sont diverses par leurs fondements et leurs utilités. Par conséquent, il n'est pas certain que toutes revêtent la même force et surmontent de manière homogène les obstacles suscités par technique. Il importe donc de déterminer le contenu des dérogations et préciser, par là même, l'esprit qui anime chacune d'elles. Ce n'est qu'une fois la teneur des exceptions au droit d'auteur dévoilée (Chapitre I) que la question de leur valeur pourra être abordée (Chapitre II).

Chapitre I – La teneur des exceptions au droit d’auteur

33. Systèmes ouverts et systèmes fermés – La teneur des exceptions reconnues dans un pays est révélatrice de sa conception en matière de droit d’auteur¹³⁸. Ainsi, dans certains États, les exceptions évoluent au sein de systèmes dits « ouverts », « *c’est-à-dire fondés sur un système de “clause générale” susceptible de s’appliquer à de nombreuses situations* »¹³⁹. Cela signifie qu’une certaine exploitation de l’œuvre peut être soustraite à l’autorisation de l’auteur, alors même qu’elle n’a pas été prévue par la loi. Dans un tel cadre, les exceptions ne peuvent faire l’objet d’une liste limitative. Alors que le système ouvert est l’apanage de pays à tradition de *copyright* tels que les États-Unis¹⁴⁰, dans les pays d’Europe continentale, à tradition de droit d’auteur, on parle plus volontiers de systèmes ou de listes ¹⁴¹ dits « fermés ». Cette formule traduit le fait que les exceptions relèvent d’une liste exhaustive. Autrement dit, le juge n’est pas autorisé à créer des exceptions nouvelles. Seules celles qui sont expressément énoncées par le législateur ont droit de cité. Le système « fermé » constituerait le second versant du principe d’interprétation stricte des exceptions¹⁴² selon lequel le juge doit interpréter étroitement les conditions relatives à chacune.

34. Liste fermée d’exceptions – En droit d’auteur français, comme le veut le droit européen¹⁴³, le système dit « fermé » est de rigueur. La liste limitative des exceptions se situe à l’article L. 122-5 du CPI. En exergue, le texte énonce que l’auteur ne peut interdire aux tiers d’accomplir certains actes, dès lors que l’œuvre a été divulguée. S’ensuit l’inventaire des hypothèses visées. Toutefois, d’autres dispositions ajoutent à cette énumération. Il en est ainsi de l’article L. 122-6-1 du CPI en matière de logiciel, de l’article L. 342-3 en matière de base de données, ou encore de l’article L. 331-4 pour les actes nécessaires aux procédures et à la sécurité publique. Il est même possible de retrouver des exceptions au droit d’auteur en dehors du CPI. C’est le cas de l’exception de reproduction par les organismes de dépôt légal aux fins de conservation et de consultation édictée par l’article L. 132-4 du Code du patrimoine.

¹³⁸ V. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 376, n° 565, lesquels expriment cette idée en reprenant la formule d’une apostrophe bien connue : « Dis moi quelles sont tes exceptions, je te dirai quel est ton droit ! ».

¹³⁹ M. Buydens et S. Dusollier, « Les exceptions au droit d’auteur dans l’environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, septembre 2001, chron. 22, p. 11, n°1.

¹⁴⁰ Le *fair use* y est le modèle.

¹⁴¹ Liste fermée que l’on retrouve à l’article 5 de la directive du 22 mai 2001.

¹⁴² A. Bensamoun, « Portrait d’un droit d’auteur en crise », *RIDA*, avril 2010, n° 224, p. 99, n° 46.

¹⁴³ Le considérant 32 de la directive du 22 mai 2001 postule que celle-ci contient « une liste exhaustive des exceptions au droit de reproduction et de communication au public ».

35. Classification des exceptions – Aux fins d’analyse de leur contenu – sans prétendre établir des catégories immuables¹⁴⁴ dans la mesure où une seule et même dérogation peut avoir plusieurs fondements¹⁴⁵ – il est possible de classer l’ensemble des exceptions en fonction de leur justification principale¹⁴⁶. Suivant cette approche, quatre catégories de dérogations peuvent être mises en avant. La première catégorie est constituée des exceptions justifiées par des droits et libertés fondamentaux (Section I). La deuxième catégorie concerne les hypothèses soustraites au monopole de l’auteur dans le but de satisfaire les besoins d’un secteur particulier (Section II). La troisième catégorie rassemble les exceptions dont la raison d’être est dictée par des considérations d’ordre pratique (Section III). Enfin, la quatrième catégorie réunit les limites internes au droit d’auteur travesties en exceptions (Section IV).

¹⁴⁴ Sur la notion de classification, C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *La logique du droit, Archives de philosophie du droit*, t. 11, Sirey, 1966, p. 36. L’auteur souligne qu’est erronée l’idée qu’une seule classification est valable. Plusieurs classifications sont possibles pour un même objet car tout objet présente de multiples facettes, lesquelles peuvent chacune servir de principe de classification.

¹⁴⁵ C’est, par exemple, le cas de l’exception de copie privée qui, d’une part, s’expliquerait en raison de l’impossibilité pratique de contrôler les reproductions dans le monde analogique et, d’autre part, serait justifiée par le respect de la vie privée – Sur la perméabilité des justifications des exceptions, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 379, n° 568 et p. 390, n° 581.

¹⁴⁶ V. les classifications de P. B. Hugenholtz, « Fierce creatures. Copyright exemptions : Toward extinction », in *Right, limitations and exceptions : Striking a proper balance*, Conférence IFLA/IMPRIMATUR, 30-31 octobre 1997, Amsterdam, document disponible à l’adresse internet suivante : <http://www.ivir.nl/staff/hugenholtz.html> (page consultée le 13 octobre 2012) – Et S. Dusollier, Thèse préc., p. 466.

Section I – Les exceptions justifiées par des droits et libertés fondamentaux

36. Beaucoup d'exceptions au droit d'auteur sont des manifestations de droits et libertés fondamentaux. Certes, la catégorie des droits et libertés fondamentaux n'est pas nettement « stabilisée en France »¹⁴⁷. Mais à ce sujet, MM. Delmas-Marty et Lucas de Leyssac relèvent que « les libertés et droits fondamentaux sont moins une espèce particulière de droits que des bornes indiquant à tous et en tous les limites à ne pas franchir »¹⁴⁸. Plus précisément, les droits et libertés fondamentaux seraient des zones de permissions à l'intérieur desquelles tout individu peut agir comme il l'entend. Ces espaces de libertés permettent que certains comportements ne fassent pas l'objet d'une réglementation restrictive¹⁴⁹.

Les droits et libertés fondamentaux relèvent de normes à valeur supralégislative voire supranationale¹⁵⁰ et comptent notamment parmi eux la liberté individuelle, la liberté de conscience et d'opinion, la liberté d'expression et de communication, la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre, la liberté d'enseignement, le droit de propriété ou encore le droit au respect de la vie privée.

Ces prérogatives fixent des limites que nul ne peut franchir afin que chaque individu puisse conserver une liberté de comportement dans un domaine déterminé¹⁵¹. D'ailleurs, il est intéressant d'observer que l'imposition de ces bornes intervient souvent « par de multiples possibilités de dérogations [...] ou d'exceptions et de restrictions »¹⁵². Force est de reconnaître que le droit d'auteur n'échappe pas à ces mécanismes puisque lui-même consacre des exceptions qui viennent le limiter en considération de droits et libertés fondamentaux tels que la liberté d'expression

¹⁴⁷ H. Oberdorff, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 2010, introduction p. 2 – Aussi, X. Dupré de Boulois, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010, p. 39.

¹⁴⁸ M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac, *Libertés et droits fondamentaux*, Editions du Seuil, 2^e éd., 2002, p. 10.

¹⁴⁹ Louis Favoreu et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5^e éd., 2009, pp. 89-90, n° 86.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 97, n° 98.

¹⁵¹ Cela ne signifie pas que ces droits et libertés fondamentales ne puissent être soumises à certaines conditions. Par exemple, l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales énonce que la liberté d'expression peut être soumise « à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles, ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

¹⁵² M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac, *op. cit.*, p. 14.

(Paragraphe 1), la liberté d'information¹⁵³ (Paragraphe 2) ou encore la liberté d'enseignement et de recherche (Paragraphe 3)¹⁵⁴.

Paragraphe I - La liberté d'expression

37. Certaines exceptions au droit d'auteur peuvent prendre leur source dans l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁵⁵ énonçant que « *toute personne a droit à la liberté d'expression* »¹⁵⁶. Parmi les exceptions justifiées par la liberté d'expression, on compte, d'une part, les analyses et courtes citations (A), et d'autre part, les parodies (B).

A. Les analyses et courtes citations

38. **Manifestations de la liberté d'expression** – L'article L. 122-5 alinéa 3 a) du CPI fait échapper au droit exclusif « *les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique, ou d'information de l'œuvre à laquelle l'œuvre est incorporée* ». Attributs indispensables de toute société démocratique, manifestations de la liberté d'expression – sinon, il ne serait jamais possible de présenter une œuvre ou d'en discuter¹⁵⁷ – les analyses et les courtes citations sont des notions qui entretiennent une relation étroite.

« *Exception discrète* »¹⁵⁸, l'analyse se situe bien souvent dans le « giron »¹⁵⁹, le « sillage »¹⁶⁰, de la citation. Pourtant, analyses (1) et courtes citations (2), exceptions communes au droit de reproduction et au droit de représentation, recouvrent *a priori* des hypothèses distinctes.

¹⁵³ La liberté d'information est une variante de la liberté d'expression, l'autre variante étant la liberté d'opinion.

¹⁵⁴ Cette liste n'a pas vocation à être exhaustive mais il ne faudrait pas croire que toutes les libertés sont susceptibles de venir contenir le droit d'auteur ni que toutes les exceptions au droit d'auteur expriment de telles prérogatives.

¹⁵⁵ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 5 novembre 1950 dite CESDH.

¹⁵⁶ D'autres textes à caractère général et contraignant consacrent la liberté d'expression. C'est le cas de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ou encore de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

¹⁵⁷ POUILLET, p. 541, n° 511, qui affirme que « refuser le droit de citation, ce serait supprimer le droit, pourtant inviolable, de la critique littéraire ».

¹⁵⁸ C. CARON, p. 318, n° 376.

¹⁵⁹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 408, n° 602.

¹⁶⁰ C. CARON, p. 318, n° 376.

1. Les analyses

39. Définition – L'exception d'analyse est l'oubliée de l'article 5 de la directive du 22 mai 2001. Si l'article L. 122-5 alinéa 3 a) du CPI ne fait qu'évoquer l'analyse, la jurisprudence a eu l'occasion de la définir comme un aperçu des éléments substantiels de l'oeuvre¹⁶¹, qui peut comporter un résumé certes, mais cet élément n'est pas déterminant. Il est vrai que l'analyse ne saurait être réduite à un simple résumé : « *analyser, ce n'est pas purement et simplement résumer*¹⁶² ». En général, l'analyse est davantage que cela et doit être le lieu d'un commentaire critique de l'oeuvre¹⁶³. Aussi, l'analyse « *est une réflexion critique sur l'oeuvre, un travail original qui prend l'oeuvre analysée pour point de départ mais ne saurait se substituer à celle-ci* »¹⁶⁴. Ainsi a-t-il été jugé que l'exposé étoffé d'une oeuvre ne pourrait être considéré comme une analyse, dès lors qu'il permet de se dispenser de recourir à l'oeuvre elle-même¹⁶⁵. Cependant, l'exception n'a de sens qu'autant que l'analyse emprunte des éléments relevant du droit exclusif. Or, le critère de la « *substituabilité* » pose problème dans la mesure où il n'invite pas à rechercher si la forme de l'oeuvre a été reproduite ou représentée mais seulement à reconnaître des éléments substantiels de l'oeuvre susceptibles de dispenser de recourir à celle-ci. Une telle méthode laisse une large part à l'arbitraire, et surtout, sort du cadre du droit d'auteur. Si l'analyse ne fait que reprendre des éléments substantiels de l'oeuvre alors le droit d'auteur n'a pas vocation à s'appliquer et l'exception perd sa raison d'être¹⁶⁶. Si l'analyse reprend la forme de l'oeuvre en raison qu'elle comporte des citations alors le droit d'auteur est en cause mais il faut alors appliquer les conditions de la courte citation, ce qui rend également l'exception dépourvue d'intérêt. C'est la raison pour laquelle certains auteurs proposent de sanctionner l'analyse sur le terrain de la responsabilité civile¹⁶⁷.

¹⁶¹ TGI Paris, 20 février 1980, *Le Monde c/Microfor*, D. 1982, somm. p. 44, obs. C. Colombet – En appel, CA Paris, 2 juin 1981, *RIDA*, janvier 1982, n° 111, p. 182.

¹⁶² DESBOIS, p. 318, n° 251.

¹⁶³ TGI Paris, 25 avril 1968, *Le Nouvel Observateur du Monde c/Percy Faulkner*, D. 1968, jurispr. p. 740 ; *RTD com.* 1970, p. 120, note H. Desbois.

¹⁶⁴ F. POLLAUD-DULIAN, p. 507, n° 800.

¹⁶⁵ En premier pourvoi, Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 1983, *Microfor c/Le Monde*, D. 1984, somm. p. 290, obs. C. Colombet ; *JCP G* 1984, II, 20189, obs. A. Françon – Renvoi à CA Paris, 18 décembre 1985, D. 1986, jurispr. p. 273, note J. Huet : les juges du fond résistent à la Cour de cassation en retenant que sans les extraits, il ne reste de l'ouvrage litigieux qu'une table des matières sans substance ; *RTD com.*, 1986, p. 247, note A. Françon ; *JCP E* 1986, I, 15791, n° 6, obs. M. Vivant et A. Lucas – Épilogue de cette affaire, Cass. Ass. Plén., 30 octobre 1987, *JCP G* 1988, II, 20932, note J. Huet ; *JCP E* 1988, II, 15093, p. 18, n° 4, obs. M. Vivant et A. Lucas ; *RIDA*, janvier 1988, n° 135, p. 78, concl. J. Cabannes.

¹⁶⁶ En ce sens, A. Latreille, « Les mécanismes de réservation et les créations multimédias », Thèse Paris XI, 1995, p. 378, n° 909 : « l'analyse, [...], n'a pas à se trouver dans les exceptions au droit de reproduction. Elle reprend le contenu de l'oeuvre à des fins critiques mais l'exprime différemment. Elle s'accapare les idées mais utilise une forme différente ».

¹⁶⁷ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 412, n° 606 – A. LUCAS et *alii*, p. 392, n° 427.

40. Lien étroit avec la courte citation – L’analyse et la citation entretiennent des rapports étroits pour la simple et bonne raison que le commentateur recourt bien souvent à la courte citation à l’appui de son analyse. L’étroitesse des liens que tissent la courte citation et l’analyse ôte toute autonomie à cette dernière. Et c’est sans doute la raison pour laquelle l’analyse ne figure pas dans la liste des exceptions de la directive du 22 mai 2001.

2. Les courtes citations

41. Définition – La citation consiste à extraire le passage d’une œuvre et à le reproduire ou le représenter sans altération. Un tel usage de l’œuvre devrait donner prise au droit exclusif puisqu’il s’agit d’un acte d’exploitation.

42. Justification – Depuis fort longtemps, on admet une exception en matière de citation. Celle-ci est nécessaire dans toute société démocratique, on oserait même dire vitale. Cette opinion a toujours été partagée, notamment par d’éminents auteurs tels que Renouard¹⁶⁸ et Pouillet¹⁶⁹. D’ailleurs, l’article 10 de la Convention de Berne en fait la seule exception obligatoire. A cet égard, il est étonnant que la directive du 22 mai 2001 la classe parmi les exceptions facultatives¹⁷⁰ alors que la citation est une émanation de la liberté d’expression dont ne pourrait se passer l’analyste comme le critique, le chercheur ou l’artiste. D’ailleurs, la Cour de justice reconnaît que l’exception de courte citation permet de « réaliser un juste équilibre entre le droit à la liberté d’expression des utilisateurs d’une œuvre [...] et le droit de reproduction conféré aux auteurs »¹⁷¹.

La citation, dès lors qu’elle est conforme aux usages et justifiée par le but poursuivi¹⁷², ne porte pas préjudice à l’auteur cité. Bien au contraire, le commentateur, craignant une quelconque

¹⁶⁸ RENOUARD, t. 2, p. 17 : « Interdire à tout écrivain la citation de ses devanciers, refuser aux progrès de la science et de la discussion publique l’emploi de tout passage d’un ouvrage de domaine privé, ce serait tomber dans l’exagération ».

¹⁶⁹POUILLET, p. 540, n° 511, affirmant que « si la loi punit la contrefaçon partielle, elle n’interdit pas le droit de citation. Il est clair que citer le passage d’un ouvrage, soit pour le discuter, soit pour en tirer un argument au profit d’une opinion ou d’une doctrine que l’on émet est légitime et légal ».

¹⁷⁰ Article 5 paragraphe 3 d) de la directive du 22 mai 2001.

¹⁷¹ CJUE, 1^{er} décembre 2011, aff. n° C-105, *Eva-Maria Painer c/ Standardverlag et autres*, considérant 134, *D.* 2012, p. 471, obs. J. Daleau ; N. Martial-Braz, « Cliché d’une harmonisation du droit d’auteur par la CJUE : du grand art ! », *D.* 2012, p. 471 – F. Pollaud-Dulian, obs. sous CJUE, 1^{er} décembre 2011, *RTD com.* 2012, p. 118.

¹⁷² Conditions de l’article 10 alinéa 1 de la Convention de Berne reprises dans l’article 5 paragraphe 3 d) de la directive du 22 mai 2001.

altération de l'esprit de l'oeuvre, peut souhaiter y recourir dans le souci de transmettre avec fidélité le message de l'auteur cité.

43. Citation et droit moral – L'exception de citation est reconnue, certes, mais elle est enfermée dans des conditions strictes¹⁷³. Par ailleurs, la citation ne doit pas porter atteinte au droit moral de l'auteur cité. La citation n'est possible qu'autant que l'oeuvre a été divulguée par le créateur. L'article L. 122-5 alinéa 3 du CPI exige que soient clairement indiqués son nom ainsi que la source¹⁷⁴. Cette exigence repose sur le droit à la paternité de l'oeuvre. Elle permet que le lecteur ou l'amateur puisse bien distinguer l'oeuvre citée de l'oeuvre citante¹⁷⁵. A cet effet, l'auteur de l'oeuvre citante doit utiliser des moyens pour mettre en évidence la citation. Ainsi peut-il user d'une mise en forme particulière telle que des guillemets¹⁷⁶. Par ailleurs, le respect du droit moral de l'auteur s'exprime aussi au travers de la préservation de l'intégrité de l'oeuvre : la citation ne doit pas dénaturer l'oeuvre citée et ne doit pas trahir l'esprit qu'a voulu lui insuffler son auteur¹⁷⁷.

¹⁷³ D'une part, la citation doit être brève : l'article L. 122-5 alinéa 3 a) du CPI impose que la citation soit courte, ce que ne mentionne pas l'article 5 paragraphe 3 d) de la directive du 22 mai 2001. On peut toutefois déduire la nécessité de la courte citation de ce que la disposition de la directive postule que la citation doit être « *conforme aux bons usages* ». Par l'exigence de brièveté, le législateur entend empêcher que l'emprunt ne vienne concurrencer l'oeuvre originale. Tout comme l'analyse, la citation ne doit pas dispenser de recourir à l'oeuvre elle-même. Il est évident qu'une oeuvre citée dans son intégralité ne peut être analysée en une courte citation, mais plutôt en une contrefaçon, quand bien même le droit moral de l'auteur cité serait respecté. Il faut tout de même observer que la notion de brièveté est relative. Il n'existe pas d'unité de mesure particulière en matière de citation. Dès lors, on comparera la dimension de l'oeuvre citée à celle de l'oeuvre citante pour déterminer si la citation est courte ou non. Aussi, les juges peuvent prendre la mesure de la taille ou de la longueur de l'oeuvre à laquelle la citation est empruntée pour apprécier la brièveté de la citation. Il ne fait aucun doute que l'extrait de plus de la moitié d'un article de presse n'est pas une courte citation. mais encore une fois, on ne peut tirer de principe car la question est réglée au cas par cas. D'autre part, au regard de l'article L. 122-5 alinéa 3 a) du CPI, la citation doit être justifiée « *par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées* ». La citation doit être incorporée à une oeuvre citante. mais il ne suffit pas d'une simple incorporation. Encore faut-il que l'oeuvre citée joue un rôle d'illustration du propos et de l'argumentation personnels de l'auteur citant. Fondamentalement, la citation doit demeurer au service de l'oeuvre qui l'emprunte. En d'autres termes, elle ne doit apparaître que comme un élément accessoire, si bien que sans elle l'oeuvre citante devrait toujours présenter un intérêt.

¹⁷⁴ Comp. article 5 paragraphe 3 d) de la directive du 22 mai 2001 selon lequel le défaut d'indication de la source et du nom de l'auteur peut être justifié lorsqu'elle s'avère impossible. Or, on observera que la citation n'a aucun intérêt si son origine n'est pas indiquée et que, dans de telles conditions, on se rapproche davantage du plagiat – En ce sens DESBOIS, p. 315, n° 248.

¹⁷⁵ CA Paris, 3 décembre 1894, *Ann. propr. ind.* 1895, p. 282 – CA Paris, 31 mars 1999, *RIDA*, janvier 2000, n° 183, p. 294, en matière audiovisuelle.

¹⁷⁶ CA Paris, 24 octobre 1984, *D.* 1985, somm. p. 312, obs. C. Colombet, qui retient que la citation doit être faite entre guillemets.

¹⁷⁷ CA Paris, 21 juin 1988, *Héritiers Brel et Éditions musicales Pouchenel c/ RPR*, *RIDA*, octobre 1988, n° 138, p. 304, affaire dans laquelle les paroles d'une chanson de Jacques Brel ont fait l'objet d'une citation tronquée pour faire passer un message politique trahissant l'esprit de l'oeuvre empruntée.

B. Les parodies, pastiches et caricatures

44. Liberté de tourner en dérision – Manifestations de la liberté d'expression¹⁷⁸, paradigmes de la liberté de caricature¹⁷⁹, les parodies, pastiches et caricatures ont toujours fait partie de la tradition française du droit d'auteur¹⁸⁰. D'une part, sous réserve que les « *lois du genre* » soient respectées, un auteur ne peut empêcher d'autres auteurs de faire de l'humour à propos de son œuvre ou de sa propre personne. D'autre part, les idées étant de libre parcours, les thèmes que traite l'auteur singé, ainsi que le style et la manière qu'il emploie, ne peuvent pas faire l'objet d'une appropriation. Comme l'article 5 paragraphe 3 k) de la directive du 22 mai 2001, l'article L. 122-5 alinéa 4 du CPI soustrait au droit exclusif d'exploitation la parodie, le pastiche, et la caricature. Si Desbois assigne chacune d'elles à un genre particulier¹⁸¹, et bien que parfois les juges en aient décelé de subtiles caractéristiques distinctives¹⁸², parodie, pastiche et caricature ont une finalité commune : tourner en dérision une œuvre. Desbois le concède lui-même : la parodie est au genre musical, ce qu'est le pastiche au genre littéraire, et la caricature aux arts graphiques¹⁸³. Il est donc plus commode d'utiliser le terme « parodie » en guise de formule générique¹⁸⁴.

45. Conditions – Bien que puissamment portée par la liberté d'expression, l'exception de parodie ne joue que sous réserve de certaines conditions. La parodie n'est licite que si un élément intentionnel et un élément matériel sont réunis¹⁸⁵. L'élément intentionnel doit être recherché dans la finalité de la parodie. Aussi l'intention doit-elle être de faire rire¹⁸⁶. Dès lors qu'un effet humoristique est recherché, le ton de la parodie peut aussi bien être sympathique¹⁸⁷ qu'ironique ou sarcastique. Quant à l'élément matériel, il suppose que la parodie ne crée pas de risque de

¹⁷⁸ CA Paris, 13 octobre 2006, *PI*, janvier 2007, p. 91, obs. J.-M. Bruguière, retenant que, « conformément à la liberté d'expression, l'utilisation d'une illustration [...] n'exclut pas l'exception de parodie » – V. A. LUCAS et *alii*, p. 405, n° 446, soutenant que « plus encore que l'exception de citation, l'exception de parodie est fondée sur la liberté d'expression » – Également, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 416, n° 612, qui affirment que la liberté d'expression sous-jacente à l'exception de parodie suffirait, en l'absence de texte, à fonder l'éviction du droit exclusif, à l'image du *fair use* américain ou du *fair dealing* anglais.

¹⁷⁹ N. Mallet-Poujol, « De la liberté de la caricature », *Legipresse*, mars 2006, I, p. 37.

¹⁸⁰ S. Durrande, « La parodie, le pastiche, et la caricature », in *Propriétés intellectuelles - Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 133.

¹⁸¹ DESBOIS, p. 321, n° 254, qui réserve la parodie au genre musical, le pastiche au genre littéraire et la caricature aux arts graphiques.

¹⁸² Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 1988, *D.* 1988, somm. p. 207, obs. C. Colombet ; *RTD com.* 1988, p. 227, obs. A. Françon.

¹⁸³ DESBOIS, p. 321, n° 254.

¹⁸⁴ P.-Y. GAUTIER, PUF, 8^e éd., 2012, p. 373, n° 368.

¹⁸⁵ A. Françon, « Questions de droit d'auteur relatives aux parodies et productions similaires », *Dr. auteur* 1988, p. 302.

¹⁸⁶ CA Paris, 15 octobre 1985, *Éditions Salabert c/Thierry Le Luron et autres*, *RIDA*, juillet 1986, n° 129, p. 152 – Aussi, CA Paris, 13 octobre 2006, préc.

¹⁸⁷ CA Paris, 11 mai 1993, *RIDA*, juillet 1993, n° 157, p. 340 ; infirmant TGI Paris, 7 octobre 1992, *RIDA*, janvier 1993, n° 155, p. 222.

confusion avec l'œuvre parodiée. Le public ne doit pas croire que la parodie est l'œuvre de l'auteur singé. Il est donc nécessaire qu'il soit averti clairement que l'œuvre présentée est une parodie¹⁸⁸.

Paragraphe II - La liberté d'information

46. L'un des versants de la liberté d'expression est la liberté d'information. En effet, l'article 10 de la CESDH énonce que la liberté d'expression comprend « *la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées* »¹⁸⁹. C'est d'ailleurs de la liberté d'information que découle la liberté de la presse consacrée à l'article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881. Il est possible de rattacher à la liberté d'information des exceptions telles que la revue de presse (A), la diffusion de discours public (B), l'exploitation des œuvres graphiques, plastiques ou architecturales à des fins d'information immédiate du public (C).

A. Les revues de presse

47. Afin de satisfaire les nécessités de l'information, l'article L. 122-5 alinéa 3 b) du CPI inclut les revues de presse parmi les actes que l'auteur ne peut interdire dès lors que l'œuvre a été divulguée. Il s'agit là d'une exception commune au droit de reproduction et au droit de représentation.

48. **Définition** – L'article L. 122-5 alinéa 3 b) ne donne pas de définition précise de la revue de presse. Du moins sait-on grâce à lui que, comme pour les analyses et les courtes citations, le droit moral de l'auteur doit être respecté au travers de la mention de l'origine de l'œuvre traitée. La revue de presse présente des caractères voisins de ceux de l'anthologie. Toutefois, malgré cette ressemblance, la simple réunion d'extraits de journaux ne suffit pas à constituer une revue de presse¹⁹⁰. La Cour de cassation est venue combler les lacunes en

¹⁸⁸ Cass. Ass. Plén., 12 juillet 2000, *Automobiles Citroën c/ Canal Plus*, JCP G 2000, II, 10439, note A. Lepage – CA Paris, 17 janvier 2003, *PI*, avril 2003, p. 169, obs. A. Lucas – TGI Paris, 13 février 2001, *PI*, octobre 2001, p. 66, obs. P. Sirinelli.

¹⁸⁹ L'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce que la liberté d'expression comprend « la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix ».

¹⁹⁰ CA Paris, 25 mars 1982, *The Financial Times et autres c/ Ecopress*, D. 1983, somm. p. 97, obs. C. Colombet ; infirmant T. com. Paris, 28 janvier 1980, *RIDA*, avril 1981, p. 164 ; *RTD com.*, 1981, p. 85, obs. A. Françon.

affirmant que la revue de presse était « *une présentation conjointe et par voie comparative de divers commentaires émanant de journalistes différents et concernant un même thème ou un même événement* »¹⁹¹.

49. Conditions – Il ressort de cette définition que la revue de presse doit réunir les commentaires de différents journalistes relatifs à un même thème ou un même événement. Pour le reste, les critères de définition de la revue de presse demeurent incertains, fluctuants même. Ainsi, il a pu parfois être jugé que la comparaison n'était pas indispensable¹⁹², alors que par ailleurs il fut décidé que son absence était rédhibitoire¹⁹³. Dans le même ordre d'idées, les juges ont quelquefois exigé que celui qui opère la revue de presse apporte des commentaires personnels¹⁹⁴. Un autre critère paraît plus ancré, il s'agit de l'actualité¹⁹⁵. On retrouve cette condition dans le droit de l'Union européenne puisque l'article 5 paragraphe 3 c) de la directive du 22 mai 2001 précise que la revue de presse doit porter sur des « *articles publiés sur des thèmes d'actualités* ».

50. Portée – Il n'y a aucune raison que l'exception de revue de presse soit réservée à une catégorie de personnes ou destinée exclusivement à un support particulier. L'article L. 122-5 alinéa 3 b) ne fait aucunement de distinction. Aussi, il est normal que l'exception bénéficie à des personnes autres que les journalistes et que l'on puisse y recourir aussi bien au sein des organes de presse écrite¹⁹⁶, que dans les radios, télévisions ou encore sur les réseaux.

B. La diffusion de discours publics

51. Discours concernés – L'article L. 122-5 alinéa 3 c)¹⁹⁷ fait échapper au droit exclusif d'exploitation la diffusion de certains discours publics. Il s'agit des « *discours destinés au public* » et « *prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires, ou académiques, ainsi que les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles* ». La libre diffusion des discours répond à un objectif légitime, celui d'empêcher que le droit d'auteur entrave l'accès à des informations

¹⁹¹ Cass. Crim., 30 janvier 1978, *Dannenmuller et Carrefour*, D. 1979, jurispr. p. 583, note J. Le Calvez ; *RTD com.* 1979, p. 456, obs. A. Françon.

¹⁹² T. com. Paris, 28 janvier 1980, préc.

¹⁹³ CA Paris, 25 mars 1982, préc.

¹⁹⁴ TGI Paris, 10 mars 1993, *Legipresse* 1993, III, p. 33, note E. Dérioux – *Contra* DESBOIS, pp. 318-319, n° 252, affirmant que la revue de presse ne contient aucun développement personnel de celui qui la réalise.

¹⁹⁵ TGI Seine, 17 juin 1964, *RTD com.* 1964, p. 782, obs. H. Desbois.

¹⁹⁶ *Contra* L. Riedinger, « De la licéité des revues de presse d'entreprise », *Gaz. Pal.* 1990, 2, p. 457.

¹⁹⁷ On retrouve cette exception à l'article 5 paragraphe 3 f) de la directive du 22 mai 2001 qui fait échapper au monopole de l'auteur « l'utilisation de discours politiques ainsi que d'extraits de conférences publiques ou d'œuvres ».

indispensables au débat démocratique et à la vie de la cité. Le but est tel que la loi autorise la diffusion « *même intégrale* » de ces discours. On peut s'interroger quant à la conformité de la loi française au droit européen dans la mesure où l'article 5 paragraphe 3 f) de la directive du 22 mai 2001 qu'elle transpose semble autoriser la diffusion intégrale uniquement pour les discours politiques.

L'article L. 122-5 alinéa 3 c) n'autorise que la diffusion faite « *par la voie de presse ou de télédiffusion* » : il n'est donc pas question que les discours soient diffusés aux moyens de livres¹⁹⁸, de phonogrammes¹⁹⁹, ou vidéogrammes, car ces supports, qui s'inscrivent dans la pérennité, n'obéissent pas à la logique de l'actualité commandant l'exception.

52. Critère de l'actualité – La reproduction ou la représentation des discours publics ne peuvent être effectuées qu' à « *titre d'information d'actualité* ». En d'autres termes, un organe de presse ne peut recourir à l'exception que dans la mesure où il informe les lecteurs ou auditeurs des événements qui ont eu lieu récemment. Dès lors que la fenêtre de l'actualité se referme, l'auteur retrouve le plein exercice de son monopole. Par conséquent, ne pourrait être couverte par l'exception la diffusion d'un discours qui n'est pas récent²⁰⁰. Bien évidemment, il convient de prendre en considération le rythme des publications²⁰¹. Ainsi, on accordera un délai plus long à l'organe de presse qui publie une revue semestrielle.

C. L'exploitation des œuvres graphiques, plastiques ou architecturales aux fins d'information immédiate du public

53. L'œuvre dans l'information – On se souvient de l'affaire « Utrillo » opposant une chaîne de télévision aux héritiers d'un peintre²⁰² et dans laquelle la Cour de Cassation jugea que « *le monopole légal de l'auteur sur son œuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées,*

¹⁹⁸ TGI Paris, 28 mai 1986, *D.* 1987, somm. p. 151, obs. C. Colombet – Comp. CA Paris, 25 septembre 1956, *D.* 1956, jurispr. p. 633 (au sujet des plaidoiries et des réquisitions du Ministère public avant la loi du 11 mars 1957), et infirmant, TGI Seine, 13 février 1952, *D.* 1952, jurispr. p. 245.

¹⁹⁹ TGI Paris, 3 avril 1973, *RIDA*, juillet 1973, n° 77, p. 106.

²⁰⁰ TGI Paris, 3 avril 1973, préc. – TGI Paris, 28 mai 1986, préc. – TGI Paris, 25 octobre 1995, *RIDA*, janvier 1996, n° 167, p. 294.

²⁰¹ DESBOIS, p. 320, n° 252^{bis}.

²⁰² Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2003, *France 2 c/Fabris*, *D.* 2004, jurispr. p. 200, note N. Bouche ; *JCP G* 2004, II, 10080, note C. Geiger ; *Legipresse* 2004, III, p. 23, note V. Varet ; *JCP E* 2004, 1898, obs. A. Zollinger ; *CCE*, janvier 2004, comm. 2, p. 25, note C. Caron ; *Propr. industr.*, janvier 2004, comm. 8, p. 26, note P. Kamina.

tant par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même Code ». Et, effectivement, la loi du 1^{er} août 2006 est venue tempérer le droit exclusif en introduisant dans le CPI un article L. 122-5 9° afin de faciliter l'accès du public à l'information²⁰³.

Transposant l'article 5 paragraphe 3 c) de la directive du 22 mai 2001, tout en en modifiant la portée²⁰⁴, la loi française énonce que, sous réserve que son nom soit clairement indiqué, l'auteur ne peut interdire « *la reproduction ou représentation, intégrale ou partielle d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière* ». Il est normal que la reproduction ou la représentation de telles œuvres échappent au monopole de l'auteur dans la mesure où elles sont réalisées dans un but d'information immédiate et où elles ne concurrencent pas l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent de préjudice injustifié aux intérêts de l'auteur. D'ailleurs, l'exception est strictement cantonnée. Elle ne bénéficie qu'aux organes de presse écrite, de radiophonie et de télévision, bien que la mise en ligne soit elle aussi soustraite au droit exclusif dès lors qu'elle est effectuée dans un but exclusif d'information immédiate.

54. Exclusion de certaines œuvres – Dans le but de préserver le « photojournalisme »²⁰⁵, l'exception ne concerne pas les œuvres photographiques ou d'illustration destinées elles-mêmes à rendre compte de l'information²⁰⁶. Néanmoins, on peut se demander si une telle distinction selon le genre des œuvres n'est pas source d'inégalités.

55. Intrusion d'une licence non volontaire – Par ailleurs, l'article L. 122-5 9° précise que « *les reproductions ou représentations qui, notamment par leur nombre ou leur format, ne seraient pas en stricte proportion avec le but exclusif d'information immédiate poursuivi ou qui ne seraient pas en relation directe avec cette dernière donnent lieu à rémunération des auteurs sur la base des accords ou tarifs en vigueur dans les secteurs*

²⁰³ Sur le sujet, C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information – Approche de droit comparé*, Thèse Montpellier I, Litec, 2004.

²⁰⁴ En vertu de l'article 5 paragraphe 3 c), les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions au droit exclusif d'exploitation « lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'œuvres ou 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 ». L'article L. 122-5 9° du CPI reprend la même logique mais en ne l'appliquant qu'aux œuvres graphiques, plastiques ou architecturales. Cela reste conforme au droit européen puisque, dans la perspective d'une harmonisation motivée par un niveau de protection élevé de la propriété intellectuelle, le législateur national peut prévoir des exceptions moins intenses que celles prévues par les directives. En revanche, il n'est pas autorisé à adopter des exceptions de portée plus large.

²⁰⁵ V. l'intervention de M.-C. Blandin au cours de la séance du 4 mai 2006 au Sénat, *JO Sénat CR*, 5 mai 2006, p. 3574.

²⁰⁶ Article L. 122-5 9° alinéa 3 du CPI.

professionnels concernés ». S'il paraît juste que la disproportion de l'exploitation redonne prise au droit exclusif, il est loisible de s'interroger quant à la conséquence d'un tel usage. Prévoir une rémunération des auteurs en cas d'utilisation disproportionnée, c'est introduire le système de la licence légale, alors qu'en principe l'auteur devrait recouvrer son droit d'autoriser²⁰⁷.

Paragraphe III - La liberté d'enseignement et la liberté de recherche

56. Certaines exceptions peuvent être sous-tendues par la liberté d'enseignement ou la liberté de la recherche²⁰⁸. Bien qu'aucune norme constitutionnelle ne consacre expressément la liberté d'enseignement, le Conseil constitutionnel a estimé qu'elle « *constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946 et auxquelles la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle* »²⁰⁹. La liberté de recherche, comme la liberté d'enseignement ne repose sur aucune norme constitutionnelle et le Conseil constitutionnel n'en a pas fait un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Toutefois, la liberté de recherche, dans la mesure où elle peut consister en la recherche d'informations ou d'idées, peut être exprimée, comme le suggèrent MM. Vivant et Bruguière, au travers de la liberté d'expression²¹⁰, plus précisément, la liberté d'information. Il est possible de réunir trois exceptions au droit d'auteur sous le couvert de la liberté d'enseignement et la liberté de recherche : l'exception aux fins d'illustrations dans le cadre de l'enseignement et de la recherche (A), l'exception d'analyse du programme d'ordinateur (B) et l'exception de décompilation du programme d'ordinateur (C).

A. Les illustrations dans le cadre de l'enseignement et de la recherche

57. **Origine** – L'exception aux fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche, aussi appelée « *exception à finalité pédagogique* »²¹¹, prend sa source dans le droit européen. Il faut rappeler que l'article 5 paragraphe 3 a) de la directive du 22 mai 2001, qui est une réplique de l'article 6 paragraphe 2 b) de la directive du 11 mars 1996, énonce que les États membres

²⁰⁷ En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 422, n° 617.

²⁰⁸ En ce sens, C. Geiger, note sous TGI Paris, 30 avril 2004, *Perquin et UFC Que choisir c/Universal Pictures video France et autres*, JCP G 2004, II, 10135.

²⁰⁹ Cons. const., décision du 23 novembre 1977, n° 77-87 DC, « Loi relative à la liberté d'enseignement », JO du 25 novembre 1977, p. 5530.

²¹⁰ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 422, n° 618.

²¹¹ A. Granchet, « Non à l'exception à finalité pédagogique », CCE, octobre 2005, focus 255, p. 4

peuvent prévoir une exception « lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique [...] dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi ». En droit de l'Union européenne, la portée de cette exception n'est pas faible puisqu'elle permet la reproduction ou la représentation intégrales de l'œuvre.

58. Pressions d'entités universitaires – Incontestablement, l'exception pédagogique n'est pas dans la tradition française du droit d'auteur²¹². En dépit de cela, au moment de la transposition de la directive du 22 mai 2001, de fortes pressions²¹³ furent exercées sur le Parlement afin que l'exception pédagogique soit enfin introduite²¹⁴. Parmi les groupes d'intérêts peut-on compter l'Association des directeurs des bibliothèques universitaires, ainsi que la Conférence des présidents d'université qui réclamait la transposition de l'article 5 paragraphe 3 a) au motif que lui pesaient lourdement le droit de reprographie et le droit de prêt. A l'appui de leurs revendications, les partisans de la transposition invoquèrent le Préambule du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur qui reconnaît « la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information ». La directive du 22 mai 2001 n'est pas en reste puisque les groupes de pression favorables à l'exception tirèrent aussi argument de ce que son quatorzième considérant prône la promotion de « la diffusion du savoir et la culture par la protection des œuvres et autres objets protégés, tout en prévoyant des dérogations dans l'intérêt du public à des fins d'éducation et d'enseignement ». Outre les justifications textuelles, l'exception pédagogique était déjà admise dans bien d'autres pays²¹⁵. C'est non sans mal que les entités revendicatrices obtinrent gain de cause. Après de vives controverses entre elles et les ayants droit, notamment les éditeurs, et malgré l'opposition du Gouvernement, l'exception fut consacrée lors du vote du Sénat. Cependant, la Commission mixte paritaire est venue en limiter la portée en choisissant de l'exclure en matière de partitions de musique et d'œuvres réalisées pour une édition numérique²¹⁶.

²¹² A. Granchet, « Enseignement et droit d'auteur », *CCE*, décembre 2005, étude 42, p. 21

²¹³ J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, Thèse Paris II, Dalloz, 2009, p. 117, n° 273 et s.

²¹⁴ L'exception pédagogique aurait pu faire son entrée en matière de bases de données mais l'article 6 paragraphe 2 b) de la directive du 11 mars 1996 ne fut jamais transposé. Toutefois, en matière de dessins et modèles, une ordonnance du 25 juillet 2001 a introduit dans le CPI un article L. 513-6 qui fait échapper au droit exclusif les « actes de reproduction à des fins d'illustration ou d'enseignement, si ces actes mentionnent l'enregistrement et le nom du titulaire de droits, sont conformes à des pratiques commerciales loyales et ne portent pas préjudice à l'exploitation normale du dessin et modèle ».

²¹⁵ C. Geiger, « Les exceptions au droit d'auteur à des fins d'enseignement et de recherche en droit allemand », *PI*, octobre 2002, p. 29.

²¹⁶ V. Compte-rendu intégral de la discussion du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, Assemblée nationale, première séance du 30 juin 2006, *JO* du 1 juillet 2006, p. 4666.

59. Introduction de l'exception en droit interne – Finalement, la loi du 1^{er} août 2006 a introduit l'article L. 122-5 alinéa 3 e) du CPI qui consacre une exception à finalité pédagogique dont l'entrée en vigueur a été différée au 1^{er} janvier 2009. La mise en œuvre de la dérogation est enfermée dans des conditions très strictes qui lui confèrent une portée moins large qu'en droit européen. Le texte de transposition reste cependant conforme à la directive. Ainsi, l'auteur ne peut interdire « *la représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques, des partitions de musique et des œuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette représentation ou reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionné à l'article L. 122-10* ».

60. Cours extraits ? Premièrement, l'auteur ne peut interdire l'utilisation d'extraits d'œuvres. Est-ce à dire que l'exception doit prendre la forme d'une courte citation ? La réponse est négative. Il semble que la loi autorise l'utilisation d'extraits qui ne sont pas courts. En revanche, il n'est pas permis d'exploiter une œuvre dans son intégralité contrairement à l'exception facultative prévue en droit européen.

61. Quelles œuvres ? Deuxièmement, la dérogation est exclue en ce qui concerne certaines œuvres²¹⁷. L'exception pédagogique ne touche pas les œuvres conçues à des fins pédagogiques²¹⁸, les partitions de musique²¹⁹, ainsi que les œuvres réalisées pour une édition numérique. Ces dernières renvoient certainement aux bases de données. Mais le doute persiste à propos des œuvres mises en ligne puisque le considérant 42 de la directive du 22 mai 2001 postule que les « *utilisations à des fins éducatives et de recherche non commerciales* » incluent « *l'enseignement à distance* ». Néanmoins, étendre le domaine de l'exception aux exploitations en ligne serait sans doute

²¹⁷ Alors que l'article 5 paragraphe 3 a) de la directive du 22 mai 2001 ne limite pas l'exception à des types d'œuvres particuliers.

²¹⁸ Admettre l'exception pédagogique en la matière reviendrait à faire concurrence à l'exploitation normale de telles œuvres.

²¹⁹ L'exclusion des partitions de musique du champ d'application de l'exception résulte de l'influence exercée par certains groupes de pression. Sur le sujet, J. Lapousterle, Thèse préc., p. 117, n° 280 – V. aussi, M. Vivant, « Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006 », *D.* 2006, p. 2163 – Également, C. Alleaume, « Les exceptions de pédagogie et de recherche », *CCE*, novembre 2006, étude 25, p. 15 – V. A. Lebois, « Les exceptions à des fins de recherche et d'enseignement, la consécration ? », *RLDI*, mars 2007, supplément au n° 25, p. 18 – G. Geiger, « Les exceptions au droit d'auteur à des fins d'enseignement et de recherche en droit allemand », *PI*, octobre 2002, p. 29.

contraire à la *ratio legis* dans la mesure où une telle extension représente une menace considérable pour les éditeurs. Partant, il semblerait que l'expression « *œuvres réalisées pour une édition numérique* » recouvrirait les œuvres destinées à être diffusées en ligne²²⁰.

62. Bénéficiaires de l'exception ? Troisièmement, dans le souci de limiter encore plus le champ de l'exception, l'extrait d'œuvres utilisés ne peut bénéficier qu'à un public constitué « *majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs* ». C'est donc la finalité scolaire ou académique de l'illustration qui doit être recherchée. En ce sens, l'exception ne peut pas jouer dès lors que l'extrait de l'œuvre est utilisé à des fins ludiques ou encore à des fins lucratives. La rigidité du critère de la finalité scolaire ou académique est renforcée puisque l'on va jusqu'à exclure tout caractère ludique de l'illustration. Or, comme le relève un auteur²²¹, il n'est pas impossible d'enseigner de manière divertissante.

63. Licence non volontaire – L'exception à finalité pédagogique est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice des redevances versées au titre du droit de reprographie, au grand dam de la Conférence des présidents des universités²²². Elle prend ainsi les traits d'une licence légale qui favorise la diffusion du savoir et que l'on peut rattacher à la liberté d'enseignement et de recherche²²³.

B. L'analyse du logiciel

64. Recherche des idées – En vertu de l'article L. 122-6-1 III du CPI, « *la personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut sans l'autorisation de l'auteur observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel qu'elle est en droit d'effectuer* ». Il s'agit là de la transposition de l'article 5 paragraphe 3 de la directive du 14

²²⁰ Comp. A. LUCAS et *alii*, p. 401, n° 438 – Aussi, *Gowers review of Intellectual property* (Rapport Gowers), 2006, recommandant d'étendre l'exception aux utilisations effectuées en ligne dès lors qu'elles poursuivent des fins éducatives et de recherche non commerciales (points 4.17 et 4.19). Ce rapport est disponible à l'adresse internet suivante : http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hmctreasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf (page consultée le 13 octobre 2012).

²²¹ A. Bensamoun, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, avril 2010, n° 224, p. 35.

²²² En effet, la Conférence des Présidents d'Université (CPU) avait émis le souhait que l'exception pédagogique ne donne pas lieu à une compensation financière dans la mesure où les universités sont déjà tributaires d'une rémunération au titre du droit de reprographie et où les bibliothèques pâtissent lourdement du paiement des droits de prêt, ce qui diminue leur capacité de faire des acquisitions.

²²³ En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 422, n° 618.

mai 1991²²⁴. L'exception d'analyse permet à l'utilisateur de dégager les idées et les principes qui sont à la genèse du programme. Seulement, cette faculté est limitée car elle n'autorise pas à « retranscrire le code-objet du programme en un code évolué permettant d'en faire une lecture exhaustive »²²⁵. Autrement dit, une telle analyse ne rend pas possible la traduction de la forme du code du programme.

65. Une recherche impliquant une reproduction – La disposition peut paraître surprenante²²⁶ car il est notoire que les idées sont de libre parcours. Il est acquis qu'elles ne sauraient faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur. Il n'est donc pas aisé de comprendre le motif pour lequel il a fallu formuler une exception afin d'exempter des actes qui finalement ne relèvent pas du monopole de l'auteur. En cela, l'exception d'analyse du programme mérite aussi d'être classée parmi les « fausses exceptions ».

Il est vrai que l'analyse implique nécessairement une reproduction du logiciel²²⁷. En effet, l'acquéreur légitime ne peut procéder à l'étude du programme qu'en effectuant une « opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel ». Cependant, il ne s'agit pas d'un véritable acte d'exploitation. Il ne contribue pas vraiment à tirer une utilité économique autre qu'un usage banal du logiciel. Il n'est question que de rechercher les idées qui anime celui-ci. On est donc forcé une fois de plus de s'interroger quant à la méthode qui consiste à travestir une utilisation que l'on pourrait qualifier de « normale » en une exception au droit d'auteur. En outre, il est permis de se demander si la reproduction suscitée par l'analyse n'était pas susceptible d'être couverte par l'exception de reproduction nécessaire à l'utilisation du programme édictée par l'article 5 paragraphe 1 de la directive du 14 mai 1991.

²²⁴ L'article 5 paragraphe 3 de la directive du 14 mai 1991 énonce que « la personne habilitée à utiliser une copie d'un programme d'ordinateur peut, sans l'autorisation du titulaire du droit, observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce programme afin de déterminer les idées et les principes qui sont à la base de n'importe quel élément du programme, lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du programme d'ordinateur qu'elle est en droit d'effectuer ». Avant la consolidation apportée par la directive du 23 avril 2009, il était question de « passage » et non d'« exécution ».

²²⁵ J. Huet, « L'Europe des logiciels : les droits des utilisateurs (directive communautaire du 14 mai 1991) », *D.* 1992, chron. p. 318, n° 5.

²²⁶ A. LUCAS et *alii*, p. 383, n° 414, selon lesquels « la disposition ne laisse pas de surprendre. Où a-t-on vu que le monopole de l'auteur pouvait lui permettre d'interdire, en tant que tel, l'accès intellectuel à son œuvre ? » – Dans le même sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 425, n° 621.

²²⁷ J. Huet, *op. cit.*, p. 318, n° 5 : « Que des raisons techniques, dues à la nécessité de faire du logiciel une copie en machine pour être à même de l'utiliser et de l'analyser, aient invité à traiter la question sous l'angle d'une dérogation au monopole de l'auteur sur la reproduction de son œuvre, peu importe en fin de compte : l'art. 5-3° en tire la conséquence en autorisant la reproduction à des fins d'analyse ».

66. Mise en œuvre par la personne ayant le droit d'utiliser le logiciel – Il ressort de l'article 5 de la directive du 14 mai 1991 que l'analyse du programme, comme les reproductions ou les modifications nécessaires à l'utilisation, la copie de sauvegarde et la décompilation ne peuvent être mises en œuvre que par « l'acquéreur légitime du programme » considéré comme « la personne ayant le droit d'utiliser » ledit programme et « habilitée à utiliser une copie » de ce dernier. Bien que la directive n'apporte pas de précisions supplémentaires, il faut entendre par « acquéreur légitime », toute personne qui par la voie d'un contrat avec le fournisseur a obtenu le droit d'utiliser le logiciel à l'exclusion de celle qui détient le programme de manière illicite²²⁸. On observera qu'à l'occasion de la transposition de la directive, l'article L. 122-6-1 du CPI introduit par la loi du 10 mai 1994²²⁹, a repris l'expression « personne ayant le droit d'utiliser », ce qui tend à enfermer l'application de l'exception dans des conditions étroites²³⁰. D'ailleurs, l'article L. 122-6-1 V fait un rappel du test des trois étapes en énonçant que les exceptions au droit exclusif sur les programmes d'ordinateur ne doivent pas porter atteinte à l'exploitation normale du logiciel ni causer de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Or, la directive du 14 mai 1991 n'impose pareille exigence qu'en matière de décompilation.

67. Exception impérative – En tout état de cause, l'exception d'analyse est une exception à laquelle on ne peut déroger puisque, conformément à l'article 9 de la directive du 14 mai 1991 postulant que toute disposition contraire à l'exception prévue à l'article 5 paragraphe 3 est nulle et non avenue, l'article L. 122-6-1 V alinéa 2 vient rappeler sa valeur impérative.

²²⁸ En ce sens, J. Huet, *op. cit.*, p. 316, n° 3 : « Le terme “acquéreur” doit être ici pris dans une acception large : il vise toute personne ayant passé un contrat avec le fournisseur pour obtenir le droit d'utiliser le logiciel, et peu importe qu'il s'agisse d'une vente, d'une location ou d'un louage d'ouvrage. En outre, à l'acquéreur doivent être assimilés tous ceux qui tiennent de lui leur droit, et tout particulièrement les sous-acquéreurs. Quant au qualificatif de “légitime”, il tend à éliminer celui qui ne s'est pas procuré le logiciel de manière avouable ».

²²⁹ Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en œuvre de la directive du 14 mai 1991 sur les logiciels, *JO* du 11 mai 1994, n° 109, p. 6863.

²³⁰ En témoigne la jurisprudence rendue en matière de copie de sauvegarde : CA Paris, 16 février 1994, *Simli c/Sondatic*, *JCP E* 1995, I, 461, n° 4, obs. C. Le Stanc et M. Vivant, retenant que constitue une contrefaçon les reproductions de logiciels pour effectuer des tests, ces copies ne pouvant être qualifiées de copies de sauvegarde à défaut de licence d'utilisation – Assimilant la possession d'une copie de sauvegarde sans licence à un acte de contrefaçon, CA Paris, 13 septembre 2002, *Organisation Bureautique Informatique c/Drilco France*, *Juris-Data* n° 199730 – Cass. Com., 22 mai 1991, *Artware, PC Mart c/La Commande Electronique et les autres*, *JCP E*, 1992, I, 141, n° 6, obs. A. Lucas et M. Vivant ; *Expertises*, juin-juillet 1991, p. 233, note X. Linant de Bellefonds. L'arrêt souligne que l'utilisateur légitime n'a pas le droit de faire une copie de sauvegarde dès lors que le vendeur lui en a fourni une, fût-elle unique.

C. La décompilation du logiciel

68. Avant d'en préciser les conditions (2), la notion de décompilation mérite d'être expliquée (1).

1. La notion de décompilation

69. **Normalisation des programmes d'ordinateur** – L'un des principaux buts de la directive du 14 mai 1991 est de « *promouvoir la normalisation internationale* »²³¹, et partant, de favoriser, par le truchement d'interfaces, l'interconnexion et l'interaction d'un programme avec d'autres programmes. Une telle normalisation n'est pas possible sans l'exception de décompilation car il est nécessaire de rendre accessibles certaines informations pour garantir la compatibilité des logiciels. La décompilation – ou *reverse engineering* en anglais²³² – peut être définie comme « *la réécriture, à partir du code-objet, d'un pseudo code source du programme, c'est-à-dire d'une version en langage évolué, compréhensible par l'homme, telle qu'elle aurait pu être écrite par l'auteur lui-même pour produire le code machine, celui-là seul dont l'utilisateur disposait* »²³³. Elle est autorisée uniquement dans la mesure où elle permet d'assurer l'interopérabilité des logiciels. C'est en tout cas ce qu'il ressort de l'article 6 de la directive du 14 mai 1991, lequel énonce que l'« *autorisation du titulaire de droits n'est pas requise lorsque la reproduction du code ou la traduction de la forme de ce code [...] est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un programme d'ordinateur créé de façon indépendante avec d'autres programmes* ». La directive n'est pas restée silencieuse à propos de la définition de l'interopérabilité. En effet, le onzième considérant de l'instrument européen précise que l'interopérabilité est la « *capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées* ».

Dans la mesure où elle est ancrée dans une logique concurrentielle, certains fabricants de logiciels²³⁴ ont vu d'un mauvais œil l'exception de décompilation qui, d'un certain point de vue, est apparue comme une « *aubaine pour les cloneurs* »²³⁵ de programmes. Toutefois, les inquiétudes ont

²³¹ Considérant 9 de la directive du 22 mai 2001.

²³² Que l'on traduit par ingénierie inverse.

²³³ J. Huet, *op. cit.*, p. 318, n° 6.

²³⁴ C'est le cas de la société IBM qui avait acquis une position dominante sur le marché des logiciels et ne faisait pas bon accueil à l'exception de décompilation, laquelle allait devenir un outil entre les mains des fabricants concurrents. Sur cette question, J. Beer-Gabel et Régis Chemain, « La décompilation des logiciels : l'industrie européenne face au droit d'auteur », *RTD eur.* 1991, p. 368.

²³⁵ X. Linant de Bellefonds, « Le droit de décompilation : une aubaine pour les cloneurs ? », *JCP G* 1998, I, 118, p. 479.

pu être dissipées rapidement du fait des conditions relativement strictes de mise en œuvre de l'exception.

2. Les conditions strictes de la décompilation

70. Dans la mesure où l'illicéité du *reverse engineering* demeure le principe²³⁶, la mise en œuvre de l'exception de décompilation est strictement encadrée²³⁷. Pour s'en rendre compte, il suffit de s'en remettre à la lettre de l'article L. 122-6-1 IV du CPI transposant fidèlement l'article 6 de l'instrument européen.

D'une part, en ce qui concerne l'objet de l'opération de décompilation, la disposition interne énonce que la personne ayant le droit d'utiliser le programme doit limiter son intervention aux parties du programme d'origine nécessaires à l'interopérabilité. L'expertise de Linant de Bellefonds permet quelques éclaircissements en la matière puisqu'il indique que ces parties correspondent uniquement aux « *interfaces frontales* », c'est-à-dire aux « *connecteur matériel ou primitives logicielles* »²³⁸.

D'autre part, en ce qui concerne le résultat de l'opération, les informations obtenues ne doivent pas être utilisées à des fins autres que la réalisation de l'interopérabilité ou être communiquées à des tiers si cela n'est pas nécessaire à l'interopérabilité du programme d'ordinateur créé de façon indépendante. Ces informations ne doivent pas encore être utilisées pour l'élaboration ou la commercialisation d'un programme d'ordinateur dont l'expression est substantiellement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur.

²³⁶ En ce sens, M. Vivant (dir.), *Lamy Droit du numérique*, Wolters Kluwer France, 2012, p. 202, n° 200.

²³⁷ X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 480 – C. CARON, p. 327, n° 392 – Comp. J. Huet, *op. cit.*, p. 319, n° 6 et 7, selon lequel la définition de l'interopérabilité issue de la directive permettrait d'interpréter largement la décompilation. Quant à l'aspect restrictif des conditions de mise en œuvre de l'exception, il ne serait qu'apparent.

²³⁸ X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 481, n° 8 : « A l'évidence ni le droit français, ni les textes communautaires n'ont visé les interfaces présentes à l'intérieur des systèmes propriétaires fermés, c'est-à-dire ceux constitués d'éléments suffisamment solidaires pour que chacun d'eux soit inopérant à lui seul. Seules sont accessibles les interfaces situées à la périphérie de tels systèmes et qui présentent au public un frontal exploitable : connecteur matériel ou primitives logicielles. Toute autre lecture ferait implorer tout le droit de la propriété industrielle en permettant notamment à n'importe quel fabricant de "consommables" de contourner les exclusivités entraînées par les brevets et partant malmèneraient la propriété intellectuelle dans son ensemble ».

Enfin, il est important de souligner que, comme le prescrit l'article 9 paragraphe 1 de la directive du 14 mai 1991, le deuxième alinéa de l'article L. 122-6-1 V du CPI fait de la décompilation une exception impérative, comme pour la copie de sauvegarde et l'analyse.

Conclusion de la Section I

71. Les exceptions qui viennent d'être présentées permettent de concilier l'exercice de libertés avec le droit exclusif de l'auteur. Ces libertés sont essentielles et participent de toute société démocratique. Nul ne contestera que la liberté d'expression, la liberté d'information, la liberté d'enseignement, la liberté de recherche, la liberté d'entreprendre et accessoirement la libre concurrence, sont des valeurs fondamentales dans les pays de tradition philosophique libérale. Néanmoins, il ne faudrait pas s'y méprendre. Il ne s'agit pas seulement d'opposer de manière simpliste le droit de l'auteur aux libertés des utilisateurs mais justement de montrer que le droit d'auteur prend en considération leurs intérêts les plus fondamentaux. A cet égard, le législateur joue un rôle majeur puisque c'est à lui qu'incombe la tâche de pondérer en amont les intérêts en cause. Cet ajustement, facteur d'équilibre, implique nécessairement la compréhension des libertés par le droit d'auteur.

Section II – Les exceptions suscitées par des besoins sectoriels

72. Certaines exceptions au droit d’auteur ont pour objectif premier de satisfaire les intérêts d’un secteur spécifique ou d’une catégorie de personnes. Lorsqu’elles ne résultent pas d’une politique publique ciblée, elles sont bien souvent le fruit de revendications corporatistes. C’est la raison pour laquelle leur légitimité est parfois remise en cause. Deux secteurs sont particulièrement visés : le secteur de la culture (Paragraphe I) et le secteur de la justice (Paragraphe II).

Paragraphe I - Les exceptions suscitées par les besoins du secteur de la culture

73. Parmi les exceptions suscitées par les besoins culturels, on distingue celles couvrant les actes de reproduction aux fins de conservation et de consultation par des établissements autorisés (A) et celles couvrant les utilisations au bénéfice des personnes handicapées (B).

A. Les reproductions aux fins de conservation et de consultation

74. Les reproductions aux fins de conservation et de consultation peuvent être librement effectuées par les bibliothèques²³⁹, musées et services d’archives (1), ainsi que par les organismes de dépôt légal (2).

1. Par les bibliothèques, les musées et services d’archives

75. **Transposition de l’article 5 paragraphe 2 c) de la directive du 22 mai 2001** – La loi du 1^{er} août 2006 a introduit dans l’article L. 122-5 du CPI un huitième alinéa en vertu duquel l’auteur ne peut interdire « *la reproduction d’une œuvre, effectuée à des fins de conservation ou destinée à préserver les conditions de sa consultation sur place par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d’archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial* ». Cette disposition transpose l’article 5 paragraphe 2 lettre c) de la directive du 22 mai 2001 qui prévoit une exception facultative couvrant les « *actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques*

²³⁹ V. Y. Alix, « Les exceptions bénéficiant aux bibliothèques, la révolution ? », *RLDI*, mars 2007, supplément au n° 25, p. 25.

accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect ». On observera que la notion d'« *actes de reproduction spécifiques* » n'a pas été reprise au motif qu'elle n'a pas de signification précise en droit français²⁴⁰. Lui fut substituée la formule plus explicite de reproduction « *effectuée à des fins de conservation ou destinée à préserver les conditions de sa consultation sur place* ». On notera également que la portée de l'exception est plus restreinte en droit interne car l'alinéa 8 de l'article L. 122-5 ne mentionne pas les établissements d'enseignement. Cela s'explique par la création d'une exception spécifique en la matière.

L'alinéa 8 de l'article L. 122-5 rappelle l'évidence en énonçant que les établissements ne doivent pas rechercher un avantage économique ou commercial. La reproduction ne doit être destinée à nulle autre fin que la conservation ou la consultation, de sorte que toute copie réalisée en vue du prêt est interdite. Dans le même esprit, l'exception ne saurait couvrir des actes de consultation à distance ou de mise à disposition en ligne des oeuvres. Par ailleurs, l'exception ne vise pas davantage les projets d'envergure de numérisation des fonds des bibliothèques²⁴¹.

76. Justification – Il n'est pas besoin de chercher bien loin pour comprendre que l'exception en faveur des bibliothèques, musées et archives, permet de prévenir d'éventuelles détériorations des exemplaires originaux d'oeuvres. Dans des lieux tels que les bibliothèques, musées ou archives, où une œuvre peut faire l'objet de nombreuses consultations, il est préférable d'en réaliser des copies afin de préserver intact l'exemplaire d'origine. Au-delà de ces considérations, si l'exception permet de remplir un objectif de bonne conservation, elle contribue aussi à une meilleure diffusion des œuvres de l'esprit²⁴² et favorise ainsi l'accès à la culture. Dans le même esprit, une exception bénéficie aux organismes de dépôt légal.

2. Par les organismes de dépôt légal

77. Obligation de dépôt légal en cas de mise à disposition du public – En vertu de l'article L. 111-1 du CPI, l'œuvre de l'esprit est protégée dès lors qu'elle est créée. Il n'est donc nul besoin d'accomplir une quelconque formalité telle que le dépôt pour jouir du droit d'auteur. Cependant, l'article L. 131-2 du Code du patrimoine impose que « *les documents imprimés, graphiques,*

²⁴⁰ Rapport THIOILLIÈRE, p. 117.

²⁴¹ S. Carrié, « Les bibliothèques à l'heure du numérique », *CCE*, juin 2006, étude 15, p. 13.

²⁴² Sur la question des archives, M. Cornu, « L'accès aux archives et le droit d'auteur », *RIDA*, janvier 2003, n° 195, p. 3.

photographiques, sonores, audiovisuels, multimédias, quel que soit leur procédé technique de production, d'édition ou de diffusion » fassent l'objet d'un dépôt légal dès lors qu'ils sont mis à disposition du public. Il en est de même pour les logiciels et bases de données diffusés au moyen d'un support matériel quel qu'il soit, ainsi que des signes, images, sons, et messages faisant l'objet d'une communication au public par voie électronique²⁴³. Le non-respect de cette formalité n'est évidemment pas sanctionné par la déchéance du droit d'auteur. Mais les producteurs et éditeurs non diligents encourent tout de même le paiement d'une amende de 75000 euros²⁴⁴.

78. Organismes de dépôt légal – Les organismes responsables du dépôt légal sont la Bibliothèque nationale de France, le Centre national de la Cinématographie, l'Institut national de l'audiovisuel et le service chargé du dépôt légal du Ministère de l'intérieur²⁴⁵. La loi du 20 juin 1992 relative au dépôt légal²⁴⁶ ne précisait pas les conditions dans lesquelles les organismes officiels pouvaient réaliser des reproductions dans le cadre de la conservation des exemplaires déposés. C'est chose faite depuis la loi du 1^{er} août 2006, laquelle a introduit dans le Code du patrimoine²⁴⁷ un article L. 132-4 en vertu duquel l'auteur ne peut interdire aux organismes dépositaires « *la reproduction d'une œuvre, sur tout support et par tout procédé, lorsque cette reproduction est nécessaire à la collecte, à la conservation et à la consultation sur place* »²⁴⁸. L'exception profite encore aux chercheurs accrédités qui consultent une œuvre en utilisant sur place des postes individuels dont l'usage leur est exclusivement réservé²⁴⁹.

79. Triple test ? – L'on pourrait croire que l'exception n'est pas soumise au triple test puisqu'elle ne figure pas au sein de l'article L. 122-5 du CPI. Néanmoins, cela ne serait certainement pas compatible avec le droit de l'Union européenne car, suivant son article 5 paragraphe 5, le triple test est « applicable »²⁵⁰ à toutes les exceptions que la directive du 22 mai 2001 énumère limitativement.

²⁴³ Alinéas 2 et 3 de l'article L. 131-2 du Code du patrimoine.

²⁴⁴ Article 133-1 du Code du patrimoine.

²⁴⁵ Article 132-3 du Code du patrimoine.

²⁴⁶ Loi n° 92-546 du 20 juin 1992 relative au dépôt légal, *JO* n° 144 du 23 juin 1992 p. 8167.

²⁴⁷ L'exception en faveur des organismes de dépôt légal aurait mérité sa place dans le Code de la propriété intellectuelle. Si son insertion dans le Code du patrimoine n'est pas totalement injustifiée eu égard à la matière qu'elle concerne, on regrette tout de même que le législateur n'ait pas eu le souci de la lisibilité – En ce sens, C. CARON, p. 321, n° 380 – Également, A. LUCAS et *alii*, p. 411, n° 453 – V. aussi, A. Bensamoun, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, avril 2010, n° 224, p. 55, n° 22, selon laquelle la dissémination de dispositions relatives au droit d'auteur aussi bien dans le CPI que dans d'autres corpus préjudicé à la lisibilité de la matière.

²⁴⁸ Alinéa 2 de l'article L. 132-4 du Code du patrimoine.

²⁴⁹ Alinéa 1 de l'article L. 132-4 du Code du patrimoine.

²⁵⁰ Sur l'obligation de transposer le triple test et l'application de celui-ci par le juge : *infra* n° 177.

80. Justification – En effet, comme l'exception en faveur des bibliothèques, musées et archives, l'exception en faveur des organismes de dépôt légal trouve sa source dans l'article 5 paragraphe 2 lettre c) de la directive du 22 mai 2001. Elle tend donc au même objectif de conservation et de meilleure diffusion des œuvres de l'esprit²⁵¹ mais par des organismes officiellement désignés.

B. Les utilisations au bénéfice des personnes handicapées

81. Transposition de l'article 5 paragraphe 3 b) de la directive du 22 mai 2001 – Introduit par la loi du 1^{er} août 2006, l'article L. 122-5 7° du CPI transpose l'article 5 paragraphe 3 b) de la directive du 22 mai 2001 en vertu duquel « *les 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* » échappent au monopole de l'auteur. La disposition française est bien plus copieuse et prévoit que l'auteur ne peut interdire « *la reproduction et la représentation par des personnes morales et par les établissements ouverts au public, tels que bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédia, en vue d'une consultation strictement personnelle de l'oeuvre par des personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, dont le niveau d'incapacité est égal ou supérieur à un taux fixé par décret en Conseil d'État, et reconnues par la commission départementale de l'éducation spécialisée, la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel ou la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles, ou reconnues par cette représentation sont assurées, à des fins non lucratives et dans la mesure requise par le handicap, par les personnes morales et les établissements mentionnés au présent alinéa, dont la liste est arrêtée par l'autorité administrative* ».

82. Conditions – Le texte est complexe par l'ensemble des conditions dans lesquelles il enferme l'exception. D'abord, on observera que les bénéficiaires directs de l'exception ne sont pas les personnes elles-mêmes atteintes d'un handicap, mais les personnes morales et établissements ouverts au public qui mettent les œuvres à disposition des personnes handicapées. Cela permet bien évidemment de réserver l'exception à des entités sur lesquelles il est plus aisé d'effectuer un contrôle²⁵². En témoigne l'alinéa 2 de l'article L. 122-5 7° suivant lequel les groupements visés « *doivent apporter la preuve de leur activité professionnelle effective de conception, de réalisation et de communication* ».

²⁵¹ C. CARON, p. 321, n° 380 - Également, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 428, n° 624.

²⁵² *Infra* n° 476.

de supports au bénéfice des personnes physiques (...) par référence à leur objet social, à l'importance de leurs membres ou usagers, aux moyens matériels et humains dont ils disposent et aux services qu'ils rendent ».

Les reproductions ou représentations doivent être effectuées dans un but non commercial par les personnes morales elles-mêmes et non par les personnes handicapées. En revanche, il n'est pas exclu que la consultation personnelle de l'œuvre ait lieu en dehors de l'établissement de la personne morale.

Toutes les personnes affectées par un handicap ne sont pas éligibles au bénéfice de l'exception. Encore faut-il qu'un certain niveau de handicap soit atteint pour que le jeu de la dérogation soit déclenché. C'est là une discrimination qui ne semble pas opportune car elle signifie que les personnes lourdement atteintes « mériteraient » plus que les autres de jouir des œuvres, ce qui ne va pas de soi.

83. Intérêt de l'exception – Malgré le fait que les conditions de mise en œuvre soient complexes, l'exception au bénéfice des personnes handicapées présente un grand intérêt car elle soustrait au monopole les actes de reproduction ou de représentation indispensables pour rendre l'œuvre perceptible par la personne handicapée. Ainsi, une œuvre écrite peut être librement traduite en braille ou reproduite en vue d'être audible par une personne frappée de cécité. Les possibilités sont nombreuses.

84. Complaisance, intérêt catégoriel, politique culturelle ? – De manière générale, si le geste est noble d'accorder une dérogation aux personnes handicapées afin qu'elles accèdent plus facilement aux œuvres, il n'en reste pas moins que, pour certains, cela semblera participer d'une complaisance mal placée de la part des pouvoirs publics. Le législateur crée une exception non plus car il estime qu'elle incarne un intérêt ou une valeur devant supplanter le droit d'auteur mais simplement dans le but de satisfaire des besoins exprimés par telle ou telle catégorie de personnes. C'est le cas des commissaires-priseurs²⁵³ et on pourrait le penser des personnes handicapées. D'un côté, l'exception édictée en faveur de celles-ci s'inscrit sans aucun doute dans le cadre d'une politique culturelle tendant à la diffusion du savoir et des arts. De l'autre côté, il est permis de se demander si, dans certains cas, il ne vaudrait pas mieux instaurer une licence non volontaire plutôt qu'une exception.

²⁵³ *Infra* n° 83.

85. Remboursement de la rémunération pour copie privée – L'article L. 122-5 alinéa 7 du CPI complète l'article 311-8 alinéa 3 qui autorise que soient remboursés de leur rémunération pour copie privée les personnes morales ou organismes utilisant des supports d'enregistrement à des fins d'aide aux handicapés visuels ou auditifs – ce qui exclut les handicapés moteurs ou mentaux. Toutefois, l'article L. 122-5 alinéa 7 ne prévoit aucune redevance au profit de l'auteur.

86. Demande des fichiers d'édition – Enfin, les personnes morales et établissements visés peuvent demander, dans les deux ans suivant le dépôt légal des oeuvres imprimées, les fichiers numériques ayant servi à l'édition de ces oeuvres. Elles échappent ainsi au labeur que représente la numérisation des œuvres véhiculées par des supports traditionnels. Les fichiers sont déposés au Centre national du livre qui les met à disposition dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi du 21 janvier 2004²⁵⁴ pour la confiance dans l'économie numérique. L'article L. 331-34 du CPI rend compétente l'HADOPI en cas de différend portant sur la transmission des textes imprimés sous la forme d'un fichier numérique.

Paragraphe II - Les exceptions suscitées par les besoins du secteur de la justice

87. Comme le secteur de la culture, le secteur de la justice peut nécessiter que le législateur édicte des exceptions au droit d'auteur. Mais s'il est incontestable que le droit d'auteur ne doit pas faire échec à certains actes accomplis dans le cadre d'une procédure ou à des fins de sécurité publique (B), il est permis de s'interroger quant à la légitimité de l'exception bénéficiant aux commissaires-priseurs dans le cadre des ventes judiciaires (A).

A. La vente judiciaire

88. Pression des commissaires-priseurs – Au sujet des reproductions d'œuvres graphiques ou plastiques dans les catalogues de ventes des commissaires-priseurs, la Cour de cassation a eu l'occasion de juger que la reproduction intégrale de tableaux en format réduit ne pouvait s'analyser en une courte citation²⁵⁵. Bridés par cette jurisprudence, les commissaires-priseurs

²⁵⁴ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 sur le commerce électronique, JO du 22 juin 2004, p. 11168.

²⁵⁵ Cass. Ass. Plén., 5 novembre 1993, *Fabris c/Loudmer*, affaire dite « Utrillo », D. 1994, jurispr. p. 481, note T. Foyard ; JCP G 1994, II, 22201, note A. Françon – Cass. 1^{re} civ, 22 janvier 1991, deux affaires, *Fabris c/loudmer* et *Sotheby's France et autre c/Fabris et autres*, JCP G, 1991, II, 21680, obs. L. Bochurberg ; RIDA, avril

surent jouer de leur influence pour que la loi du 27 mars 1997²⁵⁶ – laquelle devait transposer la directive du 29 octobre 1993 relative à la durée des droits²⁵⁷ – insère dans l'article L. 122-5 3° du CPI un alinéa permettant de mettre fin à une situation qui leur était défavorable. C'est ainsi que fut introduit un alinéa d) en vertu duquel l'auteur ne pouvait interdire « *les reproductions, intégrales ou partielles d'œuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue d'une vente aux enchères publiques effectuée en France par un officier public ou ministériel pour les exemplaires mis à la disposition du public avant la vente* ».

89. Définition du catalogue de vente – Par la suite, un décret du 23 décembre 1997 est venu insérer dans le CPI un article R. 122-12 suivant lequel le catalogue de vente s'entend « *des exemplaires d'une liste illustrée ou non, diffusée avant une vente aux enchères publiques, décrivant, en vue d'informer les acheteurs potentiels, les œuvres qui seront dispersées au cours de la vente, ainsi que les conditions de celle-ci, et mis gratuitement ou à prix coûtant à la disposition de toute personne qui en fait la demande à l'officier public ou ministériel procédant à la vente* ». Ne sont donc pas couvertes par l'exception les publications sur les ventes qui se sont déjà déroulées, ni les magazines ou journaux ne répondant pas à la qualification de catalogue de vente.

90. De la vente aux enchères publiques à la vente judiciaire – Depuis une loi du 10 juillet 2000²⁵⁸, le texte a quelque peu changé – cette modification réduisant le domaine d'application de l'exception²⁵⁹. Il n'y est plus question de « *vente aux enchères publiques* », mais de « *vente judiciaire effectuée en France pour les exemplaires mis à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les œuvres d'art mises en vente* ». Cela réduit considérablement le domaine de l'exception puisque les ventes judiciaires sont beaucoup moins fréquentes que les ventes publiques.

On observera que l'article 5 paragraphe 3 lettre j) de la directive du 22 mai 2001 donnait aux États membres la faculté d'adopter une exception « *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*

1991, n° 148, p. 119, obs. A. Kéréver – Comp. renvoi à CA Versailles, 20 novembre 1991, *Fabris c/Loudmer*, D. 1992, p. 402, note B. Edelman, qui admet que la reproduction à format réduit de tableaux dans le catalogue d'un commissaire-priseur peut être assimilée à une citation.

²⁵⁶ Loi n° 97-283 du 27 mars 1997 portant transposition dans le Code de la propriété intellectuelle des directives du Conseil n° 93/83 du 27 septembre 1993 et n° 93/98 du 29 octobre 1993, JO du 28 mars 1997, p. 4831.

²⁵⁷ Directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, JO du 24 novembre 1993, p. 9.

²⁵⁸ Loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, JO du 11 juillet 2000, p. 10474.

²⁵⁹ V. CA Paris, 20 octobre 2004, *SCP Tajan c/Moulinsart et Fanny R.*, PI, janvier 2005, p. 59, obs. A. Lucas.

l'événement en question, à l'exclusion de toute autre utilisation commerciale ». Il s'agit d'une formulation qui confère à l'exception une portée bien plus large. Cependant, le législateur français n'a pas entendu lui donner une telle étendue.

L'exception en faveur des commissaires-priseurs dans le cadre des ventes judiciaires, assurément « catégorielle »²⁶⁰, n'a pas été supprimée contrairement à ce que l'on a pu lire ici ou là²⁶¹. Elle figure toujours dans la liste de l'article L. 122-5 au numéro 3 alinéa d). Simplement, certains auteurs ont pu être trompés par la rédaction hasardeuse de la loi du 1^{er} août 2006, laquelle énonce dans son article 1^{er} que « *le dernier alinéa du 3^o est supprimé* ». Or, l'alinéa en question est celui qui énonçait, sous l'empire de la loi ancienne, qu'« *un décret en Conseil d'État fixe les caractéristiques des documents et les conditions de leur distribution* ».

91. Critiques – Comme l'exception en faveur des personnes handicapées, l'exception en faveur des commissaires-priseurs participent d'un mouvement de sectorisation des dérogations au droit d'auteur. Il est de plus en plus question de servir les intérêts de groupes de personnes voire de corporations. Mais alors que l'exception en faveur des personnes frappées d'un handicap paraît altruiste, il semble bien que celle bénéficiant aux commissaires-priseurs « *ne vise qu'à alléger les charges d'un acteur économique dans le cadre d'une opération commerciale destinée à l'enrichir* »²⁶². Un tel objectif ne fait pas bon ménage avec « *les finalités classiques des exceptions qui servent à sauvegarder la vie privée des utilisateurs, à promouvoir l'accès à la connaissance ou à réagir face à une impossibilité matérielle d'appliquer la règle de droit* »²⁶³.

B. Les actes nécessaires à une procédure ou entrepris à des fins de sécurité publique

92. Prévalence des procédures et de la sécurité publique – Le droit d'auteur ne peut être employé comme un moyen de faire entrave à la justice. Notamment, il ne saurait permettre à quiconque de refuser de livrer une information capitale au cours d'une procédure. Pourtant, il est arrivé que la Cour de Cassation donne gain de cause à un justiciable qui, au nom de son droit de

²⁶⁰ C. CARON, p. 324, n° 386 – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 406, n° 599 – C. Alleaume, *Propriété intellectuelle*, Monchrestien, p. 179, n° 331 et s.

²⁶¹ Notamment, C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 1^{re} éd., 2006, p. 301, n° 382 – Aussi, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 406, n° 599.

²⁶² C. Caron, note sous TGI Paris, 21 mars 2003, *Moulinart et Madame Vlamincq c/SCP Tajan, CCE*, mai 2003, comm. 45, p. 25, n° 2.

²⁶³ C. Caron, note préc., pp. 24-25, n° 2 – Dans le même sens, P.-Y. GAUTIER, p. 367, n° 360 : « le vendeur et ses mandataires organisent une opération lucrative : ce qui est antinomique de l'esprit de l'article L. 122-5 3° ».

divulgarion, ne souhaitait pas produire une pièce²⁶⁴. Afin de briser cette jurisprudence, le législateur s'est emparé de la question.

A l'occasion de la transposition de la directive du 11 mars 1996²⁶⁵, la loi du 1^{er} juillet 1998²⁶⁶ a introduit dans le Code de la propriété intellectuelle l'article L. 331-4 énonçant que « *les droits mentionnés dans la première partie du présent code ne peuvent faire échec aux actes nécessaires à l'accomplissement d'une procédure juridictionnelle ou administrative prévue par la loi, ou entrepris à des fins de sécurité publique* ». L'étendant à l'ensemble des œuvres et autres objets protégés, l'article 5 paragraphe 3 e) de la directive du 22 mai 2001 établit ce dispositif en incluant les procédures parlementaires. La loi du 1^{er} août 2006 se conforme à la lettre du droit européen puisqu'elle ajoute que, dans le cadre d'une « *procédure parlementaire de contrôle* », le droit d'auteur ne peut faire obstacle aux actes nécessaires.

93. Triple test ? On observera que les actes accomplis dans le cadre d'une procédure ou à des fins de sécurité publique échappent au monopole de l'auteur par l'application d'une règle distincte de l'article L. 122-5 du CPI. Cela n'enlève rien au fait qu'il s'agit d'une véritable exception au droit d'auteur. Dans la mesure où cette exception ne figure pas dans l'article L. 122-5 du CPI, l'on pourrait penser que le triple test ne lui est pas applicable, ce qui n'étonnerait pas de la part d'une exception qui semble même constituer une dérogation au droit moral²⁶⁷. Mais cela ne serait certainement pas conforme au droit de l'Union européenne. En tout état de cause, le juge doit interpréter les dispositions nationales à la lumière du droit européen.

94. Précisions de la Cour de justice – La lecture seule de l'article L. 331-4 du CPI ne permet pas d'envisager clairement les hypothèses dans lesquelles il est applicable. Les espèces sont rares qui mettent en scène la sécurité publique ou des procédures²⁶⁸. Surtout, la notion de sécurité

²⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, *JCP G* 1997, II, 22873, note J. Ravanas, décidant que la production à l'audience d'un manuscrit inédit constitue un acte de divulgation qui requiert le consentement de l'auteur ; renvoi à CA Montpellier, 8 juin 1998, soulignant que l'auteur en personne a exigé la production du manuscrit en justice.

²⁶⁵ Plus précisément, de l'article 6 paragraphe 2 c) de la directive du 11 mars 1996.

²⁶⁶ Loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998 portant transposition dans le Code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *JO* du 2 juillet 1998, p. 10075.

²⁶⁷ N. Martial-Braz, « Cliché d'une harmonisation du droit d'auteur par la CJUE : du grand art ! », *D.* 2012, p. 471 – F. Pollaud-Dulian, obs. sous CJUE, 1^{er} décembre 2011, *RTD com.* 2012, p. 118.

²⁶⁸ Cass. Com., 12 décembre 1995, *JCP E* 1998, p. 105, n° 18 ; TGI Paris, 5 septembre 2003, *Éditions Grasset et Fasquelle c/Éditions Albin Michel et Shan SA*, *RIDA*, janvier 2004, n° 199, p. 278 (production par un éditeur du manuscrit d'un auteur).

publique est une notion assez vague qui laisse une grande marge d'appréciation. Par un arrêt du 1^{er} décembre 2011²⁶⁹, la Cour de justice est venue apporter certaines précisions .

En premier lieu, l'exception couvrant les actes nécessaires à la sécurité publique « *a pour seul objectif d'assurer la protection de la sécurité publique et non pas pour objet de mettre en balance la protection et la propriété intellectuelle et la liberté de la presse* »²⁷⁰. Il ne s'agirait donc pas d'une exception sous-tendue par une liberté fondamentale.

En second lieu, « *la marge d'appréciation dont jouissent les États membres est limitée par l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29, qui subordonne l'instauration de l'exception prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous e), de cette directive à une triple condition, à savoir, tout d'abord, que cette exception ne soit applicable que dans certains cas spéciaux, ensuite, qu'elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et, enfin, qu'elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit d'auteur* »²⁷¹. Malgré son objectif, force est de constater que l'exception couvrant les actes nécessaires à la sécurité publique ne bénéficie pas d'un statut privilégié par rapport aux autres dérogations au droit d'auteur. La Cour de justice rappelle clairement ici que l'exception couvrant les actes nécessaires à la sécurité publique est soumise au test des trois étapes conformément à l'article 5 paragraphe 5 de la directive.

Par ailleurs, seul l'État est « *apte et responsable pour assurer l'accomplissement [de] l'objectif d'intérêt général* »²⁷² qu'est la sécurité publique. Aussi est-il exclu qu'un organe de presse utilise « *de sa propre initiative, une œuvre protégée par un droit d'auteur en invoquant un objectif de sécurité publique* »²⁷³. Toutefois, la Cour reconnaît que dans une société démocratique, compte tenu de la vocation de la presse qui est d'informer, il est permis qu'un éditeur de presse « *puisse contribuer ponctuellement à l'accomplissement d'un objectif de sécurité publique en publiant une photographie d'une personne recherchée* ». Des conditions sont cependant posées. Pareille initiative doit s'insérer dans le cadre d'une décision prise par les autorités nationales compétentes et d'une action concertée.

²⁶⁹ CJUE, 1^{er} décembre 2011, aff. n° C-105, *Eva-Maria Painer c/ Standardverlag et autres*, RTD com. 2012, p. 118, obs. F. Pollaud-Dulian ; N. Martial-Braz, « Cliché d'une harmonisation du droit d'auteur par la CJUE : du grand art ! », D. 2012, p. 471.

²⁷⁰ CJUE, 1^{er} décembre 2011, préc. : considérant 114.

²⁷¹ *Ibid.*, considérant 110.

²⁷² *Ibid.*, considérant 111.

²⁷³ *Ibid.*, considérant 112.

Conclusion de la Section II

95. Compte tenu du fait que les exceptions suscitées par des besoins sectoriels bénéficient à des catégories de personnes très ciblées, elles inspirent la suspicion. Il est vrai que l'exception bénéficiant aux commissaires-priseurs est contestable. L'exception bénéficiant aux personnes handicapées, elle, l'est beaucoup moins. Elle s'inscrit dans le cadre d'une politique culturelle dont le but d'intérêt général est indéniable, tout comme l'exception couvrant les reproductions aux fins de conservation et l'exception couvrant les actes nécessaires à une procédure ou à la sécurité publique.

Il faut tout de même se méfier de ce mouvement de sectorisation et garder à l'esprit qu'il existe des alternatives aux exceptions au droit d'auteur certainement plus acceptables aux yeux des titulaires de droits : dans certains cas, les licences non volontaires leur assureraient au moins une rémunération équitable.

Section III – Les exceptions justifiées par des considérations pratiques

96. Certaines exceptions au droit d'auteur sont édictées en raison de considérations pratiques. En effet, certains actes échappent au monopole de l'auteur car ils ne représentent pas de véritables exploitations de l'œuvre et sont, de surcroît, nécessaires à son utilisation. De ce point de vue, ils doivent être considérés comme neutres (Paragraphe I). D'autres actes sont soustraits au droit exclusif car il est impossible ou inopportun de les contrôler : il s'agit des actes incontrôlables (Paragraphe II).

Paragraphe I - Les actes neutres

97. En matière de réseaux (A), de logiciels (B) comme de bases de données (C), il est des actes qui ne peuvent être considérés comme de véritables exploitations de l'oeuvre.

A. En matière de réseaux

98. **Obligation de transposition** - La directive du 22 mai 2001 oblige les États membres à transposer une seule exception. Il s'agit de l'exception couvrant les actes de reproduction provisoire. En effet, l'article 5 paragraphe 1 énonce que « *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* ».

99. **Nécessité technique et neutralité économique** – Le fondement de cette exception est d'ordre technique et économique. A cet égard, on peut la rapprocher de l'exception de l'article 5 paragraphe 1 de la directive du 14 mai 1991, ainsi que de l'exception de l'article 6 paragraphe 1 de la directive du 11 mars 1996. C'est la nécessité technique qui commande de soustraire au monopole certains actes de reproduction momentanés indispensables à la communication sur les réseaux ou à l'utilisation d'une œuvre ou autre objet protégé. Comme le relève M. Pollaud-Dulian, ces reproductions « *ne sont que des moyens nécessaires à un processus technique de communication,*

dont elles ne font partie que pour assurer son bon fonctionnement »²⁷⁴. Elles doivent être considérées comme « neutres au regard du droit parce qu'elles n'ont aucune autonomie »²⁷⁵. De plus, à supposer qu'une seule transmission implique non pas une, mais des dizaines de fixations, soit autant de reproductions, ne serait-il pas absurde que l'utilisateur ou l'intermédiaire technique soit obligé d'obtenir l'autorisation du titulaire de droits pour chacune d'entre elles ? A s'en remettre à MM. Lucas, « la formule de l'autorisation implicite heurterait [...] le formalisme des cessions »²⁷⁶. De ce fait, il est tout à fait normal, et même fondamental²⁷⁷, que les utilisateurs puissent réaliser librement de telles reproductions en vue de la consultation de pages comportant des œuvres ou d'autres objets protégés. Le considérant 33 de la directive du 22 mai 2001 précise que cette exception couvre les actes qui permettent le survol ou *browsing*, les actes qui participent au fonctionnement efficace des systèmes de transmission, de même que les actes de prélecture dans un support rapide ou *caching*. Mais encore faut-il que ces actes de reproduction ne portent pas préjudice aux titulaires de droits.

100. Les conditions de la reproduction provisoire selon les juges – Par un arrêt du 16 juillet 2009²⁷⁸, la Cour de justice est intervenue pour préciser les conditions matérielles de la reproduction provisoire. A cet effet, elle rappelle les cinq critères établis par l'article 5 paragraphe 1 de la directive du 22 mai 2001. En premier lieu, la reproduction doit être provisoire. En deuxième lieu, la reproduction doit être transitoire ou accessoire. En troisième lieu, la reproduction doit constituer une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique. En quatrième lieu, ce procédé technique doit avoir pour seule finalité de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite d'une œuvre. En cinquième lieu, la reproduction ne doit pas avoir de signification économique indépendante. Même si ces conditions sont cumulatives²⁷⁹, il y a lieu d'observer que la vérification du caractère provisoire de la reproduction n'est pas vraiment pertinente dans la mesure où l'article 2 de la directive du 22 mai 2001 énonce qu'est soumise au droit exclusif de l'auteur la reproduction « provisoire ou permanente ». Dès lors la simple constatation d'une reproduction²⁸⁰ permet de passer

²⁷⁴ F. POLLAUD-DULIAN, p. 489, n° 756.

²⁷⁵ J. Passa, « La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *JCP G* 2001, I, 331, p. 1268, n° 22.

²⁷⁶ A. LUCAS et *alii*, p. 349, n° 367.

²⁷⁷ C. Caron, « Les exceptions – L'impact sur le droit français », *PI*, janvier 2002, p. 29.

²⁷⁸ CJCE, 16 juillet 2009, aff. n° C-5/08, *Infopaq International c/ Danske Dagblades Forening*, considérant 56 et 58, *Rec.* p. 6569 ; *PI*, octobre 2009, p. 378, obs. V.-L. Benabou ; *CCE*, novembre 2009, comm. 97, note C. Caron.

²⁷⁹ CJCE, 16 juillet 2009, préc. : considérant 55.

²⁸⁰ L'avocat général, rappelle néanmoins que « l'interprétation de la notion de reproduction partielle ne doit cependant pas [...] conduire à une interprétation absurde et excessivement technique en vertu de laquelle on y classerait toute forme de reproduction d'une œuvre aussi minime et insignifiante le fragment de l'œuvre soit-il » : voir le considérant 58 des conclusions de Mme Trstenjak présentées le 12 février 2009.

directement à la deuxième étape consistant à rechercher le caractère transitoire ou accessoire de la reproduction, point sur lequel la Cour de Luxembourg apporte des précisions intéressantes.

En effet, la Cour de justice indique qu'est transitoire un acte dont « *la durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné, étant entendu que ce procédé doit être automatisé de sorte qu'il supprime cet acte d'une manière automatique, sans intervention humaine, dès que sa fonction visant à permettre la réalisation d'un tel procédé est achevée* »²⁸¹. Là encore, il n'est pas certain que les critères dégagés soient pertinents²⁸², compte tenu du fait que, même « automatique », la suppression effectuée par la machine n'en reste pas moins programmée par l'intervention de l'homme. Et « la durée de vie limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé » offre tout de même une marge très large d'appréciation.

Les conclusions de l'avocat général, Mme Trstenjak, sont, elles aussi, intéressantes²⁸³. En effet, celle-ci relève que, conformément à l'article 5 paragraphe 1 b) de la directive du 22 mai 2001, la reproduction provisoire doit reposer sur une utilisation finale licite. Par conséquent, lorsque cette utilisation finale est couverte par une exception au droit d'auteur, il convient de mettre en œuvre le triple test par deux fois. Une première fois, pour vérifier la licéité de l'exception au droit d'auteur justifiant l'utilisation finale. Une seconde fois, pour vérifier la licéité de la reproduction provisoire.

L'article L. 122-5 6° du CPI transpose l'article 5 paragraphe 1 de la directive du 22 mai 2001. Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire « *la reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire* ». Surtout, une telle reproduction ne doit pas avoir de « *valeur économique propre* ». Cette formule se substitue à celle de la directive : « *signification économique indépendante* ».

Dans une espèce, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée sur la question de la reproduction provisoire. Elle a en effet jugé que « *les opérations de cryptage et de décryptage ne sont d'aucune incidence sur la nature du service qui consiste à réaliser une copie unique, laquelle n'est pas transitoire* ».

²⁸¹ CJCE, 16 juillet 2009, préc. : considérant 64.

²⁸² En ce sens, V.-L. Benabou, obs. sous CJCE, 16 juillet 2009, *PI*, octobre 2009, p. 383.

²⁸³ Conclusions de Mme Trstenjak présentées le 12 février 2009 : considérants 133 et 142.

mais à vocation à être sauvegardée par l'utilisateur sur le disque dur de l'ordinateur ou sur tout autre support numérique pérenne, et ce durant tout le temps nécessaire aux besoins de l'utilisateur, seul maître de la suppression du fichier, c'est à-dire sans limitation de durée ». Et les juges du fond d'ajouter que pareille copie « est dotée d'une valeur économique propre dès lors qu'à chaque copie est attachée un utilisateur et que le montant des recettes publicitaires générées par le service sera directement lié au nombre des utilisateurs du service au volume des copies réalisées pour le compte de ces utilisateurs »²⁸⁴.

101. Exclusion des programmes d'ordinateur et des bases de données – L'article L. 122-5 6° exclut de son champ d'application la reproduction provisoire portant sur un logiciel ou sur une base de données. A priori, une telle exclusion semble logique dans la mesure où l'article 1 paragraphe 2 de la directive du 22 mai 2001 énonce qu'elle n'altère en aucune manière les dispositions européennes existantes en matière de programmes d'ordinateur et de bases de données²⁸⁵. Pour autant, la directive ne postule pas expressément qu'il faille exclure les logiciels et les bases de données. Certains auteurs soulignent à juste titre que l'exception de reproduction provisoire devrait également concerner les logiciels et les bases de données. Ainsi, selon Mme Benabou, « en dépit du silence de la directive société de l'information, il apparaît conforme à ses objectifs d'appliquer l'exception également aux bases de données et aux logiciels, qui représentent l'archétype des œuvres numériques susceptibles d'être transmises sur les réseaux »²⁸⁶. D'autant qu'il n'est pas rare de trouver sur le réseau des contenus qui ne sont que partiellement des logiciels ou des bases de données et dont le sort ne laisse d'interroger²⁸⁷.

²⁸⁴ CA Paris, 14 décembre 2011, *Wizzgo c/ Métropole Télévision et autres*, *RLDI*, janvier 2012, p. 18, obs. L. Costes ; A. Singh et B. Charey, « L'arrêt Wizzgo : un regard en droit comparé », *RLDI*, mars 2012, p. 6 ; confirmant TGI Paris, 25 novembre 2008, voir le commentaire de A. Singh et D. Calmes, « Commentaire de la décision du Tribunal de grande instance de Paris du 25 novembre 2008, *Wizzgo c/ Métropole Télévision et autres* », *RLDI*, janvier 2009, p. 6 – Comp. District Court of New York, 4 août 2008, *Cartoon Network c/ CSC Holdings et Cablevision*, *PI*, janvier 2009, p. 70, obs. V.-L. Benabou.

²⁸⁵ Également le considérant 20 de la directive du 22 mai 2001.

²⁸⁶ V.-L. Benabou, « La directive droit d'auteur, droits voisins, et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *CCE*, Octobre 2001, chron. 23, p. 11 – Aussi, S. Dusollier, Thèse préc., p. 362, n° 458, note 173 – C. CARON, p. 329, n° 394 : « L'exception est, par ailleurs, très fortement restreinte par l'exclusion expresse des logiciels et des bases de données de son domaine d'application. Cette exclusion, qui n'était pas prévue par la directive, la vide d'une grande partie de sa substance car nombreuses sont, sur les réseaux, les œuvres qui ont une dimension logicielle ».

²⁸⁷ En ce sens, A. LUCAS et *alii*, p. 349, n° 368 – P. Sirinelli, « Bref aperçu du premier avant-projet de loi de transposition de la directive du 22 mai 2001 », *PI*, janvier 2003, p. 59 – A. Lucas et P. Sirinelli, « La loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : premières vues sur le texte promulgué à l'issue de la censure du Conseil constitutionnel », *PI*, juillet 2006, p. 309.

B. En matière de logiciels

102. En matière de logiciel, il est possible de distinguer deux types d'actes qu'il est permis de qualifier de « neutres » car ils ne constituent pas de véritables exploitations et sont nécessaires à une utilisation normale de l'œuvre. Il s'agit des reproductions ou modifications nécessaires à l'utilisation du logiciel (1) et de la copie de sauvegarde (2).

1. Les reproductions ou modifications nécessaires à l'utilisation du logiciel

103. **Enoncé** – Au regard de l'article L. 122-6-1 I du CPI, ne sont pas soumises à l'autorisation de l'auteur les reproductions ou modifications²⁸⁸ nécessaires « *pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser, y compris pour corriger des erreurs* ». Cette disposition transpose l'article 5 Paragraphe 1 de la directive du 14 mai 1991 en vertu duquel, dès lors qu'ils sont nécessaires « *pour permettre à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination, y compris des erreurs* », des actes tels que la reproduction ou la modification – sous-entendues l'adaptation, l'arrangement ou toute autre transformation – ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire. On retrouve ici la condition de l'utilisation légitime déjà évoquée lors de l'étude de l'exception d'analyse du programme.

104. **Nécessité technique** – En ce qui concerne la reproduction, la disposition s'explique par le fait que le logiciel ne puisse être utilisé sans qu'il soit procédé à son chargement et à son stockage dans le disque dur de l'ordinateur. Une telle opération pourrait être assimilée à une reproduction que seul l'auteur du logiciel peut d'ordinaire autoriser. Or, c'est par nécessité technique que ce type de reproduction n'est pas soumis au consentement du titulaire de droits et prend la forme d'une exception au droit d'auteur. La solution est heureuse mais il est difficile d'imaginer qu'il en fusse autrement. Aurait-il été acceptable que l'acquéreur légitime soit contraint d'obtenir l'autorisation du titulaire pour effectuer un acte nécessaire à l'utilisation normale du logiciel ?

²⁸⁸ L'article L. 122-6 du CPI confère à l'auteur d'un logiciel un droit d'exploitation comprenant le droit d'autoriser notamment : « 1° la reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme. Dans la mesure où le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction, ces actes ne sont possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur ; 2° la traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification d'un logiciel et la reproduction du logiciel en résultant ».

Quant à la modification du programme, dès lors qu'elle vise la correction d'erreurs, elle est également dispensée de l'autorisation du titulaire. Ainsi, l'acquéreur légitime est à même d'adapter, d'arranger, de transformer le logiciel et de lui « *apporter les modifications qu'implique pour lui son exploitation dans les meilleures conditions* »²⁸⁹. Par ailleurs, il n'est pas inutile de souligner que la combinaison de cette faculté avec celle qui permet à l'utilisateur d'analyser le programme lui fournit les moyens d'en effectuer la maintenance²⁹⁰.

105. Exception non-impérative – Les exceptions de l'article 5 paragraphe 1 de la directive du 14 mai 1991 ne seraient pas impératives, mais susceptibles de stipulations contraires. Du moins, c'est ce que l'on peut déduire de l'énoncé de l'article 9 de l'instrument européen : toute « *disposition contractuelle contraire à l'article 6 ou aux exceptions de l'article 5 paragraphe 2 et 3 sera nulle et non avenue* ». En d'autres termes, il serait possible de déroger par voie contractuelle à la règle selon laquelle l'acquéreur légitime est autorisé à reproduire ou à modifier le programme afin de l'utiliser d'une manière conforme à sa destination. L'article L. 122-6-1 I ne manque pas de calquer cette solution en conférant à l'auteur le droit de se réserver par contrat le droit de corriger les erreurs et de déterminer les modalités auxquelles sont soumises la reproduction ou la modification nécessaire afin de permettre l'utilisation du logiciel. Un tel dispositif doit faire l'objet de vives critiques dans la mesure où l'éviction contractuelle de l'exception apportée à l'article 4 paragraphe a) priverait de tout intérêt l'acquisition du logiciel²⁹¹. De manière générale, il est difficile d'admettre que des actes considérés comme « nécessaires » à l'utilisation du logiciel puissent être interdits par la voie du contrat. Plus encore, on peut fortement douter que les actes que l'article 5 paragraphe 1 présente comme des exceptions en soient de véritables²⁹² dès lors qu'ils relèvent de l'utilisation normale du logiciel.

2. La copie de sauvegarde nécessaire à l'utilisation permanente du logiciel

106. Énoncé – Hormis la reproduction qui vient d'être envisagée, l'article L. 122-6-1 II du CPI autorise une copie de sauvegarde. Transposant le deuxième paragraphe de l'article 5 de

²⁸⁹ J. Huet, « L'Europe des logiciels : les droits des utilisateurs (directive communautaire du 14 mai 1991) », *D.* 1992, chron. p. 316, n° 3.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ *Ibid.*, p. 317, n° 3.

²⁹² F. POLLAUD-DULIAN, p. 502, n° 786 : « Il s'agit donc de présenter comme une exception ce qui n'est que l'utilisation normale du logiciel par une personne autorisée contractuellement à l'utiliser ».

directive du 14 mai 1991²⁹³, la loi française énonce que la « *personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut faire une copie de sauvegarde lorsque celle-ci est nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel* ».

107. Copie technique et copie privée – Il est important de souligner que la copie de sauvegarde n'est pas une copie privée. L'utilisateur d'un programme d'ordinateur ne bénéficie pas d'une exception de copie privée mais d'une exception justifiée par la nécessité technique de prévenir les éventuelles avaries du programme. En permettant à l'acquéreur légitime d'effectuer une copie de sauvegarde, cette exception lui donne les moyens de continuer à utiliser le programme dans l'hypothèse où son exemplaire montrerait des défaillances techniques ou serait totalement endommagé.

108. Exception impérative – Conformément à l'article 9 paragraphe 1 de l'instrument européen, lequel postule que toute disposition contractuelle contraire à l'article 5 paragraphe 2 est nulle et non avenue, l'article L. 122-6-1 V alinéa 2 confère une valeur impérative à l'exception de copie de sauvegarde.

C. En matière de base de données

109. Nécessité technique – Le paragraphe 1 de l'article 6 de la directive du 11 mars 1996 impose aux États membres de transposer une exception nécessaire à l'accès et à l'utilisation de la base de données. En effet, le texte énonce que « *l'utilisateur légitime d'une base de données ou de copies de celle-ci peut effectuer tous les actes visés à l'article 5 qui sont nécessaires à l'accès au contenu de la base de données et à son utilisation normale par lui-même sans l'autorisation de l'auteur de la base* ». C'est chose faite au travers de l'article L. 122-5 alinéa 5 en vertu duquel l'auteur ne peut interdire « *les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat* ». Il aurait été difficile d'admettre qu'il en soit autrement. Pourrait-on imaginer que l'utilisateur légitime soit empêché d'accomplir les actes nécessaires à un usage normal de la base ?²⁹⁴. C'est

²⁹³ Selon l'article 5 paragraphe 2 de la directive du 14 mai 1991, « une personne ayant le droit d'utiliser le programme d'ordinateur ne peut être empêchée par contrat d'en faire une copie de sauvegarde dans la mesure où celle-ci est nécessaire pour cette utilisation ». Le droit européen impose donc que l'exception de copie de sauvegarde soit impérative.

²⁹⁴ En ce sens, V.-L. Benabou, Thèse préc., p. 267, n° 443 : « La logique qui commande le paragraphe 1 de l'article 6 est celle de l'accessoire. Il serait inique de transférer la propriété d'un appartement sans céder les clés qui permettent d'y pénétrer. De la même façon, il serait incohérent de céder une copie d'une base de données sans accorder à l'acquéreur la possibilité de s'en servir dans le cadre d'une utilisation privé [...]. L'article 6 a donc pour objet d'éliminer les entraves juridiques éventuelles qui pourraient se placer sur le chemin de l'utilisateur légitime lors de la mise en œuvre de la base. Cette disposition ne s'entend, à vrai dire, que des bases

sans doute dans le souci de lever toute ambiguïté qu'il a fallu édicter une exception en ce domaine.

110. De l'utilisation à l'accès de la base de données – L'article 6 paragraphe 1 de la directive du 11 mars 1996 oblige les États membres à prévoir une exception couvrant « *tous les actes visés à l'article 5 qui sont nécessaires à l'accès au contenu de la base de données et à son utilisation normale* ». On observera que dans la loi française, les actes nécessaires ne doivent garantir que l'accès à la base de données et non plus l'utilisation. L'absence de référence à l'utilisation pourrait réduire la portée de l'exception initialement prévue dans la directive. En effet, certaines reproductions pourraient s'avérer nécessaires aux fins d'utilisation normale de la base.

111. Exception impérative – L'article 15 de la directive du 11 mars 1996 est venu affirmer que « *toute disposition contractuelle contraire à l'article 6 paragraphe 1 [...] est nulle et non avenue* ». Ce qui signifie que le droit européen confère une valeur impérative à l'exception. On regrettera que l'article L. 122-5 alinéa 5 ne précise pas le caractère impératif de l'exception alors que l'article 15 de l'instrument européen l'exige. Il s'agit sans doute d'un oubli qui ne doit pas préjudicier aux utilisateurs dans la mesure où, comme il a déjà été dit, on ne voit pas bien comment on pourrait remettre en cause des actes nécessaires à une utilisation normale. L'article L. 122-5 alinéa 5 présente pourtant un élément troublant. En effet, il indique que les actes nécessaires à la base de données doivent être accomplis dans « *les limites de l'utilisation prévue par contrat* ». Cela ne saurait être interprété comme une autorisation de déroger contractuellement à l'exception. Cette précision signifie simplement qu'une fois l'accès à la base de données ouvert, l'utilisateur doit suivre les modalités d'utilisation prévues par le contrat. De surcroît, en cas de litige, le juge ne peut suivre qu'une interprétation conforme aux dispositions européennes. Autrement dit, il ne peut conférer à l'exception qu'une valeur impérative.

112. Admission de la copie privée d'une base en format papier – L'article 6 paragraphe 2 a) de la directive du 11 mars 1996 édicte une exception propre à la base de données en format papier. Ainsi, l'utilisateur légitime peut effectuer « *une reproduction à des fins privées d'une base de données non électronique* » sans l'autorisation de l'auteur. Il s'agit là d'une version de l'exception de copie privée déclinée exclusivement pour la base de données en format papier. Autrement dit, il n'est admise aucune exception de copie privée, dès lors que la base de données apparaît dans sa

de données sur support informatique dans lesquelles l'accès aux éléments de la base suppose le plus souvent des actes d'exploitation tels que la reproduction temporaire dans la mémoire du disque dur, normalement sujets à autorisation ».

forme électronique. Ce dispositif est repris par l'article L. 122-5 alinéa 2 du CPI qui énonce que l'exception de copie privée est admise uniquement dans l'hypothèse d'une base de données non électronique, autrement dit des bases de données en papier. La copie de sauvegarde ne semble pas davantage reconnue à l'utilisateur et cela paraît plutôt normal au regard des modalités d'usage d'une base de données électronique.

113. Autres exceptions – En revanche, les alinéas suivants de l'article 6 paragraphe 2 abandonnent la distinction entre le format électronique et le format papier pour admettre des exceptions aux droits exclusifs dans l'hypothèse où « *il y a utilisation à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique et dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi* », dans celle où il y a « *utilisation à des fins de sécurité publique, ou aux fins d'une procédure* », ou encore « *lorsqu'il s'agit d'autres exceptions au droit d'auteur traditionnellement admises par leur droit interne, sans préjudice des points a), b), c)* ». Par conséquent, la directive n'empêche pas les États membres de conserver leurs exceptions²⁹⁵. Cela ne va certainement pas dans le sens d'une harmonisation des dérogations au droit d'auteur dans l'ensemble de l'Union.

Paragraphe II - Les actes incontrôlables

114. Les reproductions réservées à l'usage privé du copiste – Selon l'article L. 122-5 2° du CPI, lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire « *les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée [...] et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde [...] ainsi que des copies ou reproductions d'une base de données électronique* ».

115. Justifications multiples – L'exception de copie privée est généralement justifiée par des considérations d'ordre pratique. Son principal fondement serait une défaillance du marché dite *market failure*²⁹⁶ en anglais. Dans l'environnement analogique, la copie privée a été autorisée car il était impossible pour les auteurs de contrôler de manière efficace l'ensemble des

²⁹⁵ Toutefois, la directive du 11 mars 1996 (article 6 paragraphe 3) prône une interprétation stricte de ces exceptions, affirmant que l'article 6, conformément à la Convention de Berne, « ne peut être interprété de façon à permettre son application d'une manière qui cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ou qui porte atteinte à l'exploitation normale de la base de données ».

²⁹⁶ M. Buydens et S. Dusollier, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, septembre 2001, chron. 22, p. 11, n° 2.

reproductions destinées à un usage privé²⁹⁷, de même que d'en percevoir des rémunérations. Néanmoins, la « *concession* »²⁹⁸ s'expliquerait aussi du fait que la copie privée n'est pas réalisée dans un esprit de lucre, et surtout, qu'elle ne causerait « *qu'un préjudice limité* »²⁹⁹. Par ailleurs, des auteurs considèrent que la copie privée est un espace de liberté relevant de la sphère de l'intimité³⁰⁰. Partant, un contrôle des copies au sein de la sphère privée ne serait pas opportun car trop intrusif. L'existence de l'exception de copie privée permettrait d'éviter tout « *contrôle "policiériste"* »³⁰¹ de l'intimité. Cet argument peut paraître moins convaincant dans l'environnement numérique dans la mesure où, à l'heure des nouvelles technologies, le contrôle des copies ne semble pas invasif³⁰².

116. Effets néfastes de la copie privée dans le contexte numérique – La copie privée n'a pas du tout les mêmes effets dans le monde numérique. La facilité de reproduction et de transmission sur les réseaux que procure la technologie numérique est la cause de la dissémination sans contrôle de copies digitales. Ceci n'est pas sans provoquer des conséquences néfastes sur l'exploitation des œuvres. C'est la raison pour laquelle la copie privée dans l'univers numérique perd l'essentiel de sa justification³⁰³. Celle-ci est encore amoindrie lorsque ce qui rend la copie privée nocive se retourne contre les utilisateurs, devient une arme entre les mains des titulaires de droits leur permettant d'exercer un contrôle efficace sur les reproductions. N'est-ce pas là le rôle des mesures techniques ?

²⁹⁷ A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, 1999, p. 237.

²⁹⁸ M. Buydens et S. Dusollier, *op. cit.*, p. 11, n° 2.

²⁹⁹ F. POLLAUD-DULIAN, p. 491, n° 761 – Encore que depuis la dactylographie et la photocopie, il est difficile de considérer le préjudice causé comme minime – Sur ce point, A. Françon, *op. cit.*, p. 237 – Dans le même sens, A. Tournier, « Le bilan de la loi », *RIDA*, avril 1958, n° 19, p. 97, affirmant que le législateur de 1957 a étendu de manière inconsidéré l'exception aux moyens modernes de la copie : « Des appareils, aujourd'hui de vente courante, permettent l'enregistrement automatique de toute exécution directe ou indirecte. Lorsque, par exemple, l'émission radiophonique d'un concert est captée simultanément par un grand nombre de détenteurs d'appareils de ce genre, force est bien de reconnaître qu'on est plus en présence d'une copie individuelle et isolée, mais d'une reproduction collective équivalant à une édition. L'accroc au droit d'auteur est ici certain ».

³⁰⁰ Trouvant une justification de la copie privée dans le respect de la vie privée, Y. Gaubiac, « France », rapport national in *Les frontières du Droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 septembre 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 228 – A. Françon, *op. cit.*, pp. 237-238.

³⁰¹ A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, p. 179, n° 355.

³⁰² En ce sens, Cons. const., décision du 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, « Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 16 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *JO* du 7 août 2004, p. 14087 ; *PI*, avril 2005, p. 225. Aux termes du considérant 13, le Conseil constitutionnel a décidé que la mise en œuvre de traitements portant sur des données relatives à des infractions, condamnations ou mesures de sûreté, par des sociétés de gestion collective ou des organismes professionnels, permet de lutter contre les nouvelles pratiques de contrefaçon qui ont lieu sur Internet. Une telle mesure répond « à l'objectif d'intérêt général qui s'attache à la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle ».

³⁰³ M. Buydens et S. Dusollier, *op. cit.*, p. 11, n° 2 – A. LUCAS et *alii*, p. 354, n° 374, relevant que la directive du 22 mai 2001 n'exclut pas que la copie privée numérique soit sous l'emprise du droit exclusif.

117. Remise en cause de l'exception de copie privée – Certains auteurs font remarquer que la copie privée numérique³⁰⁴ aurait pu retourner dans le giron du droit exclusif³⁰⁵ ; ce que la directive du 22 mai 2001 n'a jamais exclu. Celle-ci laisse le choix aux États membres, soit de la placer sous l'empire du droit exclusif, soit de la couvrir d'une exception sous réserve d'une compensation équitable³⁰⁶.

118. Maintien de l'exception de copie privée – En préférant la seconde alternative, le législateur français s'est contraint à prévoir une compensation équitable en faveur des titulaires de droits au titre des reproductions privées réalisées sur tout support³⁰⁷. A cet égard, l'article 5 paragraphe 2 b) de la directive du 22 mai 2001 impose aux États membres que la compensation équitable pour copie privée prenne « *en compte l'application ou la non-application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets* » protégés³⁰⁸.

Par-delà les vicissitudes, le maintien de la copie privée montre combien sa disparition peut paraître illusoire³⁰⁹. Cette exception existe depuis fort longtemps. Déjà au lendemain de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique soulignait-on que « *la faculté de copier une œuvre pour usage privé a toujours été admise par la jurisprudence française* »³¹⁰. S'il est vrai que les utilisateurs ont

³⁰⁴ Faisait la distinction entre la copie analogique et la copie numérique, la proposition de directive du 21 mai 1999 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOCE*, n° C-180, du 25 juin 1999, p. 6. Cette distinction n'a pas été maintenue dans la directive du 22 mai 2001, quoique les considérants 38 et 44 préconisent de tenir compte de leurs différences et notamment de leur incidence économique.

³⁰⁵ J. Passa, « La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *JCP G*, 2001, I, 331, p. 1266, n° 18, relevant que la directive aurait pu imposer aux États membres la suppression de l'exception en ce qui concerne les copies numériques dans la mesure où elles constituent un véritable mode d'exploitation et où le contrôle de telles copies peut être effectué aux moyens de dispositifs techniques de protection sans porter atteinte à la vie privée des utilisateurs – Dans le même sens, A. LUCAS et *alii*, p. 354, n° 374, soutenant que si l'intimité de la vie privée doit être garantie, le contrôle des reproductions n'y porte pas atteinte, et qu'en la matière la loi du 6 janvier 1978 fait office de garde-fou.

³⁰⁶ Article 5 paragraphe 2 b) de la directive du 22 mai 2001.

³⁰⁷ Jusque là, la rémunération équitable ne concernait que la copie privée sonore ou audiovisuelle sur phonogrammes ou vidéogrammes (en effet, l'article L. 311-1 introduit par la loi du 3 juillet 1985 a accordé aux auteurs d'œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes une rémunération au titre de leur reproduction), ainsi que la copie privée sur support numérique (la loi du 17 juillet 2001 élargit le champ de la rémunération équitable à toutes œuvres fixées sur un support d'enregistrement numérique).

³⁰⁸ Le considérant 35 de la directive du 22 mai 2001 précise que « le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection ».

³⁰⁹ Par ailleurs, J. Laposterle, Thèse préc., p. 128, n° 304, qui montre qu'une partie des ayants droit était défavorable à la suppression de l'exception de copie privée dans l'univers numérique – V. Y. Gaubiac, *op. cit.*, p. 227, lequel fait remarquer que lorsqu'une exception est consacrée, quand bien même le développement technologique serait susceptible de la remettre en cause, il n'est pas aisé d'en restreindre la portée ou de la supprimer tant que la loi n'édicte pas de limite à cette exception.

³¹⁰ V. RENOARD, t. 2, p. 41, n° 19.

cru à tort disposer d'un droit à la copie privée³¹¹, il ne serait pas judicieux de supprimer une exception si emblématique et si ancrée dans le paysage du droit d'auteur. Cela ne ferait sans doute qu'attiser les revendications des utilisateurs.

119. Licence non volontaire : copie sonore ou audiovisuelle – Le progrès technique en matière d'enregistrement domestique a contribué à l'essor des copies privées sonores et audiovisuelles au sein des ménages. Le contrôle de la copie privée étant difficile à mettre en œuvre dans le monde analogique, la jurisprudence puis le législateur ont admis une exception couvrant ce type d'usage. Cependant, la multiplication massive des copies privées sonores et audiovisuelles représente, à n'en pas douter, un manque à gagner pour les titulaires de droits. C'est la raison pour laquelle, en 1985, le législateur a souhaité endiguer le phénomène en instaurant un régime de licence légale aux articles L. 311-1 et suivants du CPI. Certes, d'un côté, les auteurs sont privés de l'exercice de leur droit exclusif ; mais de l'autre côté, on leur garantit une rémunération bien moins hypothétique qu'elle ne l'aurait été dans des conditions normales d'exploitation. Un tel système ne bénéficie pas qu'aux auteurs et est étendu aux titulaires de droits voisins. En effet, on ne voit pas pour quelle raison, il y aurait une discrimination entre ces catégories de titulaires de droits dans la mesure où chacune d'elle est affectée financièrement par l'usage des copies privées sonores et audiovisuelles³¹².

120. Elargissement aux supports numériques – La loi du 3 juillet 1985 établit la licence non volontaire uniquement dans l'hypothèse de la copie sonore ou audiovisuelle, autrement dit de la copie d'une œuvre fixée sur des supports tels que ceux des phonogrammes ou des vidéogrammes. Mais encore une fois, les avancées technologiques ont entraîné l'évolution des supports, ces derniers passant d'analogiques à numériques. Pareils supports permettent une rapidité de reproduction, des capacités de stockage très importantes, ainsi qu'une meilleure qualité de l'enregistrement. Or, les mêmes causes produisent les mêmes effets. Au regard des conséquences que l'on devine sur l'exploitation des œuvres, il n'y avait aucune raison de laisser

³¹¹ V. notamment, CA Paris, 22 avril 2005, *Perquin et UFC Que choisir c/Universal Pictures video France et autres*, CCE, juin 2005, comm. 98, p. 26, note C. Caron ; RIDA, janvier 2006, n° 207, p. 374, obs. A. Kéréver ; JCP G 2005, II, 10126, note C. Geiger ; PI, juillet 2005, p. 340, obs. A. Lucas et P. Sirinelli ; D. 2005, p. 1573, note C. Castets-Renard ; RLDI, mai 2005, p. 14, obs. D. Melison ; JCP E 2005, 1052, note C. Vilmart ; Legipresse 2005, III p. 233, note M. Vivant ; F. Goldsmith « Ombres et lumières de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 avril 2005 », CCE, juillet-août 2005, étude 26, p. 16 – V. aussi, Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *Universal Pictures video France et autres c/Perquin et UFC Que choisir*, JCP G 2006, II, 10084, note A. Lucas ; PI, avril 2006, p. 179, obs. A. Lucas ; CCE, avril 2006, comm. 56, p. 24, note C. Caron ; RIDA, juillet 2006, n° 209, p. 323, obs. A. Kéréver ; RLDI, avril 2006, p. 17, obs. D. Melison ; RTD com. 2006, p. 370, obs. F. Pollaud-Dulian ; V.-L. Benabou, « Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée », Legipresse 2006, III, p. 71.

³¹² En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, p. 497, n° 773.

subsister une distinction entre les supports analogiques et les supports numériques : « à l'époque de la copie numérique, tous les genres d'œuvres sont copiés »³¹³. C'est la raison pour laquelle la loi du 17 juillet 2001³¹⁴ a étendu la rémunération pour copie privée aux auteurs et aux éditeurs des œuvres fixées sur des supports, autres que ceux des phonogrammes ou des vidéogrammes, au titre de leur reproduction réalisée sur un support d'enregistrement numérique. Désormais, les auteurs et éditeurs d'œuvres littéraires, artistiques, scientifiques, autres que les phonogrammes et les vidéogrammes peuvent bénéficier du droit à rémunération dès lors que leur copie est fixée sur un support numérique³¹⁵.

121. Rémunération ou compensation équitable ? – L'article 5 paragraphe 2 b) de la directive du 22 mai 2001 précise que la copie privée n'est admise qu'à « condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable ». On observera la différence avec l'expression « rémunération équitable » employée dans la directive du 19 novembre 1992³¹⁶. Cette variation terminologique n'est peut-être pas sans conséquence puisque si « la rémunération est plus proche de la contrepartie d'un droit exclusif, la compensation relève davantage d'un régime de responsabilité »³¹⁷. En outre, laisse perplexe le considérant 35 de la directive du 22 mai 2001 qui évoque le registre de la réparation en indiquant que « certains cas où le préjudice au titulaire du droit serait minime pourraient ne pas donner naissance à une obligation de paiement »³¹⁸. Une chose est certaine : la rémunération pour copie privée n'est pas une taxe³¹⁹. En revanche, il est permis de se demander si elle ne relève pas davantage de la réparation d'un préjudice que d'une rémunération au titre du droit exclusif.

³¹³ C. CARON, p. 309, n° 363.

³¹⁴ Loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, JO n° 164 du 18 juillet 2001, p. 11496.

³¹⁵ L'article 5 paragraphe 2 a) de la directive du 22 mai 2001 énonce que l'exception de copie privée peut couvrir les reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de la technique photographie ou d'un procédé ayant des effets similaires, à l'exception des partitions, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable.

³¹⁶ V. article 4 de la directive 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, JOCE n° L 346 du 27 novembre 1992, p. 61. Elle sera désignée par l'appellation « directive du 19 novembre 1992 » au cours de cette étude.

³¹⁷ S. Dusollier, Thèse préc., p. 425, n° 543.

³¹⁸ Sur le même registre, le considérant 38 de la directive du 22 mai 2001 – V. aussi, A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, p. 298, n° 372, qui indiquent qu'il s'agit de justifier la pratique du *time shifting*, autrement dit de la copie unique et temporaire effectuée afin de bénéficier de l'enregistrement à un moment plus important, notamment en regardant le début d'un programme dans le même temps que l'on enregistre.

³¹⁹ CE, 6 février 2004, *RIDA*, juillet 2004, n° 201, p. 243, obs. A. Kéréver – Comp. CA Paris, 15 mai 2001, *B. et L. c/ Copie France*, CCE, novembre 2001, comm. 111, p. 20, note C. Caron, qualifiant maladroitement la rémunération pour copie privée de taxe – Également, CA Grenoble, 18 janvier 2001, CCE, juin 2001, comm. 59, p. 28, note C. Caron.

Par le passé, la Cour de cassation a jugé que la rémunération pour copie privée, en vertu de l'article 36 de l'ancien Traité de Rome, relevait du droit d'auteur³²⁰. Par ailleurs, le maintien de la formule « rémunération pour copie privée » dans le CPI semblait trancher en faveur d'un tel rattachement.

Pourtant, la Cour de justice a récemment souligné que la « *compensation équitable* » était « *une notion autonome du droit de l'Union* » devant être « *interprétée d'une manière uniforme dans tous les États membres ayant introduit une exception de copie privée* »³²¹. Surtout, elle est allée plus loin en précisant que la « *compensation équitable soit nécessairement calculée sur la base du critère du préjudice causé aux auteurs des œuvres à la suite de l'introduction de l'exception de copie privée* ». Il semble donc qu'il faille désormais suivre le modèle de la réparation.

En matière de copie privée l'article 5 paragraphe 2 alinéa b) de la directive du 22 mai 2001 précise que la compensation équitable doit prendre « *en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés* ». Ce critère de détermination de la compensation équitable n'est pas sans rappeler le considérant 35 de l'instrument européen en vertu duquel il convient de « *tenir compte des circonstances propres à chaque cas* ». Ainsi, dans l'hypothèse de certaines exceptions ou limitations, « *un critère utile serait le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en question, [de même que] le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection* ». Par ailleurs, les États membres peuvent même prévoir une compensation équitable en faveur des titulaires de droits dans le cadre des exceptions qui, en principe, ne sont pas soumises à cette condition³²².

122. Bénéficiaires de la rémunération pour copie privée – Le premier alinéa de l'article L. 311-1 du CPI ouvre un droit à rémunération en faveur des auteurs, des artistes-interprètes, ainsi que des producteurs, dans l'hypothèse des copies privées de phonogrammes ou de vidéogrammes. Ils ne peuvent bénéficier de ce droit qu'à condition que le phonogramme ou le

³²⁰ Cass. Com., 4 janvier 1994, *Techni import professionnel c/ Sorecop et Copie France*, Bull. civ. IV, n° 3 ; *RIDA*, avril 1994, n° 160, p. 220, obs. A. Kéréver – Cette même affaire, en appel, CA Paris, 12 décembre 1988, *RIDA*, juillet 1989, n° 141, p. 266 – Aussi, CA Paris, 15 mai 2001, *B. et L. c/ Copie France*, préc.

³²¹ CJUE, 21 octobre 2010, aff. n° C-467/08, *Padawan SL c/ Sociedad General de Autores y Editores de Espana*, Rec. p. 10055 ; v. le commentaire de N. Binctin, « La rigueur risquée (commentaire CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-467/08) », *CCE*, janvier 2011, étude 1, p. 7 ; *CCE*, janvier 2011, comm. 2, p. 25, note C. Caron – Dans le même sens à propos de la rémunération équitable dans le domaine des droits voisins, CJCE, 6 février 2003, aff. n° C-245/00, *SENA c/ NOS*, Rec. p. 1251 ; *CCE*, avril 2003, comm. 37, p. 21, note C. Caron ; *PI*, avril 2003, p. 175, obs. Lucas.

³²² Considérant 36 de la directive du 22 mai 2001.

vidéogramme ait été fixé pour la première fois dans un État membre de l'Union européenne³²³. Encore que le titulaire de droits, sur le phonogramme ou le vidéogramme dont la première fixation a eu lieu en dehors de l'union, se verra accordé un droit à rémunération dans le cas où lui est applicable le principe du traitement national en vertu des conventions internationales en vigueur. Le second alinéa de l'article L. 331-1 admet une rémunération au profit aux auteurs et aux éditeurs des œuvres fixées sur des supports autres que ceux des phonogrammes et vidéogrammes, dès lors que la copie est fixée sur un support d'enregistrement numérique. Dans une telle hypothèse, peu importe le lieu de première fixation de l'œuvre, si bien que les auteurs et éditeurs d'œuvres dont la première fixation a eu lieu en dehors de l'Union sont, eux aussi, éligibles à la rémunération.

L'article L. 311-7 du CPI énonce que la rémunération pour copie privée bénéficie, selon les cas, « *aux auteurs au sens du présent code* », aux artistes-interprètes, aux producteurs et aux éditeurs. Autrement dit, les entreprises de communication audiovisuelle n'ont pas droit à rémunération. L'exclusion vaut également pour les titulaires de droits sur les logiciels ou les bases de données électroniques puisque l'exception de copie privée n'est pas admise en ces matières.

123. Débiteurs de la rémunération pour copie privée – En vertu de l'article L. 311-4 du CPI, la rémunération pour copie privée est versée par le fabricant, l'importateur ou la personne qui réalise des acquisitions intracommunautaires, de supports d'enregistrements utilisables pour la copie privée. Ce versement a lieu au moment de leur mise en circulation en France. A défaut de paiement, le débiteur encourt une amende de 300 000 euros³²⁴. Il est à noter que celui qui supporte réellement la charge de la redevance est l'utilisateur final dans la mesure où fabricants et importateurs répercutent le montant des rémunérations sur le prix de vente des supports³²⁵. En revanche, est directement redevable de la rémunération l'acquéreur final qui se procure un support éligible à la rémunération sur un site Internet étranger et le fait parvenir en France³²⁶.

³²³ Article 311-2 du CPI – Avant la loi n° 2006- 961 du 1^{er} août 2006, la condition était que le phonogramme ou vidéogramme soit fixé pour la première fois en France.

³²⁴ Articles 335-4 du CPI.

³²⁵ CJUE, 16 juin 2011, aff. n° C-462/09, *Stichting de Thuiscopie c/Opus supllies Deutschland GmbH*, D. 2011, p. 1816, *PI*, juillet 2011, p. 216, obs. V.-L. Benabou ; *RTD com.* 2011, p. 551, obs. F. Pollaud-Dulian – CJUE, 21 octobre 2010, aff. n° C-467/08, *Padawan SL c/Sociedad General de Autores y Editores de Espana*, préc. Selon la Cour de justice, les débiteurs directs de la compensation équitable sont ceux qui « disposent d'équipements, d'appareils et de supports de reproduction numérique et qui, à ce titre, en droit ou en fait, mettent ces équipements à disposition de personnes privées ou rendent à ces dernières un service de reproduction ». L'utilisateur final n'en demeure pas moins un « redevable indirect ».

³²⁶ T. com. Bobigny, 15 septembre 2005, *Rue du commerce c/Dabs.com*, D. 2005, p. 2674, note C. Manara ; *CCE*, novembre 2005, comm. n° 168, p. 21, note C. Caron.

124. Remboursement de la rémunération pour copie privée – La rémunération pour copie privée peut donner lieu à remboursement dès lors que les supports font l'objet d'un usage professionnel. Ainsi, l'article L. 311-8 du CPI énonce que ne sont pas redevables de la rémunération les entreprises de communication audiovisuelle, les producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes, les éditeurs d'œuvres publiées sur supports numériques, dès lors qu'ils font l'acquisition de supports d'enregistrement pour leur propre usage ou production. Il en est de même pour les personnes morales utilisant les supports à des fins d'aide aux handicapés visuels et auditifs. Un tel dispositif est justifié dans la mesure où il n'est pas question de la reproduction d'œuvres originales, mais simplement de l'enregistrement d'œuvres ou d'autres objets.

125. Assiette de la rémunération pour copie privée – Dans sa décision numéro 1 du 4 janvier 2001³²⁷, la commission sur la rémunération pour copie privée rend éligibles à la redevance « *tous les supports d'enregistrement numérique utilisables pour la reproduction à usage privé des œuvres fixées sur les phonogrammes et les vidéogrammes quels que soient leur format et leur présentation, leurs caractères amovible ou intégré à tout type de matériels commercialisés, inscriptible une fois ou réinscriptible plusieurs fois, dédié à la copie d'œuvres ou à un usage hybride, c'est-à-dire à des copies de sons, d'images et de toutes autres données* »³²⁸. De plus qu'elle définit le montant de la rémunération pour des supports analogiques tels que les cassettes audio ou vidéo, la commission fixe également le montant de la redevance pour les disquettes informatiques³²⁹, mini-discs, les compacts-discs et les dvd enregistrables ou réenregistrables. Dans sa décision numéro 3 du 4 juillet 2002³³⁰, la commission a inclus dans l'assiette de la rémunération pour copie privée « *certaines appareils électroniques grand public qui sont, dans leur usage en copie privée, dédiés à l'enregistrement de phonogrammes ou de vidéogrammes en vue de leur restitution* »³³¹. Plus précisément, selon l'article 1^{er} de la décision, les disques durs intégrés à un téléviseur, les magnétoscopes, les décodeurs comportant une fonction d'enregistrement numérique de vidéogrammes sur disque dur, ainsi que les disques durs intégrés à un baladeur ou à un appareil de salon susceptibles de lire les phonogrammes, sont éligibles à la rémunération. En revanche, cette décision a laissé pendante

³²⁷ Commission pour copie privée, décision n° 1 du 4 janvier 2001, *JO* du 7 janvier 2001, p. 336 ; *CCE*, novembre 2001, comm. 110, p. 18, note C. Caron.

³²⁸ Article 1^{er} de la décision du 4 janvier 2001 – Le 10 octobre 2000, le Conseil d'État avait déjà rendu un avis selon lequel les supports d'enregistrement utilisables pour la copie privée d'œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes s'entendent comme visant « tout élément matériel susceptible de fixer, de manière définitive ou temporaire, une œuvre et de la restituer en vue de sa représentation, indépendamment de la nature de cet élément, des techniques ou procédés utilisés pour la fixation de l'œuvre, de l'intégration ou non dudit élément au matériel d'enregistrement. Il en résulte que les supports mentionnés au premier alinéa de l'article L. 311-4 [du CPI] ne se limitent pas aux supports amovibles par rapport aux matériels d'enregistrement qui servent à les utiliser mais incluent également les supports intégrés à ces matériels et indissociables de ceux-ci.

³²⁹ Commission pour copie privée, décision n° 4 du 10 juin 2003, *JO* du 2 juillet 2003, p. 11121.

³³⁰ Commission pour copie privée, décision n° 3 du 4 juillet 2002, *JO* du 27 juillet 2002, p. 12877 ; *CCE*, octobre 2002, comm. 127, p. 27, note C. Caron.

³³¹ Considérant 2 de la décision du 4 juillet 2002.

la question des disques durs d'ordinateur ou de console de jeu. La liste a augmenté au fur et à mesure des nouveautés technologiques. Sont ainsi devenus éligibles à la rémunération les supports d'enregistrement hybrides amovibles tels que les clés USB, les cartes mémoires, les disques durs externes³³², de même que les mémoires et disques durs intégrés à un appareil mobile combinant une fonction téléphone et une fonction baladeur³³³. Bien que cette énumération soit déjà bien fournie, elle n'est pas exhaustive.

La Cour de justice est intervenue pour préciser que la compensation équitable ne concernait que les matériels et supports d'enregistrement « susceptibles d'être utilisés à des fins de copie privée et, partant, de causer un préjudice à l'auteur de l'œuvre protégée ». Mais, dans la mesure où il n'est pas aisé de sonder les esprits des acquéreurs de ces matériels, pas plus que de savoir si l'utilisateur final a acquis un support afin de reproduire un objet protégé ou non, la Cour établit une « présomption de copie privée ». Selon elle, « dès lors que les équipements en cause ont été mis à la disposition des personnes physiques à des fins privées, il n'est nullement nécessaire d'établir que celles-ci ont effectivement réalisé des copies privées à l'aide de ces derniers et ont ainsi effectivement causé un préjudice à l'auteur de l'œuvre protégée. En effet, ces personnes physiques sont légitimement présumées bénéficier intégralement de cette mise à disposition, c'est-à-dire qu'elles sont censées exploiter la plénitude des fonctions assignées auxdits équipements, y compris celle de reproduction. Il s'ensuit que la simple capacité de ces équipements ou de ces appareils à réaliser des copies suffit à justifier l'application de la redevance pour copie privée, à la condition que lesdits équipements ou appareils aient été mis à disposition des personnes physiques en tant qu'utilisateurs privés »³³⁴. Ainsi, la Cour de justice n'envisage pas que le préjudice, concret et réalisé, mais le préjudice « potentiel » comme critère déterminant l'assiette de la compensation équitable. Le fait générateur de la compensation équitable est la mise à disposition d'une personne physique de matériels permettant d'effectuer des reproductions. Cette seule mise à disposition d'une personne physique donne un caractère simplement « potentiel » au préjudice causé à l'auteur mais suffisant pour que la compensation soit versée. Il n'est donc nul besoin de vérifier que la mise à disposition des matériels ait été suivie de la réalisation effective de copies privées³³⁵.

A contrario, cela signifie que la redevance pour copie privée ne doit pas être exigée dans les hypothèses où les matériels « sont acquis par des personnes autres que des personnes physiques, à des fins

³³² Commission pour copie privée, décision du 9 juillet 2007, JO du 9 septembre 2007, p. 14860.

³³³ Commission pour copie privée, décision n° 10 du 27 février 2008, JO du 3 avril 2008, p. 5622.

³³⁴ CJUE, 21 octobre 2010, aff. n° C-467/08, *Padawan SL c/ Sociedad General de Autores y Editores de Espana*, préc. : considérants 54, 55 et 56.

³³⁵ *Ibid.*, considérant 57.

manifestement étrangères à celle de copie privée»³³⁶. La solution, guidée par les « *exigences du juste équilibre* »³³⁷, a le mérite d'être cohérente. Il importait effectivement d'établir une corrélation entre l'application de la redevance pour copie privée assise sur les matériels d'enregistrement et l'utilisation de ceux-ci à des fins de reproduction privée.

126. Montant de la rémunération – Tout d'abord, en vertu de l'article L. 311-3 du CPI, la rémunération pour copie privée est évaluée selon le mode forfaitaire. En principe, le montant de la rémunération dépend du type de support et de la durée d'enregistrement qu'il permet³³⁸. La difficulté tient à ce que l'indice temporel est beaucoup moins pertinent dans le contexte numérique. C'est la raison pour laquelle, dans sa décision du 4 juillet 2002, la commission a pris quelques libertés en prenant pour critère les capacités d'enregistrement³³⁹.

Ensuite, le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser que « *la détermination de la rémunération pour copie privée ne peut prendre en considération que les copies licites réalisées dans les conditions prévues par les articles L. 122-5 et L. 311-1 du Code de la propriété intellectuelle* »³⁴⁰. En d'autres termes, il appartient à la Commission pour copie privée d'évaluer pour chaque type de support la proportion des usages licites afin d'exclure du montant de la rémunération le préjudice causé par les reproductions illicites, lesquelles ne peuvent être apparentées à des copies privées licites, et partant, ne peuvent avoir aucun lien avec la rémunération pour copie privée.

Enfin, le montant de la rémunération est également fonction des mesures techniques. L'article 5 paragraphe 2 b) de la directive du 22 mai 2001 exige que la compensation équitable prenne en compte la présence ou non de mesures techniques. En effet, il ne serait pas juste que l'utilisateur, supportant finalement la charge de la redevance, subisse la contrainte de mesures techniques sans que le montant de la rémunération soit modéré. Il ne fait aucun doute que la présence de mesures techniques aide à la diminution des copies privées. Le manque à gagner des titulaires de droits s'en trouve donc nécessairement réduit, et par conséquent, la rémunération pour copie privée doit être moindre. La loi du 1^{er} août 2006 n'a pas failli à la transposition de cette règle et a introduit à l'article 311-4 du CPI un troisième alinéa en vertu duquel le montant de

³³⁶ *Ibid.*, considérant 53.

³³⁷ *Ibid.*, considérant 52.

³³⁸ Article L. 311-4 alinéa 2 du CPI.

³³⁹ Article 2 de la décision du 4 juillet 2002 publiée au *JO* du 27 juillet 2002, p. 12877.

³⁴⁰ CE, 11 juillet 2008, *CCE*, octobre 2008, comm. 112, p. 24, note C. Caron ; N. Binctin, « Pour une application stricte de la rémunération pour copie privée », *CCE*, novembre 2008, étude 21, p. 7. La rémunération pour copie privée ne joue que pour les « copies réalisées à partir d'une source acquise licitement ».

la rémunération « *tient compte du degré d'utilisation des mesures techniques [...] et de leur incidence sur les usages relevant de l'exception pour copie privée* ». On remarquera cependant que peu de renseignements sont donnés quant à l'évaluation du degré d'utilisation des mesures techniques.

Conclusion de la Section III

127. Dans l'environnement analogique, l'exception de copie privée est justifiée par des considérations pratiques. Le contrôle des reproductions y est matériellement impossible. Cela n'est pas le cas dans l'univers numérique. Cependant, il n'a pas paru opportun au législateur de supprimer cette exception si emblématique. Il n'est pas certain que la disparition de cette dérogation dans le contexte binaire aurait empêché les utilisateurs de reproduire les œuvres. D'autant que le maintien de l'exception de copie privée dans l'environnement dématérialisé implique celui d'une rémunération ou compensation équitable non négligeable pour les titulaires de droits.

La résistance de l'exception de copie privée à l'environnement numérique montre combien elle est ancrée dans le paysage du droit d'auteur et c'est peut être le signe qu'elle ne doit pas être remise en cause, le signe de sa valeur impérative³⁴¹.

³⁴¹ *Infra* n° 217.

Section IV – Les limites internes travesties en exceptions au droit d’auteur

128. Il est des hypothèses considérées comme des exceptions au droit d’auteur par le législateur, alors que, en vérité, elles correspondent à des limites internes. C’est d’abord le cas de la représentation privée dans le cercle de famille figurant dans la liste énoncée par l’article L. 122-5 du CPI (Paragraphe I). Mais c’est aussi le cas de la reproduction ou représentation accessoire d’œuvres situées sur la voie publique que les juges qualifient explicitement d’exception au droit d’auteur (Paragraphe II).

Paragraphe I - La représentation privée dans le cercle de famille

129. L’article L. 122-5 1° du CPI énonce que lorsque l’œuvre a été divulguée, l’auteur ne peut interdire « *les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille* ». Deux raisons sont susceptibles de justifier que la représentation privée et gratuite dans le cercle de famille ne soit pas soumise à l’autorisation de l’auteur. D’abord, comme pour la copie privée, si ce n’est impossible, on considère qu’il est inopportun d’effectuer un contrôle trop intrusif des utilisations relevant de la sphère privée. Surtout, la représentation privée est une limite interne et non une véritable exception au droit d’auteur. Néanmoins, la libre représentation doit répondre à deux exigences : le cercle de famille et la gratuité.

A. Le cercle de famille

130. **Des contours à la définition du cercle de famille** – La représentation doit avoir un caractère privé dont la limite ultime est le cercle de famille. Le cercle de famille est une notion qui satisfait à la condition de l’usage privé dans la mesure où il ne constitue pas un public³⁴². Or, conformément à l’article L. 122-2 du CPI, « *la représentation consiste dans la communication de l’œuvre au public* ». Par conséquent, ne peut être qualifié d’acte d’exploitation la représentation offerte à des intimes. En effet, puisque le public est partie intégrante de la notion de représentation, il faut considérer que le cercle de famille est davantage une limite interne au droit d’auteur qu’une

³⁴² P. Gaudrat, « Du logiciel – Support à l’illicéité de la copie privée numérique », *RTD com.* 2002, p. 55.

véritable exception³⁴³. C'est ce qu'exprime Desbois lorsqu'il affirme que le caractère public s'impose à toute réunion qui ne participe pas de la nature d'un cercle de famille³⁴⁴.

Avant 1957, les juges admettaient que la représentation était libre dès lors que la réunion était privée et gratuite³⁴⁵. L'exception pouvait donc bénéficier aux membres d'un groupement sous réserve qu'ils soient en nombre limité ainsi qu'à des tiers nominativement invités. C'est pour mettre fin à cette jurisprudence que l'article 41 alinéa 1 de la loi du 11 mars 1957 est intervenu, limitant le champ d'application de l'exception au cercle de famille. Depuis, tout groupement qui ne répond pas à la qualification de cercle de famille ne peut prétendre au bénéfice de l'exception. Il en est ainsi des associations³⁴⁶, des employés d'une entreprise³⁴⁷, des établissements d'enseignement³⁴⁸, des maisons d'accueil pour enfants³⁴⁹, des réunions d'électeurs³⁵⁰. Autres exemples, l'utilisation d'une antenne collective par un syndicat de copropriétaires³⁵¹ ou encore la projection sans autorisation de films dans une cinémathèque universitaire³⁵² ne sauraient être couvertes par l'exception. De la même manière, ne peuvent échapper au droit exclusif, ni la représentation sur une page Internet dès lors que l'accès est ouvert au public, ni la représentation sur le réseau fermé d'une association, d'une entreprise ou d'un établissement d'enseignement.

Les juges ont eu l'occasion de définir le cercle de famille comme « *le cercle familial ou d'amis constitué par la réunion de parents, d'alliés ou de personnes ayant des relations habituelles* »³⁵³ ou encore comme un groupe de personnes composé de « *parents ou amis très proches* »³⁵⁴. Ces définitions rappellent l'idée de Desbois qu'il importe peu « *que les personnes assemblées soient des parents proches ou*

³⁴³ En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 391, n° 583 – Dans le même sens, C. CARON, p. 312, n° 368, mais parlant de « limites externes » au monopole.

³⁴⁴ DESBOIS, p. 356, n° 275^{bis}.

³⁴⁵ Cass. crim., 1^{er} avril 1882, *Ann. propr. ind.* 1883, p. 172.

³⁴⁶ TI Reims, 26 octobre 1960, *RTD com.* 1961, p. 89, obs. H. Desbois – Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1972, *Demoiselle Schwindenhammer c/SACEM*, affaire dite de « l'Amicale des Trains de Plaisir » (association organisant des voyages), *D.* 1972, jurispr. p. 659 ; *RTD com.* 1973, p. 262, note H. Desbois.

³⁴⁷ CA Douala, 3 mars 1967, *SACEM c/Sté d'Energie Electrique du Cameroun*, *RIDA*, juillet 1968, p. 164 ; *RTD com.* 1968, p. 346, obs. H. Desbois.

³⁴⁸ CA Bordeaux, 1^{er} juin 1993, *Juris-Data* n° 1993-046171.

³⁴⁹ CA Grenoble, 26 février 1968, *SACEM c/Dame Bérard*, *RTD com.* 1968, p. 346, obs. H. Desbois ; *RIDA*, juillet 1968, n° 57, p. 166.

³⁵⁰ TI Marvejol, 13 juillet 1961, *RTD com.*, 1961, p. 849, note H. Desbois.

³⁵¹ Deux affaires : Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2005, *Syndicats des copropriétaires de la résidence Parly II c/SACEM et autres* ainsi que *Syndicat des copropriétaires Chesnay-Trianon Résidence Parly II c Association nationale de gestion des œuvres audiovisuelles*, *PI*, avril 2005, p. 160, obs. A. Lucas ; *RLDI*, avril 2005, p. 16, note L. Costes ; *RIDA*, juillet 2005, n° 205, p. 445, obs. A. Kéréver ; *CCE*, mai 2005, comm. 80, p. 36, note C. Caron ; *RTD com.* 2005, p. 302, note F. Pollaud-Dulian.

³⁵² CA Paris, 16 septembre 1994, *Juris-Data* n° 1994-022587 – Comp. TGI Paris, ch. corr., 24 janvier 1984, *Walt Disney productions c/ Lifszyzyc et autres*, préc.

³⁵³ CA Grenoble, 26 février 1968, *SACEM c/Dame Bérard*, préc.

³⁵⁴ TGI Paris, 24 janvier 1984, *Walt Disney productions c Lifszyzyc et autres*, préc.

éloignés, et même qu'aucun lien de parenté ou d'alliance ne les lie entre elles ou à leur hôte : les "familiers" de la maison sont introduits dans le cercle de famille, sous l'égide des lois de l'hospitalité ». C'est cette hospitalité, d'autres diront « *convivialité* »³⁵⁵, qui implique que la représentation revête un caractère gratuit.

B. La gratuité

131. La gratuité : une condition cumulative – Non seulement la représentation ne peut avoir lieu que devant un cercle d'intimes, mais elle doit encore être gratuite. La représentation effectuée exclusivement devant un cercle de famille, mais qui ne serait pas gratuite, ne saurait échapper au monopole. Plus précisément, les invités ne doivent pas supporter la charge des frais de représentation. A l'inverse, la représentation donnée devant des spectateurs qui ne forment pas un cercle de famille, ne peut être couverte par l'exception, fut-ce à titre gratuit³⁵⁶. En tout état de cause, la condition du caractère privé – cercle de famille ainsi que l'exigence de la gratuité doivent nécessairement être réunies pour que l'exception ait vocation à jouer.

Paragraphe II - La reproduction ou représentation accessoire d'œuvres situées sur la voie publique

132. Traditionnellement, la jurisprudence admet que l'œuvre située sur la voie publique, ou visible depuis la voie publique³⁵⁷, soit librement reproduite ou représentée dès lors qu'elle n'est utilisée que de manière accessoire. Peu importe qu'il s'agisse d'une reproduction ou représentation intégrale³⁵⁸. Encore faut-il que l'œuvre graphique ou plastique soit un élément accessoire en regard du sujet principal de la reproduction ou de la représentation³⁵⁹. Nombreuses sont les espèces relatives à la question des œuvres situées sur la voie publique et où la notion d'accessoire a été employée comme jauge d'appréciation de la reproduction ou de la représentation. Ainsi, le bénéfice de l'exception n'a pas été accordé lorsque pour un spot publicitaire ont été intégralement reproduites des statues de Maillol, installées dans le jardin des Tuileries³⁶⁰. En revanche, il a été jugé que l'auteur ne peut interdire à des éditeurs d'imprimer des

³⁵⁵ P.-Y. GAUTIER, p. 339, n° 336.

³⁵⁶ CA Douala, 3 mars 1967, *SACEM c/ Sté d'Energie Electrique du Cameroun*, préc.

³⁵⁷ T. civ. Seine, 15 février 1952, *RTD com.* 1953, p. 918, obs. H. Desbois.

³⁵⁸ CA Paris, 23 octobre 1990, *RIDA*, octobre 1991, n° 150, p. 134.

³⁵⁹ CA Paris, 14 septembre 1999, *D. Affaires*, 1999, A.J. 54.

³⁶⁰ CA Versailles, 15 janvier 1998, affaire dite « Maillol », *RIDA*, juillet 1998, n° 177, p. 267.

cartes postales d'une place historique qui reproduisent accessoirement les aménagements réalisés aux abords par un architecte³⁶¹.

On observera qu'il s'agit d'une limite prétorienne qui ne figure pas dans la liste fermée des exceptions³⁶² et que l'on classerait plus volontiers dans la catégorie des limites internes au droit d'auteur. La vocation du droit d'auteur n'est pas d'appréhender tous les actes de reproduction ou de représentation sans considération de leur ampleur ou de leur signification. Ne peuvent être considérés comme de véritables actes d'exploitation les reproductions ou représentations accessoires d'œuvres. Ces reproductions ou représentations sont inévitables et il n'est pas envisageable de les soumettre au contrôle des titulaires de droits au risque de paralyser toute activité artistique sur la voie publique³⁶³.

³⁶¹ CA Lyon, 1^{re} ch., 20 mars 2003, *Daniel Buren et autres c/Éditions Cellard et autres*, affaire dite « Place des Terreaux », *CCE*, septembre 2003, comm. 81, p. 23, note C. Caron, qui confirme partiellement, TGI Lyon, 1^{re} ch., 4 avril 2001, *CCE*, juin 2001, comm. 57, p. 26, note C. Caron.

³⁶² L'article 5 paragraphe 3 de la directive du 22 mai 2001 prévoit une exception d'inclusion fortuite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé dans un autre produit. Cette exception facultative n'a pas été transposée en droit français – V. Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *RLDI*, juillet 2001, p. 20, note B. Galopin, décidant que la Cour d'appel a bien déduit que la représentation de l'œuvre litigieuse « était accessoire au sujet traité résidant dans la représentation documentaire de la vie et des relations entre maître et enfants d'une classe unique de campagne, de sorte qu'elle devait être regardée comme l'inclusion fortuite d'une œuvre, constitutive d'une limitation au monopole d'auteur, au sens de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 » - V. aussi sur une exception de ressemblance « fortuite », E. Martin-Hocquenghem et J.-C. Zylberstein, « Propos critiques sur l'exception de rencontre fortuite », *CCE*, avril 2006, p. 7.

³⁶³ La Cour de cassation a également fait application de la notion d'accessoire pour des œuvres situées dans des lieux privés : Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2001, *PI*, octobre 2001, p. 62, obs. A. Lucas – Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000, *CCE*, février 2001, comm. 14, 26, note C. Caron ; *PI*, octobre 2001, p. 62, obs. A. Lucas

Conclusion de la Section IV

133. La loi classe parmi les exceptions au droit d'auteur la représentation gratuite dans le cercle de famille alors qu'elle est une limite interne au monopole d'exploitation. En effet, en vertu de l'article L. 122-2 du CPI, la représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque. Or la famille ne peut pas être assimilée à un public entendu comme un nombre indéterminé de personnes. Il est donc loisible de s'interroger sur la pertinence d'une exception de représentation dans le cercle familial. Il semble que le législateur ait préféré inclure cette limite interne parmi les exceptions par pragmatisme. Cela lui permet de rappeler expressément que les conditions en sont étroites. Il suffit qu'une représentation soit effectuée devant des proches mais dans un but lucratif pour que le droit exclusif ait vocation à s'appliquer.

Conclusion du Chapitre I

134. Multiples exceptions, multiples fondements – Les exceptions au droit d’auteur sont nombreuses et leurs justifications sont variées. L’étude de leur contenu a permis d’exposer leurs logiques respectives.

Tout d’abord, certaines dérogations au droit d’auteur s’expliquent en raison d’une nécessité technique. On rappellera, à titre d’exemple, la reproduction provisoire, la reproduction nécessaire à l’utilisation du logiciel ou encore la reproduction nécessaire à l’accès à la base de données. La plupart de ces actes ne sont pas des actes d’exploitation à part entière et relèvent, en réalité, d’un usage normal de l’œuvre. Aussi doivent-ils être considérés comme neutres.

Ensuite, d’autres exceptions traduisent plutôt la prise en considération de droits et libertés fondamentaux tels que la liberté d’expression ou la liberté d’information. On pense bien évidemment aux exceptions classiques que sont la courte citation, la parodie, l’analyse ou encore les revues de presse. Mais à ces exceptions traditionnelles peuvent s’ajouter des exceptions modernes telles que l’exploitation des œuvres graphiques, plastiques ou architecturales aux fins d’information immédiate du public.

En outre, il est des dérogations au droit d’auteur qui semblent davantage servir les intérêts de catégories de personnes bien particulières. C’est la raison pour laquelle on les dit « catégorielles ». Il n’en reste pas moins que certaines d’entre elles servent aussi l’intérêt général³⁶⁴. A l’égard de l’exception en faveur des commissaires-priseurs, il est permis d’en douter. Mais c’est certainement le cas des exceptions couvrant les reproductions aux fins de conservation et de consultation en faveur des organismes de dépôt légal ou les actes nécessaires à la sécurité publique ou à l’accomplissement d’une procédure.

Enfin, comme la représentation privée dans le cercle de famille, certaines hypothèses assimilées à des exceptions sont en réalité des limites internes au droit d’auteur, ce qui montre qu’il n’est pas toujours aisé de discerner les frontières du droit exclusif.

³⁶⁴ M. Buydens et S. Dusollier, *op. cit.*, p. 14, n° 6.

Les frontières entre les diverses justifications des exceptions, elles aussi, sont floues. Celles-ci sont susceptibles de se superposer, ce qui rend délicate toute tentative de classification par les fondements. Une exception préservant une liberté fondamentale est susceptible d'être le vecteur de l'intérêt public. Par exemple, tout en relevant de la liberté d'expression, la possibilité de citer librement le titre d'une œuvre dans un index bibliographique peut être considérée d'intérêt général³⁶⁵. Même la copie privée que l'on justifie tantôt par une impossibilité pratique de contrôler les copies, tantôt par le respect de la vie privée, et qui apparaît résolument comme la « moins consensuelle »³⁶⁶ des exceptions, pourrait se targuer de contribuer à l'intérêt général. Après tout, si la copie privée est aussi justifiée par le respect de la vie privée, ne pourrait-on pas estimer qu'elle est d'intérêt public ? Dans le même esprit, l'exception en faveur des personnes handicapées, exception catégorielle, ne contribue-t-elle pas à l'intérêt de la société ? N'est-il pas d'intérêt général de favoriser la diffusion du savoir auprès de ceux qui y ont difficilement accès ?

135. Fondement commun – Ces considérations ne sont pas sans rappeler la théorie d'Adam Smith selon laquelle l'intérêt général serait la somme des intérêts particuliers³⁶⁷. En tous les cas, comme l'a affirmé un auteur³⁶⁸, il semble que l'on se serve de l'intérêt général pour satisfaire des intérêts privés, et ce peut être au travers des exceptions.

D'ailleurs, le Conseil Constitutionnel a eu l'occasion d'affirmer que de la même manière qu'un « objectif d'intérêt général [...] s'attache à la sauvegarde de la propriété intellectuelle »³⁶⁹, en tant que prérogative individuelle protégeant des intérêts privés, les limites qui lui sont apportées le sont au nom de ce même intérêt général³⁷⁰. Or, les exceptions au droit d'auteur, portant elles aussi des prérogatives individuelles, comptent parmi ces limites. Ainsi comprend-on mieux la raison pour laquelle, dans un mouvement dialectique impulsé par la confrontation d'intérêts opposés, ceux des tiers viennent à être favorisés par rapport à ceux de l'auteur.

D'ordinaire, l'utilisateur d'une œuvre, même pourvu d'une liberté fondamentale ou d'un intérêt légitime, ne dispose pas de la légitimité suffisante pour supplanter le droit subjectif de

³⁶⁵ C. Colombet, obs. sous TGI Paris, 20 février 1980, *D.* 1982, somm. p. 44, préc.

³⁶⁶ V.-L. Benabou, « De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques de protection », *PI*, octobre 2007, p. 432.

³⁶⁷ A. Smith, *Recherches sur le nature et les causes de la richesse des nations*, W. Strahan et T. Cadell, Londres, 1776.

³⁶⁸ Rémi Prades, *Intérêt public et droit d'auteur – De la conception classique aux exigences actuelles*, Thèse Paris XII, 1999, p. 16.

³⁶⁹ Cons. const., décision du 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, préc.

³⁷⁰ Cons. const., décision du 8 janvier 1991, n° 90-283 DC, « Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme », *JO* du 10 janvier 1991, p. 524 : considérant 5 – Aussi, Cons. const., décision du 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, « Loi de nationalisation », *JO* du 17 janvier 1982, p. 299 : considérant 16.

l'auteur, lui-même élevé au rang de droit fondamental³⁷¹. Mais comme le soutient M. Léonard, « le titulaire d'un droit d'auteur violé par un tiers peut lui imposer le respect de son droit. Ce dernier ne trouvera ni dans sa liberté de commerce, d'entreprendre ou de concurrence ni dans ses intérêts légitimes, une légitimation suffisante a priori pour neutraliser le droit d'auteur du titulaire. Ces libertés ou intérêts légitimes trouvent dans le monopole d'exploitation de l'auteur ou de ses ayants droit une limite [...]. Il n'en serait autrement que si ces tiers pouvaient se prévaloir d'une exception aux droits d'auteur prévue par la loi »³⁷².

Autrement dit, l'exception au droit d'auteur modifie le rapport des forces en présence. Si la dérogation légale renverse ce rapport, c'est qu'elle traduit la prise en compte d'une exigence nécessitant que le droit exclusif soit mis en retrait. Cette exigence ne peut être que l'intérêt général³⁷³ : « les intérêts particuliers qui s'affrontent peuvent [...] être jaugés par rapport à leur valeur et donc par rapport à l'intérêt général dont ils sont porteurs [...] afin de permettre au juge d'effectuer le choix le plus conforme à l'intérêt social ou général de la société »³⁷⁴. En matière d'exceptions au droit d'auteur, c'est le législateur qui opère dans un premier temps cet arbitrage, en dressant une liste fermée de dérogations légales. Il édicte des règles dérogatoires au droit d'auteur car il estime qu'il s'agit de l'option satisfaisant le mieux les intérêts de la collectivité. Par conséquent, il est permis d'affirmer que les exceptions au droit d'auteur ont toutes – en filigrane – un fondement commun : l'intérêt général.

³⁷¹ CEDH, 11 janvier 2007, n° 73049/01, *Anbeuser-Busch Inc. c/ Portugal*, CCE, mai 2007, comm. n° 67, note C. Caron ; JCP E 2007, 1409, note A. Zollinger. La Cour affirme que l'article 1 du protocole n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, lequel énonce que « chacun a droit au respect de ses biens », est applicable à la propriété intellectuelle – CEDH, 11 octobre 2005, *Anbeuser-Busch Inc. c/ Portugal*, Rev. Dr. Rural, mars 2006, p. 22, note D. Szymczak – V. l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n° 2000/C 634/01 du 18 décembre 2000, JOCE n° C 364 du 18 décembre 2000, p. 1.

³⁷² T. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles, et intérêts légitimes – Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité de la responsabilité civile*, Thèse Namur, Larcier, 2005, p. 623.

³⁷³ En ce sens, Y. Gaubiac, « Droit d'auteur et intérêt général », *PI*, juillet 2010, p. 816, soulignant que « l'intérêt général peut l'emporter sur l'application normale d'une règle du droit d'auteur ».

³⁷⁴ T. Léonard, Thèse préc., p. 640.

Chapitre II – La valeur des exceptions au droit d’auteur

136. Après avoir étudié la teneur des exceptions au droit d’auteur, il importe désormais d’en déterminer la valeur. Il n’est pas question ici de discuter de leur valeur juridique car celle-ci est incontestable. Il s’agit plutôt de s’intéresser au rôle et à l’efficacité de ces règles au sein du système juridique.

137. **Valeur de la règle de droit : une notion polysémique** – Toute règle se distingue par sa valeur, c’est-à-dire son importance au sein de l’ordonnement juridique³⁷⁵. Le plus souvent, le concept de valeur renvoie à la théorie de la hiérarchie des normes en vertu de laquelle la norme inférieure doit être conforme à la norme de degré d’autorité supérieur³⁷⁶. Ainsi, la norme à valeur infra-législative ne doit pas contredire la norme à valeur législative, tandis que cette dernière doit se conformer à la norme à valeur constitutionnelle. Pour autant, l’idée de valeur ne saurait être confinée aux seuls rapports d’autorité organique entre normes. D’autres types de relations entre règles reflètent des hiérarchies sans qu’il soit question de la pyramide de Kelsen. En évoquant la notion de *principe juridique*, un auteur décrit cet aspect des choses : « *certaines normes se trouvent investies d’une valeur particulière – indépendante de leur position dans la hiérarchie des normes liée à celle des autorités jurislatrices – [...] voire d’une autorité renforcée dans le système normatif* »³⁷⁷. Cela est vrai non seulement pour les principes juridiques mais pour toute règle à laquelle le législateur ou le juge entendent conférer une valeur singulière. Ainsi peut-on estimer qu’une règle a une valeur particulière en raison de la force contraignante que la loi lui imprime. C’est notamment le cas lorsqu’une règle doit être appliquée sans dérogation possible : on parle de règle à valeur impérative. Il est également loisible de considérer qu’une règle est de prime importance parce qu’elle a vocation à régir la grande majorité des situations : on dit alors de cette règle qu’elle est de principe. Enfin – mais cet inventaire n’a pas la prétention d’être exhaustif – on peut encore contempler la valeur d’une règle en ce qu’elle a, en raison de son caractère spécial, vocation à prendre le pas sur la règle générale : c’est l’hypothèse de la primauté de la règle spéciale par rapport à la règle générale.

³⁷⁵ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/Puf, 2011, 9^e éd., p. 711, indiquant que l’ordonnement juridique est un « ensemble de règles de Droit articulées entre elles, qui sont en vigueur à un moment donné dans une société donnée ».

³⁷⁶ P. Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 23^e éd., 2011, p. 105, n^o 135.

³⁷⁷ A. Jemmaud, « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit », in *Les principes en droit – Études juridiques*, Economica, 2008, p. 51.

138. Acception choisie – Au cours de cette recherche, le terme « valeur » sera entendu comme la « *qualité de ce qui produit l'effet souhaité* »³⁷⁸. Suivant une telle acception, il convient d'évoquer « *l'effet souhaité* » des exceptions au droit d'auteur, autrement dit leur rôle, mais aussi d'aborder la question de leur efficacité³⁷⁹. De façon évidente, afin d'apprécier leur efficacité, leur effectivité³⁸⁰ plus précisément, il importe avant tout de présenter l'effet qu'elles sont censées produire. Or, la vocation des exceptions au droit d'auteur est de déroger à la règle de principe qui impose d'obtenir le consentement du titulaire de droits avant d'effectuer toute reproduction ou représentation de son oeuvre. Mais « *l'effet souhaité* » qu'est la dérogation demeurera incertain si l'exception est susceptible d'être remise en cause alors même que les conditions de son application – aussi strictes qu'elles soient – sont remplies³⁸¹. A cet égard, il importe de se demander s'il est légitime d'écarter la mise en oeuvre d'une dérogation légale par le prisme du contrat ou au moyen des mesures techniques de protection. Cela revient finalement à déterminer si les exceptions au droit d'auteur sont des règles supplétives ou impératives.

139. Caractère dérogatoire et caractère supplétif ou impératif – Avant de s'interroger sur le caractère supplétif ou impératif des exceptions au droit d'auteur (Section II), il convient d'étudier leur caractère dérogatoire (Section I).

³⁷⁸ *Le Nouveau Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, 2010, p. 2673.

³⁷⁹ *Ibid.* : l'efficacité est synonyme de valeur.

³⁸⁰ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/Puf, 2011, 9^e éd., p. 384, suivant lequel l'effectivité est le « caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement ».

³⁸¹ C'est-à-dire si elles satisfont aux exigences de l'interprétation stricte des exceptions ainsi qu'à celles du triple test.

Section I – La valeur dérogatoire des exceptions au droit d’auteur

140. C’est précisément parce qu’elles posent des limites au droit d’auteur par voie de dérogation que l’on recourt aux exceptions. L’effet dérogatoire est leur vocation (Paragraphe I). Mais, à l’inverse, il existe aussi des limites juridiques à leur mise en œuvre (Paragraphe II).

Paragraphe I – La vocation des exceptions au droit d’auteur

141. **Effet dérogatoire** – « Porter des exceptions à une règle est un procédé technique du législateur »³⁸² qui entraîne un effet dérogatoire. En tant que règle spéciale, l’exception déroge à une règle plus générale qualifiée aussi de règle de principe. Appliqué aux exceptions au droit d’auteur, l’effet dérogatoire instaure une hiérarchie entre elles et le principe du droit exclusif : c’est la fonction légistique³⁸³ des exceptions au droit d’auteur (A). Une telle hiérarchie est établie car, précisément, -une exception au droit d’auteur a pour finalité de préserver des intérêts primordiaux³⁸⁴ en faveur des membres de la collectivité. En consacrant une dérogation, le législateur décide de sauvegarder les intérêts de tiers en les préférant à ceux de l’auteur car il estime que ce choix est le plus conforme à l’intérêt général. Les exceptions constituent l’une des voies par lesquelles le droit d’auteur – entendu comme branche du droit – remplit sa fonction sociale (B).

³⁸² L. Robine, *L’interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, Thèse Bordeaux, 1933, p. 97.

³⁸³ Rapp. V. Bost-Lagier, *L’exceptionnel en droit civil*, Thèse Paris II, 2002, p. 161, affirmant que « l’exceptionnel est [...] avant tout un outil pour le législateur ».

³⁸⁴ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 193, affirmant qu’il est « des règles d’exception qui procèdent d’un intérêt fondamental ou supérieur à celui qui justifie la règle générale à laquelle elles dérogent » - Aussi, J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ, 2^e éd., 2009, p. 429, n° 324, relevant qu’en matière de droit des marques comme en toutes branches de la propriété intellectuelle, les exceptions au droit exclusif s’expliquent en raison de la « nécessité de garantir le respect de certains principes ou intérêts supérieurs » – En matière de *copyright*, R. Burrell et A. Coleman, *Copyright – Exceptions The Digital Impact*, Cambridge University Press, 3^e éd., 2006, p. 5 : « Copyright exceptions are most commonly thought of as representing situations in which the legislature has decided to prioritise some other interests over the interests of the copyright owner, and many of the United Kingdom’s permitted acts do take this form ».

A. La fonction légistique des exceptions au droit d'auteur

142. Les exceptions au droit d'auteur ont un caractère spécial (1) qu'il importe de prendre en considération car il emporte des conséquences bien précises (2).

1. Le caractère spécial des exceptions au droit d'auteur

143. **Les exceptions au droit d'auteur : des règles spéciales** – Les exceptions au droit d'auteur sont des règles spéciales du droit d'auteur. Ces exceptions sont appelées à déroger à une règle de principe.

C'est à une règle de principe bien précise que viennent déroger les exceptions au droit d'auteur. Très logiquement, cette règle est posée par le texte qui précède leur énoncé, en l'occurrence l'article L. 122-4 du CPI : « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite* ». Autrement dit, il n'est admis ni de reproductions ni de représentations autres que celles consenties par l'auteur. Ce droit d'autoriser équivaut à un droit d'interdire.

144. Or, comme toute règle spéciale, l'article L. 122-5 du CPI vient réduire le champ d'extension de cette règle de principe en précisant les caractères des hypothèses particulières qui échappent à son empire. Par exemple, en énonçant que « *l'auteur ne peut interdire : 1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille* », l'article L. 122-5 précise les caractères d'une hypothèse particulière : la représentation à caractère familial.

Dans le même temps, par effet dérogatoire, il la soustrait³⁸⁵ à la règle de principe selon laquelle l'auteur doit consentir à toute représentation. *Idem* en matière de reproduction privée : lorsqu'il indique que l'auteur ne peut interdire « *2° Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* », l'article L. 122-5 ne fait qu'amputer l'hypothèse des copies privées à la règle générale que toute reproduction requiert le consentement de l'auteur.

³⁸⁵ P.-Y. Gautier, « De la transposition des exceptions : à propos de la directive "droit d'auteur dans la société de l'information" », *CCE*, novembre 2001, p. 10, relevant que « l'exception soustrait à la règle, la limitation restreint son champ, ce qui revient pratiquement au même ».

Les exceptions au droit d'auteur doivent donc être regardées comme des règles spéciales en regard de la règle de principe qui exige que toute reproduction ou représentation soit consentie par l'auteur de l'oeuvre. Or, c'est le caractère spécial des exceptions au droit d'auteur qui établit leur primauté sur la règle de principe.

2. Les conséquences du caractère spécial des exceptions au droit d'auteur.

145. La loi spéciale prime la loi générale – L'évocation de ce principe général du droit permet de mieux saisir la valeur des exceptions. La doctrine a très bien mis en évidence les mécanismes logiques par lesquels les règles étaient hiérarchisées en fonction de leur degré de généralité³⁸⁶. Bien qu'il soit nécessaire de présumer la règle générale car « *elle est plus simple et présente moins de caractères que la règle spéciale* »³⁸⁷, la présomption doit cesser dès lors qu'il est démontré l'applicabilité d'une autre règle. La preuve de cette applicabilité est établie par la vérification des caractères de l'hypothèse particulière dans l'espèce. Une hiérarchie matérielle doit donc être établie entre la loi spéciale et la loi générale, entre l'exception et la règle de principe.

146. Il ne s'agit que de l'application pure et simple du brocard ancien *Specialia generalibus derogant*. En cas d'antinomie³⁸⁸, ce principe veut que la loi spéciale l'emporte sur la loi générale. En tout état de cause, si la règle spéciale nouvelle s'impose devant la règle générale ancienne, c'est aussi en raison de l'application du principe selon lequel le droit nouveau prend le pas sur le droit antérieur : *Lex posterior derogat priori*. A l'inverse, en vertu de l'adage *Generalia specialibus non derogant*, la loi générale nouvelle ne peut priver d'effet la loi spéciale antérieure. Dans ces conditions, le principe de spécialité neutralise la maxime *Lex posterior derogat priori*.

147. Primauté des exceptions au droit d'auteur – Les dispositions consacrant les exceptions au droit d'auteur doivent être regardées avant tout comme des règles spéciales par rapport à la règle de principe qui impose que tout acte d'exploitation à l'initiative d'un tiers soit consenti par l'auteur. Par conséquent, l'adage *Specialia generalibus derogant* leur est applicable. En raison de leur caractère spécial, dès lors que leurs conditions sont remplies, l'application des exceptions au droit d'auteur doit prévaloir sur la mise en oeuvre de la règle de principe. Un tel rappel semble indispensable dans la mesure où il permet de mettre en avant l'idée qu'une

³⁸⁶ P. Van der Eycken, *op. cit.*, n° 130.

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ J.-L. Bergel, *op. cit.*, p. 190, précisant que « les dispositions spéciales sont souvent en contradiction avec les règles plus générales auxquelles elles dérogent de manière explicite ou, fréquemment, implicite ».

hiérarchie matérielle et logique doit être établie entre les exceptions au droit d'auteur et la règle de principe. Cela relève de l'évidence. Pourtant, cet aspect des choses n'est jamais évoqué en raison de la philosophie qui irrigue le droit d'auteur et place le créateur au centre du système. Dans ce contexte, toutes les dispositions protectrices d'intérêts qui ne sont pas ceux de l'auteur apparaissent inévitablement comme des règles de seconde zone. Cette tendance est accentuée par la défiance quasi-habituelle des juges à l'égard des exceptions au droit d'auteur considérées comme d'ordinaires moyens de défense³⁸⁹. D'ailleurs, la doctrine se laisse parfois bercée par cette approche réductrice alors que les exceptions au droit d'auteur promettent davantage que de simples « *causes légitimes d'immunité juridique [qui] ne sauraient se métamorphoser en droits subjectifs opposables à tous en justice* »³⁹⁰. Certes, il semble difficile d'attribuer la qualité de droits subjectifs aux exceptions au droit d'auteur. Mais le droit subjectif n'a pas le monopole de l'action. Roubier soutenait déjà que les situations juridiques objectives sont susceptibles d'ouvrir une action indépendamment de la préexistence d'un droit subjectif³⁹¹.

148. Préjugés sur les exceptions – Les idées reçues sur les exceptions au droit d'auteur en font des règles de deuxième ordre. Participe de ses présupposés, le discours juridique susceptible de minimiser leur rôle. Ainsi, selon M. Gautier « *une exception ne supplante jamais le droit auquel elle déroge* »³⁹². Au regard de l'étendue de son domaine d'application, il est vrai que l'exception, ayant vocation à régir des hypothèses moins nombreuses, se trouve nécessairement en-deçà de la règle de principe. Cependant, il est un point dont il faut bien rendre compte : la supériorité matérielle de l'exception sur la règle de principe. L'exception déroge à la règle de principe dès que ses conditions d'application sont matériellement vérifiées. C'est donc que l'exception, dans une certaine mesure, « supplante » la règle. Sans cette supériorité matérielle, l'exception n'accéderait jamais à la vie juridique.

149. Entretien encore les préjugés la logique qui consiste à délaissier la dénomination « exception » pour l'appellation « limitation »³⁹³ sous prétexte de vouloir affranchir les dérogations

³⁸⁹ *Infra* n° 637.

³⁹⁰ C. Caron, note sous CA Paris, 4 avril 2007, *Perquin et UFC Que Choisir C/ Universal Pictures France et autres*, *CCE*, mai 2007, comm. 68, p. 34, n° 4.

³⁹¹ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Sirey, 1963, réédité par Dalloz en 2005, p. 69 ; du même auteur, « Les prérogatives juridiques », in *La théologie chrétienne et le droit, Archives de philosophie du droit*, t. 5, Sirey, 1960, p. 69.

³⁹² P.-Y. Gautier, « L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes », *CCE*, novembre 2006, étude 25, p. 12, n° 12.

³⁹³ Le terme « limitation » est employé ici dans un sens différent de celui qui a été exposé dans l'introduction de la présente étude. Selon la définition délivrée par P. B. Hugenholtz, « Adapting Copyright to the Information Superhighway », in *The Future of Copyright in a Digital Environment*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 94, les limitations au

légal de l'interprétation stricte, principe général bridant leur mise en œuvre. Si l'ambition est louable³⁹⁴, la méthode semble néanmoins relever de l'artifice car elle tend à éluder la véritable nature de ces règles. Les partisans de cette évolution terminologique³⁹⁵ font valoir plusieurs arguments.

D'une part, ils font remarquer qu'avant la loi du 1^{er} août 2006, le législateur français n'a jamais employé le terme « exception »³⁹⁶. Cet argument ne résiste pas à l'analyse dans la mesure où l'esprit de la loi se reflète dans la liste limitative des dérogations légales. L'énumération exhaustive des exceptions interdit tout raisonnement par analogie. Partant, leur interprétation ne peut être que restrictive. Par ailleurs, ce qui importe davantage est la qualification que retient le juge en fonction du cas concret qui lui est exposé. En l'absence de précision législative, il revient au juge de « fixer par lui-même [...] le sens de tel des vocables ou de la proposition normative »³⁹⁷, cela relève de son pouvoir d'interprétation. Il peut aussi être amené à manipuler « les qualifications quand [...] il croit devoir ainsi satisfaire à un besoin social »³⁹⁸. Ainsi, il lui est loisible de qualifier de « limitations » les hypothèses où le droit patrimonial est écarté afin de faciliter leur application. Mais, en l'occurrence, on ne voit pas pourquoi le juge se garderait de recourir à la qualification d'« exception »³⁹⁹ dans la mesure où celle-ci semble la mieux adaptée⁴⁰⁰.

D'autre part, les tenants du changement lexical trouvent préférable d'utiliser le vocable « limitation » car celui-ci ne renvoie ni à une hiérarchie qui placerait la règle de principe au-dessus

droit exclusif d'exploitation ne sauraient être assimilées à des exceptions mais plutôt à des techniques permettant au législateur de délimiter le droit d'auteur tout en garantissant un équilibre entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs.

³⁹⁴ P. Jestaz, « La qualification en droit civil », *Droits* 1993, n° 18, p. 52, soulignant l'importance de ne pas manipuler les qualifications pour de vils objectifs.

³⁹⁵ Notamment, C. Geiger, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur », *PI*, octobre 2004, p. 887 ; du même auteur, « Les exceptions au droit d'auteur en France », in *Rencontres franco-allemandes - Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007, p. 352 ; « L'avenir des exceptions au droit d'auteur – Observations en vue d'une nécessaire adaptation et harmonisation du système », *JCP G* 2005, I, 186 ; *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, p. 194, n° 220.

³⁹⁶ Le terme « exception » apparaît notamment dans l'article L. 122-5 du CPI à l'alinéa consacré au triple test. On observera cependant que le terme « exception » figurait déjà dans l'article 9 de la Convention de Berne, l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 10 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

³⁹⁷ C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *La logique du droit, Archives de philosophie du droit*, t. 11, Sirey, 1966, p. 27.

³⁹⁸ P. Jestaz, *op. cit.*, p. 50.

³⁹⁹ Retenant la qualification d'« exception légale », Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, préc.

⁴⁰⁰ En ce sens, A. LUCAS et *alii*, p. 327, n° 346 – D'ailleurs, il est permis de douter de la pertinence de la définition de la limitation donnée par P. B. Hugenholtz dans la mesure où l'exception au droit patrimonial procède aussi d'une technique et que cette technique pose une limite à l'exercice du droit exclusif dans le but de satisfaire les intérêts de tiers.

de l'exception⁴⁰¹ ni à un jugement de valeur⁴⁰². Or, la hiérarchie entre règle de principe et exception n'est pas à sens unique, mais à double sens⁴⁰³. En toute logique, la règle du droit exclusif est présumée car le but majeur du droit d'auteur est la défense des intérêts du créateur. Cela établit *a priori* la précellence de la règle générale. Cependant, cette hiérarchie reste basée sur une présomption qui est renversée dès lors que l'exception voit ses conditions d'application matériellement remplies. Par conséquent, ce n'est plus la règle de principe mais l'exception qui prime. Autrement dit, ce ne sont plus les intérêts de l'auteur qui sont mis en avant mais bel et bien les intérêts des tiers. C'est dire que le législateur estime que l'objectif que permet de poursuivre l'exception au droit d'auteur en préservant les intérêts des tiers est plus important que le but recherché par la règle de principe. Par exemple, lorsque le législateur décide de soustraire la courte citation à l'autorisation de l'auteur, il considère que, sous réserve du respect de certaines conditions, laisser une liberté à l'utilisateur de citer l'œuvre d'autrui est plus conforme à l'intérêt de la société que de soumettre un tel usage au consentement du titulaire de droits.

150. Le droit d'auteur se voit donc assigner plusieurs objectifs : avant tout celui de protéger les droits de l'auteur, mais également celui de prendre en considération les intérêts des tiers. Par un arbitrage subtil, alors qu'il accorde régulièrement la préséance au titulaire de droits, le législateur concède ponctuellement une prévalence aux utilisateurs au moyen des exceptions.

⁴⁰¹ C. Geiger, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur », *PI*, octobre 2004, p. 887, affirmant que le terme « exception » suppose une hiérarchie au profit de l'auteur qui n'a pas lieu d'être si on envisage que le droit d'auteur départage entre divers droits fondamentaux d'égale valeur et que la loi tend à établir un équilibre entre les différents intérêts en présence. Ce point de vue doit être nuancé car justement le droit d'auteur ne règle pas des conflits entre des intérêts de même consistance. Certains intérêts opposés à ceux du créateur sont de moindre intensité et ne sont pas suffisants à combattre le droit subjectif de l'auteur qui lui confère une exclusivité juridique sur son œuvre opposable à tous. Les intérêts des utilisateurs de moindre intensité ne supplantent les intérêts de l'auteur que par la voie de l'exception.

⁴⁰² L. Guibault, *Copyright limitations and contracts, an analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, Kluwer Law International, 2002, p. 16 : « Although the term “exception” would seem more widely accepted, certainly in international instruments like the Berne Convention and the new European Directive on Copyright in the Information Society, I refer in this Book to the general term of “limitations” [...]. The reason for this choice is that the term “limitations” has the merit of being more neutral than other terms : it is to be understood as permitting certain acts that will not constitute an infringement of copyright ».

⁴⁰³ Sur cette question, P. Van der Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Paris, 1907, p. 244, n° 130. Selon lui, la hiérarchie entre des règles autorise plusieurs lectures : « plusieurs sens sont possibles ». Si l'on envisage les règles du point de vue « téléologique », c'est-à-dire en fonction du but principal poursuivi par la loi, la hiérarchie est établie en faveur de la règle de principe car celle-ci répond au « but le plus important », au « besoin le plus fort ». En revanche, une hiérarchie « logique » ou matérielle apparaît dès lors qu'il est vérifié qu'une règle est plus spéciale qu'une autre. Alors la règle spéciale doit l'emporter sur la règle de principe. L'interprétation logique n'exclut pas une interprétation téléologique dans la mesure où, comme le précise Van der Eycken, « lorsque les dispositions se trouvent dans le rapport de règle à exception : cette relation correspond à des différences téléologiques ». En d'autres termes, la règle spéciale poursuit nécessairement un but différent de celui de la règle de principe et parce que l'objectif qu'elle vise est privilégié par rapport à celui de la règle générale, son application doit prévaloir. Simplement, alors que le but poursuivi par le législateur au travers de la règle de principe l'est de manière « constante », la finalité recherchée par la règle spéciale ne l'est que de manière « fragmentaire » ou ponctuelle.

Par ailleurs, il n'y a rien de négatif à ce que le terme « exception » reflète un jugement de valeur. D'autant que lorsque le législateur édicte une dérogation au droit d'auteur, cela signifie nécessairement qu'il porte un jugement favorable aux intérêts sauvegardés par le moyen de l'exception. En telle occurrence, les intérêts que l'exception est censée préserver sont privilégiés par rapport à ceux de l'auteur.

Pour conclure, il est *a priori* normal d'accorder plus d'importance à la règle générale qu'à la règle spéciale car la règle de principe est inspirée par l'objectif principal et constant de la loi. Néanmoins, il importe de prêter autant attention aux exceptions au droit d'auteur car celles-ci manifestent la mesure ponctuelle d'intérêts non moins considérables que le législateur entend favoriser. Selon Cornu, « *lorsqu'une règle est énoncée sous forme d'exception, il faut [...] aller à sa raison et celle-ci peut faire reconnaître "l'exception" comme la sauvegarde d'un principe supérieur. Une exception de cette nature mérite d'être appliquée dans toute la mesure de sa raison d'être. Non seulement, il ne faut rien en retrancher, mais la plénitude de son application doit être garantie* »⁴⁰⁴. Suivant ce conseil, il convient de s'intéresser désormais à la finalité profonde des exceptions au droit d'auteur.

B. La fonction sociale des exceptions au droit d'auteur

151. Toutes les exceptions au droit d'auteur ont une finalité profonde, un fondement commun : l'intérêt général⁴⁰⁵ et il n'est pas faux d'affirmer que « *les exceptions ont toujours été une des manifestations les plus caractéristiques de l'intérêt du public en droit d'auteur* »⁴⁰⁶. Les dérogations légales au droit d'auteur sont l'une des voies par lesquelles le droit d'auteur remplit sa fonction sociale. L'existence de la fonction sociale du droit d'auteur est une question qui fait encore l'objet de vifs débats. Du fait de la dimension personnaliste du droit d'auteur, certains refusent l'idée qu'il serait mû d'une finalité sociale. Un tel déni ne semble pas réaliste. Bien que la fonction sociale du droit d'auteur ait parfois pu paraître fragile, elle existe depuis son origine (1) et semble de nos jours irrésistible (2).

⁴⁰⁴ G. Cornu, *Droit civil - Introduction au droit*, Montchrestien, 2007, 13^e éd., p. 217, n° 417. L'auteur affirme que l'exception doit être pleinement garantie, mais il précise : « fût-ce au prix d'un raisonnement analogique ». Or, cette proposition ne saurait que difficilement trouver grâce en droit d'auteur français. En effet, tout raisonnement par analogie est interdit en matière d'exceptions au droit d'auteur. Celles-ci sont limitativement énoncées par le législateur et le juge n'est pas autorisé à en créer de nouvelles au moyen d'un raisonnement par analogie.

⁴⁰⁵ Or, c'est par l'intermédiaire de l'intérêt général que la fonction sociale du droit de propriété se manifeste. En ce sens, S. Pavageau, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, Thèse Poitiers, LGDJ, 2006, p. 125, n° 181.

⁴⁰⁶ C. Caron, « La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », *CCE*, mai 2001, chron. 13, p. 22, n° 14.

1. Une fonction sociale fragile aux origines du droit d'auteur

152. La fonction sociale du droit d'auteur dans les lois révolutionnaires – L'intérêt du public⁴⁰⁷ dont la satisfaction concourt à servir l'intérêt général – notion « *palimpseste* »⁴⁰⁸, synonyme d'intérêt public⁴⁰⁹ et recouvrant désormais ce qu'on appelle l'intérêt social⁴¹⁰ – a été une préoccupation dès l'origine du droit d'auteur. En effet, il en a toujours constitué une limite bien que sans cesse repoussée⁴¹¹.

Le pouvoir a très tôt été soucieux de l'harmonie entre les intérêts des auteurs, ceux des exploitants, et ceux du public. En atteste le Préambule de l'un des fameux arrêts du Conseil du roi rendu le 30 août 1777 et « portant règlement sur la durée des privilèges en librairies » : « *Sa Majesté a pensé qu'un règlement qui restreindrait le droit exclusif des librairies au temps qui sera porté dans le privilège, ferait leur avantage, parce qu'une jouissance limitée, mais certaine, est préférable à une jouissance indéfinie, mais illusoire ; qu'il ferait l'avantage du public, qui doit en espérer que les livres tomberont à une valeur proportionnée aux facultés de ceux qui veulent se les procurer ; qu'il serait favorable aux gens de lettres qui pourront, après un temps donné, faire des notes et des commentaires sur un auteur, sans que personne puisse leur contester le droit de faire imprimer le texte* »⁴¹².

⁴⁰⁷ Cette expression peut être employée au singulier comme au pluriel. Comme le souligne, P. Sirinelli, « Exceptions et limites au droit d'auteur et droits voisins », in *Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCCT) et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)*, Genève 6-7 décembre 1999, préc., p. 10 : l'intérêt du public recouvre des « réalités tout à la fois distinctes et mouvantes ».

⁴⁰⁸ M. Vivant, « Conclusion : l'intérêt général servi par une reconnaissance éclairée des droits de propriété intellectuelle », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque des 21 et 22 avril 2006, Université libre de Bruxelles – Université d'Europe, Bruylant, 2008, p. 279 – Aussi, D. Truchet, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », in *L'intérêt général, Rapport du Conseil d'État*, Documentation française, 1999, p. 372, soulignant que l'intérêt général est « extraordinairement divers matériellement, si divers qu'il est proprement indéfinissable ».

⁴⁰⁹ Si bien qu'intérêt du public et intérêt public paraissent bien difficiles à discerner l'un de l'autre. Sur cette question, A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Étude de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 1993, p. 268, n° 207 – Aussi, A. Françon, « Le droit d'auteur au-delà des frontières : une comparaison des conceptions civiliste et de common law », *RIDA*, juillet 1991, n° 149, p. 3, affirmant que si reconnaître le droit d'auteur permet d'inciter à la création artistique, bénéfique pour la société, l'intérêt particulier de l'auteur doit être subordonné à l'intérêt général, c'est-à-dire celui du public.

⁴¹⁰ H. Pauliat, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *D.* 1995, chron., p. 286 : « La propriété se dissout dans l'intérêt social [...], le propriétaire ne retrouve une certaine légitimité que s'il exerce son droit exactement dans la direction indiquée par l'intérêt de la société ».

⁴¹¹ Carbonnier, dans un article qu'il dédia au droit d'auteur, semble nostalgique « *de l'esprit limitatif, liquidatif du décret de 93, qui avait voulu resserrer la propriété littéraire autour de la courte vie du vivant* » : J. Carbonnier, « La protection des droits de l'homme de lettres et de l'artiste devant la Cour de cassation », *RIDA*, octobre 1991, n° 150, p. 94. L'article 5 du décret des 13-19 janvier 1791 instaure en matière de représentation une durée de protection qui s'étend à cinq ans au-delà de la mort de l'auteur. En matière de reproduction, l'article 2 du décret des 19-24 juillet 1793 fixe la durée de la protection à 10 ans au-delà de la mort de l'auteur.

⁴¹² Texte reproduit par E. Laboulaye et G. Guiffrey in *La propriété littéraire au XVIII^{ème} siècle*, Paris, Librairie de L. Hachette et Cie, 1859, p. 144.

Bien que le système des privilèges ait été aboli la nuit mouvementée du 4 août 1789, les lois révolutionnaires des 13-19 janvier 1791 et des 19-24 juillet 1793 marquent une certaine continuité avec les arrêts du 30 août 1777. Une ambition comparable de concilier les intérêts des auteurs avec ceux des exploitants et du public anime le législateur. Même si celui-ci y consacre un droit naturel⁴¹³ en faveur des auteurs, il n'en oublie pas pour autant le public en restaurant l'obligation de dépôt légal⁴¹⁴ et en maintenant le caractère temporaire du droit exclusif d'exploitation. Il ne fait aucun doute que la limitation dans le temps du droit patrimonial trouve son fondement dans l'intérêt du public⁴¹⁵ car, une fois la durée de protection écoulée, les œuvres tombent définitivement dans le domaine public et sont susceptibles d'être librement exploitées par tous.

Pourtant, nombreux sont les auteurs qui n'ont pas pris la mesure de la place accordée à l'intérêt du public dans les textes révolutionnaires⁴¹⁶. C'est certainement ignorer la teneur exacte du rapport livré par Le Chapelier au nom du Comité de Constitution devant l'Assemblée Nationale à l'occasion du décret des 13-19 janvier 1791 sur le droit de représentation. D'emblée précise-t-il que la propriété des auteurs dramatiques ne peut être consacrée qu'à la lumière de la « *liberté et de la propriété publiques* »⁴¹⁷. Les paroles du rapporteur sont fréquemment citées: « *La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est*

⁴¹³ V. M.-C. Dock, « Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire », *RIDA*, janvier 1974, n° 79, p. 199 – Également, L. Pfister, *L'auteur propriétaire de son œuvre ? la formation du droit d'auteur du XVI^{ème} siècle à la loi de 1957*, Thèse Strasbourg III, 1999, p. 480 – F. Rideau, *La formation de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne : une convergence oubliée*, Thèse Poitiers, PUAM, 2004, p. 271.

⁴¹⁴ L'article 6 du décret des 19-24 juillet 1793 impose à tout auteur d'ouvrages imprimés ou gravés de « déposer deux exemplaires à la Bibliothèque ou au Cabinet des estampes de la République, dont il recevra un reçu signé par le bibliothécaire ; faute de quoi il ne pourra être admis en justice pour la poursuite des contrefacteurs ». Instauré en 1537 par les lettres patentes de François 1^{er}, le dépôt légal avait disparu en janvier 1790 : sur ce sujet, R. Estivals, *Le dépôt légal sous l'Ancien Régime de 1537 à 1791*, Paris, 1961, p. 100 – Par ailleurs, si le dépôt légal est jusqu'à la Révolution française une condition de jouissance du droit exclusif, dans le décret de 1793, il n'est qu'une condition de recevabilité de l'action en justice contre les contrefacteurs. Sur ce point, L. Pfister, *op. cit.*, p. 480.

⁴¹⁵ En ce sens, S. Carre, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse Montpellier I, 2004, p. 462, n° 601 – Aussi, COLOMBET, p. 5, n° 7, qui relève que le droit exclusif est « un droit temporaire : l'auteur en jouira toute sa vie, mais ses héritiers pendant seulement quelques années après sa mort, car il convient de tenir compte aussi de l'intérêt du public, et cet intérêt exige, pour une plus large diffusion des œuvres, que le monopole ne soit pas perpétuel ; l'œuvre doit rapidement tomber dans le domaine public, pouvoir être représentée ou reproduite sans paiement de redevances » - Également, F. Rideau, Thèse préc., p. 265 – L. Pfister, « Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Eclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », *Bulletin des bibliothèques de France* 2006, t. 51, n° 5, p. 8.

⁴¹⁶ Notamment, M.-C. Dock, *op. cit.*, p. 127 – G. Boytha, « La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique », *RIDA*, janvier 1992, n° 151 p. 52.

⁴¹⁷ *Archives parlementaires*, 13 janvier 1791, t. 22, p. 210.

l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain »⁴¹⁸. Mais la suite de son discours n'est pas moins éloquente : « *cependant, c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés. Quand un auteur a livré son ouvrage au public, quand cet ouvrage est dans les mains de tout le monde, que tous les hommes instruits le connaissent, qu'ils se sont emparés des beautés qu'il contient, qu'ils ont confié à leur mémoire les traits les plus heureux ; il semble que dès ce moment l'écrivain a associé le public à sa propriété, ou plutôt lui a transmise toute entière ; cependant, comme il est extrêmement juste que tous les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelque fruit de leur travail, il faut que, pendant toute leur vie et quelques années après leur mort, personne ne puisse, sans leur consentement disposer du produit de leur génie* ». Et le député breton d'ajouter : « *Mais aussi, après le délai fixé, la propriété du public commence, et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain* »⁴¹⁹.

Encore faut-il ne pas commettre de « *contresens* »⁴²⁰ à la lecture de ces lignes. Le Chapelier n'entend aucunement remettre en cause la conception jusnaturaliste du droit d'auteur ni faire de la divulgation un moyen de transférer la propriété de l'œuvre au public. Il ne fait qu'exprimer l'idée qu'une fois l'œuvre divulguée, l'auteur ne peut priver le public d'y accéder⁴²¹. Autrement dit, l'auteur n'a plus de raison d'être avare de la jouissance intellectuelle de sa création dès lors que de son propre chef il a décidé de la révéler au public. Néanmoins, si la divulgation libère au profit du public l'accès intellectuel à l'œuvre, l'auteur, détenteur d'un monopole d'exploitation⁴²², conserve « *l'exclusivité juridique* »⁴²³ sur celle-ci. Partant, le public ne deviendra véritablement « propriétaire » de l'œuvre qu'une fois la durée de protection écoulée. C'est là le « *juste compromis* »⁴²⁴ entre l'auteur et le public que recherchait le rapporteur de la loi.

⁴¹⁸ Selon M. Gaubiac, il ne s'agit là que d'une formule ayant pour objectif de convaincre des adversaires politiques réfractaires au vote de la loi : Y. Gaubiac, « Droit d'auteur et intérêt général », *PI*, juillet 2010, p. 814.

⁴¹⁹ *Archives parlementaires*, 13 janvier 1791, t. 22, pp. 212-213 – Séguier avait précédé Le Chapelier en affirmant que dès la publication, « le public est associé à [la] propriété » : se reporter à E. Laboulaye et G. Guiffrey, *op. cit.*, p. 589 – Lakanal, rapporteur de la loi de 1793, tient un discours qui n'évoque pas explicitement cette association du public : *Archives parlementaires*, 19 juillet 1793, t. 69, p. 186.

⁴²⁰ A. Lucas, « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque des 21 et 22 avril 2006, Université libre de Bruxelles – Université d'Europe, Bruylant, 2008, p. 82.

⁴²¹ A. Lucas, *op. cit.*, p. 82.

⁴²² J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ, 2^e éd., 2009, p. 13, n° 11, soulignant que le droit de propriété intellectuelle ne consiste pas à se réserver l'accès intellectuel, en l'occurrence la connaissance de l'objet du droit. L'usus attaché au droit correspond simplement à l'accès juridique, autrement dit le pouvoir dévolu au titulaire du droit d'exploiter à titre exclusif l'objet de son droit.

⁴²³ A. Lucas, *op. cit.*, p. 83.

⁴²⁴ F. Rideau, Thèse préc., p. 264, précise qu'« après avoir évoqué la plus sacrée et la plus personnelle des propriétés, Le Chapelier recherchait le juste compromis entre l'intérêt de l'auteur et ceux du public » - V. H. Wistrand, *Les exceptions apportées au droit de l'auteur sur ses œuvres*, Monchrestien, 1968, p. 52, écrivant que « le contenu du compromis [...] a considérablement varié au cours des temps et que l'évaluation des éléments qui y entrent a été envisagée différemment durant chaque époque ».

L'idée de conciliation entre les intérêts de l'auteur et ceux du public transparait également au travers du décret des 19-24 juillet 1793. Comme le soulignent des auteurs⁴²⁵, le fait que ce décret ait été élaboré par le Comité d'instruction publique et non plus par le Comité de Constitution est révélateur de ce que la diffusion du savoir, marque du progrès social, constituait l'un des principaux objectifs des législateurs révolutionnaires. Comme à l'occasion du décret de 1791, l'enjeu était de reconnaître aux auteurs des prérogatives exclusives tout en favorisant la diffusion des œuvres auprès du public⁴²⁶. En témoigne incontestablement le rapport rendu par Lakanal devant la Convention nationale et dans lequel il affirme que la loi doit garantir les droits de celui qui « *recule les bornes de la connaissance humaine* » et « *consacre ses veilles à l'instruction de ses concitoyens* »⁴²⁷.

Force est de constater qu'aux origines du droit d'auteur, l'intérêt du public constituait bel et bien une question fondamentale à laquelle les lois révolutionnaires tentèrent tant bien que mal de répondre. Dès les prémices a-t-on souhaité imprimer au droit d'auteur une dimension sociale intégrant l'intérêt du public⁴²⁸. Ainsi que l'écrit M. Pfister, « *la bipolarité des intérêts a été déterminante dans la formation de la protection des œuvres et de ses limites* »⁴²⁹. Et M. Caron relève que, déjà, à cette époque, le droit d'auteur avait « *une importante fonction sociale qui postulait que son exercice n'entre pas en contradiction avec les [intérêts] du public* »⁴³⁰.

Aussi, s'il est vrai que traditionnellement l'on oppose la conception du droit d'auteur « à la française » à celle du copyright⁴³¹, en raison de l'approche personnaliste que prône la première et

⁴²⁵ S. Carre, Thèse préc., p. 7, note 5 – C. Geiger, Thèse préc., p. 75, n° 59.

⁴²⁶ J. Ginsburg, « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA*, janvier 1991, n° 147, p. 176 : « les législateurs révolutionnaires ont résolu le problème de la tension publique/privée en envisageant le droit d'auteur principalement comme une aide à l'avancement de l'instruction publique ».

⁴²⁷ *Archives parlementaires*, 19 juillet 1793, t. 69, p. 186.

⁴²⁸ En ce sens, Y. Gaubiac, « Droit d'auteur et intérêt général », *PI*, juillet 2010, p. 814 : « L'utilité publique a donc déterminé les textes qui sont à la base du droit d'auteur français, comme cela a été le cas en Angleterre en 1710 avec la loi de la Reine Anne et aux États-Unis avec la loi du 31 mai 1790 » – J. Ginsburg, *op. cit.*, *RIDA*, janvier 1991, n° 147, p. 130 – Également, D. Becourt, « La Révolution française et le droit d'auteur : pour un nouvel universalisme », *RIDA*, janvier 1990, p. 231 – Aussi, P. Gaudrat, « Droit des auteurs - Droits moraux – Théorie générale du droit moral (CPI, art. L. 121-1 à L. 121-9) », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1210, 2001, n° 12 : « Les deux décrets révolutionnaires sur le droit d'auteur semblent beaucoup plus concernés par l'abrogation du monopole de la Comédie Française, l'extension du domaine public et l'intérêt général des citoyens, que par la sauvegarde des intérêts supérieurs et intemporels des créateurs » – A. Kéréver, « Révolution française et droit d'auteur », *RIDA*, juillet 1989, n° 141, p. 4, affirmant qu'à l'origine le droit d'auteur n'est pas d'essence personnaliste et est davantage fondé sur « des considérations juridico-économiques ». De ce point de vue, selon l'auteur, il ne serait pas éloigné du droit d'auteur anglais ou américain.

⁴²⁹ L. Pfister, *op. cit.*, p. 5.

⁴³⁰ C. Caron, Thèse préc., p. 247, n° 275.

⁴³¹ Sur cette question, A. Françon, *op. cit.*, p. 3.

de la vision utilitariste que véhicule la seconde⁴³², cela ne signifie pas que les révolutionnaires n'ont jamais été à la « recherche d'un équilibre »⁴³³ entre l'intérêt de l'auteur et celui du public. Dans cette recherche, la difficulté a toujours consisté « à trouver le point exact où ces droits de l'auteur et ceux du public sont en parfait équilibre »⁴³⁴. Encore faut-il préciser que cet équilibre ne saurait correspondre à une « égalité de forces », laquelle supposerait que « les deux plateaux de la balance [soit] au même niveau »⁴³⁵, mais plutôt à ce « rapport convenable », cette « proportion heureuse » entre l'intérêt de l'auteur et celui du public d'où résulte un « état de stabilité ou d'harmonie »⁴³⁶. Or, le point d'équilibre s'est déplacé largement en faveur de l'auteur à force que l'approche personnaliste ait marqué son empreinte⁴³⁷.

153. Rapports entre conception personnaliste et fonction sociale du droit d'auteur – Au fil du temps, l'auteur est devenu l'élément central du système. A cet égard, certains affirment sans réserve que le droit d'auteur français est « le droit de l'auteur »⁴³⁸, excluant ainsi toute idée de « balance des intérêts »⁴³⁹. On ne peut leur donner tort que difficilement tant l'équilibre établi par les lois révolutionnaires a évolué au bénéfice de l'auteur⁴⁴⁰ entre le XVIII^e siècle et le XX^e siècle. D'une part, la conception jusnaturaliste du droit d'auteur a toujours été très prégnante : elle ne s'est jamais dissipée et a considérablement contribué au renforcement progressif des prérogatives de l'auteur. D'autre part, d'inspiration allemande, l'approche personnaliste du droit d'auteur a exercé à partir de 1870 une forte influence, conduisant la doctrine ainsi que la jurisprudence⁴⁴¹ à reconnaître le droit moral. N'en déplaise à Renouard qui se faisait partisan d'une « balance des intérêts » en soutenant qu'une « loi sur cette matière ne saurait être bonne qu'à la double condition de ne

⁴³² La Constitution américaine de 1787 justifie le *copyright* par la volonté de promouvoir le progrès de la science et des arts utiles (Section 8).

⁴³³ F. Rideau, Thèse préc., p. 207, montrant que dès les arrêts du 30 août 1777, le pouvoir a tenté d'établir un équilibre entre les intérêts des auteurs et ceux du public.

⁴³⁴ A. Françon, *op. cit.*, p. 5.

⁴³⁵ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, p. 261, n° 322.

⁴³⁶ *Le Nouveau Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, 2010, p. 915.

⁴³⁷ En ce sens, Y. Gaubiac, *op. cit.*, p. 814, relevant que depuis le XIX^{ème} siècle, l'approche personnaliste du droit d'auteur s'est développée : « En effet, en France, le droit de l'auteur sur son œuvre est devenu une valeur en soi, une valeur naturelle, une valeur innée et immanente, indépendamment de l'intérêt social, voire même pouvant aller à son encontre. Le droit de propriété s'est attaché à la personne du créateur, opposable à tous et dont il ne peut être fait commerce sans le consentement de l'auteur, cela à l'encontre de la thèse qui faisait du droit d'auteur une créance sur la société compte tenu de ce qu'il lui apportait ».

⁴³⁸ F. POLLAUD-DULIAN, p. 47, n° 61.

⁴³⁹ Sur cette notion, F. POLLAUD-DULIAN, p. 50, note 1, indiquant que la « balance des intérêts » suppose que les intérêts des auteurs soient mis sur un pied d'égalité avec ceux des exploitants ou ceux du public.

⁴⁴⁰ L. Pfister, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁴¹ Cass. Civ., 25 juin 1902, affaire dite « Charles Lecocq », D. 1903, I, p. 5.

sacrifier ni le droit des auteurs à celui du public, ni le droit du public à celui des auteurs »⁴⁴², c'est bien la reconnaissance du droit moral qui a achevé « *de placer l'auteur au centre du système français* »⁴⁴³.

Symbole majeur de l'évolution du paradigme⁴⁴⁴ vers une approche éminemment personnaliste, la loi du 11 mars 1957 « *réalise la synthèse des droits de l'auteur et des intérêts du public* » certes, mais « *dans la prééminence du créateur* »⁴⁴⁵. A ce propos, Desbois écrivait que « *la conception individualiste anime la loi tout entière* » et que « *selon la tradition française, le Parlement a répudié la conception dans laquelle les œuvres de l'esprit sont protégées en vertu de considérations d'opportunité, afin de stimuler l'activité littéraire et artistique* »⁴⁴⁶.

Pour autant, bien que « *peu accueillante* »⁴⁴⁷, il ne peut être affirmé de manière catégorique que la loi du 11 mars 1957 ne manifeste aucun égard à l'intérêt du public⁴⁴⁸. Comme le soutient M. Caron, certaines de ses dispositions reposent sur la prise en compte de l'intérêt du public⁴⁴⁹. Ainsi en est-il de l'article 41 consacrant des exceptions au droit d'auteur visant à préserver les intérêts du public ou encore de l'article 21 fixant la durée de protection à 50 ans au-delà de la mort de l'auteur⁴⁵⁰.

Du reste, par la suite, la législation se révélera moins hermétique à l'intérêt du public. En attestent l'exposé des motifs du projet de loi relative aux droits d'auteur et aux droits des auxiliaires de la création⁴⁵¹ et celui du projet de loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. Il y est précisé que la loi doit « *favoriser la diffusion dans le public des*

⁴⁴² RENOUARD, t. 1, p. 437.

⁴⁴³ L. Pfister, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁴⁴ Pour reprendre le terme employé par A. Dietz, « Mutation du droit d'auteur, changement de paradigme en matière de droit d'auteur », *RIDA*, octobre 1988, n° 138, p. 23, et spécialement p. 25. L'auteur définit le paradigme comme « un modèle d'explication établi ou une pléiade de convictions, de valeurs et de règles, telles que les répertoire telle communauté ou société ».

⁴⁴⁵ M. Boutet, « Considérations générales », *RIDA*, avril 1958, n° 19, p. 17.

⁴⁴⁶ DESBOIS, p. 538, n° 449.

⁴⁴⁷ H. Wistrand, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁴⁸ En ce sens, R. Savatier, « Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », *JCP G* 1957, I, 1398, n° 3, qui, à propos de la loi de 1957, retient que « pénétré de la tradition française, si attaché aux prérogatives des créateurs intellectuelles, le législateur se montre, en même temps, soucieux des droits du public, comme des intermédiaires dont le concours assurent le rayonnement de l'œuvre ».

⁴⁴⁹ C. Caron, Thèse préc., p. 250, n° 280 – Également, R. Savatier, *op. cit.*, *JCP G* 1957, 1398, n° 41.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 250, n° 280 et 281.

⁴⁵¹ Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, *JO* du 4 juillet 1985, p. 7495 (elle sera désignée par l'appellation « Loi du 3 juillet 1985 » au cours de cette étude).

œuvres »⁴⁵² ou encore « favoriser une diffusion plus large de la culture tout en préservant les droits des créateurs »⁴⁵³.

154. Balance des intérêts ? – Pourtant, d’aucuns continuent à ne voir dans le droit d’auteur qu’un droit autocentré et dénué de fonction sociale⁴⁵⁴. Parmi eux, M. Pollaud-Dulian affirme que « le droit d’auteur étant, en France, un droit de l’individu créateur, sans finalité sociale autre que l’encouragement à la création, l’intérêt du public ou encore celui des consommateurs – catégorie totalement indifférente à ce système (sous réserve de la limitation dans le temps du droit d’exploitation et de la notion de domaine public) – ne peut pas justifier, en principe, de restrictions au droit de propriété intellectuelle ». Par ailleurs, l’auteur fait valoir que la notion de « balance des intérêts » n’est pas de tradition française et qu’« après tout, l’intérêt premier du public en ce domaine, c’est de favoriser la création et pas de l’entraver, ni de lui ôter toute viabilité économique. Il n’est donc pas légitime de mettre en balance les intérêts de l’auteur et les règles du droit d’auteur avec les intérêts du public »⁴⁵⁵.

La « balance des intérêts », telle qu’on l’entend communément, est certainement un concept étranger au droit d’auteur français. En effet, il n’apparaît pas clairement qu’aux origines du droit d’auteur l’on ait souhaité « une stricte égalité entre les intérêts »⁴⁵⁶ du créateur et ceux du public. Il est vrai que, dès le départ, la dimension jusnaturaliste du droit d’auteur, teintée de personnalisme par la suite, fut un signe de l’inclinaison de la balance du côté de l’auteur. Toutefois, s’il n’est pas légitime que le droit d’auteur « soit conçu autant dans l’intérêt du public que dans celui de l’auteur », il n’en demeure pas moins que le fait qu’il « puisse être limité au nom de considérations d’intérêt public relève de l’évidence »⁴⁵⁷. Le droit d’auteur ne se dessine pas qu’en fonction d’un intérêt solitaire ou égoïste⁴⁵⁸. Même si l’auteur est placé au cœur du dispositif, les intérêts qui gravitent autour de lui doivent être pris en compte, non pas afin d’établir une stricte égalité entre eux, mais dans le but de créer « l’harmonie » nécessaire à la « stabilité » du système.

⁴⁵² Projet de loi, *Doc. Ass. Nat.*, n° 2169, annexé au procès-verbal de la séance du 4 juin 1984, p. 3.

⁴⁵³ Projet de loi, *Doc. Ass. Nat.*, n° 1206, annexé au procès-verbal de la séance du 12 novembre 2003, p. 4.

⁴⁵⁴ Par exemple, J.-L. Goutal, « L’environnement de la directive “droit d’auteur et droits voisins dans la société de l’information” en droit international et comparé », *CCE*, février 2002, p. 10 : « L’idée d’un équilibre entre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs des œuvres, qui se trouve aussi dans le Préambule du traité de l’OMPI de 1996, est typiquement anglo-américaine » – *Contra* A. Françon, *op. cit.*, p. 4, qui se demande si l’intérêt particulier de l’auteur ne doit pas être subordonné à l’intérêt du public car celui-ci doit avoir accès la culture.

⁴⁵⁵ F. Pollaud-Dulian, obs. sous TGI Paris, 30 avr. 2004, *RTD com.* 2004, p. 486.

⁴⁵⁶ A. Lucas, « L’intérêt général dans l’évolution du droit d’auteur », in *L’intérêt général et l’accès à l’information en propriété intellectuelle*, colloque des 21 et 22 avril 2006, Université libre de Bruxelles – Université d’Europe, Bruylant, 2008, p. 86.

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ D. Weiller, *Abus du droit et propriété littéraire et artistique*, Thèse Strasbourg, 1962, pp. 133-134 : « le droit de la propriété littéraire et artistique est resté un droit à esprit égoïste ».

C'est la raison pour laquelle l'intérêt du public ne peut et ne doit jamais être totalement éludé dans quelque législation sur le droit d'auteur que ce soit. Il aura la part belle dans les systèmes dits utilitaristes, alors que dans les systèmes dits personalistes⁴⁵⁹, son expression sera plus limitée. En tous les cas, comme le montre la loi du 11 mars 1957, l'intérêt du public ne disparaît jamais vraiment. Inextinguible, la fonction sociale du droit d'auteur l'est très certainement, mais plus que cela, elle est devenue irrésistible.

2. Une fonction sociale irrésistible de nos jours

155. Le droit d'auteur ne saurait échapper à sa finalité sociale essentiellement pour deux raisons. D'une part, il est acquis qu'il n'est pas de droit sans fonction sociale. Il ne peut être exercé de droit subjectif sans tenir compte des intérêts des tiers. D'autre part, en dépit du fort ancrage de la tradition personaliste, l'influence croissante du *copyright* a permis au concept de la « balance des intérêts » de s'insinuer peu à peu dans le système français du droit d'auteur. Il en ressort que si la fonction sociale du droit d'auteur, en tout état de cause, lui est innée (a), elle est par ailleurs susceptible de lui être insufflée (b).

a. Une fonction sociale innée

156. Fonction de tout droit – La fonction sociale est intrinsèque au droit⁴⁶⁰. Elle est tant l'œuvre du droit objectif que celle du droit subjectif. Duguit enseignait que la règle de droit « repose sur le fondement de la structure sociale, la nécessité de maintenir cohérents entre eux les différents éléments sociaux par l'accomplissement de la fonction sociale qui incombe à chaque individu, à chaque groupe »⁴⁶¹, en précisant que « les éléments de la cohérence sociale résident dans l'interdépendance sociale »⁴⁶². Après tout, « l'homme est un être social », si bien qu'il « ne peut avoir de droits que quand il vit en société et parce qu'il vit en société »⁴⁶³. Il ne fait nul doute que, dans l'exercice du droit, le rapport à autrui est fondamental. L'exercice de son propre droit ne peut être envisagé qu'au regard de son interaction avec les intérêts des autres. Il n'est donc pas étonnant que certains soutiennent que « l'intérêt social doit avoir

⁴⁵⁹ Sur la distinction entre les systèmes utilitaristes et les systèmes personalistes, C. Geiger, Thèse préc., 2004, p. 19.

⁴⁶⁰ C. Geiger, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010, p. 511.

⁴⁶¹ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Éditions La mémoire du droit, 2^e éd., 2008, pp. 25-26.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 26.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 18 – Rapp. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^e éd., 1939, réédité en 2006, p. 320, n° 236, affirmant que les prérogatives sont des produits sociaux.

une place à côté de l'intérêt individuel du titulaire du droit exercé»⁴⁶⁴. Quant à Dabin, il est vrai qu'il préférerait « renoncer à l'idée de fonction sociale »⁴⁶⁵ du droit, lequel devrait rester au service exclusif de son titulaire. Il concédait toutefois que « le droit est fonction sociale par voie de conséquence »⁴⁶⁶. Autrement dit, par nature, le droit subjectif n'aurait pas de fonction sociale. Cependant, des « restrictions sociales » sont susceptibles de venir en limiter l'« étendue »⁴⁶⁷.

Au nom de quoi les intérêts de la collectivité ou du public commanderaient que l'on limite l'exercice du droit subjectif ? Selon M. Geiger, « l'équilibre, [serait] le concept phare qui se trouve derrière la fonction sociale », si bien qu'aucun droit ne devrait « être exercé de manière totalement égoïste, sans considération des conséquences que cet exercice entraîne, mais que des droits "relativisés" par les droits des autres et le bien-être de la collectivité »⁴⁶⁸. Encore faut-il se garder d'entendre « l'équilibre » comme une « égalité de forces » et le comprendre plutôt comme une « harmonie » ou une « paix sociale ».

157. Fonction du droit de propriété classique – Il ne doit pas être omis d'évoquer Josserand dont les travaux⁴⁶⁹ ont largement contribué à asseoir la théorie de la fonction sociale du droit. Il faut se souvenir de sa célèbre thèse sur l'abus des droits⁴⁷⁰, bien que controversée⁴⁷¹, qu'il élaborait notamment autour du droit de propriété : « les droits se réalisent d'accord et en sympathie étroite avec l'atmosphère sociale dont ils sont tout imprégnés »⁴⁷² et « les prérogatives, même les plus individuelles et les plus égoïstes »⁴⁷³, telles que le droit de propriété, nécessitent « impérieusement des mesures de compression »⁴⁷⁴. Or, en écrivant ces lignes, Josserand avait bien conscience que la tendance des civilisations contemporaines est à ce que l'intérêt social prenne le pas sur l'intérêt individuel⁴⁷⁵, à

⁴⁶⁴ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil - Obligations*, t. 2, vol. 1, Monchrestien, 9^e éd., par. F. Chabas, 1998, p. 478, n° 457.

⁴⁶⁵ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, réédité en 2008, p. 220.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 219 – Dans le même sens, D. Becourt, *op. cit.*, p. 249, suggérant l'idée que le droit d'auteur est conçu tel qu'il apparaît comme un droit naturel « au niveau de sa jouissance, mais que « son exercice se rattache à une fonction sociale ».

⁴⁶⁷ J. Dabin, *op. cit.*, p. 220.

⁴⁶⁸ C. Geiger, *op. cit.*, p. 511.

⁴⁶⁹ Dont le premier *Essai de téléologie juridique* intitulé *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, paru en 1927 ; et le second essai, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, paru en 1928.

⁴⁷⁰ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1927.

⁴⁷¹ Notamment, G. Ripert, « Abus ou relativité des droits », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, p. 33.

⁴⁷² L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1939, 2^e éd., réédité en 2006, p. 314, n° 232.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 320 n° 236.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 17, n° 14.

⁴⁷⁵ L. Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, p. 1.

tel point qu'aujourd'hui, la finalité sociale du droit de propriété est reconnue tant par le juge européen⁴⁷⁶ que par le juge constitutionnel⁴⁷⁷.

158. Fonction du droit d'auteur – Le même constat s'impose en matière de droit d'auteur dans la mesure où, au nom de l'intérêt du public, le législateur et surtout le juge n'hésitent pas à intervenir pour tempérer l'exercice du droit exclusif⁴⁷⁸. La fonction sociale rayonne comme une loi universelle à laquelle le droit d'auteur ne saurait se soustraire. Il n'est donc pas choquant de réclamer, comme le fait M. Vivant, que l'intérêt général soit mobilisé « *contre une assise excessive* »⁴⁷⁹ ou « *un usage anormal* »⁴⁸⁰ du droit d'auteur. Le droit d'auteur est un droit subjectif comme les autres et, à bien des égards, il n'est pas absolu⁴⁸¹, pas plus que ne l'est le droit de propriété classique⁴⁸². Les décisions rendues par le Conseil constitutionnel en témoignent. Celui-ci a eu l'occasion d'affirmer que de la même manière qu'un « *objectif d'intérêt général [...] s'attache à la sauvegarde de la propriété intellectuelle* »⁴⁸³, des tempéraments sont susceptibles de lui être apportés au nom de l'intérêt public⁴⁸⁴. D'ailleurs, quand bien même il s'agit d'un droit de propriété spécifique, les restrictions subies par le droit de propriété traditionnel, le droit d'auteur les rencontre aussi⁴⁸⁵ mais sous les formes du domaine public et des exceptions⁴⁸⁶.

⁴⁷⁶ CJCE, 14 mai 1994, *Nold*, aff. n° C-4/73, *Rec.* p. 491 : au considérant 14 de l'arrêt, la Cour de justice affirme que « le droit de propriété loin d'apparaître comme une prérogative absolue doit être considéré en vue de la fonction sociale des biens et des activités protégés ». Elle ajoute que le droit de propriété peut se voir opposer « certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté » - Auparavant, CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. n° C-44/79, *Rec.* p. 3727 : au considérant 20 de l'arrêt, la Cour de justice souligne qu'au sein des États membres, « de nombreux actes de législation ont donné une expression concrète à cette fonction sociale du droit de propriété ».

⁴⁷⁷ Cons. const., décision du 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, « Loi de nationalisation », *JO* du 17 janvier 1982, p. 299. Au considérant 16 de sa décision, le Conseil constitutionnel semble reconnaître implicitement la fonction sociale du droit de propriété : « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général ».

⁴⁷⁸ En ce sens, C. Geiger, *op. cit.*, p. 515 – Également, Y. Gaubiac, *op. cit.*, p. 822 : « Les juges modulent plus souvent dans leurs jugements ou arrêts les solutions de la loi sur le droit d'auteur en prenant en compte de plus en plus le droit à l'information, le droit à la culture, le droit à l'éducation, la liberté d'expression, la liberté de création ».

⁴⁷⁹ M. Vivant, « Conclusion : l'intérêt général servi par une reconnaissance éclairée des droits de propriété intellectuelle », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque des 21 et 22 avril 2006, Université libre de Bruxelles – Université d'Europe Bruylant, 2008, p. 286.

⁴⁸⁰ M. Vivant, *op. cit.*, p. 287.

⁴⁸¹ C. CARON, p. 292, n° 349, soulignant que le monopole de l'auteur n'est pas absolu.

⁴⁸² L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^e éd., 1939, réédité en 2006, p. 17, n° 14, soulignant « l'impossibilité sociale d'un droit de propriété absolu ».

⁴⁸³ Cons. const., décision du 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, préc.

⁴⁸⁴ Cons. const., décision du 8 janvier 1991, n° 90-283 DC, considérant 5, préc. – Aussi, Cons. const., décision du 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, considérant 16, préc.

⁴⁸⁵ S. Alma-Delette, « La nature juridique des droits de propriété intellectuelle », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol, A. Robin, PUAM, 2007, p. 30, n° 9.

⁴⁸⁶ En ce sens, C. CARON, p. 12, n° 13 – Comp. F. POLLAUD-DULIAN, p. 37, n° 46.

Quel serait le fondement du domaine public si ce n'est l'intérêt de la collectivité ? Après tout, le droit exclusif comme le droit de propriété classique pourraient être transmis aux héritiers de manière perpétuelle. Mais, au nom de l'intérêt général, le domaine public vient limiter temporellement les prérogatives des titulaires de droits afin de faciliter la diffusion des oeuvres. Et quoique certains considèrent que le droit d'auteur, en raison de son caractère individualiste, ne devrait pas subir d'autres restrictions que la limitation temporelle⁴⁸⁷, les exceptions font partie de ces « mesures de compression » prises dans l'intérêt du public constituant « *des points d'équilibre très précieux* »⁴⁸⁸.

Il ressort de ces considérations que le droit d'auteur n'est pas guidé par une finalité qui serait une et indivisible, tant s'en faut. Ses fonctions sont plurielles⁴⁸⁹ et c'est bien là que réside toute la complexité⁴⁹⁰ de ce droit. Bien qu'étant une matière spéciale, le droit d'auteur n'est pas assez singulier pour échapper à la dynamique dialectique qui gouverne toute discipline juridique et implique « *qu'une organisation sociale soit faite pour les individus, mais qu'inversement les droits individuels soient orientés vers une vie collective* »⁴⁹¹. Il n'y a donc aucune raison de ne pas reconnaître la finalité sociale du droit d'auteur.

Du reste, la place de l'auteur est éminemment sociale. Ne tient-il pas le premier rôle dans la trilogie qui l'unit – ou l'oppose – à l'exploitant et au public ?⁴⁹² En vérité, c'est en raison du caractère irréductible de ce triptyque qu'il y a « *comme une indissociabilité entre l'idée de fonction sociale et le droit d'auteur* »⁴⁹³. Si bien que le frontispice du droit d'auteur ne saurait être frappé que d'une seule devise. Certes, il importe que l'exergue fasse apparaître en gros caractères la règle du droit exclusif. Mais, il faut aussi accepter qu'une plus petite épigraphe soit inscrite au nom des intérêts des tiers et notamment ceux du public.

⁴⁸⁷ F. POLLAUD-DULIAN, p.48, n° 62.

⁴⁸⁸ C. CARON, p. 293, n° 349.

⁴⁸⁹ C. Geiger, *op. cit.*, p. 514 : « Multiplication, manque de lisibilité des fonctions...c'est bien là le problème » – Aussi, P. Sirinelli, « Exceptions et limites au droit d'auteur et droits voisins », in *Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)*, Genève 6-7 décembre 1999, préc., p. 42. L'auteur affirme que le droit d'auteur fait la synthèse de trois finalités sociales. Tout d'abord, le droit d'auteur doit procurer une subsistance au créateur. Ensuite, il doit garantir la protection des investissements. Enfin, le droit d'auteur doit satisfaire l'intérêt des utilisateurs.

⁴⁹⁰ Évoquant l'aspect complexe du droit d'auteur, M. Vivant, *op. cit.*, p. 280.

⁴⁹¹ E. Bertrand, *op. cit.*, p. 154.

⁴⁹² A dire vrai, l'auteur côtoie de nombreux interlocuteurs. Cela va du producteur à l'éditeur, du distributeur au promoteur, du diffuseur à la société de gestion collective, du fournisseur d'accès à Internet à l'utilisateur final. Dès lors, il paraît difficile de considérer que le droit d'auteur soit réduit à ne prendre en considération les intérêts de ces derniers qu'au travers du domaine public.

⁴⁹³ C. Caron, Thèse préc., 1998, p. 245, n° 270.

b. Une fonction sociale insufflée

159. Bien que la fonction sociale du droit d'auteur soit innée, elle lui est également insufflée au travers de l'influence du droit international et celle du droit européen.

160. **Fonction sociale et droit international** – Quoique peu bavard sur la question des exceptions, le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur est venu graver dans le marbre la finalité sociale du droit d'auteur en reconnaissant dans son Préambule « *la nécessité de maintenir un équilibre entre le droit des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information...* ». Cette volonté, aspirant à une « balance des intérêts », est également inscrite dans le Préambule du Traité de l'OMPI consacré aux droits voisins. Auparavant, l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC stipulait déjà que « *la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et obligations* ».

161. **Fonction sociale et droit supranational** – En matière d'aspiration à l'équilibre, le droit européen n'est pas en reste, bien au contraire. La « balance des intérêts » est un objectif que vise aussi la directive du 22 mai 2001. D'abord, dans un considérant 3, l'instrument européen postule que « *l'harmonisation envisagée contribuera à l'application des quatre libertés du marché intérieur et porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété, dont la propriété intellectuelle, et de la liberté d'expression et de l'intérêt général* ». Puis dans un considérant 14, elle prône la promotion de « *la diffusion du savoir et de la culture par la protection des œuvres et autres objets protégés, tout en prévoyant des exceptions ou limitations dans l'intérêt du public à des fins d'éducation et d'enseignement* ». Enfin, dans un considérant 31, la directive indique qu'il « *convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés* ».

Il n'est donc pas étonnant de voir que, bien souvent, sous les traits d'une exception, la liberté d'expression, la liberté de création, la liberté d'information, ou encore le droit à la culture viennent contenir le droit d'auteur.

Plus récemment, le Livre vert sur *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance* montre la tendance de l'Union européenne à prendre en considération les exceptions favorables à la diffusion du savoir⁴⁹⁴.

162. Fonction sociale et droit interne – Il ne fait aucun doute que la fonction sociale insufflée par le droit international et le droit supranational a trouvé un écho en droit interne. Pour s'en convaincre, il suffit de s'en remettre au rapport déposé le 22 juin 2006 au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. Ainsi, M. Vanneste, rapporteur à l'Assemblée nationale, y déclare que celle-ci s'est « *attachée, en première lecture, à garantir l'exercice de l'exception aux droits exclusifs des auteurs pour copie privée dans un environnement numérique, à permettre une interopérabilité effective des mesures techniques de protection avec les différents supports matériels de lecture des œuvres, à adapter le régime des sanctions appliquées aux internautes se livrant à des téléchargements illicites et aux éditeurs de logiciels destinés à favoriser de telles pratiques* »⁴⁹⁵. Quant au rapporteur au Sénat, M. Thiollière, il ne dit pas autre chose lorsqu'il souligne « *la nécessité de concilier plusieurs exigences, à savoir l'obligation pour la France de transposer la directive 2001/29, le respect des droits des auteurs et des artistes-interprètes, la possibilité pour le plus grand nombre d'accéder à des œuvres dans un format numérique et enfin l'interopérabilité des supports de lecture avec les mesures techniques de protection des œuvres et des objets protégés* »⁴⁹⁶.

163. Influence du Copyright – D'aucuns font observer que cette aspiration à une « balance des intérêts » est inspirée par les systèmes de *Copyright* dont la conception utilitariste invite à rechercher un équilibre entre les intérêts du public et ceux de l'auteur dans le but de favoriser « *la connaissance, les progrès de la science, le développement économique et social* »⁴⁹⁷. Et ces auteurs ne manquent pas de souligner que la recherche d'un tel équilibre n'est pas dans la tradition française du droit d'auteur⁴⁹⁸. Ainsi s'exprime M. Goutal : « *Que cette conception à base d'équilibre et d'arithmétique soit celle des pays du Common law, libre à eux ! Mais que la directive ne nous l'impose pas, car elle n'est pas la nôtre. Pour nous le droit d'auteur ne repose pas sur un "donnant-donnant" [...]. Pour nous, le droit d'auteur n'est pas fait*

⁴⁹⁴ Livre vert de la Commission des communautés européennes, *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, Bruxelles, COM(2008) 466/3 – Sur ce point, C. Alleaume, *Legipresse* 2008, II, p. 196.

⁴⁹⁵ Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, déposé sous le n° 3185 à l'Assemblée nationale et sous le n° 419 au Sénat, annexé au procès-verbal de la séance du 22 juin 2006, pp. 3-4.

⁴⁹⁶ Rapport préc., p. 3.

⁴⁹⁷ J.-L. Goutal, « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », *RIDA*, janvier 2001, n° 187, p. 105.

⁴⁹⁸ *Ibid.* – Aussi, F. POLLAUD-DULIAN, p. 888, n° 1526.

pour favoriser la diffusion des connaissances et de la culture. Il est fait pour conférer une reconnaissance et une consécration aux auteurs, en protégeant leurs œuvres et leur personne (préoccupation étrangère au Copyright) »⁴⁹⁹.

Ce propos est certainement à nuancer dans la mesure où même s'il ne s'est jamais agi de mettre sur un strict pied d'égalité l'auteur et le public, l'intérêt de ce dernier a toujours été pris en considération au travers du domaine public et des exceptions au droit d'auteur. En revanche, et c'est là que les inquiétudes peuvent être partagées, il ne faudrait pas qu'une conception par trop utilitariste se substitue au modèle français du droit d'auteur. Or, le danger est grand de voir l'approche économique du droit européen imposer de plus en plus d'introduire dans le droit d'auteur à la française les paradigmes natifs des pays de *copyright*⁵⁰⁰. La transposition du triple test en est une parfaite illustration.

164. Pour conclure, la fonction sociale du droit d'auteur est irrésistible et ne peut être éludée. Penser que le droit d'auteur peut se passer d'avoir égard aux intérêts du public est une vision simpliste qui ne tient compte ni des réalités sociales ni des réalités juridiques. Or, comme le propose M. Vivant, « *il faut accepter de penser la complexité* »⁵⁰¹. Sans aucun doute, les exceptions, réalités juridiques, font partie de ces éléments complexes qui rendent compte de la fonction sociale du droit d'auteur.

Paragraphe II – Les limites juridiques à la vocation des exceptions au droit d'auteur

165. Hormis les dispositions anti-contournement qui seront étudiées plus loin, il existe deux limites juridiques à l'accomplissement de leur vocation par les exceptions au droit d'auteur. La première de ces limites est la règle d'interprétation stricte des exceptions (A). La seconde est la règle du triple test (B).

⁴⁹⁹ J.-L. Goutal, « L'environnement de la directive "droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information" en droit international et comparé », *CCE*, février 2002, chron. 4, p. 9.

⁵⁰⁰ Sur la question de l'influence de l'approche économique, A. Françon, « Le droit d'auteur au-delà des frontières : une comparaison des conceptions civiliste et de common law », *RIDA*, juillet 1991, p. 25 – Aussi, A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, p. 17, n° 15 – Sur l'incidence du droit européen, F. POLLAUD-DULIAN, p. 52.

⁵⁰¹ Évoquant l'aspect complexe du droit d'auteur, M. Vivant, *op. cit.*, p. 280.

A. La règle d'interprétation stricte des exceptions au droit d'auteur

166. Application en droit d'auteur – Le droit d'auteur, comme toutes les autres disciplines juridiques, est soumis à l'empire du principe général qui veut que les exceptions soient d'interprétation stricte. Comme le font remarquer des auteurs⁵⁰², les formules consacrées par le législateur sont innervées par ce principe. Ainsi l'article L. 122-5 du CPI ne rend licites que les représentations privées et gratuites effectuées « *exclusivement* » dans le cercle de famille ou encore les reproductions « *strictement* » réservées à l'usage privé du copiste.

167. Portée de la règle – Ce principe d'interprétation a pour conséquence que tout raisonnement par analogie est prohibé et que les exceptions au droit d'auteur doivent être interprétées en faveur de l'auteur lorsque la loi n'est pas claire. Seule la stricte observation des conditions fixées par la loi permet le bénéfice d'une exception au droit d'auteur. Cela n'empêche pas, comme l'a affirmé la Cour de cassation au sujet de la limitation au droit d'auteur de l'article L. 214-1 du CPI, que « *l'application stricte d'une disposition dérogatoire [...] soit faite dans toute la mesure de sa raison d'être* »⁵⁰³. Simplement, le juge n'a ni le pouvoir d'étendre le domaine d'application d'une dérogation légale ni celui de créer de nouvelles exceptions en dehors de celles qui sont limitativement édictées par le législateur.

168. Tentative d'éviction de la règle - D'aucuns souhaiteraient que l'on ne parle plus d'« exceptions au droit d'auteur », mais plutôt de limitations afin de neutraliser l'application du principe d'interprétation stricte des exceptions. Ainsi, selon M. Geiger, c'est surtout dans les systèmes où les exceptions sont déterminées de façon analytique qu'il faut proscrire une telle règle d'interprétation car elle gêne l'adaptation des exceptions au droit d'auteur « *à une évolution sociale et technique* »⁵⁰⁴. Il est vrai que contrairement aux prérogatives des titulaires, lesquelles s'adaptent aisément en raison de leur conception large et synthétique, les exceptions au droit d'auteur nécessitent l'intervention du législateur pour évoluer. Il faut en effet attendre que ce dernier inscrive de nouvelles exceptions au sein de la liste limitative pour que celles-ci soient en osmose avec le contexte social et technique. Mais, le principe d'interprétation étroite reste tout de même une limite raisonnable contre le raisonnement par analogie qui présente le risque de définir trop largement les espaces de libertés accordés au public, et cela au détriment de l'auteur. En

⁵⁰² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 381, n° 571.

⁵⁰³ Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, *SPPF c/Multiradio, CCE*, septembre 2005, comm. 132, p. 26, note C. Caron ; *PI*, octobre 2005, p. 438, obs. A. Lucas.

⁵⁰⁴ C. Geiger, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur », *PI*, octobre 2004, p. 888.

revanche, il semble légitime que lorsqu'une exception voit ses conditions remplies conformément à une interprétation étroite, sa mise en œuvre trouve plein effet. D'ailleurs, la Cour de justice a eu l'occasion de préciser que l'interprétation stricte doit « *permettre de sauvegarder l'effet utile de l'exception [...] et de respecter sa finalité* »⁵⁰⁵.

En vérité, dès lors qu'elle est raisonnablement mise en œuvre, on ne peut pas vraiment dire que la règle d'interprétation stricte vienne perturber l'économie paisible des dérogations au droit d'auteur. En comparaison, la règle du test des trois étapes embarrasse bien davantage.

B. La règle du test des trois étapes

169. Barrière juridique supplémentaire – L'interprétation stricte n'est pas le seul obstacle juridique que doivent franchir les exceptions au droit d'auteur. Depuis le 24 juillet 1971, date à laquelle il fut introduit dans la Convention de Berne à l'égard des seules exceptions au droit de reproduction, le test des trois étapes constitue un obstacle supplémentaire. Traditionnellement réservé aux seuls États⁵⁰⁶, le test permet que ceux-ci consacrent de nouvelles exceptions sous réserve que celles-ci respectent ses trois conditions, de sorte qu'il est regardé comme un « *garde-fou à la liberté que le législateur international [laisse] aux législateurs nationaux* »⁵⁰⁷.

170. Genèse du Triple test – La première fois qu'apparut le test des trois étapes ou triple test⁵⁰⁸, ce fut lors de la Conférence de Stockholm de 1967 organisée en vue d'une révision de la Convention de Berne qui permettrait de reconnaître sur le plan international le droit de reproduction. Depuis le Traité de Paris du 24 juillet 1971 portant révision de l'instrument international, la Convention de Berne énonce, dans un article 9 alinéa 1, que « *les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente convention jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres, de quelque manière que ce soit* ». Surtout, elle ajoute, au travers d'un deuxième alinéa, qu'« *est*

⁵⁰⁵ CJUE, 1^{er} décembre 2011, aff. n° C-105, *Eva-Maria Painer c/Standardverlag et autres*, préc., se reporter plus particulièrement au considérant 133. La règle d'interprétation stricte doit donc être appliquée en prenant en considération les fondements des exceptions – Également, CJUE, 4 octobre 2011, aff. n° C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League c/QC Leisure*, préc. : considérant 163.

⁵⁰⁶ L'article 9 alinéa 2 de la Convention de Berne énonce que la soumission des exceptions au droit de reproduction au triple test est « réservée aux législations des pays de l'Union ». L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC évoque les États « Membres ». Enfin, l'article 10 alinéa 2 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur fait référence aux « Parties contractantes ».

⁵⁰⁷ P. Sirinelli, « Propriété littéraire et artistique », *D.* 2006, pan. p. 2997.

⁵⁰⁸ Les deux expressions sont valables, mais elles sont issues de la doctrine et non des textes de loi.

réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur». Il faut rappeler que l'un des principaux enjeux était d'inciter les États-Unis à adhérer à la Convention de Berne. Mais, d'une part, il fallait trouver une sorte de standard juridique permettant d'empêcher la création ou le maintien d'exceptions menaçant exagérément les intérêts patrimoniaux de l'auteur ; et d'autre part, il fallait contenter les États qui avaient déjà adopté des dérogations au droit de reproduction et ne souhaitaient pas modifier leur législation. La solution fut la règle du triple test, particulièrement adaptée aux pays de *copyright*, et rédigée en des termes assez larges pour convenir aux systèmes fermés d'exceptions comme aux systèmes ouverts de type *faire use* ou *fair dealing*.

Le triple test figure dans l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. La solution s'imposait dans la mesure où l'article 9 alinéa 1 de l'Accord énonce que les États membres doivent se conformer aux articles 1^{er} à 21 de la Convention de Berne. Cependant, le triple test n'y est pas réservé aux seules exceptions au droit de reproduction mais aux exceptions touchant l'ensemble des droits exclusifs. Une autre différence est notable en ce que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC permet de protéger les intérêts légitimes du « détenteur du droit », ce qui permet d'inclure le cessionnaire de droits. Dans le même esprit, la directive du 22 mai 2001 prescrit la protection des « intérêts légitimes du titulaire du droit » alors que le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur évoque la préservation des « intérêts légitimes de l'auteur ».

En effet, très logiquement, on retrouve le triple test à l'article 10 alinéa 2 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur⁵⁰⁹ qui est un arrangement particulier au sens de l'article 20 de la Convention de Berne et qui rappelle en son article 1^{er} alinéa 4 que les parties contractantes doivent se conformer aux articles 1^{er} à 21 de la convention précitée. Alors qu'il est censé n'avoir de lien qu'avec la Convention de Berne, le Traité de l'OMPI reprend à son compte la plupart des règles de fond de l'Accord sur les ADPIC, et en cela, l'extension du triple test à tous les droits exclusifs⁵¹⁰.

L'article 5 paragraphe 5 de la directive du 22 mai 2001 reprend le triple test car, comme le précise son considérant 15, l'instrument européen vise à mettre en œuvre certaines obligations

⁵⁰⁹ Également à l'article 16 alinéa 2 du Traité de l'OMPI sur les droits voisins.

⁵¹⁰ V. J.-S. Bergé, *J.-Cl. PLA*, « Droit international et européen – sources », Fasc. 1920, 2009, n° 18, selon lequel il s'agissait de « rattraper le retard pris sur l'évolution technologique (informatique, nouveaux moyens de reproduction et de diffusion des œuvres) du droit d'auteur et de reprendre aussi l'initiative ».

émanant des Traités de l'OMPI au sein de l'Union européenne. Le considérant 44 de l'instrument européen indique que l'ensemble des exceptions et limitations qu'elle prévoit doit satisfaire aux trois conditions cumulatives du test. Ainsi, l'article 5 paragraphe 5 de la directive du 22 mai 2001 énonce que les exceptions au droit d'auteur « *ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent de préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit* ». Hormis quelques variations, la formule européenne n'est pas différente des libellés internationaux. Lors de la loi de transposition du 1^{er} août 2006, le législateur a fait le choix de transposer le triple test⁵¹¹, faisant de lui un outil d'interprétation dans les mains du juge.

Avant d'envisager la question de l'application judiciaire du triple test (2), il convient d'examiner la teneur (1).

1. La teneur du triple test

171. En tout état de cause, il ne s'agit ni plus ni moins de soumettre les exceptions à un test de proportionnalité⁵¹² venant au soutien de l'interprétation stricte des exceptions⁵¹³. Simplement, l'énoncé abstrait du triple test ne laisse pas d'interroger et il a semblé que certaines précisions devaient être apportées.

172. **Précisions de l'OMC** – A l'occasion d'un différend entre l'Union européenne et les États-Unis, un groupe spécial – ou *panel* en anglais – de l'OMC a rendu le 15 juin 2000 un rapport⁵¹⁴ composé de conclusions ainsi que de recommandations à propos de l'exception

⁵¹¹ On retrouve le test des trois étapes aux articles L. 211-3 et L. 342-3 du CPI.

⁵¹² P.-Y. GAUTIER, p. 378, n° 373 ; du même auteur, « L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes », *CCE*, novembre 2006, étude 25, p. 12, n° 16 – M. Senftleben, « L'application du triple test : vers un système de *fair use* européen ? », *PI*, octobre 2007, p. 454 – T. Azzi, « La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé », *CCE*, juillet-août 2007, étude 16, p. 10, n° 15.

⁵¹³ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, p. 12, n° 14 – C'est également l'analyse de la Cour de justice : CJCE, 16 juillet 2009, aff. n° C-5/08, *Infopaq International c/Danske Dagblades Forening* (considérends 56 et 58), *Rec.* p. 6569 ; *PI*, octobre 2009, p. 378, V.-L. Benabou ; *CCE*, novembre 2009, comm. 97.

⁵¹⁴ Le rapport du 15 juin 2000 groupe spécial de l'OMC relatif à l'article 110 5) de la loi américaine sur le droit d'auteur est disponible à cette adresse : http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/distab_f.htm (page consultée le 14 octobre 2012) – V. Y. Gaubiac, « Les exceptions, la méthode suivie et les résultats obtenus », *PI*, janvier 2002, p. 17 ; du même auteur, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir ? », *CCE*, juin 2001, p. 12 – J. Ginsburg, « Vers un droit supranational ? La décision du groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur », *RIDA*, janvier 2001, n° 187, p. 3 – Le rapport du *panel* a été approuvé par l'Organe de règlement des différends de l'OMC le 27 juillet 2000. Pour

introduite par la loi américaine du 27 octobre 1998 dite « *Fairness in Music Licensing Act* » portant sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales⁵¹⁵. Le groupe spécial a étudié scrupuleusement chaque condition imposée par le test des trois étapes, ce qui permet d'en préciser la teneur.

173. Présence d'un cas spécial – Les exceptions au droit d'auteur doivent représenter des cas spéciaux. Il s'agit là d'une condition préalable incontournable. En clair, si celle-ci n'est pas remplie, il est inutile de vérifier le respect des deux autres conditions. Les exceptions doivent être clairement définies et poursuivre « *une fin particulière ou limitée* ». La limitation à des cas spéciaux interdit que les exceptions soient déterminées trop largement au point que leur application pourrait être généralisée à de trop nombreuses hypothèses. On ne pourrait alors plus véritablement parler d'exception⁵¹⁶. En revanche, le groupe spécial a indiqué qu'il n'est pas « *nécessaire d'identifier explicitement chacune des situations éventuelles auxquelles l'exception pourrait s'appliquer, pour autant que la portée de l'exception soit connue et particularisée* »⁵¹⁷. Cela va de soi dans la mesure où la mise en œuvre d'une exception peut revêtir différentes formes et reposer sur des moyens divers et variés. Par ailleurs, à trop préciser les hypothèses éligibles, les exceptions auraient bien des difficultés à s'adapter aux évolutions sociales et techniques⁵¹⁸.

Selon le *panel*, la détermination d'un cas spécial procède de deux sortes de critères : l'un quantitatif, l'autre qualitatif. En effet, le « cas spécial » peut s'apprécier en fonction d'éléments comptables. Ainsi, le nombre d'utilisateurs potentiels peut s'avérer pertinent afin de déterminer si le domaine d'application d'une exception est suffisamment restreint pour être considéré comme un « cas spécial »⁵¹⁹. Par ailleurs, la qualification de « cas spécial » est susceptible de dépendre de critères davantage qualitatifs tels que le type d'usage, le matériel utilisé ou encore le genre de l'œuvre⁵²⁰. Toutefois, la qualification de « cas spécial » ne saurait être tributaire d'une appréciation de l'objectif de politique publique poursuivi par l'exception au niveau national⁵²¹.

une analyse de cette décision, M. Clément-Fontaine, « Exceptions : l'émergence du "triple test" », in M. Vivant (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 169.

⁵¹⁵ L'exception litigieuse (siégeant à l'alinéa B de l'article 110 5° de la loi de 1976 sur le droit d'auteur modifiée par la loi de 1998) permettait aux commerces de détail et aux restaurants de communiquer publiquement des œuvres musicales non dramatiques radiodiffusées ou télédiffusées. Il ressort des conclusions du groupe spécial qu'aucune des trois conditions du test n'était remplie.

⁵¹⁶ C. CARON, p. 298, n° 355.

⁵¹⁷ Paragraphe 6.108 du rapport du groupe spécial de l'OMC.

⁵¹⁸ *Ibid.*, paragraphe 6.145

⁵¹⁹ *Ibid.*, paragraphe 6.127

⁵²⁰ *Ibid.*, paragraphes 6.145, 6.146 et 6.159

⁵²¹ *Ibid.*, paragraphe 6.111. En revanche, le but de politique publique poursuivi par le législateur national peut servir à une interprétation de la définition ou de la portée de l'exception (paragraphe 6.112).

174. L'absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre – L'exception au droit d'auteur ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. A quoi peut correspondre une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ? Le rapport du groupe spécial est très instructif à ce sujet.

Dans un premier temps, le groupe spécial précise que le verbe « *exploiter* » signifie « *faire usage de* » ou « *utiliser pour ses propres fins* ». Ensuite, le *panel* indique qu'il faut entendre le terme « *exploitation* » comme une « *activité par laquelle les titulaires du droit usent des droits exclusifs qui leur ont été conférés pour tirer une valeur économique de leurs droits sur ces œuvres* ». En ce qui concerne le qualificatif « *normal* », il renverrait à deux acceptions. Selon une acception « *empirique* », « *normal* » équivaldrait aux termes « *courant, habituel, classique, ordinaire* ». En vertu d'une conception « *normative* », l'adjectif signifierait « *se conformer à un type ou à une norme* ». Le groupe spécial conclut que « *l'exploitation normale* » « *signifie à l'évidence un peu moins que le plein usage d'un droit exclusif* » car si elle correspondait au plein usage du droit, les exceptions n'auraient d'existence que sur le papier et ne pourraient jamais être mises en oeuvre.

Dans la mesure où une exception au droit d'auteur ne doit pas « *constituer une concurrence à l'utilisation économique* » de l'œuvre par le titulaire de droits, le groupe spécial estime qu'il y a atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre⁵²² dès lors que des utilisations relevant en principe d'un droit exclusif mais couvertes par une exception « *constituent une concurrence aux moyens économiques par lesquels les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique de ce droit sur l'œuvre [...] et les privent de ce fait de gains commerciaux significatifs ou tangibles* »⁵²³. Par ailleurs, il considère qu'il « *faut réserver aux auteurs toutes les formes d'utilisation qui possèdent, ou qui sont susceptibles de revêtir, une importance économique ou pratique considérable* »⁵²⁴.

Force est de reconnaître que la vérification du respect de la deuxième condition du triple test passe nécessairement par une analyse de marché, laquelle devra permettre de déterminer si la mise en œuvre de l'exception préjudicie anormalement à un marché actuel ou empêche

⁵²² Selon le paragraphe 6.172 du rapport du groupe spécial de l'OMC, « l'atteinte qui pourrait être portée à l'exploitation normale d'un droit exclusif particulier ne peut pas être contrebalancée ni justifiée par le simple fait qu'il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale d'un autre droit exclusif (ou qu'il n'y a pas du tout d'exception en ce qui concerne ce droit), même si l'exploitation de ce dernier générerait plus de recettes ». Le paragraphe 6.173 d'ajouter que l'atteinte à l'exploitation normale d'une œuvre devrait être appréciée pour chaque droit exclusif pris séparément.

⁵²³ Paragraphe 6.183 du rapport du groupe spécial de l'OMC.

⁵²⁴ *Ibid.*, paragraphe 6.179.

l'émergence de marchés potentiels⁵²⁵. Or, pareille analyse risque de rendre délicate l'interprétation de la deuxième condition⁵²⁶. D'un côté, elle peut se révéler sans intérêt dans l'environnement numérique, lequel donne la possibilité aux titulaires de droits de recourir aux mesures techniques, et partant, de cloisonner les marchés au détriment des bénéficiaires des exceptions⁵²⁷. D'un autre côté, une acception large de l'exploitation normale conduirait à appréhender tous les marchés en perspective de sorte que les exceptions seraient toujours considérées comme attentatoires, et par conséquent, ne franchiraient jamais la deuxième étape⁵²⁸. Pour toutes ces raisons, M. Senftleben préconise une conception restrictive de la deuxième condition « *réduisant le champ de l'exploitation normale au cœur économique de la commercialisation totale de l'œuvre. Une forme d'exploitation doit donc constituer une avenue principale de la commercialisation de l'œuvre et une source majeure de revenus pour franchir le seuil d'une importance économique ou pratique considérable ou d'une contribution essentielle à la réalisation des objectifs du droit d'auteur* »⁵²⁹.

175. L'absence de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur – L'exception au droit d'auteur ne doit pas causer de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Cette condition est le corollaire de l'exigence précédente. Il est évident que dès lors qu'une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre est caractérisée, les intérêts légitimes de l'auteur s'en trouvent lésés⁵³⁰. Toutefois, une lecture *a contrario* semble autoriser que les « préjudices justifiés » passent avec succès la troisième étape. Ainsi des préjudices justifiés par les fondements de l'exception qu'une pesée des intérêts en présence mettra en avant, ou encore, des préjudices considérés comme injustifiés mais compensés par l'instauration d'un droit à rémunération.

⁵²⁵ M. Senftleben, « L'application du triple test : vers un système de *fair use* européen ? », *PI*, octobre 2007, p. 455.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ V.-L. Benabou, « Patatras ! A propos de la décision du Conseil Constitutionnel du 27 juillet 2006 », *PI*, juillet, 2006, p. 242.

⁵²⁹ M. Senftleben, *op. cit.*, p. 456.

⁵³⁰ Lors de la Conférence de Stockholm de 1967, une première formulation des trois étapes avait été proposée par le Royaume-Uni et était rédigée comme suit : « It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction in certain special cases where the reproduction does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author and does not conflict with a normal exploitation of the work ». mais le Président de la commission principale proposa de placer la condition de l'exploitation normale avant la condition de l'intérêt légitime car il estimait que celle-ci était secondaire par rapport à celle-là. Sa proposition fut retenue lors de l'introduction du triple test dans la Convention de Berne. V. *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, June 11 to July 14, 1967*, Genève, OMPI, 1971, p. 1145.

Selon le *panel* les intérêts légitimes en cause peuvent être tant d'ordre patrimonial que moral⁵³¹. Par ailleurs, le qualificatif « *légitime* » indiquerait « *la licéité du point de vue du droit positif* », en même temps qu'il évoquerait la légitimité « *d'un point de vue plus normatif, s'agissant de ce que requiert la protection d'intérêts qui sont justifiables au regard des objectifs qui sous-tendent la protection de droits exclusifs* »⁵³². Autrement dit, l'auteur ne serait pas fondé à interdire la diffusion d'une analyse de son œuvre parce qu'elle en ferait une critique défavorable puisque cela n'est pas l'objet du droit d'auteur⁵³³.

Le groupe spécial estime que constitue un préjudice injustifié⁵³⁴ une exception ou limitation qui engendre ou risque d'engendrer « *un manque à gagner injustifié pour le titulaire de droit d'auteur* »⁵³⁵. Mais il serait possible d'atténuer le préjudice en prévoyant une compensation sous la forme de licence obligatoire. Il faudrait alors distinguer selon deux cas de figure. Les exceptions ne causant aucun préjudice injustifié seraient des exceptions gratuites⁵³⁶ tandis que les exceptions occasionnant un préjudice injustifié devraient, soit être exclues, soit être changées en limitations donnant droit à une rémunération équitable comme en matière de copie privée. A cet égard, la Cour de justice a jugé que, eu égard à la troisième condition du test, « *les États membres, lorsqu'ils décident d'instaurer l'exception de copie privée dans leur droit national, sont, en particulier, tenus de prévoir, en application de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive du 2001/29, le versement d'une compensation équitable au bénéfice des titulaires des droits* »⁵³⁷.

La troisième condition du triple test offre davantage de flexibilité que les précédentes. En effet, si les exigences de « cas spécial » et d'« absence d'atteinte à l'exploitation normale » sont l'une ou l'autre insatisfaites, l'usage de l'œuvre doit obligatoirement être considéré comme illicite. En revanche, si seule la troisième condition n'est pas remplie, l'exception peut être réhabilitée au travers de l'instauration d'un droit à rémunération.

⁵³¹ Paragraphe 6.223 du rapport du groupe spécial de l'OMC : le terme intérêt « ne se limite pas nécessairement à un avantage ou à un détriment économique réel ou potentiel ». Cette position de l'organe de l'OMC peut étonner dans la mesure où l'Accord ADPIC ne traite que des droits patrimoniaux et que l'article 6 de la Convention de Berne n'y a pas été intégré.

⁵³² *Ibid.*, paragraphe 6.224.

⁵³³ En ce sens, J. Ginsburg, *op. cit.*, p. 26 – M. Senfleben, *op. cit.*, p. 457.

⁵³⁴ Le groupe spécial a précisé que « l'expression "pas injustifié" ("not unreasonable" en anglais) évoque par connotation un seuil un peu plus strict que ce qu'évoque le terme "justifié" ». Le terme « reasonable » signifie « proportionné » ou « dans les limites du raisonnable » (paragraphe 6.225).

⁵³⁵ Paragraphe 6.229 du rapport préc. – Le groupe spécial ajoute que l'on peut atténuer le préjudice en prévoyant une compensation sous la forme d'une licence obligatoire comme en matière de copie privée.

⁵³⁶ A. LUCAS et *alii*, p. 343, n° 360, citant par exemple les actes officiels, les citations ou encore les parodies.

⁵³⁷ CJUE, 16 juin 2011, aff. n° C-462/09, *Stichting de Thuisopiecc/ Opus supllies Deutschland GmbH*, D. 2011, p. 1816, *PI*, juillet 2011, p. 216, obs. V.-L. Benabou ; *RTD com.* 2011, p. 551, obs. F. Pollaud-Dulian : considérants 21 et 22.

La troisième étape du triple test est sans aucun doute celle qui reflète le plus l'idée d'un test de proportionnalité puisqu'elle conduit nécessairement à procéder à une pesée des intérêts de l'auteur en contrepoids de ceux des utilisateurs. Il s'agit en vérité de constater que la mise en œuvre d'une exception ne cause pas de préjudice déraisonnable aux intérêts légitimes du titulaire de droits. En effet, par définition, une exception porte atteinte au droit exclusif. Simplement, si une atteinte déraisonnable ou disproportionnée doit être exclue, une atteinte raisonnable peut être licite.

176. Perspectives – Lorsque l'organe de règlement des différends adopte le rapport d'un groupe spécial, les recommandations qui y sont formulées ne sont contraignantes qu'à l'égard des parties au litige. En l'occurrence, le rapport du panel, bien que riche en enseignements, ne constitue qu'un « *cadre de référence* »⁵³⁸ qui ne permet pas de faire toute la lumière sur la teneur du triple test. Cependant, il est clair que celui-ci renforce la règle d'interprétation stricte des exceptions en ajoutant des conditions supplémentaires au bénéfice effectif des exceptions au droit d'auteur. Autrement dit, même si l'exigence d'une interprétation stricte est satisfaite, il faut encore franchir les trois étapes de la règle inspirée par la Convention de Berne. Bien que le groupe spécial de l'OMC en ait fait l'exégèse, le triple test demeure une « *notion cadre* »⁵³⁹ opaque pour le juriste en raison de son approche très voire trop économique⁵⁴⁰. Il ne s'agit plus seulement de constater la licéité du libre usage d'une œuvre au travers de la réunion des conditions intrinsèques de l'exception, il faut encore procéder à une « *analyse économique du marché de l'exploitation primaire du titulaire et "du marché de l'exception"*, [laquelle invite à passer] *du Droit à la régulation* »⁵⁴¹. Or, comme le conseille M. Vivant, il faut se montrer prudent avec l'introduction de « *considérations économiques dans le raisonnement juridique* »⁵⁴².

⁵³⁸ J. Ginsburg, *op. cit.*, p. 58.

⁵³⁹ P. Sirinelli, « L'application du test des trois étapes par le juge : interprétations et conséquences », in *Rencontres Lamy du droit de l'immatériel – loi "DADVSI" du 1^{er} août 2006*, RLDI, supplément au n° 20, octobre 2006, pp. 34 et 36. Selon cet auteur, comme la notion d'extraction substantielle en matière de base de données, le triple test est un concept « mou » ou « flou » susceptible d'aboutir à des sanctions « dures » – Dans le même sens C. Alleaume, « Le rôle du triple test, une nouvelle conception des exceptions ? », in *La loi DADVSI : des occasions manquées ? – Premières rencontres nantaises de la propriété intellectuelle*, le 9 février 2007, RLDI, supplément au n° 25, mars 2007, p. 50 et 51, relevant le caractère « malléable et imprécis » de la deuxième condition du test et le caractère « trop flou » de la troisième étape – C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Thèse Paris XI, p. 150, n° 122 et p. 242, n° 201.

⁵⁴⁰ S. Dusollier, Thèse préc., p. 445, n° 569.

⁵⁴¹ V.-L. Benabou, « Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée », *Legipresse*, mai 2006, p. 77 ; du même auteur, « De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques », *PI*, octobre 2007, p. 427 – V. aussi, M. Vivant, « L'application du test des trois étapes par le juge : interprétations et conséquences », in *Rencontres Lamy du droit de l'immatériel – loi "DADVSI" du 1^{er} août 2006*, RLDI, supplément au n° 20, octobre 2006, pp. 34 et 36.

⁵⁴² M. Vivant, « Autre regard... », *PI*, juillet 2007, p. 364.

Il n'y a pas que ses concepts qui rendent flou le triple test. La limpidité de la règle est également compromise par le fait qu'elle doit être appliquée par le juge, ce qui est loin de constituer un gage de sécurité juridique.

2. L'application judiciaire du triple test

177. Obligation de transposition ? – Il n'est pas évident que le droit européen pose l'obligation de transposer le triple test. Il est permis de s'interroger car en regard des instruments internationaux contraignant les États à soumettre les exceptions aux exigences du test⁵⁴³, la directive du 22 mai 2001 ne semble pas imposer clairement la transposition de l'article 5 paragraphe 5. Ce dernier affirme simplement que les exceptions « *ne sont applicables* » que sous réserve du respect des conditions du triple test. Il y a donc lieu de se demander si le triple test est un outil réservé aux États membres ou s'il est également destiné au juge européen et aux juges nationaux⁵⁴⁴.

178. Interprétations multiples de l'article 5 paragraphe 5 – Outil juridique réservé au législateur, l'examen du triple test interviendrait au stade de la création de l'exception de sorte que le juge n'aurait pas le pouvoir de l'y soumettre à nouveau. Seule l'observation des conditions inhérentes à l'exception suffirait à rendre celle-ci licite. Règle d'interprétation à destination du juge supposant son intégration en droit interne, le test des trois étapes constituerait une condition additionnelle de licéité dont le contrôle pourrait être effectué *a posteriori*. Entre une appréciation *in abstracto* faite par le législateur national et une appréciation *in concreto* faite par le juge national, subsiste une troisième voie supposant que le triple test soit un outil d'interprétation dans les mains du juge européen. Celui-ci serait alors à même de contrôler à la lumière du triple test les exceptions relevant des droits nationaux et de livrer une interprétation uniforme au sein de l'Union européenne⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Convention de Berne, l'Accord sur les ADPIC, et le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

⁵⁴⁴ C. Caron, « Les exceptions – L'impact sur le droit français », *PI*, janvier 2002, p. 25, n° 3, évoquant le filtre législatif, le filtre de la Cour de justice et le filtre du juge national.

⁵⁴⁵ En tout état de cause, si la Cour de Luxembourg est saisie d'actions en manquement ou de questions préjudicielles, elle devra interpréter les exceptions à la lumière du triple test.

179. Débats doctrinaux – La question de l'intégration dans les droits nationaux de l'article 5 paragraphe 5 a divisé la doctrine. Certains se sont faits partisans de la non-transposition⁵⁴⁶, considérant que le triple test est un outil réservé aux États membres⁵⁴⁷. Des arguments de taille ont d'ailleurs été avancés. Ainsi, Mme Benabou relève que les conditions strictes dans lesquelles le législateur a enfermé les exceptions sont le signe qu'elles correspondent bien à des cas spéciaux et que le souci d'encadrer le libre usage de certaines œuvres témoignerait « *d'une volonté d'écarter toute exception qui pourrait porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre* »⁵⁴⁸. D'autant plus que la possibilité de recourir à des compensations financières assurerait que l'usage ne cause pas de préjudice injustifié⁵⁴⁹. Dès lors, quand bien même il serait fait mention du triple test dans le CPI, il ne s'agirait pas d'une obligation pour le juge de l'appliquer *in concreto*, mais de la simple indication que les dérogations légales satisfont déjà à ses exigences⁵⁵⁰. Il y aurait donc une « *présomption de conformité de l'exception au triple test, ce qui devrait amener le juge, lors de son application, à considérer que l'utilisateur qui remplit les conditions légales de l'exception remplit ipso facto les conditions du triple test* »⁵⁵¹. Il faut reconnaître que l'interprétation cantonnant le triple test à une appréciation *in abstracto* présente de sérieux avantages. D'une part, elle permet à la conception analytique des exceptions de conserver tout son sens puisque ce qu'aura décidé le législateur – en l'occurrence que certains usages échappent au monopole de l'auteur – le juge ne pourra le défaire. D'autre part, et c'est le corollaire de ce qui précède, cette lecture a le mérite de préserver la sécurité juridique que l'on est en droit d'attendre d'un système fermé d'exceptions.

Face aux tenants de la non-transposition, une frange de la doctrine met en avant des éléments accréditant la thèse de l'intégration nécessaire de l'article 5 paragraphe 5 en droit interne. Tout d'abord, le texte européen emploie le terme « *applicables* ». Cette terminologie est lourde de sens⁵⁵² dans la mesure où, en théorie, « l'application » de la règle est l'apanage du

⁵⁴⁶ Notamment, M. Vivant, « L'application du test des trois étapes par le juge : interprétations et conséquences », in *Rencontres Lamy du droit de l'immatériel – loi "DADVSI" du 1^{er} août 2006*, RLDI, supplément au n° 20, octobre 2006, p. 36.

⁵⁴⁷ M. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, 2004, p. 280 : « *Should the three-step test itself be incorporated into national copyright law ? The latter question can clearly be answered in the negative. The passage of article 5(5) CD stating that limitations 'shall only be applied in certain special cases' is a mere reference to international obligations. The three-step must be borne in mind but not be incorporated* »

⁵⁴⁸ V.-L. Benabou, « De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques », *PI*, octobre 2007, p. 427.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 428.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² Même s'il est vrai comme le constatent certains que la rigueur lexicale n'est pas le point fort du législateur européen : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 383, n° 573.

juge⁵⁵³. Par ailleurs, des auteurs font valoir qu'il est bien plus conforme au droit européen de transposer le triple test car, une directive européenne ayant pour objectif d'harmoniser les législations nationales, il est préférable que la règle s'adresse non seulement au juge européen mais aussi au juge national⁵⁵⁴. Surtout, même si le test n'avait pas été transposé, l'interprétation du juge n'en aurait pas moins été tributaire car celui-ci doit décider à la lumière des dispositions européennes⁵⁵⁵. Il serait donc plus raisonnable, au nom de la sécurité juridique, de transposer la règle du triple test.

Plus déterminant encore est le fait que les exceptions fassent l'objet d'une liste limitative. Ni la Convention de Berne, ni l'Accord ADPIC, pas plus que les Traités de l'OMPI, ne font l'énumération des exceptions car les États demeurent libres de déterminer les dérogations légales. Simplement, ils doivent faire en sorte que celles-ci satisfassent aux exigences du triple test. Par conséquent, dans le cadre des instruments internationaux, le test des trois étapes doit être perçu comme une méthode de création des exceptions dans les mains des seuls législateurs nationaux. En revanche, dans le cadre de la directive du 22 mai 2001, la logique est tout autre. Celle-ci énumère limitativement les exceptions. Cela signifie que la règle du triple test n'est plus conçue comme une méthode de création des exceptions puisque celles-ci sont déjà élaborées par le législateur européen, avec la faculté pour les États membres de les intégrer à leur droit interne. Elle apparaît plutôt comme une prescription relative à l'application de celles-ci. En tant que consigne relative à l'application des exceptions, le triple test nécessitait d'être transposé afin d'être directement applicable par le juge.

A côté d'une liste limitative des exceptions, la présence du triple test dans la directive imposait donc qu'on transpose celui-ci. Le défaut de transposition par un État pourrait valoir une procédure pour manquement au sens des articles 226 et suivants du Traité instituant l'ancienne

⁵⁵³ M. Buydens et S. Dusollier, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, septembre 2001, p. 12 – S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, 2007, p. 440, n° 563.

⁵⁵⁴ A. LUCAS et *alii*, p. 346, n° 362 – Aussi, C. Zolynski, *Méthode de transposition des directives communautaires – Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 2007, p. 169, n° 230 : « Lorsqu'elle est reprise par le législateur communautaire au sein des directives 91/250 programmes d'ordinateur, 96/9 bases de données et 2001/29 société de l'information, la règle n'a plus cette fonction de délégation normative dans la mesure où les directives mentionnent expressément les exceptions. Accompagnant les exceptions, le test des trois étapes se mue en condition d'application, en principe d'interprétation qui s'impose au juge lors de l'application des exceptions. Il s'agit dès lors d'une délégation du législateur communautaire au juge communautaire et national ». L'auteur ajoute que les exceptions doivent faire l'objet d'une validation *in abstracto*. Autrement dit, le législateur doit vérifier que les exceptions transposées obéissent aux exigences du triple test. Mais les exceptions doivent aussi faire l'objet d'une validation *in concreto*. C'est alors au juge de vérifier la conformité des exceptions au test.

⁵⁵⁵ En ce sens, A. LUCAS et *alii*, p. 346, n° 362 – Également, C. Zolynski, Thèse préc., p. 171, n° 230.

Communauté européenne devenus les articles 258 et suivants du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le législateur européen aurait dû davantage faire attention aux incidences de l'introduction du triple test dans la directive⁵⁵⁶. L'erreur a été de l'introduire dans le corps de la directive si bien que sa transposition était inévitable⁵⁵⁷. Or, comme le relève M. Gautier, le test avait certainement « *plus sa place dans un exposé des motifs, que dans une règle de droit positif* »⁵⁵⁸. Ce qui est sûr est que l'on ne voit pas vraiment l'intérêt de dresser une liste exhaustive des exceptions si celles-ci peuvent être remises en cause par la vérification de la triple condition.

180. Interprétation retenue par le législateur français – Force est de constater que la question de la transposition de l'article 5 paragraphe 5 n'a pas fédéré les États membres. Des pays tels que l'Allemagne⁵⁵⁹, l'Autriche⁵⁶⁰, le Danemark⁵⁶¹, l'Italie, les Pays-Bas ou encore la Belgique, ont choisi de ne pas transposer la règle en droit interne. Le législateur français, comme d'autres⁵⁶², a préféré insérer le test dans le CPI⁵⁶³, certainement convaincu par son application judiciaire anticipée⁵⁶⁴.

181. Premier contrôle devant le législateur, deuxième contrôle devant le juge – L'article L. 122-5 du CPI énonce que « *les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* »⁵⁶⁵. Les étapes du triple test sont donc réduites au nombre de deux dans le CPI. Le législateur français

⁵⁵⁶ En ce sens, A. Lucas, note sous Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *JCP G* 2006 II, 10084, p. 1066.

⁵⁵⁷ Comp. P. Gaudrat, « Sombre actualité...Projet de loi sur le droit d'auteur, les droits voisins et la société de l'information et la copie privée empêchée (Cour de cassation, 1^{re} civ., 26 février 2006) », *RTD com.* 2006, p. 388 : « C'est à la transposition que le législateur a dérapé ».

⁵⁵⁸ P.-Y. GAUTIER, p. 377, n° 371.

⁵⁵⁹ T. Dreier et G. Neolt, « La transposition de la directive 2001/29/CE en droit d'auteur allemand : la loi sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information », *PI*, janvier 2004, p. 582 – S. von Lewinski, « La transposition en droit allemand de la directive sur la société de l'information », *RIDA*, octobre 2004, n° 202, p. 28, relevant que le Gouvernement allemand a décidé de ne pas transposer expressément le triple test car il a estimé que la mention de cette règle dans la directive ne constituait qu'un rappel destiné aux États membres, lesquels doivent se conformer aux conditions du test en définissant clairement les exceptions et limitations au droit d'auteur tout en assurant l'équilibre entre les intérêts des auteurs et ceux des utilisateurs.

⁵⁶⁰ M. Walter, « La transposition en Autriche de la directive sur la société de l'information », *RIDA*, octobre 2004, n° 202, p. 54.

⁵⁶¹ P. Schonning, « Transposition de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information : Danemark », *RIDA*, octobre 2004, n° 202, p. 92.

⁵⁶² Comme les législateurs grec et luxembourgeois par exemple – V. J. Neuen, « La transposition en droit luxembourgeois de la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », *RIDA*, octobre 2004, n° 202, p. 153.

⁵⁶³ Rapport THIOILLIÈRE, p. 53.

⁵⁶⁴ Les décisions seront examinées en détail dans les développements consacrés à l'articulation par le juge des mesures techniques de protection et des exceptions au droit d'auteur.

⁵⁶⁵ Il ne s'agit pas de la seule disposition du CPI qui reprenne la règle des trois étapes. Par exemple, l'article 211-3 relatif aux droits voisins, l'article 331-7 alinéa 2 relatif aux mesures techniques de protection, et l'article 342-3 relatif à l'extraction et la réutilisation de la base de données, la mentionnent également.

s'est abstenu d'y intégrer la condition des « cas spéciaux » car, très logiquement, dans un système fermé, la conception analytique des exceptions suppose que celles-ci reposent sur des occurrences bien précises. Par conséquent, les exceptions figurant dans la liste limitative de l'article L. 122-5 doivent d'emblée être considérées comme des cas spéciaux. Mais, en intégrant le test des trois étapes dans le CPI, le législateur en a fait une règle d'interprétation dans les mains du juge. Il incombe donc à celui-ci de vérifier que les exceptions litigieuses satisfont aux exigences posées par la règle, alors que le législateur est censé les avoir déjà passées au crible.

182. Surabondance de l'application judiciaire du triple test – Il pourrait être longuement débattu de l'obligation ou non de transposer le triple test. Une chose est certaine, l'application judiciaire de cette règle est surabondante dans un système où les exceptions sont établies de façon analytique et doivent être interprétées strictement⁵⁶⁶. L'élection des exceptions par le législateur constitue déjà un filtre sérieux. Or, l'application judiciaire du triple test ne fait que rendre plus incertain le bénéfice des dérogations légales. Alors même que les conditions strictes d'une exception seront observées, en cas de litige, sa mise en oeuvre ne deviendra licite qu'une fois franchies les trois étapes sous le contrôle du juge⁵⁶⁷. En réalité, ce dispositif rend les choses bien plus compliquées⁵⁶⁸, notamment en matière de procédure. L'occasion est désormais donnée aux titulaires de droits de multiplier les actions aux fins de contestation d'une exception⁵⁶⁹, ce qui entraînera sans doute des problèmes de preuve⁵⁷⁰. Tout cela sur fond de concepts économiques

⁵⁶⁶ V. B. Galopin, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur français*, Thèse Paris XI, 2011, p. 70, n° 85. L'auteur se demande s'il n'y a pas déjà une certaine « présomption de compatibilité » au triple test des exceptions figurant dans la liste fermée énoncée par la directive du 22 mai 2001.

⁵⁶⁷ Cette méthode semble se rapprocher du *fair use* du système américain en vertu duquel il appartient au juge de valider le libre usage d'une œuvre par un tiers. Cependant, le triple test tel qu'il résulte de la directive du 22 mai 2001 présente davantage de similitudes avec le *fair dealing* anglais, lequel impose que l'usage soit loyal et exercé dans le cadre d'un cas spécial pour qu'il soit considéré comme licite. Sur ce point, M. Senftleben, « L'application du triple test : vers un système de fair use européen », *PI*, octobre 2007, p. 460. Or, la condition du cas spécial n'existe pas en matière de *fair use*, système ouvert au sein duquel la licéité de l'usage est apprécié à la lumière de la deuxième et de la troisième condition du triple test déclinées en quatre conditions différentes : la finalité de l'utilisation, le genre de l'œuvre, la proportion de l'œuvre utilisée, l'impact de l'utilisation de l'œuvre sur le marché.

⁵⁶⁸ P.-Y. GAUTIER, p. 377, n° 371 – Également, M. F. Marais, « L'application du test des trois étapes par le juge : interprétations et conséquences », in *Rencontres Lamy du droit de l'immatériel – loi "DADVSI" du 1^{er} août 2006*, *RLDI*, supplément au n° 20, octobre 2006, p. 34, affirmant que l'application judiciaire du triple test rend plus complexes les affaires et oblige à une approche économique des notions juridiques.

⁵⁶⁹ C. Caron, *op. cit.*, p. 25, relevant que le triple test pourrait donner l'occasion de contester les exceptions même à des « fins dilatoires ».

⁵⁷⁰ Sur les problèmes de preuve, P.-Y. GAUTIER, p. 378, n° 373 ; du même auteur, « L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes », *CCE*, novembre 2006, étude 25, p. 12, n° 13 – La charge de la preuve devrait peser sur les titulaires de droits. C'est à eux de démontrer que l'exception ne franchit pas les étapes du test : en ce sens, A. Lucas, note préc., p. 1067.

peu limpides⁵⁷¹ pour celui qui se risquera à justifier le libre usage d'une œuvre par une dérogation sans être sûr de son coup.

183. Insécurité juridique résultant de l'application judiciaire du triple test – D'ailleurs, quel auteur se privera de contester une exception sur le fondement du triple test dès lors qu'il estimera que son exercice lui cause un manque à gagner significatif ?⁵⁷² Cela ne va pas dans le sens de la sécurité juridique car l'utilisateur faisant appel à l'exception ne saura jamais s'il est dans son droit ou non⁵⁷³. En cas de litige, dépendant d'une analyse économique menée par le juge, il devra attendre que l'usage qu'il a fait de l'œuvre en respectant les conditions inhérentes à l'exception soit validé *in concreto*. Dans l'hypothèse où le juge estime que l'utilisation prétendument couverte par l'exception porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, non seulement le bénéfice de l'exception sera écarté, mais encore, le grief de contrefaçon pourra être retenu contre l'utilisateur⁵⁷⁴. C'est donc au jeu du « *quitte ou double* »⁵⁷⁵, avec sanctions pénales à la clé, que l'on soumet l'utilisateur, alors que tout système fermé d'exceptions est censé fournir un gage de prévisibilité. De ce point de vue, il faut se demander si l'illisibilité du triple test ne heurte pas le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines⁵⁷⁶.

L'insécurité juridique fut pointée du doigt par des parlementaires. Au lendemain de la transposition de la directive du 22 mai 2001, les députés socialistes formèrent un recours devant le Conseil Constitutionnel. Leur argument était de bon sens : ils faisaient valoir que les justiciables, même les plus avisés, se questionneront toujours. Ils ne seront jamais capables

⁵⁷¹ C. Caron, « La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », *CCE*, mai 2001, p. 23, n° 16, soulignant que le juge pourra neutraliser l'exception en utilisant des « concepts flous et intuitifs d'exploitation normale et de préjudice injustifié ».

⁵⁷² Remarquant le caractère incitatif du triple test, C. Alleaume, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁷³ P.-Y. GAUTIER, p. 377, n° 371.

⁵⁷⁴ P. Sirinelli, « Propriété littéraire et artistique », *D.* 2006, pan., p. 2997 : l'utilisateur serait retenu « contrefacteur malgré lui ».

⁵⁷⁵ Pour reprendre la formule de M. Gautier, « L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes », *CCE*, novembre 2006, étude 25, p. 12, n° 15.

⁵⁷⁶ La Cour européenne des droits de l'Homme s'est déjà prononcée au sujet de la prévisibilité des lois : CEDH, 26 avril 1979, Cour plénière, Série A n° 30, *Sunday Times c/Royaume-Uni*, paragraphe 49 - CEDH, 25 mars 1983, Chambre, Série A n° 61, *Silver et autres c/Royaume-Uni*, paragraphe 87 et 88 - CEDH, 2 août 1984, Cour plénière, Série A n° 82, *Malone c/Royaume-Uni*, paragraphe 66, *Rev. sc. crim.*, 1984, p. 145, obs. L.-E. Pettiti. La Cour a ainsi maintes fois rappelé qu'il est « nécessaire que la loi soit suffisamment accessible : le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une loi qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé ». Or, il n'est pas certain que la règle du triple test puisse permettre à l'utilisateur, même éclairé par un conseil plus avisé, de déterminer avec exactitude la portée de ses actes.

d'apprécier si les conditions du triple test sont remplies, et par conséquent, ne pourront qu'ignorer les « *conséquences civiles et pénales de leurs actes légitimes et accomplis de bonne foi* ». Or, les sanctions pénales peuvent tout de même aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement⁵⁷⁷. Pourtant, cet argument ne remporta aucun succès auprès des « sages » qui décidèrent que la loi de transposition ne faisait que « *tirer les conséquences nécessaires* » des « *dispositions inconditionnelles et précises* » de la directive et sur lesquelles ils ne pouvaient statuer⁵⁷⁸. « *Inconditionnelles* » sans doute, « *précises* » il est permis d'en douter.

184. L'analyse économique : une tâche délicate pour le juge – Le triple test est non seulement source d'incertitudes pour l'utilisateur mais encore pour le juge⁵⁷⁹. En effet, le test contraint celui-ci à des analyses économiques qui n'appartiennent pas à son environnement naturel. Or, il n'est pas sûr que le juge ait « *les outils conceptuels [ou] les moyens financiers* »⁵⁸⁰ pour procéder aux examens requis. Cette situation ne peut que le conduire à faire systématiquement appel à un expert. Cela représente un coût financier non négligeable. Puis une fois les affaires jugées, puisque les concepts de la règle sont flous, des lectures du triple test diverses et variées, voire contradictoires⁵⁸¹, sont susceptibles de ressortir des interprétations faites par les autorités judiciaires ou l'autorité de régulation spécifique. Cela ne manquera certainement pas de renforcer le sentiment d'insécurité juridique⁵⁸².

Il eût été préférable que le législateur européen réserve expressément le triple test aux États membres⁵⁸³, quitte à réduire le rôle du juge à une simple vérification des conditions d'application inhérentes à toute dérogation élue, ce qui n'est déjà pas une mince affaire.

185. Un dispositif uniquement favorable à l'auteur – En l'état actuel des choses, non seulement les législateurs nationaux, en amont, pourront refuser d'intégrer une exception

⁵⁷⁷ Cinq ans lorsque la bande organisée est retenue.

⁵⁷⁸ Considérant 35 de la décision du 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, JO du 3 août 2006, p. 11541.

⁵⁷⁹ V.-L. Benabou, « Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée », *Legipresse*, mai 2006, p. 74, relevant que l'appréciation *in concreto* peut être déstabilisante pour le juge.

⁵⁸⁰ M. Vivant, « Autre regard... », *PI*, juillet 2007, p. 365.

⁵⁸¹ Sur ce point, P.-Y. Gautier, « L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes », *CCE*, novembre 2006, étude 25, p. 12, n° 14 – P.-Y. GAUTIER, p. 378, n° 372 – Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les décisions totalement contradictoires rendues dans l'affaire « Mulholland Drive » : Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, préc. ; CA Paris, 22 avril 2005, préc. ; TGI, Paris, 30 avril 2004, *JCP G* 2004, II, 10135, note C. Geiger ; *JCP E* 2004, 1101, note T. Maillard ; *CCE*, juillet-août 2004, comm. 85, p. 24, note C. Caron ; *RTD com.* 2004, p. 486, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁵⁸² C. Alleaume, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁸³ Du même avis, M. Vivant, « L'application des trois étapes par le juge : interprétations et conséquences », *in Rencontres Lamy du droit de l'immatériel – loi "DADVSI" du 1^{er} août 2006*, *RLDI*, supplément au n° 20, octobre 2006, p. 36.

estimant qu'elle ne remplit pas les critères requis, mais de plus, en aval, le juge sera susceptible de remettre en cause la mise en œuvre d'une dérogation légale par un utilisateur. D'autant que le triple test est davantage une règle destinée à profiter à l'auteur plutôt qu'aux tiers⁵⁸⁴. Comme le soulignent des auteurs, « *le triple test dit seulement à quelles conditions une exception peut être tolérée. Il ne dit pas qu'elle doit l'être si ces conditions sont remplies* »⁵⁸⁵. En d'autres termes, le juge n'est pas admis à interpréter le test des trois étapes *a contrario* en acceptant de nouvelles exceptions sous prétexte qu'elles satisfont aux exigences de la règle. Une interprétation *a contrario* générant des exceptions inédites est bien évidemment proscrite dans un système à liste fermée. En revanche, il ne peut être contesté que, dès lors qu'une dérogation légale remplit les conditions du test, pèse « *l'obligation pour les titulaires de droit de propriété intellectuelle de ne pas s'opposer aux revendications fondées sur les exceptions* »⁵⁸⁶.

Il y a lieu de s'étonner, avec d'autres⁵⁸⁷, que le triple test ne puisse finalement servir que les intérêts des auteurs. Il est toujours bon de revenir aux origines d'une règle pour vérifier que celle-ci n'a pas été détournée de son objectif premier. Traditionnellement, le triple test n'était pas un outil destiné au juge, mais réservé au législateur. Comme cela a été dit⁵⁸⁸, la révision de la Convention de Berne avait pour principal but de consacrer enfin le droit de reproduction sur le plan international⁵⁸⁹. Dans la mesure où de nombreux États, ne souhaitant pas modifier leur législation, reconnaissaient déjà ce droit et l'avaient assorti d'exceptions, un deuxième alinéa fut ajouté à l'article 9 de la Convention. Ce deuxième alinéa, comportant la règle du triple test, fut exprimé dans des termes assez larges pour permettre aux législations nationales à la fois d'adopter

⁵⁸⁴ En ce sens, Y. Gaubiac, « Droit d'auteur et intérêt général », *CCE*, juillet 2010, p. 821, concédant que le but du triple test est de protéger les auteurs – Dans le même sens, C. Alleaume, *op. cit.*, p. 49. L'auteur soutient que l'objectif du test est de comprimer les exceptions au droit d'auteur : « l'intérêt de l'auteur est d'autant moins discutable que le triple test est conçu comme “un fusil à deux coups” contre les exceptions. Premier coup : c'est une condition préalable à la création d'exceptions nouvelles par le législateur (voir les accords internationaux). Second coup : au cas où le législateur créerait une exception portant atteinte à l'exploitation normale des œuvres et préjudiciable pour les intérêts légitimes de l'auteur, le juge se voit investi de la mission de corriger la loi » – Aussi, P. Gaudrat, *op. cit.*, p. 388.

⁵⁸⁵ A. LUCAS et *alii*, p. 344, n° 361.

⁵⁸⁶ Y. Pouillet, *op. cit.*, p. 66, n° 13. L'auteur souligne que la consécration légale des exceptions oblige les titulaires de droits ainsi que le juge à prendre en considération les intérêts qu'elles préservent. L'intérêt général commande une « pesée d'intérêts » inscrite dans la loi et invite le juge à y procéder chaque fois qu'un conflit surgit entre les prérogatives des auteurs et celles des tiers.

⁵⁸⁷ M. VIVANT et J.M. BRUGUIÈRE, p. 383, n° 573.

⁵⁸⁸ *Supra* n° 170.

⁵⁸⁹ M. Senftleben, *op. cit.*, p. 47 : « the establishment of the right of reproduction *jure conventionis* was regarded as one of the most important tasks of the Conference. Its accomplishment should redress the anomaly that the Convention showed insufficient deference to reproduction rights while these held a fundamental position in national legislation. The feasibility of the plan to attain the formal recognition of a general right of reproduction, however, depended on whether or not the Conference would succeed in finding a satisfactory formula for permissible limitations ».

de nouvelles dérogations et surtout de conserver les exceptions préexistantes. Ainsi, « dans la philosophie de la Convention de Berne, cette disposition s'adressait aux États et s'apparentait à une jauge ex ante de l'adoption ou du maintien d'une exception dans la législation sur le droit d'auteur et n'apparaissait pas destinée à ce que le juge réalisât in concreto une pesée de la dérogation portée au droit exclusif »⁵⁹⁰. Le test des trois étapes a donc été instauré dans le souci du compromis afin de préserver les exceptions et non de les restreindre⁵⁹¹. Partant, il semble que la directive du 22 mai 2001 ait dévoyé le triple test en l'envisageant non plus comme « une consigne relative à la création des exceptions, mais comme une consigne relative à l'application de celles-ci »⁵⁹².

186. Un dispositif mal pensé et inadapté – Pourtant, le compromis est l'un des objectifs affichés de la directive du 22 mai 2001. Dans un considérant 31, celle-ci prône un « juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés »⁵⁹³. Or, il n'est pas certain que cette harmonie soit trouvée en l'application judiciaire du triple test. Il est permis de se demander si, paradoxalement, ce n'est pas le souci du compromis, exacerbé chez les législateurs, européen comme national, qui les aurait fait basculer dans la compromission. Il est notoire que l'élaboration des normes européennes est fortement soumise à l'influence des groupes de pression⁵⁹⁴. Ainsi, pour faire plaisir aux titulaires de droits, le législateur européen a souhaité entretenir une approche renouvelée du triple test, tendant à un contrôle plus ferme des exceptions, alors que, dans le même temps, afin de contenter les utilisateurs, il a instauré un régime de sauvegarde en faveur de certaines dérogations, lequel ne reflète d'ailleurs aucune cohérence particulière⁵⁹⁵. Il n'est donc pas étonnant de constater au niveau national que certaines dispositions soient non-conformes à la tradition

⁵⁹⁰ V.-L. Benabou, « Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée », *Legipresse*, mai 2006, p. 73.

⁵⁹¹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 384, n° 573 – Un souci comparable de compromis se dégage de la Déclaration commune concernant l'article 10 du Traité de l'OMPI : « Il est entendu que les dispositions de l'article 10 permettent aux Parties contractantes de maintenir et d'étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leurs législations nationales qui ont été considérées comme acceptables en vertu de la Convention de Berne. De même, ces dispositions doivent être interprétées comme permettant aux Parties contractantes de concevoir de nouvelles exceptions et limitations qui soient appropriées dans l'environnement des réseaux numériques. Il est aussi entendu que l'article 10 2) ne réduit ni n'étend le champ d'application des limitations et exceptions permises par la Convention de Berne ».

⁵⁹² T. Azzi, « La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé », *CCE*, août-juillet 2007, étude 16, p. 9.

⁵⁹³ Considérant 31 de la directive du 22 mai 2001.

⁵⁹⁴ V. la thèse de J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, Thèse Paris II, Dalloz, p. 126, n° 298. L'auteur montre que les titulaires de droits ont souvent argué auprès de la Commission européenne que la copie privée ne pouvait satisfaire aux exigences du triple test dans l'environnement numérique, réclamant, par suite, la suppression de l'exception dans ce contexte – Également, A. Bensamoun, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, avril 2010, n° 224, p. 5.

⁵⁹⁵ S. Dusollier, Thèse préc., p. 166, n° 210.

juridique qui prévalait jusqu'ici⁵⁹⁶, voire qu'elles la contrarient⁵⁹⁷. Or, il peut résulter de ces « désordres »⁵⁹⁸ une défaillance du droit susceptible de confiner à la « crise de confiance »⁵⁹⁹. Comme l'observe M. Vivant, cela montre que « notre politique (européenne, belge, française) est rarement pensée. Qu'importe à ceux qui la font une conceptualisation qui n'est pas leur guide ! Entre idées reçues et lobbies, ils avancent...comme les aveugles de Breugheul »⁶⁰⁰.

Il serait opportun de revenir à une logique plus claire. Il est incontestable que l'application judiciaire du triple test ne cadre pas avec la conception analytique des exceptions en vertu de laquelle des utilisations bien précises sont présentées *ex ante* comme de libres usages⁶⁰¹. Les dérogations légales ne devraient pas être « malmenées »⁶⁰² au moyen d'un contrôle *a posteriori*, bien au contraire. Au regard des objectifs d'intérêt général, d'équilibre et de paix sociale qu'elles poursuivent, leur plénitude doit être garantie.

Seul le législateur devrait supporter la charge de désigner les exceptions répondant aux exigences du triple test. Cela permettrait de soulager le juge d'une situation fort inconfortable et d'éviter l'insécurité juridique suspendue au-dessus de tout utilisateur prétendant au bénéfice d'une exception.

Enfin, même si cela fera l'objet de plus amples développements⁶⁰³, il y a lieu de préciser que l'article L. 331-7 alinéa 2 du CPI semble remettre dans les mains des titulaires de droits l'application du triple test au travers du recours aux mesures techniques de protection. Sur la

⁵⁹⁶ L'approche renouvelée du triple test montre des similitudes avec les techniques anglo-saxonnes de *fair use* et surtout de *fair dealing*, ce qui révèle l'introduction des paradigmes du *copyright* en droit d'auteur français par l'entremise du droit de l'Union européenne. Par ailleurs, à l'origine, la formulation du test s'est largement inspirée d'un amendement proposé lors de la Conférence de Stockholm par le Royaume-Uni. Sur ce point, M. Senftleben, *op. cit.*, p. 50 – Aussi, CARON, p. 299, n° 355 : « En soumettant les exceptions à l'examen de passage de ce test, le droit français s'imprègne d'une logique de *fair use* anglo-saxon et il est vraisemblable que ce test des trois étapes constituera une petite révolution dans le monde des exceptions au droit d'auteur ».

⁵⁹⁷ C. Alleaume, *op. cit.*, p. 51, relevant qu'au travers du triple test, il y a la tentative d'harmoniser deux conceptions opposées : celle du droit d'auteur « à la française » et celle du *copyright*.

⁵⁹⁸ A. Bensamoun, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁹⁹ A. Bensamoun, *op. cit.*, p. 5, soulignant que l'excès de normes, la médiocrité de l'écriture législative ainsi que l'influence des groupes d'intérêts conduisent à une crise du droit permettant de douter de sa capacité à régler convenablement les comportements sociaux.

⁶⁰⁰ M. Vivant, « Conclusion : L'intérêt général servi par une reconnaissance éclairée des droits de propriété intellectuelle », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque des 21 et 22 avril 2006, Université libre de Bruxelles – Université d'Europe Bruylant, 2008, p. 290.

⁶⁰¹ Très hostile au triple test, P. Gaudrat, *op. cit.*, p. 389 : « le triple test n'a pas sa place en droit français ».

⁶⁰² A. Bensamoun, *op. cit.*, p. 7, relevant que les exceptions, « fragiles lieux d'équilibre qui permettent aussi l'acceptation sociale de la réservation, sont malmenées », notamment par le triple test.

⁶⁰³ *Infra* n° 494.

forme, il faut relever la rédaction hasardeuse de l'ensemble de l'article⁶⁰⁴ qui ne permet pas d'en délimiter clairement la portée. Sur le fond, cela risque de rendre les choses bien plus complexes et de multiplier les contentieux. D'ailleurs, il n'est pas certain que les titulaires de droits disposent des capacités intellectuelles et financières pour procéder eux-mêmes au triple test. Surtout, son application nécessite une impartialité dont il est douteux que les intéressés fassent preuve. Il y a certainement, là aussi, une « incurie »⁶⁰⁵ manifeste du législateur.

⁶⁰⁴ L'article L. 331-7 alinéa 2 du CPI est rédigé comme suit : « Les titulaires de droits qui recourent aux mesures techniques de protection définies à l'article L. 331-5 peuvent leur assigner pour objectif de limiter le nombre de copies. Ils prennent cependant les dispositions utiles pour que leur mise en œuvre ne prive pas les bénéficiaires des exceptions visées [...] au 2° de l'article [...] L. 331-31 de leur exercice effectif. Ils s'efforcent de définir ces mesures de concertation avec les associations agréées de consommateurs et les autres parties intéressées .

Les dispositions du présent article peuvent, dans la mesure où la technique le permet, subordonner le bénéfice effectif de ces exceptions à un accès licite à une œuvre ou à un phonogramme, à un vidéogramme ou à un programme et veiller à ce qu'elles n'aient pas pour effet de porter atteinte à son exploitation normale ni de causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits sur l'œuvre ou l'objet protégé ».

⁶⁰⁵ V.-L. Benabou, « Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée », *Legipresse*, mai 2006, p. 80.

Conclusion de la Section I

187. La valeur dérogatoire des exceptions au droit d'auteur ne doit pas être sous-estimée car elle reflète l'intention du législateur. Lorsque ce dernier érige une dérogation au droit exclusif, il choisit de privilégier les intérêts de tiers par rapport à ceux de l'auteur. La prise en considération de ces intérêts témoigne indéniablement de la fonction sociale des exceptions et, partant, du droit d'auteur pris comme branche du Droit.

Cette pondération des intérêts effectuée en amont est la seule qui devrait compter, notamment afin de garantir la sécurité juridique des uns et des autres. Cet arbitrage *in abstracto* est pourtant remis en cause par une application judiciaire du triple test qui cadre mal avec la conception analytique des exceptions. Certes, il est permis d'espérer que le triple test ne produise qu'un « effet atténué »⁶⁰⁶ sur elles. Cependant, l'analyse de la jurisprudence montre tout de même qu'il reste une règle difficile à manier pour les juges⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ T. Azzi, « La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé », *CCE*, juillet-août 2007, étude 16, p. 10 – V. aussi, C. Geiger et *alii*, « Déclaration en vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur », *PI*, octobre 2008, p. 399. Les auteurs proposent de commencer l'examen du triple test par la condition de l'absence de préjudice injustifié. Cela permettrait de donner moins d'importance à l'approche économique suscitée par la condition de l'absence à l'exploitation normale.

⁶⁰⁷ *Infra* n° 603.

Section II – La valeur impérative des exceptions au droit d’auteur ?

188. Finalités multiples du droit d’auteur – Rechercher la valeur des exceptions au droit d’auteur nécessitait dans un premier temps d’expliquer leur effet dérogoire – l’effet souhaité – et les raisons profondes de celui-ci. Les exceptions, dérogeant à la règle de principe instaurant le droit exclusif, sont des émanations de la fonction sociale du droit d’auteur. Le droit d’auteur n’est pas un droit égoïste. Certes, il tend avant tout à défendre l’intérêt de l’auteur qui est placé au centre du système mais, de manière ponctuelle, il est apte à privilégier l’intérêt du public au travers des exceptions. Tout procède d’une pondération effectuée en amont par le législateur et qui est, en principe, facteur d’équilibre⁶⁰⁸ et de sécurité juridique, pour l’auteur comme pour les utilisateurs.

189. Recherche sur l’effectivité des exceptions – Il convient désormais de s’intéresser à l’effectivité des exceptions au droit d’auteur, l’effectivité étant entendue comme la capacité de la règle de droit à produire réellement ses effets. Or, l’effectivité des exceptions peut être appréciée au regard leur caractère supplétif ou impératif. Conférer une valeur impérative aux exceptions au droit d’auteur, c’est leur garantir une effectivité totale puisqu’il ne serait jamais possible d’y déroger. En revanche, leur reconnaître une valeur supplétive inviterait les titulaires de droits à restreindre leur mise en œuvre grâce aux aménagements contractuels. Par le moyen du contrat, les exceptions au droit d’auteur pourraient être partiellement ou entièrement privées d’effet. En tout état de cause, s’il est avéré que la volonté des parties ne peut déroger aux exceptions, il paraîtrait étonnant, si ce n’est « *choquant* »⁶⁰⁹, que de manière unilatérale les titulaires de droits en empêchent le bénéfice à l’aide de mesures techniques de protection.

⁶⁰⁸ Notamment, CJUE, 1^{er} décembre 2011, aff. n° C-105, *Eva-Maria Painer c/Standardverlag et autres*, préc., considérant 135, affirmant, en matière d’exception de citation, qu’un « juste équilibre est assuré [...] en privilégiant l’exercice du droit à la liberté d’expression des utilisateurs par rapport à l’intérêt de l’auteur à pouvoir s’opposer à la reproduction d’extraits de son œuvre qui a déjà été licitement rendue accessible au public, tout en assurant à cet auteur le droit de voir, en principe, son nom indiqué ».

⁶⁰⁹ S. Dusollier, « La contractualisation de l’utilisation des œuvres et l’expérience belge », *PI*, octobre 2007, p. 451. Par ailleurs, l’auteur relève que « cette limitation des exceptions par la technique, dont l’ampleur est définie par le bon vouloir des titulaires de droits qui mettent en place de telles mesures, est peut-être plus intolérable qu’une limitation par contrat. Dans le cadre de ce dernier, subsistent – en théorie à tout le moins – une possibilité de négociation entre les parties, un consentement et un principe d’autonomie contractuelle » (p. 446).

Déjà, en 1954, dans l'exposé des motifs d'un projet de loi sur la propriété littéraire et artistique, on affirmait fermement que les exceptions au droit d'auteur « *constituent la gloire et la servitude de l'artiste. Il n'est pas question de les interdire et l'article 40 le prévoit expressément* »⁶¹⁰. Au cours des projets de loi successifs, ce point ne fit pas l'objet de débats, ce qui laisse entendre que la nécessité de donner pleine effectivité aux exceptions faisait consensus. D'ailleurs, la formule énoncée à l'époque⁶¹¹ ne marque pas vraiment de différence avec celle consacrée par la loi du 11 mars 1957 et demeurant encore⁶¹²: « *lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire* » certains actes.

Dans sa thèse intitulée « *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur - Études sur la loi du 11 mars 1957* », M. Huguet n'hésite pas à soutenir que le libellé de l'article 41 de la loi du 11 mars 1957 signifie que les exceptions au droit d'auteur sont d'ordre public⁶¹³. A dire vrai, jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix, la question de la valeur impérative ou supplétive des exceptions au droit d'auteur n'a jamais été discutée ni en doctrine⁶¹⁴ ni en jurisprudence⁶¹⁵.

190. Interrogations sur la valeur des exceptions – Cependant, le droit européen est venu semer le trouble en précisant expressément le caractère impératif ou supplétif de certaines exceptions, de sorte que, dorénavant, en comparaison des dispositions du CPI qui consacrent des formules leur attribuant explicitement une valeur impérative ou supplétive, d'autres libellés législatifs sont susceptibles de paraître plus équivoques.

Quelle valeur faut-il reconnaître aux dérogations légales qui ne sont pas expressément affichées comme des exceptions impératives ? Au regard de ce qui a été dit précédemment à

⁶¹⁰ Assemblée Nationale, *Projet de loi sur la propriété littéraire et artistique* n° 8612 du 9 juin 1954, p. 8.

⁶¹¹ Article 40 du projet de loi préc. : « L'auteur, une fois son œuvre divulguée, ne peut interdire... ».

⁶¹² Article 41 de la loi du 11 mars 1957 : « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire... ».

⁶¹³ A. Huguet, « L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur – Études sur la loi du 11 mars 1957 », Thèse Poitiers, LGDJ, 1962, p. 196, n° 274.

⁶¹⁴ Exemples des premières discussions : J. Spoor, « General aspects of exceptions and limitations : general report », in *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'PALAI, Université de Cambridge, 14-17 septembre 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 37 – L. Guibault, « Document de discussion sur la question des exemptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins à l'ère numérique », in *Rapport pour le Conseil de l'Europe, Groupe de spécialistes sur la protection des ayants droit dans le secteur des médias*, 1998, disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.ivir.nl/publications/guibault/final-report.html> (page consultée le 13 octobre 2012).

⁶¹⁵ Le juge ne s'est jamais prononcé ouvertement sur la question. Cependant, il faut signaler un jugement, TGI Paris, 30 avril 1997, *Juris-Data* n° 1997-045118, refusant à un journal, autorisé à reproduire des photographies extraites de films de Marcel Pagnol à condition qu'elles ne soient pas altérées, d'invoquer l'exception de citation et l'exception de parodie pour justifier ses agissements en dehors des limites de l'autorisation contractuelle (en l'espèce, le découpage, le recadrage, ainsi que le montage substituant aux comédiens d'origine un mannequin reprenant leur attitude tout en présentant des articles de mode).

propos de la fonction sociale des exceptions, il est possible d'apporter des éléments préalables de réponse. Les exceptions au droit d'auteur sont des points d'équilibre que le législateur met en place afin de maintenir la stabilité du système. Dès lors, donner à la volonté des parties la liberté de restreindre l'effectivité des exceptions conduirait à la perturbation de l'équilibre souhaité. Afin que cet équilibre ne soit rompu, les dérogations légales au droit d'auteur ne peuvent être conçues que comme des règles impératives – que l'on qualifie aussi d'ordre public –, c'est-à-dire des règles auxquelles on ne peut déroger.

191. Ainsi que le montre Mme Colin⁶¹⁶, l'exégèse de l'énoncé législatif est le premier indicateur de la valeur impérative ou supplétive des exceptions (Paragraphe I). La méthode est classique qui consiste à rechercher dans les formules légales la distinction entre les règles impératives et les règles supplétives⁶¹⁷. Pour autant, elle n'est pas suffisante et ne saurait dispenser d'une appréciation des fondements des exceptions comme le suggère la doctrine⁶¹⁸(Paragraphe II). En effet, plus que toute autre chose, la considération des fondements devrait commander le caractère impératif ou supplétif des exceptions.

Paragraphe I - La détermination de la valeur des exceptions par l'exégèse de l'énoncé législatif.

192. Désormais, certaines dispositions du CPI rendent compte explicitement du caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur (A). Il en résulte que les énoncés dépourvus de toute précision expresse sont susceptibles d'apparaître ambigus (B).

A. Les énoncés explicites

193. En conformité avec les directives européennes, le législateur national a expressément consacré la valeur de certaines exceptions au droit d'auteur. Alors que certaines dérogations légales se voient textuellement conférer une valeur impérative (1), une exception est manifestement revêtue d'une valeur supplétive (2).

⁶¹⁶ C. Colin, Thèse préc., p. 407, n° 693.

⁶¹⁷ A. Huguet, Thèse préc., p. 9, n° 11.

⁶¹⁸ S. Dusollier, Thèse préc., p. 508, n° 657 – C. Colin, Thèse préc., p. 420, n° 721 – B. Galopin, Thèse préc., p. 402, n° 538.

1. Des exceptions expressément impératives

194. Caractères de la règle impérative - La règle impérative est celle à laquelle la volonté des particuliers ne peut déroger⁶¹⁹. Elle s'impose à eux sans dérogation possible et « *en toutes circonstances* »⁶²⁰. Par conséquent, la volonté des parties ne saurait écarter la règle impérative pour lui substituer une réglementation contractuelle différente.

Il existe des formules typiques rendant compte du caractère impératif d'une règle. Ainsi, lorsque le libellé législatif comporte des expressions telles que « *on ne peut déroger à* » ou « *à peine de nullité de toute clause contraire* », il précise expressément la valeur impérative de la règle⁶²¹. Cela ne signifie pas pour autant que le caractère impératif d'une règle de droit ne peut être implicite.

195. Caractère expressément impératif de certaines exceptions – En droit d'auteur, le législateur a marqué expressément du sceau de l'impérativité des exceptions consacrées en matière de logiciels et de bases de données.

En matière de logiciels, l'article L. 122-6-1 V du CPI énonce clairement que « *Toute stipulation contraire aux dispositions prévues aux II, III, et IV du présent article est nulle et non avenue* ». Autrement dit, il ne peut être dérogé à l'exception de copie de sauvegarde, à l'exception d'analyse ainsi qu'à l'exception de décompilation. Il s'agit d'exceptions qu'il n'est pas permis d'interdire par la voie du contrat. Toute stipulation contractuelle qui restreindrait partiellement ou totalement le bénéfice de l'une de ces exceptions serait frappée de nullité. Cette solution est conforme au droit européen puisqu'elle ne fait que transposer l'article 9 de la directive du 14 mai 1991 postulant que toute disposition contractuelle dérogeant aux exceptions précitées sera nulle et non avenue.

En matière de base de données, l'article 15 de la directive du 11 mars 1996 postule que « *toute disposition contractuelle contraire à l'article 6 paragraphe 1 [...] est nulle et non avenue* ». En d'autres termes, est impérative l'exception couvrant les actes nécessaires à l'accès au contenu de la base de données et à son utilisation normale. Pourtant, si le législateur européen fait mention expresse du caractère d'ordre public de cette exception, ce n'est pas le cas du législateur français. En effet,

⁶¹⁹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 9^e éd., 2011, p. 519.

⁶²⁰ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^e éd., 2009, p. 418, n° 493.

⁶²¹ Exemple : en matière de garantie du fait personnel du vendeur, celui-ci demeure, selon l'article 1628 du Code civil, tenu de la garantie « qui résulte d'un fait qui lui est personnel ; toute convention contraire est nulle ».

l'article L. 122-5 alinéa 5 du CPI⁶²², bien qu'il transpose l'exception, ne précise aucunement sa valeur impérative. Deux interprétations sont possibles. Suivant une première interprétation, il pourrait s'agir d'un malheureux oubli. Toutefois, on aura du mal à le croire dans la mesure où le législateur français n'a manqué de rappeler expressément la valeur impérative des exceptions ni en matière de logiciels ni même pour l'exception couvrant l'extraction ou la réutilisation d'une partie non substantielle de la base de données⁶²³. Ceci est plutôt révélateur de son souci particulier d'une transposition conforme aux prescriptions européennes⁶²⁴. On en vient alors à la seconde lecture possible : l'absence de précision explicite pourrait signifier que l'ensemble des exceptions qu'énonce l'article L. 122-5 du CPI sont impératives. Le défaut de mention expresse ne serait donc pas une anomalie, mais trouverait son sens en ce que toutes les exceptions énoncées par la disposition légale doivent être considérées comme des règles impératives. D'ailleurs, cette interprétation n'est pas incompatible avec le droit européen puisque ce dernier ne confère expressément une valeur supplétive qu'à l'exception de l'article L. 122-6-1 I du CPI.

2. Une exception expressément supplétive

196. Caractères de la règle supplétive – La règle interprétative ou supplétive de volonté est la règle applicable dans le silence des parties. Contrairement à la règle impérative, elle peut être écartée par des stipulations différentes ou contraires.

Comme pour la règle impérative, il existe des formulations qui rendent compte expressément de la valeur supplétive d'une disposition. Ainsi, des expressions telles que « *sauf convention contraire* » ou « *à défaut de stipulation contraire* » relèvent explicitement la valeur supplétive de la règle. Ces formules ne sont pas exclusives. Par exemple, il s'agit de règle interprétative lorsque l'article 1651 du Code civil énonce que « *s'il n'a rien été réglé à cet égard lors de la vente, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance* ». Selon Cornu, la règle supplétive est une

⁶²² L'auteur ne peut interdire « 5° les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat ».

⁶²³ Dans le domaine des droits voisins, les droits du producteur de bases de données souffrent des exceptions. Ainsi, l'article L. 342-3 1° énonce que le titulaire de droits ne peut interdire « l'extraction ou la réutilisation d'une partie non substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base, par la personne qui y a licitement accès ». Plus loin, il est précisé que « toute clause contraire au 1° ci-dessus est nulle ». La précision expresse de la valeur impérative de cette exception, comme pour les exceptions évoquées en matière de logiciels, découle des prescriptions européennes (article 8 et 15 de la directive du 11 mars 1996).

⁶²⁴ V.-L. Benabou, « De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques », *PI*, octobre 2007, p. 428. Selon l'auteur, le législateur français a plutôt tendance à être « docile » et s'oppose rarement aux dispositions européennes.

« *solution-modèle* » destinée à s'appliquer dans le silence des parties⁶²⁵. L'important est qu'il soit clairement apparent dans l'énoncé législatif que la règle supplée la volonté des parties.

197. Caractère supplétif expressément attribué à une seule exception – Conformément aux dispositions européennes, le législateur français ne confère expressément une valeur supplétive qu'à l'exception couvrant la reproduction ou la modification nécessaires à l'utilisation du programme d'ordinateur.

L'exception de l'article 5 paragraphe 1 de la directive du 14 mai 1991 n'est pas impérative, mais susceptible de stipulations contraires. Cela ressort de l'énoncé de l'article 9 de l'instrument européen : toute « *disposition contractuelle contraire à l'article 6 ou aux exceptions de l'article 5 paragraphe 2 et 3 sera nulle et non avenue* ». En d'autres termes, il est possible de déroger à l'exception de l'article 5 paragraphe 1 de la directive permettant à l'acquéreur légitime de reproduire ou de modifier librement le programme afin de l'utiliser d'une manière conforme à sa destination.

198. Un caractère supplétif limité – L'article L. 122-6-1 I du CPI confère expressément une valeur supplétive à l'exception. Toutefois, force est de constater qu'il ne peut s'agir que d'aménagements contractuels limités puisque l'auteur ne peut se réserver par contrat que le droit de corriger les erreurs⁶²⁶. Autant dire qu'il ne peut alors en résulter qu'une obligation de correction à la charge du titulaire de droits puisque les erreurs sont susceptibles d'empêcher l'utilisation normale du logiciel. Défendre à l'utilisateur de réparer les erreurs tout en s'abstenant de procéder aux rectifications compromettrait une utilisation du logiciel conforme à sa destination et cela ne serait pas acceptable⁶²⁷.

Par ailleurs, il n'est pas question que l'auteur interdise les reproductions ou modifications nécessaires à l'utilisation du programme d'ordinateur. La loi ne l'autorise qu'à fixer les modalités de ces actes. L'utilisateur est donc autorisé à accomplir toutes reproductions ou modifications utiles, mais sa liberté est restreinte dans la mesure où il est tenu de suivre les instructions du titulaire de droits.

⁶²⁵ G. Cornu, *Introduction au droit*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, p. 185, n° 335.

⁶²⁶ Cela peut s'expliquer par le fait que l'auteur est le mieux à même de corriger efficacement les erreurs que comporte son programme.

⁶²⁷ D'ailleurs, le considérant 17 de la directive du 14 mai 1991 postule que la correction des erreurs que comporte le programme ne peut pas être interdite par contrat. Une lecture combinée de ce considérant, de l'article 5 paragraphe 1 ainsi que de l'article 9 de la directive conduit à considérer que la correction des erreurs, dès lors que des spécifications contractuelles en interdisent la faculté à l'utilisateur, doit faire l'objet d'une obligation contractuelle à la charge du titulaire de droits.

La valeur supplétive de cette exception est donc très encadrée et cela illustre parfaitement le propos de M. Huguet affirmant que « *lorsque le texte est manifestement supplétif de volonté, ce texte peut présenter dans une certaine mesure un caractère impératif, en ce qu'il exige un maximum à ne pas dépasser ou un minimum à accomplir* »⁶²⁸.

B. Les énoncés équivoques

199. En regard des énoncés explicites qui viennent d'être étudiés, d'autres libellés sont susceptibles de paraître plus équivoques. Ce serait le cas de l'article L. 122-5 du CPI qui ne contiendrait pas de mention expresse signalant que les exceptions qu'il énumère sont impératives ou interprétatives. En conséquence de quoi, certains auteurs estiment que rien n'empêche la liberté contractuelle d'apporter des aménagements aux exceptions. L'article L. 122-5 présenterait donc des exceptions supplétives (1). Pourtant, au regard de l'agencement de cette disposition, certains éléments permettent, au contraire, de conclure à leur valeur impérative (2).

1. Les éléments en faveur de la valeur supplétive des exceptions de l'article L. 122-5 du CPI

200. Aux yeux de certains auteurs aucun élément tiré de l'article L. 122-5 du CPI, tant sur la forme (a) que sur le fond (b), ne permettrait de conclure au caractère impératif des exceptions.

a. Les éléments de forme

201. Sur la forme, certains auteurs ne voient pas la marque de l'impérativité dans la formule « *l'auteur ne peut interdire...* ». Ainsi, M. Alleaume soutient que cette expression pourrait être interprétée dans un sens favorable aux aménagements contractuels ou à la « *contractualisation des exceptions* »⁶²⁹. Dès lors que des dispositions telles que l'article L. 122-6-1 V du CPI précisent expressément la valeur impérative de certaines exceptions, les autres dérogations légales ne pourraient être que supplétives. Sinon, la mention expresse du caractère d'ordre public serait dépourvue de sens. Partant, bien que l'auteur ne dispose pas d'un pouvoir unilatéral d'interdire les exceptions, le contrat pourrait constituer le moyen de les priver d'effet.

⁶²⁸ A. Huguet, Thèse préc., p. 12, n° 14.

⁶²⁹ C. Alleaume, « La contractualisation des exceptions – La situation en France », *PI*, octobre 2007, p. 437.

b. Les éléments de fond

202. Sur le fond, MM. Lucas estiment que rien ne s'oppose à la contractualisation des exceptions car les exceptions ne confèrent aucun droit⁶³⁰. Il ne s'agirait que de simples tolérances qu'il serait tout à fait légitime de remettre en cause. Par ailleurs, selon ces auteurs, les exceptions ne seraient pas justifiées par des considérations d'ordre public⁶³¹.

Pourtant, il paraît difficile de ne pas reconnaître un caractère d'ordre public aux exceptions sous-tendues par des libertés fondamentales telles que la courte citation ou la parodie. Surtout, à y regarder de plus près, l'agencement de l'article L. 122-5 du CPI incite davantage à conclure à la valeur impérative des exceptions dont il dresse la liste.

2. Les éléments en faveur de la valeur impérative des exceptions de l'article L. 122-5 du CPI

203. **Éléments d'interprétation de l'article L. 122-5 du CPI** – Au regard de certains éléments, il y a lieu de penser que là où certains ne voient pas le sceau de l'impérativité, celui-ci est pourtant bel et bien présent. L'agencement littéral (a) comme l'agencement matériel (b) de l'article L. 122-5 du CPI invitent plutôt à considérer que les exceptions qu'il énumère sont impératives.

a. L'agencement littéral

204. **Le sens de l'interdiction** – La détermination de la « *force contraignante* »⁶³² d'une règle – autrement dit, de son caractère impératif ou supplétif – dépend en premier lieu de sa teneur sémantique. Cela signifie que c'est au travers d'une analyse littérale de la règle de droit qu'il convient d'apprécier le niveau de contrainte exercé sur la liberté d'action de son destinataire. Ce niveau de contrainte diffère selon que le destinataire de la règle *doit*, *ne doit pas* ou *peut* faire quelque chose⁶³³. Ainsi que l'écrit M. Terré, la force contraignante de la règle varie selon que le

⁶³⁰ A. LUCAS et *alii*, p. 328, n° 348.

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² C. Groulier, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative – Naissance d'un concept*, sous la direction de C. Thibierge, LGDJ, 2009, p. 201.

⁶³³ C. Groulier, *op. cit.*, p. 201.

système juridique « *encourage ou décourage, incite ou dissuade, interprète ou oriente, reconnaît, interdit, permet...* »⁶³⁴.

L'article L. 122-5 du CPI énonce que « *l'auteur ne peut interdire* » les exceptions. Du point de vue de l'auteur, cette formule est bien loin de consacrer une règle permissive, c'est-à-dire une règle qui se bornerait « *à proclamer une certaine liberté, à reconnaître à telle ou telle personne ou classe de personnes la faculté de faire ou de ne pas faire quelque chose* »⁶³⁵. Kelsen écrivait que permettre un comportement « *est la conséquence de ce que l'interdiction de ce comportement [...] est abolie ou restreinte* »⁶³⁶. Or, l'auteur ne se voit reconnaître ni de faculté ni de permission au travers de l'article de l'article L. 122-5. Au contraire, il ne lui est pas permis d'interdire les exceptions. Autrement dit, il lui est interdit de les interdire. L'article L. 122-5 pose donc une interdiction à l'encontre de l'auteur, ce qui lui vaudrait d'être qualifié de règle « *prohibitive* »⁶³⁷. La « *force contraignante* », « *le degré de contrainte signifié au destinataire de la norme* »⁶³⁸ qu'est l'auteur, est d'un degré élevé car la disposition exprime un impératif prohibitif. Ce commandement négatif⁶³⁹ laisse peu de liberté d'action au destinataire de la règle. Il en eût été autrement si l'article L. 122-5 s'adressait de manière permissive à l'égard de l'auteur puisque la force contraignante d'une règle est « *d'un degré très faible, si elle ouvre une faculté* »⁶⁴⁰. Et, bien que toutes les règles formellement prohibitives ne soient pas forcément impératives⁶⁴¹, du point de vue de l'auteur⁶⁴², l'article L. 122-5 ne doit pas être regardé comme une règle permissive, pas plus que comme une règle supplétive d'ailleurs.

⁶³⁴ F. Terré, *op. cit.*, p. 416, n° 490.

⁶³⁵ E. Roguin, *La règle de droit*, Lausanne, 1889, p. 54.

⁶³⁶ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, p. 129.

⁶³⁷ V. H., L., et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, Montchrestien, 12^e éd., par F. Chabas, 2000, p. 122, n° 67 – A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 1, Gobelet, Paris, 2^e éd., 1828, p. 23, n° 32 – Également, G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953, réédité en 2004, p. 286.

⁶³⁸ C. Groulier, *op. cit.*, p. 201.

⁶³⁹ On peut distinguer le commandement positif prenant la forme de l'injonction du commandement négatif qui apparaît sous les traits de l'interdiction – V. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 124, affirmant que « toute interdiction d'un comportement donné est le commandement de l'abstention de ce comportement ».

⁶⁴⁰ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 201.

⁶⁴¹ C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 131, note 225, donnant l'exemple de l'article 675 du Code civil en vertu duquel « l'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant » - V. aussi, G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^e éd., 2005, p. 267, n° 66, affirmant que « le caractère impératif d'une règle n'est pas lié aux verbes contraignants » - *Contra* G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 285 et p. 287.

⁶⁴² En revanche, du point de vue de l'utilisateur, l'article L. 122-5 du CPI doit être perçu comme une règle permissive. En effet, la règle lui offre la faculté de faire usage ou non des exceptions.

205. La nécessité d'une suppléance explicite - L'article L. 122-5 du CPI n'est pas une règle permissive et n'est pas davantage une règle supplétive⁶⁴³. Comme le souligne Mme Pérès-Dourdou, « *on ne doit pouvoir parler de règle supplétive qu'à la condition que celle-ci énonce une solution destinée à suppléer le vouloir individuel, combler les lacunes résultant du défaut d'exercice de leur liberté par les particuliers* »⁶⁴⁴. Cet auteur ajoute que « *le supplétif ne se confond pas avec la marge de liberté résultant du silence du droit* »⁶⁴⁵ et il ne recouvre même pas « *l'ensemble des dispositions consacrant des permissions* »⁶⁴⁶. En d'autres termes, s'il n'est pas nécessaire que la valeur impérative résulte d'une mention expresse dans l'énoncé de la règle,⁶⁴⁷ il n'existe pas, en revanche, de règle implicitement supplétive de volonté. La valeur impérative de la règle de droit n'est pas forcément liée « *aux verbes contraignants* »⁶⁴⁸, alors que sa valeur supplétive dépend obligatoirement d'un *verbe explicite*. Il serait en effet dangereux que, face au mutisme du législateur, l'on considère toutes les dispositions légales comme des règles supplétives. Nombre d'entre elles répondent à des besoins impérieux et la volonté des parties ne saurait les écarter. Par conséquent, afin que la valeur supplétive de la règle de droit soit reconnue, il est nécessaire que son énoncé fasse clairement apparaître son rôle de suppléance par rapport à la volonté contractuelle. A défaut, il pourra être question d'une règle permissive mais jamais d'une règle supplétive de volonté.

Or, il n'est guère question de suppléance dans l'article L. 122-5 du CPI, contrairement à l'article L. 122-6-1 I. Celui-ci énonce que les « *actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6 ne sont pas soumis à l'autorisation de l'auteur* ». Par rapport à l'article L. 122-5, la formule ne résonne pas comme une interdiction absolue d'empêcher les actes visés. En revanche, dans la mesure où l'article L. 122-6-1 I évoque la possibilité d'un contrat dérogeant à l'exception qu'il édicte, on comprend que l'auteur ne peut interdire de manière unilatérale l'exception relative aux logiciels. L'exception est donc susceptible d'être aménagée par la volonté des parties. Partant, l'article L. 122-6-1 I pourrait être interprété de la manière suivante : « A défaut de convention contraire (nous soulignons), la personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut, sans l'autorisation de l'auteur, accomplir les actes

⁶⁴³ Sur la distinction entre règle permissive et règle supplétive, C. Pérès-Dourdou, Thèse préc., p. 129.

⁶⁴⁴ C. Pérès-Dourdou, Thèse préc., p. 134, n° 145.

⁶⁴⁵ *Ibid.*

⁶⁴⁶ *Ibid.* L'auteur donne l'exemple de l'article 1393 du Code civil qui, dans son premier alinéa, énonce que « les époux peuvent déclarer, de manière générale, qu'ils entendent se marier sous l'un des régimes prévus au présent code ». Cette règle est permissive mais pas supplétive dans la mesure où elle ne permet pas de déterminer le régime matrimonial qui serait applicable dans le silence des parties. L'auteur affirme que le deuxième alinéa, en revanche, édicte bien une règle supplétive. Le second alinéa prévoit qu'« à défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de communauté ou le modifient, les règles établies dans la première partie du chapitre II formeront le droit commun de la France ». Cet alinéa fait bien apparaître le rôle de suppléance de la règle dans le silence des parties.

⁶⁴⁷ G. Cornu, *Introduction au droit*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, p. 186, n° 338. A défaut de mention expresse par le législateur, il revient nécessairement au juge de déterminer la valeur impérative de la règle.

⁶⁴⁸ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^e éd., 2005, p. 267, n° 66.

prévus au 1° et 2° de l'article L. 122-6 nécessaires pour permettre son utilisation, conformément à sa destination, y compris pour corriger des erreurs. L'auteur n'est habilité à se réserver par contrat (nous soulignons) que le droit de corriger les erreurs et de déterminer les modalités particulières auxquelles seront soumis les actes prévus... ». Force est de reconnaître que l'article L. 122-6-1 I énonce bien une « *solution supplétive* »⁶⁴⁹ visant à remplir le vide que causerait le silence des parties. L'article L. 122-5, lui, non seulement prononce une interdiction, mais il ne suggère ni explicitement ni implicitement que la volonté contractuelle soit susceptible d'exprimer une réglementation différente. Le fait que le législateur européen, à l'occasion de la directive du 22 mai 2001, n'ait pas pris la peine de mentionner, pour aucune des exceptions, qu'elle peut faire l'objet de stipulations contraires, renforce considérablement la thèse de la valeur impérative⁶⁵⁰. Quant à la référence au contrat figurant à l'article L. 122-5 alinéa 5, celle-ci ne signifie pas que l'exception couvrant les actes nécessaires à la base de données est supplétive⁶⁵¹, mais simplement qu'une fois l'accès ouvert, l'utilisateur de la base doit se conformer aux modalités d'utilisation prévues par le contrat. Par conséquent, il ressort de toutes ces considérations que l'article L. 122-5 du CPI n'est pas susceptible d'être assimilé à une règle destinée à suppléer la volonté des parties.

En plus de son agencement littéral, l'agencement matériel de l'article L. 122-5 du CPI est susceptible d'être un indicateur de la valeur des exceptions qu'il énumère. Or, au regard de l'agencement matériel de l'article L. 122-5 du CPI, il est permis d'affirmer que l'ensemble des exceptions qu'il édicte sont impératives.

b. L'agencement matériel

206. Impérativité par ricochet – En effet, si certains considèrent que la formule littérale « *l'auteur ne peut interdire* » n'est pas suffisante à imposer la valeur impérative des dérogations légales, on ne peut occulter que l'article L. 122-5 du CPI comporte pourtant une exception à laquelle le droit européen confère expressément une valeur impérative : il s'agit de l'exception couvrant les actes nécessaires à l'accès au contenu de la base de données⁶⁵².

⁶⁴⁹ C. Pérès-Dourdou, Thèse préc., p. 134, n° 145.

⁶⁵⁰ En ce sens, S. Dusollier, « La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives », *PI*, octobre 1997, p. 447.

⁶⁵¹ L'article 15 de la directive du 11 mars 1996 en fait une règle impérative.

⁶⁵² Article L. 122-5 alinéa 5 du CPI.

L'article 15 de la directive du 11 mars 1996 postule que toute disposition contractuelle contraire à l'exception couvrant les actes nécessaires à l'accès au contenu de la base de données et à son utilisation normale est nulle et non avenue. A l'occasion de la loi de transposition du 1^{er} juillet 1998, si une distinction devait être faite entre cette exception et les autres exceptions de l'article L. 122-5 du CPI, il eût été judicieux que le législateur français mentionne expressément sa valeur. Il le fit pour l'exception de l'article L. 122-6-1 I du CPI et pour celle de l'article L. 342-3 1^o. Au lieu de cela, il n'a fait qu'inclure un nouvel alinéa en s'abstenant d'indiquer le caractère impératif de l'exception en cause. Au regard des précisions apportées précédemment, il est difficile de croire qu'il s'agisse d'un oubli. L'abstention du législateur est lourde de sens car elle autorise à penser que, « *par ricochet* »⁶⁵³, l'on doit conférer une valeur impérative à l'ensemble de toutes les exceptions qu'édicte l'article L. 122-5 du CPI⁶⁵⁴. D'ailleurs, cela ne manque pas de cohérence au regard des fondements qui sous-tendent la plupart des dérogations légales au droit d'auteur.

Paragraphe II - La détermination de la valeur des exceptions par l'appréciation de leurs fondements

207. Comme le suggère la doctrine, les fondements des exceptions sont susceptibles de constituer de forts indicateurs⁶⁵⁵ de leur valeur impérative (A). On en induit forcément le caractère d'ordre public (B).

A. L'impérativité déduite des fondements des exceptions

208. Il convient d'examiner, tour à tour, les exceptions justifiées par des droits et libertés fondamentaux (1), les exceptions suscitées par des besoins sectoriels (2), et les exceptions justifiées par des considérations pratiques (3). La question ne se pose même pas pour la représentation privée dans le cercle de famille compte tenu du fait qu'il s'agit d'une limite interne et non d'une exception.

⁶⁵³ Pour reprendre l'expression employée par la doctrine, notamment, S. Dusollier, « La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge », *PI*, octobre 2007, p. 452.

⁶⁵⁴ C. Colin, « Vers un droit d'utilisation des œuvres ? », Thèse Paris XI, 2008, p. 419, n° 721 – C. Colin, « La contractualisation des exceptions en droit d'auteur : oxymore ou pléonasme ? », *CCE*, février 2010, étude 3, p. 10.

⁶⁵⁵ M. Buydens et S. Dusollier, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, septembre 2001, p. 13 – P. B. Hugenholtz, « Adapting copyright to the information superhighway », in *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer Law International, 1996, p. 94.

1. L'impérativité des exceptions justifiées par des droits et libertés fondamentaux

209. Il est évident que les exceptions sous-tendues par des droits et libertés fondamentaux doivent revêtir une valeur impérative⁶⁵⁶. Des libertés telles que la liberté d'expression, la liberté d'information ou encore la liberté d'enseignement et de recherche ne sauraient être négociées. Elles ne « *sont pas susceptibles de marchandage et de compensation* »⁶⁵⁷, de sorte qu'il n'est pas envisageable que les exceptions qui les véhiculent fassent l'objet d'une contractualisation⁶⁵⁸. Impératives, ces dérogations légales ne sont pas susceptibles d'être remises en cause, que ce soit par la voie du contrat ou au moyen de dispositifs techniques.

210. Nombreuses sont les exceptions justifiées par des droits et libertés fondamentaux. Il en est ainsi de l'exception de courte citation, l'exception d'analyse, l'exception de parodie, l'exception de revue de presse, l'exception couvrant la diffusion de discours public, l'exception aux fins d'information immédiate du public, l'exception couvrant les illustrations dans le cadre de la recherche et de l'enseignement, l'exception d'analyse ou encore l'exception de décompilation.

⁶⁵⁶ En ce sens, S. Dusollier, Thèse préc., p. 508, n° 657 – C. Colin, Thèse préc., p. 426, n° 733 – M. Buydens et S. Dusollier, *op. cit.*, p. 11, affirmant que « de telles exceptions ne peuvent se voir limitées ou contrariées, à moins de remettre en cause les principes dont elles dérivent, ce qui ne se peut dans une société démocratique » – C. Geiger, Thèse préc., p. 203, n° 228 – L. Guibault, *Copyright limitations and contracts, an analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, Kluwer Law International, 2002, p. 304 – P. B. Hugenholtz, « Fierce creatures – Copyright exemptions : Toward extinction », in *Right, limitations and exceptions : Striking a proper balance*, Conférence IFLA/ IMPRIMATUR, Amsterdam, 30-31 oct. 1997, p. 12 – *Contra* A. LUCAS et *alii*, p. 328, n° 348 – P.-Y. GAUTIER, p. 337, n° 334 – J.-C. Galloux, Exceptions et limitations au droit d'auteur : exception française ou paradoxe français », in *Rencontres Franco-Allemandes - Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007, p. 331 – C. Alleaume, « La contractualisation des exceptions – La situation en France », *PI*, octobre 2007, p. 438.

⁶⁵⁷ F. Ost, *Droit et intérêt - Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis Bruxelles, 1990, p. 43 – *Contra* R. Dijoux, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Thèse Université de La Réunion, L'Harmattan, 2012. L'auteur affirme que, outre les droits fondamentaux processuels, les droits fondamentaux substantiels sont susceptibles d'être contractualisés. Elle reconnaît cependant que, puisqu'il est question de contractualisation, et donc de contrat, un échange de contrepartie est nécessaire (p. 344). Dès lors, il est permis de se demander quelle serait la contrepartie au bénéfice des utilisateurs dans l'hypothèse d'une contractualisation des exceptions qui sous-tendent des droits ou libertés fondamentaux ? Une baisse du prix de vente du support ou de la licence d'utilisation ? Ce serait absurde dans la mesure où les restrictions apportées aux exceptions sont motivées par des considérations économiques, notamment la volonté de récupérer un manque à gagner. Serait-ce une contrepartie morale alors ? La gratification d'avoir agi dans l'intérêt des auteurs en renonçant au sien ? Ce serait bien naïf de le croire. Les utilisateurs tiennent trop aux utilités des actes qu'ils peuvent librement exercer grâce aux exceptions. A la rigueur, la contractualisation d'une dérogation au droit d'auteur serait admissible sous réserve qu'elle ne porte pas atteinte à son effectivité. Le contrat ne devrait servir qu'à aménager les modalités d'exercice de l'exception comme en matière de logiciel avec les actes de reproduction ou de modification nécessaires à l'utilisation.

⁶⁵⁸ En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 380, n° 569 et p. 388, n° 578 – M. Buydens et S. Dusollier, *op. cit.*, p. 13.

211. A suivre certains, même l'exception de copie privée serait susceptible de revêtir une valeur impérative car elle trouverait son fondement dans le droit au respect de la vie privée⁶⁵⁹. Pour d'autres, la valeur impérative de cette dérogation découlerait du fait qu'il s'agisse d'une limite interne au droit d'auteur et non d'une véritable exception⁶⁶⁰. Or, il est de moins en moins vrai, depuis l'avènement de la technologie numérique, que le contrôle des copies soit une menace pour la vie privée⁶⁶¹. Par ailleurs, pour les raisons précédemment évoquées⁶⁶², l'exception de copie privée ne saurait être assimilée à une limite interne du droit d'auteur, qualification qui justifierait pourtant sa valeur impérative.

2. L'impérativité des exceptions suscitées par des besoins sectoriels

212. Il est des exceptions qui répondent à des besoins sectoriels. L'instauration de ces dérogations légales est bien souvent le fruit de longues et âpres négociations entre les parlementaires et les groupes d'intérêts souhaitant que soient consacrés de libres usages en faveur de certaines catégories de personnes. Ce mode de détermination des exceptions paraît suspect tant le poids des groupes de pression se fait sentir tout au long du processus législatif. Or la légitimité d'une exception est susceptible d'être entachée si celle-ci ne semble pas résulter d'une construction juridique rigoureuse mais plutôt de l'influence exercée par quelques *lobbies* à des fins corporatistes. D'ailleurs, pour ce motif, l'exception de reproduction d'une œuvre d'art dans un catalogue de vente fut sévèrement critiquée par une partie de la doctrine⁶⁶³.

213. Il n'empêche que certaines de ces dérogations légales intéressent des enjeux majeurs pour la société⁶⁶⁴. Il en est ainsi des exceptions qui relèvent d'une véritable politique publique culturelle : on pense aux exceptions de reproductions aux fins de conservation et de consultation qui favorisent l'accès à la culture ainsi que la diffusion du savoir ou à l'exception en faveur des personnes handicapées. Il en est de même de l'exception couvrant les actes nécessaires à une procédure ou entrepris à des fins de sécurité publique, garante d'une bonne administration de la justice.

⁶⁵⁹ S. Dusollier, Thèse préc., p. 509, n° 657.

⁶⁶⁰ C. Colin, Thèse préc., p. 427, n° 731.

⁶⁶¹ V. F. Pollaud-Dulian, obs. sous TGI Paris, 30 avril 2004, *RTD com.* 2004, p. 489. L'auteur soutient que l'exception de copie privée n'est pas l'expression d'une liberté fondamentale : « aucune liberté ne justifie que l'on prétende copier une œuvre dont on peut prendre connaissance en acquérant un support ou lors d'une diffusion publique ».

⁶⁶² *Supra* n° 16.

⁶⁶³ C. Caron, note sous TGI Paris, 21 mars 2003, *CCE*, mai 2003, p. 23 – *Contra* C. Geiger, Thèse préc., p. 228, n° 257, soutenant que cette exception procède du droit du public à l'information.

⁶⁶⁴ M. Buydens et S. Dusollier, *op. cit.*, p. 11.

214. Dans la mesure où ces exceptions ne sont pas nécessairement les vecteurs de droits et libertés fondamentaux⁶⁶⁵, il n'est pas possible de préjuger leur valeur impérative. Cependant, des auteurs estiment qu'en raison des objectifs qu'elles poursuivent, notamment « *favoriser l'émergence et la vivacité d'une sphère publique littéraire et artistique, élément d'une société démocratique* »⁶⁶⁶, ces dérogations devraient revêtir une valeur impérative. C'est dire en quelque sorte que, parce qu'elles concourent à l'intérêt général, elles devraient être considérées comme impératives.

Or, il est permis de s'interroger sur une telle justification. Ainsi que l'écrit M. Alleaume, « *l'intérêt général ne peut pas être le signe que la loi est impérative puisque toutes les lois poursuivent l'intérêt général et qu'elles ne sont pas toutes impératives* »⁶⁶⁷. Après tout, le droit d'auteur lui-même sert l'intérêt général. En vérité, la valeur impérative des exceptions justifiées par des besoins sectoriels ne peut être déduite de leur seule justification. De la même manière qu'il n'est pas aisé d'expliquer la raison pour laquelle il s'agit d'exceptions plutôt que de licences non volontaires ouvrant droit à une compensation au bénéfice de l'auteur⁶⁶⁸, il paraît difficile de trancher *a priori* en faveur de leur valeur impérative ou de leur valeur supplétive⁶⁶⁹. En tout état de cause, la valeur des exceptions est laissée à la discrétion du législateur⁶⁷⁰ et, à défaut, à l'appréciation souveraine du juge, habilité à inscrire au rang des règles impératives les dispositions qui le méritent⁶⁷¹. Cependant, il semble

⁶⁶⁵ En ce sens, F. Pollaud-Dulian, note préc., p. 489 : « Le droit d'accès à la culture ou à l'éducation (...) ne sauraient légitimer une reproduction non autorisée (...) car celle-ci n'est pas nécessaire, ni même utile à l'exercice de ces droits ou libertés – Affirmant le contraire, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 426, n° 622, plaçant sous l'égide de l'article 27 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948 l'exception en faveur des personnes handicapées et les exceptions aux fins de conservations et de consultation. Ces dérogations seraient sous-tendues par une liberté fondamentale et devraient, par suite, être considérées comme impératives.

⁶⁶⁶ S. Dusollier, Thèse préc., p. 509, n° 657 – Aussi, C. Colin, Thèse préc., p. 428, affirmant que même l'exception relative au catalogue de vente judiciaire devrait « bénéficier d'un statut impératif » car elle satisfait à « une certaine forme d'intérêt public ».

⁶⁶⁷ C. Alleaume, *op. cit.*, p. 438.

⁶⁶⁸ Une politique publique culturelle volontaire ne signifie pas forcément gratuité. A cet égard, le considérant 36 de la directive du 22 mai 2001 postule que les États membres peuvent prévoir une compensation équitable pour les titulaires de droits même lorsqu'ils appliquent les dispositions optionnelles relatives aux exceptions qui n'exigent pas cette compensation – Sur ce point, M. Buydens et S. Dusollier, *op. cit.*, p. 14, soulignant qu'un équilibre aurait pu être trouvé en instaurant un système de compensation équitable des auteurs – Aussi, C. CARON, p. 325, n° 387 : « Il est certainement louable d'aider les handicapés à accéder à la culture. Mais cela est moins louable de l'inscrire dans le marbre de la loi avec un texte complexe et qui donne l'impression que les exceptions au droit d'auteur sont de plus en plus catégorielles. Il aurait été certainement préférable de parvenir à la même solution en négociant avec les titulaires des droits ».

⁶⁶⁹ On comprend davantage que les actes nécessaires à une procédure ou entrepris à des fins de sécurité publique soient couverts par une exception impérative et ne donnent pas lieu à un droit à rémunération. Ces actes répondent aux besoins impérieux de la justice qui ne plient pas devant les prérogatives de l'auteur et ils ne sauraient être assimilés à des exploitations proprement dites de l'œuvre. De plus, l'exception est très rarement mise en œuvre.

⁶⁷⁰ J. Ghestin, *Traité de droit civil - Les obligations - Le contrat : Formation*, LGDJ, 2^e éd., 1988, p. 85, n° 93.

⁶⁷¹ En ce sens, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations - Contrat et engagement unilatéral*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 390.

tout de même que le législateur ait implicitement opté pour la valeur impérative des exceptions si l'on considère que toutes les exceptions de l'article L. 122-5 du CPI, par ricochet, doivent être perçues comme des règles insusceptibles de dérogation.

3. L'impérativité des exceptions justifiées par des considérations pratiques

215. Même lorsqu'elles ont leur raison d'être dans des considérations pratiques, les exceptions peuvent revêtir une valeur impérative. En effet, qu'ils soient neutres (a) ou incontrôlables (b), il est des actes couverts par des dérogations qu'il ne serait pas opportun de priver d'effet.

a. Les actes neutres

216. Les exceptions couvrant des actes neutres devraient toutes être considérées comme impératives. En matière de logiciels, l'exception de copie de sauvegarde est textuellement impérative. En matière de bases de données, l'exception couvrant les actes nécessaires à l'accès à la base de données l'est aussi, du moins en droit européen. Mais cette situation n'est pas satisfaisante car elle porte à croire que les exceptions qui ne sont pas expressément présentées comme des règles impératives sont supplétives. Or toutes les autres dérogations légales couvrant des actes neutres méritent de se voir conférer une valeur impérative. La reproduction provisoire et la reproduction ou modification nécessaire à l'utilisation du logiciel sont des actes indispensables à l'utilisation normale de l'œuvre. Déroger à ces exceptions par la voie du contrat priverait nécessairement celui-ci de cause⁶⁷².

b. Les actes incontrôlables

217. Traditionnellement, on considère que l'exception de copie privée est justifiée par l'impossibilité pratique de contrôler l'usage de l'œuvre. Néanmoins, l'exception de copie privée perd sa justification dans l'environnement numérique dans la mesure où les titulaires de droits disposent dans cet espace des moyens techniques de maîtriser l'exploitation de leurs œuvres. Cela peut d'ailleurs les inciter à restreindre la mise en œuvre de l'exception par la voie du contrat, ce à

⁶⁷² J. Huet, « L'Europe des logiciels : les droits des utilisateurs », *D.* 1992, chron. p. 317, n° 3 : « on conçoit difficilement qu'un acquéreur légitime de logiciel se voie, par convention expresse, privé du droit de faire la reproduction du logiciel en machine, et plus généralement les "actes nécessaires" à lui permettre d'utiliser le programme. A coup sûr, un tel contrat serait dénué de sens et, partant, affecté radicalement de nullité ».

quoi le fondement de l'exception n'est pas susceptible de s'opposer. Ainsi que l'écrit Mme Dusollier, dès lors que l'exception n'existe qu'en raison « *d'une défaillance du marché et donc suite à la résignation de l'auteur et de la loi [...], elle doit sans doute n'être que supplétive à la volonté des parties* »⁶⁷³. Encore faut-il que le législateur indique expressément la valeur supplétive de l'exception. Or cela est loin d'être le cas puisque l'agencement littéral ainsi que l'agencement matériel de l'article L. 122-5 du CPI militent en faveur de sa valeur impérative.

En outre, la majorité de la doctrine estime que la défaillance du marché n'est pas le seul fondement de l'exception de copie privée. Celle-ci répondrait également au souci de ne pas favoriser des contrôles invasifs dans la sphère de l'intimité. Partant, espace de liberté, l'exception de copie privée ne pourrait être qu'impérative⁶⁷⁴.

218. Pour conclure, les fondements des exceptions indiquent fortement que celles-ci ne devraient souffrir aucune dérogation. De l'affirmation de leur impérativité, on est amené à induire leur caractère d'ordre public.

B. L'ordre public induit de l'impérativité des exceptions

219. Du contenu normatif à la technique juridique - Les exceptions au droit d'auteur méritent toutes d'être élevées au rang de règles impératives. Or, suivant l'article 6 du code civil, « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». C'est rappeler ici que toutes les règles d'ordre public sont impératives. Mais l'inverse est aussi vrai : toutes les règles impératives doivent être qualifiées d'ordre public⁶⁷⁵. La valeur impérative et le caractère d'ordre public seraient donc synonymes. Plus précisément, d'un point de vue sémantique, alors que la notion d'impérativité fait référence à la technique juridique, la notion d'ordre public renvoie au contenu normatif⁶⁷⁶.

⁶⁷³ S. Dusollier, Thèse préc., p. 509, n° 657.

⁶⁷⁴ En ce sens, TGI Paris, 10 janvier 2006, *CCE*, mars 2006, comm. 41, p. 29, note C. Caron ; *PI*, avril 2006, p. 179, obs. A. Lucas ; *RLDI*, février 2006, p. 2.

⁶⁷⁵ J. Ghestin, *op. cit.*, p. 90, n° 97 – P. Catala, « Rapport de synthèse », in *L'ordre public - Journées libanaises, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 49, LGDJ, 1998, p. 3 – J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, t. 1, Quadrige/PUF, 2004, p. 226, n° 126.

⁶⁷⁶ Sur ce point, F. Hage-Chahine, « Rapport général », in *L'ordre public - Journées libanaises, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 49, LGDJ, 1998, p. 20, soulignant que « la règle d'ordre public est une norme fondée sur des raisons d'ordre religieux, moral, politique, social et économique » – Comp. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat - Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Thèse Paris I, LGDJ, 2004, p. 200, n° 317, affirmant que l'ordre public est une technique.

220. L'ordre public est une notion « *particulièrement fuyante qui ne se laisse guère enfermer dans une définition précise* »⁶⁷⁷. Dans la mesure où il est avant tout une notion fonctionnelle et non conceptuelle, il est préférable d'en préciser la vocation. Ainsi, Planiol considère qu'une règle est d'ordre public « *toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi* »⁶⁷⁸. Plus avant, M. Picard indique que « *la fonction de l'ordre public consiste à garantir, par diverses techniques juridiques appropriées, mais non nécessairement spécifiées à l'avance, que toutes les exigences d'ordre, matériel ou juridique, qui, au sein de cet ordre juridique, apparaissent essentielles aux yeux des autorités qui ont compétence pour ce faire, seront en tout état de cause satisfaites, c'est-à-dire quel que soit l'état formel du droit tel qu'il peut résulter de la mise en œuvre de ses règles habituelles, spécialement du principe de liberté* »⁶⁷⁹. Autrement dit, au regard de l'objectif qu'elles poursuivent, il est des dispositions auxquelles la liberté, notamment contractuelle, ne saurait déroger. C'est dire que le but que poursuit une règle peut se révéler si impérieux qu'il commande qu'elle s'inscrive dans l'ordre public⁶⁸⁰.

L'intérêt de la société est le but de l'ordre public. Or, toutes les lois *lato sensu* sont d'intérêt général. Cependant, certaines d'entre elles le sont de manière impérieuse, de sorte que le commandement qu'elles contiennent doit s'appliquer en tout état de cause. La liberté contractuelle ne saurait les évincer. Le cas échéant, les valeurs fondamentales, « *les exigences considérées comme les plus vitales* »⁶⁸¹, sur lesquelles repose la société s'en trouveraient fragilisées.

L'ordre public « *va de pair avec une préoccupation d'harmonie* »⁶⁸². Il n'est pas réduit aux seules règles indispensables à la société⁶⁸³ et s'étend aux règles qui garantissent l'harmonie sociale⁶⁸⁴. Or, cela a été dit plus haut, l'harmonie, l'équilibre, l'intérêt général, constituent le fondement ultime des exceptions au droit d'auteur. Il est d'ailleurs possible de distinguer différentes sortes d'ordre public sous l'égide desquelles les divers types d'exceptions sont susceptibles d'être placés.

⁶⁷⁷ J. Ghestin, *Traité de droit civil - Les obligations - Le contrat : Formation*, LGDJ, 1988, p. 85, n° 93.

⁶⁷⁸ Cité par P. Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public - Étude de droit comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, Thèse Paris, Matot-Braine éd., 1953, p. 263.

⁶⁷⁹ E. Picard, *op. cit.*, p. 56.

⁶⁸⁰ M.-C. Vincent-Legoux, *L'ordre public - Étude de droit comparé interne*, PUF, 2001, p. 18.

⁶⁸¹ E. Picard, *op. cit.*, p. 60.

⁶⁸² F. Terré, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 8.

⁶⁸³ P. Malaurie, *op. cit.*, p. 69, n° 99, définissant l'ordre public comme « le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité ».

⁶⁸⁴ M.-C. Vincent-Legoux, *op. cit.*, p. 17.

221. Ordres publics et exceptions au droit d'auteur – Premièrement, il existe un ordre public classique⁶⁸⁵ ou politique⁶⁸⁶ qui est le garant des institutions fondamentales de la société que sont l'État, la famille et l'individu. Notamment, un contrat qui contreviendrait aux règles d'ordre public concernant l'organisation constitutionnelle, administrative et judiciaire de l'État ne pourrait être considéré comme licite. L'exception couvrant les actes entrepris à des fins de procédure ou de sécurité publique est certainement une règle relevant de l'ordre public classique car elle est garante d'une bonne administration de la justice. Laisser à la liberté contractuelle la faculté de remettre en cause cette règle reviendrait à mettre en danger le bon fonctionnement de la justice. De même, relèvent assurément de l'ordre public politique les exceptions sous-tendues par des droits et libertés fondamentaux car elles ne sauraient dépendre de la volonté des parties sans que ne soient ébranlés les « *piliers* »⁶⁸⁷ essentiels et « *fondateurs* »⁶⁸⁸ de la société. Ces droits et libertés fondamentaux « *se tiennent au fondement originnaire de l'ordre public* »⁶⁸⁹ qui leur est « *consubstantiel* »⁶⁹⁰, de sorte qu'ils doivent être protégés en toutes circonstances, et surtout lorsque leurs bénéficiaires sont empêchés de les exercer.

Deuxièmement, il se trouve un ordre public économique et social prenant de plus en plus le pas sur l'ordre public classique et dont le rôle est d'intervenir dans le cadre des échanges de biens et de services. L'ordre public économique et social contribue à ce que ces échanges soient plus utiles à la société ou plus équitables entre les parties. De ces deux fonctions découlent la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection.

L'ordre public de direction correspond aux « *règles au moyen desquelles l'État entend canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît le plus conforme à l'utilité sociale* »⁶⁹¹. Les règles d'ordre public de direction sont des dispositions au travers desquelles l'intérêt général est directement palpable puisqu'elles sont censées poursuivre un but d'utilité sociale sensiblement marqué. Or, en matière de droit d'auteur, il est permis de voir dans l'exception en faveur des personnes handicapées ainsi que dans les exceptions aux fins de conservation et de consultation des règles relevant de l'ordre public de direction dans la mesure où elles s'inscrivent dans le cadre d'une

⁶⁸⁵ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, p. 393, n° 377.

⁶⁸⁶ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations : l'acte juridique*, Sirey, 2008, p. 241, n° 281.

⁶⁸⁷ Pour reprendre la formule de F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 393, n° 377.

⁶⁸⁸ E. Picard, *op. cit.*, p. 46, affirmant que les droits et libertés fondamentaux sont des éléments fondateurs du Droit et de la société.

⁶⁸⁹ E. Picard, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁹⁰ E. Picard, *op. cit.*, p. 51. L'auteur souligne que même si l'ordre public délimite les droits fondamentaux, ces derniers contribuent à le nourrir : « dans l'ordre juridique d'un État de droit, l'ordre public ne jouit d'aucune autonomie : il ne vaut qu'en raison de sa fonction, qui est de sauvegarder les droits » et libertés fondamentaux.

⁶⁹¹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 396, n° 382.

véritable politique culturelle visant à une large diffusion des œuvres et dont le but d'intérêt général est manifeste.

L'ordre public de protection, lui, concerne toutes les mesures tendant à protéger le faible contre le fort dans le cadre de leurs relations contractuelles. En comparaison des règles relevant de l'ordre public de direction, les règles d'ordre public de protection, en apparence, font moins rejaillir le but d'intérêt général. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains auteurs opèrent une stricte dichotomie entre les règles d'ordre public qui préserveraient l'intérêt général et les règles impératives qui ne garantiraient que des intérêts privés⁶⁹². Mais, cette distinction procède « *d'une confusion entre le but de la loi, qui est toujours de satisfaire l'intérêt général, et son objet, qui peut être de défendre des intérêts particuliers dont la lésion porterait préjudice à tout le groupe social* »⁶⁹³. En vérité, l'intérêt général n'est pas moins impliqué lorsqu'il s'agit d'ordre public de protection, cet « *ordre public qui se relie à des intérêts privés* », qui les protège, et derrière lequel « *il y a une considération sociale qui dépasse la prise en compte du seul cas particulier* »⁶⁹⁴. Il est évident que la somme de ces intérêts individuels, apparaissant comme « *catégoriels* »⁶⁹⁵, « *forme un intérêt collectif puissant, dont la satisfaction est un facteur de paix sociale* »⁶⁹⁶. Or, certaines exceptions au droit d'auteur sont susceptibles de ressortir à l'ordre public de protection car elles ont vocation à protéger l'utilisateur face au titulaire de droits, le faible contre le fort en quelque sorte. Plus précisément, il s'agit des exceptions justifiées par des considérations pratiques. Les exceptions couvrant des actes neutres telles que l'exception de reproduction provisoire, l'exception de reproduction ou de modification nécessaire à l'utilisation du programme d'ordinateur, l'exception de copie de sauvegarde nécessaire à l'utilisation permanente du logiciel, l'exception couvrant les actes nécessaires à l'accès à la base de données électronique, visent toutes à protéger l'utilisateur d'une emprise trop forte des prérogatives de l'auteur. Dans le même esprit, à considérer que l'exception de copie privée permet d'éviter un contrôle inopportun, car trop invasif, de l'usage de l'œuvre, et donc à protéger l'utilisateur des titulaires de droits, elle pourrait également être placée sous l'égide de l'ordre public de protection.

⁶⁹² H., L., et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, Montchrestien, 12^e éd., par F. Chabas, 2000, p. 124, n° 68 : « Telle réglementation impérative est sanctionnée par une nullité relative parce qu'à la différence d'un texte d'ordre public, elle n'a pour but qu'une protection individuelle » – P. Malaurie, *op. cit.*, 1953, p. 67.

⁶⁹³ J.-D. Bredin, *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français*, in *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. 13, Dalloz, 1959, p. 376 – Dans le même sens, G. Farjat, *L'ordre public économique*, Thèse Dijon, LGDJ, 1963, p. 110.

⁶⁹⁴ F. Terré, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 10.

⁶⁹⁵ M.-C. Vincent-Legoux, *op. cit.*, 2001, p. 18, note 3, relevant que l'ordre public de protection vise à protéger des catégories de personnes considérées être des parties faibles. L'auteur cite les consommateurs et les salariés. Les utilisateurs d'œuvres les rejoignent certainement, tout comme l'auteur, susceptible d'apparaître comme une partie faible face aux exploitants.

⁶⁹⁶ P. Catala, *op. cit.*, p. 2.

Il y a un intérêt à déterminer de quel ordre public dépendent les exceptions au droit d'auteur. Cet intérêt se situe au niveau de la sanction. Dans l'hypothèse où un contrat viendrait à déroger à une exception relevant de l'ordre public classique ou de l'ordre public de direction, dans la mesure où ceux-ci intéressent directement l'intérêt général, la sanction devrait être la nullité absolue⁶⁹⁷. En revanche, dans l'hypothèse où la volonté contractuelle contreviendrait à une exception ressortissant à l'ordre public de protection, c'est-à-dire préservant en premier lieu l'intérêt particulier d'une partie faible, alors la sanction devrait être la nullité relative⁶⁹⁸.

Il y a lieu de préciser que les frontières entre ordre public classique et ordre public économique, de même qu'entre ordre public de direction et ordre public de protection, ne sont pas toujours étanches⁶⁹⁹. Il est possible de considérer que certaines exceptions impliquent plusieurs sortes d'ordre public. Ainsi, les exceptions sous-tendues par des libertés fondamentales sont aussi susceptibles de passer pour des règles procédant de l'ordre public de protection, *idem* de l'exception en faveur des personnes handicapées qui, *a priori*, relève de l'ordre public de direction. On peut donc s'interroger quant à la sanction dans l'hypothèse où la volonté des parties dérogerait à ses exceptions. Suivant la jurisprudence, en cas de concours d'ordres publics impliquant l'ordre public de direction et l'ordre public de protection, le premier doit primer le second⁷⁰⁰. La sanction sera donc la nullité absolue. De manière analogue, s'il y a concours de l'ordre public politique et de l'ordre public de protection, ce dernier devrait s'effacer devant l'autre.

⁶⁹⁷ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, p. 258, n° 299.

⁶⁹⁸ *Ibid.*

⁶⁹⁹ F. Hage-Chahine, *op. cit.*, p. 28.

⁷⁰⁰ Cass. com., 11 mai 1976, *Bull. civ.* IV, n° 162 – Sur cette question, J. Mestre, « Rapport français », in *L'ordre public – Journées libanaises*, t. 49, LGDJ, 1998, p. 128.

Conclusion de la Section II

222. Afin de garantir de manière efficace la satisfaction des intérêts primordiaux qu'elles préservent, la valeur impérative des exceptions au droit d'auteur s'impose. Pour certaines d'entre elles, la volonté explicite du législateur ne permet aucun doute. On pense à l'exception de copie de sauvegarde, à l'exception d'analyse ainsi qu'à l'exception de décompilation en matière de logiciel, ou encore à l'exception couvrant les actes nécessaires à l'accès au contenu de la base de données et à son utilisation normale. Pour celles de l'article L. 122-5 du CPI, de prime abord, il est permis de s'interroger. Néanmoins, l'analyse de l'agencement littéral et matériel du texte, et surtout, la nature des fondements sous-jacents, suffisent à déterminer le caractère impératif des exceptions. Le législateur français ne serait d'ailleurs pas le seul à avoir opté pour le caractère impératif des exceptions. Par exemple, la Belgique⁷⁰¹, l'Italie⁷⁰², le Japon⁷⁰³ ou encore le Mexique⁷⁰⁴, ont choisi de faire des dérogations au droit d'auteur des règles impératives.

⁷⁰¹ S. Dusollier, « La contractualisation des exceptions et l'expérience belge », *PI*, octobre 2007, p. 443.

⁷⁰² M. Vivant, « La restriction des exceptions au droit d'auteur par contrats ou mesures techniques – De possibles contrepoids ? », in *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Actes des journées d'étude de l'ALAI de Barcelone 19-20 juin 2006, Huygens editorial, 2008, p. 526.

⁷⁰³ H. Saito, « Rapport national : Japon », in *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 septembre 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 297.

⁷⁰⁴ « Rapport national : Mexique » (absence du nom du ou des auteurs), in *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Actes du Congrès de l'ALAI 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 304.

Conclusion du Chapitre II

223. Dans leur rapport au droit exclusif de l'auteur, les exceptions ne doivent pas être regardées comme des règles de deuxième ordre mais comme des règles spéciales dérogeant à une règle de principe. Dans une certaine mesure, les dérogations au droit d'auteur sont supérieures à la règle de principe instaurant le droit exclusif. Dès lors que ses conditions sont matériellement remplies, l'exception « supplante » la règle générale. La raison en est que la dérogation légale tend à la préservation d'un impératif ignoré de la règle de principe que le législateur entend cependant observer.

224. Par ailleurs, les exceptions au droit d'auteur sont des règles à valeur impérative. Une telle affirmation ne relève pas de la pétition de principe. D'abord, l'étude de l'agencement littéral et matériel des textes légaux permet de montrer que les exceptions ne sauraient elles-mêmes souffrir des dérogations. Ensuite, par leurs fondements, les exceptions sont susceptibles d'être placées sous la protection de l'ordre public. Surtout, le constat de la valeur impérative concorde avec la finalité profonde des exceptions, leur fonction sociale. En tant que facteurs d'équilibre du droit d'auteur, on imagine mal que les dérogations au droit exclusif soient remises en cause par la volonté privée, que ce soit au moyen du contrat ou au moyen de la technique.

Conclusion du Titre I

225. Au terme de ce Titre consacré à l'économie des exceptions au droit d'auteur, force est de constater que celles-ci sont loin de constituer des règles de second plan. L'étude de leurs fondements dans la première section a permis de montrer que la plupart des dérogations légales répondent à des impératifs majeurs de la société : préservation des libertés fondamentales telles que la liberté d'expression ou la liberté de recherche et d'enseignement, promotion d'une politique culturelle favorisant l'accès à culture et la diffusion des connaissances, régulation des relations contractuelles...

226. Dans la mesure où les exceptions au droit d'auteur doivent être considérées comme des règles à valeur impérative, il ne serait pas possible de les écarter par la voie du contrat. *A fortiori*, il serait encore plus étonnant que de manière unilatérale les titulaires de droits en empêchent l'exercice en ayant recours aux dispositifs de protection. Pourtant, l'économie des mesures techniques vient considérablement contrarier celle des exceptions, bien que ces dernières soient *a priori* ménagées au travers du régime de sauvegarde instauré par l'article 6 paragraphe 4 de la directive du 22 mai 2001⁷⁰⁵.

⁷⁰⁵ Transposé à l'article L. 331-31 2° du CPI – Toutefois, conformément à l'article L. 331-8 du même Code, dans le cadre de services interactifs à la demande, ce régime de préservation ne joue pour aucune exception. Cette solution fragilise la thèse de la valeur impérative des exceptions : *infra* n° 532.

TITRE II – L'ÉCONOMIE CONTRARIANTE DES MESURES TECHNIQUES

227. L'économie des mesures techniques contrarie celle des exceptions au droit d'auteur. Les dispositions visant à protéger les systèmes interdisent toute atteinte à ces derniers quand bien même il s'agirait de mettre en œuvre une dérogation légale au droit d'auteur (Chapitre I). Or, si l'unique finalité des mesures techniques est véritablement de protéger l'œuvre en tant qu'objet de droit de propriété littéraire et artistique, on ne comprend pas bien la raison qui les pousse à étendre leur action aux espaces de libre usage normalement soustraits à toutes sortes de monopoles juridiques et dont font impérativement partie les exceptions. Le droit d'auteur peut-il permettre que la technique foule aux pieds ce que lui-même marque du sceau de l'ordre public ? En vérité, l'extension de la maîtrise technique au-delà des limites des monopoles juridiques accordés aux titulaires de droits est un fort indice qu'il n'est pas seulement question de protéger des objets de propriété littéraire et artistique. En tous les cas, il paraît bien difficile d'affirmer que le fondement des barrières techniques est de l'essence du droit d'auteur (Chapitre II).

Chapitre I – La protection juridique des mesures techniques

228. Pour venir au secours du droit d'auteur dans l'environnement numérique, les titulaires de droits ont fait appel à la technique. Conscients de la vulnérabilité des moyens technologiques dont ils disposent pour protéger les supports ou vecteurs des œuvres, ils ont sollicité du législateur européen le renfort du droit.

Certes, d'un côté, la directive du 22 mai 2001 a opéré une multiplication des exceptions au droit d'auteur car il est évident que pour contenter l'ensemble des États membres, le législateur s'est astreint à dresser une liste conséquente de dérogations et de limitations. Mais, de l'autre côté, l'effet de cette multiplication est considérablement atténué par les dispositions anti-contournement que l'instrument européen contient. L'étude montrera que la rigueur de ses dispositions a dû apaiser les craintes des titulaires de droits⁷⁰⁶.

La protection juridique des mesures techniques consiste à interdire toutes atteintes aux systèmes de protection et aux mécanismes d'information sur le régime des droits (Section II). Il n'en reste pas moins qu'elle ne s'étend pas à n'importe quelle défense technique (Section I).

⁷⁰⁶ Rappr. T. Azzi, « La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé », *CCE*, juillet-août 2007, étude 16, p. 7.

Section I – L'étendue de la protection juridique des mesures techniques

229. Les mesures techniques ne sont pas toutes juridiquement protégées. Le renfort du droit n'est accordé qu'à des conditions bien précises. L'intervention des mesures techniques a pour but la protection d'un objet de propriété littéraire et artistique. Des systèmes ou dispositifs qui ne poursuivraient pas cet objectif ne mériteraient pas l'application des dispositions anti-contournement.

C'est pourquoi la protection juridique ne s'étend qu'aux systèmes répondant à une certaine définition (Paragraphe I), appliqués à des objets déterminés (Paragraphe II), et traduisant la volonté des titulaires de droits (Paragraphe III).

Paragraphe I – La définition des mesures techniques

230. **Terminologie** – Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur comme la directive du 22 mai 2001 emploient la formule « mesures techniques » pour ne désigner que les mesures techniques de protection. En effet, alors qu'ils ne concernent que les dispositifs techniques de protection, l'article 11 du Traité et l'article 6 de la directive sont intitulés « *Obligations relatives aux mesures techniques* ». Quant aux articles 12 de l'instrument international et 7 de l'instrument européen, ils concernent les « *Obligations relatives à l'information sur le régime des droits* ». Cette variation lexicale ne porte pas à conséquence. En matière d'information sur le régime des droits, la doctrine parle volontiers de mesures techniques d'information. Le CPI lui-même comporte une section titrée « *Mesures techniques de protection et d'information* »⁷⁰⁷. Cela signifie bien que les obligations relatives à l'information sur le régime des droits sont corrélées à l'usage de mesures techniques. Toutefois, leur réunion sous une même appellation ne doit pas occulter le fait que mesures techniques de protection (A) et mesures techniques d'information (B) répondent à des définitions bien distinctes.

⁷⁰⁷ Au sein du Chapitre I du Titre III du Livre III.

A. La définition des mesures techniques de protection

231. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur indique simplement que les « *mesures techniques efficaces [...] sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits [...] et restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi* »⁷⁰⁸. Il n'empêche que le ton est déjà donné : la définition des mesures techniques sera fonctionnelle. Bien qu'elle livre davantage de détails, la directive du 22 mai 2001 ne s'écarte pas de cette approche. Il en résulte en droit interne une définition des mesures techniques de protection focalisée sur leur finalité. Ainsi, l'article L. 331-5 du CPI énonce que « *Les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme sont protégées dans les conditions prévues au présent titre.*

On entend par mesure technique au sens du premier alinéa toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue par cet alinéa. Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation visée au même alinéa est contrôlée par les titulaires de droits grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection.

Un protocole, un format, une méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation ne constitue pas en tant que tel une mesure technique au sens du présent article ».

Loin d'être conceptuelle, la définition des mesures de protection pose quelques critères techniques (1) mais repose avant tout sur des critères fonctionnels (2).

⁷⁰⁸ Article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur. L'article 18 du Traité sur les droits voisins est rédigé en des termes similaires.

1. Les critères techniques

232. Neutralité technologique – Transposant l'article 6 paragraphe 3 de la directive du 22 mai 2001, l'article L. 331-5 alinéa 2 du CPI définit la mesure technique de protection comme « *toute technologie, dispositif ou composant* ». La notion de technologie est très large puisqu'elle concerne tant des connaissances ou des compétences techniques que les produits qui en résultent. Partant, un dispositif⁷⁰⁹ ou un composant peut être le résultat d'une technologie particulière. Mais alors que le premier correspond à l'ensemble du système mis au point sur la base de la technologie, le second ne constitue qu'une partie élémentaire de ce système. Par ailleurs, l'article L. 331-5 précise bien qu'il peut s'agir de « *toute technologie* ». Il n'est donc pas exclu que des technologies soient croisées. En tout état de cause, en l'absence de description détaillée des mesures techniques de protection, la définition ouverte que livre l'article L. 331-5 permet de recouvrir de nombreuses configurations⁷¹⁰. En faisant preuve d'une neutralité technologique certaine, la disposition s'assure une adaptation aux éventuelles évolutions techniques. Participe plus encore à cette flexibilité la dimension fonctionnelle de la définition des mesures de protection.

2. Les critères fonctionnels

233. Les mesures techniques de protection sont vouées à une fonction précise (a) qu'elles doivent remplir efficacement (b).

a. La fonction des mesures techniques de protection

234. Fonction assignée – Une mesure technique de protection doit s'inscrire dans le « *cadre normal de son fonctionnement* »⁷¹¹. Autrement dit, le dispositif technique ne bénéficie d'une protection juridique qu'à condition qu'il remplisse la fonction qui lui est assignée. Transposant les dispositions de l'article 6 paragraphe 3 de la directive du 22 mai 2001, l'article L. 331-5 alinéa 1 du CPI énonce que les mesures techniques protégées sont « *destinées à empêcher ou à limiter les utilisations*

⁷⁰⁹ La notion de « dispositif » apparaît déjà à l'article L. 122-6-2 du CPI conformément à l'article 7 paragraphe 1 c) de la directive du 14 mai 1991 : « le dispositif technique protégeant un logiciel ».

⁷¹⁰ T. Maillard, « La réception des mesures techniques de protection des œuvres en droit français : commentaire du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *Legipresse* 2004, II, p. 9.

⁷¹¹ Article 6 paragraphe 3 de la directive du 22 mai 2001.

non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin»⁷¹². *A contrario*, toute mesure technique qui ne sera pas vouée à un tel objectif ne sera pas éligible à la protection juridique. Cela implique que, pris pour eux-mêmes, les protocoles, les formats, les méthodes de cryptage, de brouillage ou de transformation, ne constituent pas des mesures techniques protégeables⁷¹³. La protection juridique ne leur sera accordée qu'à condition qu'ils soient intégrés à une protection technique accomplissant la fonction prescrite à l'article L. 331-5 alinéa 1 du CPI.

235. Contrôle de l'accès et/ou de l'utilisation – Il existe un éventail de missions que les mesures techniques de protection sont capables de remplir. Cependant, en précisant que les dispositifs techniques sont destinés à contrôler « l'utilisation » notamment « grâce à l'application d'un code d'accès », l'article L. 331-5 alinéa 2 du CPI met en avant leurs deux fonctions majeures : le contrôle de l'accès à l'œuvre et le contrôle de l'utilisation de l'œuvre⁷¹⁴. Ainsi est-il possible pour

⁷¹² En matière de bases de données, la définition est reprise à l'article L. 342-3-1 du CPI.

⁷¹³ Article L. 331-5 alinéa 3 du CPI : la disposition résulte de l'amendement n° 134 apporté au projet de loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information et présenté devant l'Assemblée nationale le 8 décembre 2005. V. l'intervention de M. Dutoit, *JOAN CR*, 22 décembre 2005, 3^e séance, p. 8714 : « la notion de mesures techniques exclut les formats, les protocoles, les méthodes de cryptage, de brouillage et de transformation. Ces derniers ne sont visés par la directive qu'au titre de leur participation à une mesure technique et non comme des mesures techniques à part entière. Il s'agit aussi d'éviter que des personnes physiques ou morales puissent se prévaloir du régime de protection des mesures techniques sur un format, un protocole ou une méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation pour exercer un contrôle sur l'ensemble des programmes informatiques les mettant en œuvre » – Aussi, l'intervention de M. Wauquiez, *JOAN CR*, 22 décembre 2005, 3^e séance, p. 8714, arguant que l'exclusion de la définition des mesures techniques, des protocole, format, méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation, permet de « préserver la notion d'interopérabilité » – La solution a permis de contenter les créateurs de logiciels libres qui craignaient que n'importe quel élément de méthodologie puisse faire l'objet d'une protection (v. l'intervention de M. Dionis du Séjour, *JOAN CR*, 22 décembre 2005, 3^e séance, p. 8714).

⁷¹⁴ Comme la directive du 22 mai 2001, le CPI ne prévoit pas que les mesures techniques soient sujettes à un régime de protection différent selon leurs fonctions. La solution est logique dans la mesure où il est difficile de dissocier l'utilisation de l'accès. D'une part, l'utilisation suppose nécessairement un accès : sur ce point, A. Latreille et T. Maillard, « Mesures techniques de protection et d'information », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1660, mis à jour au 19 avril 2011, p. 7, n° 20 – D'autre part, le contrôle de l'accès affecte nécessairement le contrôle de l'utilisation : sur ce point, S. Dusollier, Thèse préc., p. 529, n° 682 : « la mesure technique est toujours une mesure de contrôle d'accès dans la mesure où elle constitue l'interface entre l'utilisateur et le support matériel de l'œuvre » – J. de Werra, « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les Traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie) », *RIDA*, juillet 2001, n° 189, p. 85 – Aussi, United States District Court – Northern District of California, 19 février 2004, *321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, PI*, avril 2004, p. 648, obs. A. Lucas, jugeant que le *Contents Scramble System (CSS)* contrôlant l'accès au DVD est bien une mesure de contrôle de la copie. Aux États-Unis, le *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 (*DMCA*) prévoit des régimes de protection différents selon qu'il s'agit de mesures contrôlant l'accès ou de mesures contrôlant l'utilisation de l'œuvre. En effet, en matière de mesures techniques protégeant l'utilisation, seules la fabrication et la commercialisation des moyens de contournement sont sanctionnées (§ 1201 (b)). La neutralisation du système de protection n'est donc pas interdite, mais les actes d'exploitation non autorisés qui lui seront consécutifs, constitueront des atteintes au *copyright*. Le contournement d'un *copyright protection system* contrôlant l'utilisation reste donc licite, notamment s'il vise à mettre en œuvre le *fair use*. En revanche, celui-ci ne constitue pas un moyen de défense valable en cas de contournement d'une protection contrôlant l'accès à l'œuvre (*Universal City studios v. Corley*, 273 F.3d 429 (2e Cir. 2001) cité par J. Ginsburg, « Chronique des États-Unis », *RIDA*, juillet 2003, n° 197, p. 116). Dans l'hypothèse des systèmes de contrôle de l'accès, la section 1201 du *DMCA* sanctionne tant les actes de

les titulaires de droits de recourir à des mesures techniques contrôlant l'accès à l'œuvre par application d'un code ou d'un procédé de protection tel que le cryptage ou le brouillage. La plupart du temps, l'accès à l'œuvre se fait de manière automatique, la mesure technique opérant spontanément les vérifications nécessaires. De nombreux aménagements sont alors envisageables : l'accès à l'œuvre peut être total ou partiel, limité dans la durée ou non. Les titulaires de droits peuvent encore déployer des mesures techniques contrôlant l'utilisation de l'œuvre⁷¹⁵. La pratique la plus répandue consiste à interdire la copie de l'œuvre ou à en limiter le nombre. Mais, plus largement, il est également possible de restreindre le nombre d'affichages ou de lectures, ainsi que les facultés de diffusion ou de modification de l'œuvre.

Les fonctions des mesures techniques sont nombreuses. Ce qui importe est qu'elles aient pour vocation d'empêcher les actes non autorisés par les titulaires de droits. Mais cela ne suffit pas à ce qu'elles bénéficient du régime de protection. Encore faut-il qu'elles soient efficaces.

b. L'efficacité des mesures techniques de protection

236. Présomption d'efficacité du code, cryptage ou brouillage – Seules les mesures techniques « efficaces » sont admises à bénéficier du régime de protection⁷¹⁶. Initialement, la condition de l'efficacité était posée dans l'article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur. Cependant, les mesures techniques « efficaces » n'étaient pas définies. La directive du 22 mai 2001

contournement que la fabrication et la commercialisation des moyens de contournement (§ 1201 (a)). Cependant, le *DMCA* dresse une liste d'exceptions à l'interdiction de contournement : l'exception en faveur des bibliothèques sans but lucratif, les activités officielles de police et d'enquête, la décompilation, la recherche en cryptographie, les contrôles aux fins de protection des mineurs, la protection des données personnelles. Par ailleurs, dans les deux années qui suivirent l'adoption du *DMCA*, la *Library of Congress* a eu pour mission de déterminer d'éventuelles classes particulières d'œuvres qui pourraient échapper à l'interdiction de contourner les mesures techniques contrôlant l'accès aux œuvres. La *Library of Congress* suivit les recommandations du *Register of copyrights* et introduisit deux autres exceptions à l'interdiction de contourner des systèmes de contrôle de l'accès. D'une part, il est devenu possible de contourner une mesure technique contrôlant par des techniques de filtrage l'accès à des listes de sites Internet afin que les mineurs ne puissent accéder à des sites malveillants ou pornographiques. Le *Register of copyrights* a en effet estimé que, dans la mesure où l'accès à des sites irréprochables de ce point de vue pouvait pâtir de ces mesures de filtrage, le contournement de tels systèmes était licite. D'autre part fut admise la licéité du contournement pour les logiciels, les bases de données ainsi que les œuvres littéraires dont l'accès est indûment entravé par des mesures techniques défectueuses ou désuètes.

⁷¹⁵ La notion d'utilisation doit être entendue au sens large car elle vise indifféremment les représentations ou les reproductions soumises au monopole de l'auteur et celles qui y échappent en vertu du domaine public ou des exceptions au droit d'auteur. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que l'article 5 paragraphe 3 de la directive du 22 mai 2001 emploie le terme « utilisation » pour évoquer les exceptions au droit de reproduction et les exceptions au droit de représentation.

⁷¹⁶ V. les articles 11 du Traité sur le droit d'auteur, 18 du Traité sur les droits voisins, 6 de la directive du 22 mai 2001 et L. 331-5 du CPI – Par ailleurs, la condition de l'efficacité ne pèse pas sur le « dispositif technique » mis en place pour protéger un logiciel.

reprend la condition de l'efficacité tout en comblant la lacune de l'instrument international. Le résultat figure à l'alinéa 2 de l'article L. 331-5 du CPI suivant lequel les dispositifs techniques sont réputés efficaces « *lorsqu'une utilisation [...] est contrôlée par les titulaires de droits grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection* ». La disposition s'inspire largement du *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 rédigé en ces termes : « *a technological measure effectively controls access to a work if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work* »⁷¹⁷.

On a pu souligner que « *la première protection naturelle de la mesure technique, ce n'est pas le droit, mais la propre efficacité technique de la mesure elle-même* »⁷¹⁸. Il est de bon sens que la mesure technique, avant de protéger l'œuvre, s'entoure elle-même de remparts en étant la plus efficace possible. Du point de vue des titulaires de droits, l'idéal serait que la mesure technique soit imparable. Mais, par définition, une mesure technique invulnérable n'aurait pas besoin du secours du droit. En pratique, il n'existe pas de protection technique inviolable. Les *hackers* finissent toujours par trouver les points faibles des défenses qu'on leur oppose⁷¹⁹. Qu'entend-on alors par « mesures techniques efficaces » ? Si la condition d'efficacité oblige les titulaires de droits à recourir à des mesures techniques ayant une effectivité appréciable et non à des dispositifs qui pourraient être contournés aisément par tout un chacun, elle ne signifie pas pour autant que la défense technique doive être totalement infaillible pour bénéficier d'une protection juridique. L'objectif n'est pas de discriminer selon les « *résultats de la méthode* » mais selon l'objet et la manière « *dont la mesure de protection est conçue* »⁷²⁰. Aussi sont éligibles à la protection juridique les mesures techniques qui – sans être invincibles – présentent dans leur constitution un minimum de gages. L'article L. 331-5 alinéa 2 du CPI va même jusqu'à poser une présomption d'efficacité : dès lors qu'un code d'accès est requis ou qu'est déployé un procédé analogue au cryptage ou au brouillage, les mesures techniques sont réputées efficaces. Par conséquent, le simple recours à de tels dispositifs dispense les ayants droit de prouver leur efficacité⁷²¹. La protection juridique des mesures techniques ne

⁷¹⁷ §1201 (a) (3) (B).

⁷¹⁸ G. Vercken, « La consécration des mesures techniques de protection, un combat d'arrière-garde ? », in *Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ?*, colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à la Chambre de commerce de Paris le 9 mars 2007, *PI*, octobre 2007, p. 414.

⁷¹⁹ En ce sens, H. Bitan, « Mesures techniques, consommateur et Haute Autorité », *RLDI*, octobre 2007, p. 77.

⁷²⁰ Rapport VANNESTE, p. 84-85.

⁷²¹ V. P. Sirinelli, « L'étendue de l'interdiction de contourner les mesures techniques protégeant l'accès aux œuvres et les droits des auteurs : exceptions et limitations – Rapport général », in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, New-York, ALAI USA, 2002, p. 425.

sera exclue que s'il est apporté la preuve contraire de leur inefficacité. Elle le sera notamment dans l'hypothèse d'un dispositif dérisoire⁷²², c'est-à-dire un dispositif remplissant un rôle de protection insignifiant et dont les obstacles peuvent être facilement déjoués. Cette solution permet d'éviter que les titulaires de droits adjoignent des dispositifs illusoires aux œuvres dans le seul but de bénéficier de la protection juridique.

B. La définition des mesures techniques d'information

237. Les mesures techniques d'information sont définies à l'article L. 331-11 du CPI⁷²³ :
« Les informations sous forme électronique concernant le régime des droits afférents à une œuvre, autre qu'un logiciel, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme, sont protégées dans les conditions prévues au présent titre, lorsque l'un des éléments d'information, numéros ou codes est joint à la reproduction ou apparaît en relation avec la communication au public de l'œuvre, de l'interprétation, du phonogramme, du vidéogramme ou du programme qu'il concerne. »

On entend par information sous forme électronique toute information fournie par un titulaire de droits qui permet d'identifier une œuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme ou un titulaire de droit, toute information sur les conditions et modalités d'utilisation d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, ainsi que tout numéro ou code représentant tout ou partie de ces informations ».

On retrouve ici l'approche prévalant pour la définition des mesures techniques de protection : la définition des mesures techniques d'information repose sur des critères tant techniques (1) que fonctionnels (2).

⁷²² A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, p. 274, n° 540 : « le droit n'a pas à venir au secours de celui qui n'utilise même pas toutes les ressources de la technique ».

⁷²³ L'alinéa 2 de l'article L. 331-11 du CPI transpose l'article 7 de la directive du 22 mai 2001 se contentant lui-même de reprendre les termes de l'article 12 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

1. Les critères techniques

238. Informations électroniques associées au support ou vecteur – Il ressort de l'article L. 331-11 du CPI que seules les informations exprimées « *sous forme électronique* » sont susceptibles de bénéficier du régime de protection⁷²⁴. Ne sont donc concernées que les œuvres évoluant dans un contexte numérique et auxquelles sont associées ce que l'on appelle un marquage ou un tatouage numérique. Par ailleurs, en son alinéa 1^{er}, l'article précité indique que les informations doivent être jointes à la reproduction ou apparaître en relation avec la communication au public de l'œuvre ou de l'objet protégé. La solution est logique dans la mesure où les éléments d'information ne bénéficient de la protection qu'à la condition qu'ils aient pour fonction de renseigner sur le régime des droits portant sur l'œuvre. Cela implique nécessairement une intégration des données au support de l'objet protégé. Conformément à l'alinéa 2 de l'article L. 331-11 du CPI, l'ensemble de ces éléments d'information peut être transmis indirectement au moyen de numéros ou de codes les représentant en tout ou partie⁷²⁵.

2. Les critères fonctionnels

239. Fonctions multiples – Comme en matière de mesures techniques de protection, les fonctions des mesures techniques d'information sont nombreuses.

En premier lieu, une mesure technique d'information doit permettre d'identifier un objet de droit d'auteur ou de droit voisin ainsi que les titulaires de droits. Aussi doit-elle contenir le titre de l'œuvre ou de tout autre objet protégé, le nom de l'auteur et des auxiliaires de création. Ces éléments d'information sont utiles à différents égards. D'une part, ils renseignent sur le régime des droits portant sur l'œuvre et en facilitent la gestion collective. D'autre part, ils consolident l'exercice du droit moral dans l'univers numérique, plus précisément celui du droit à la paternité de l'œuvre.

En second lieu, une mesure technique d'information doit pouvoir exploiter des renseignements concernant les conditions d'utilisation d'un objet protégé. Autrement dit, il n'est pas exclu que, dans le cadre d'un processus de vérification, soient exploitées des informations sur

⁷²⁴ La loi française reprend les dispositions de l'article 12 alinéa 1 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et de l'article 7 paragraphe 1 de la directive du 22 mai 2001.

⁷²⁵ Le texte français reprend les dispositions de l'article 7 paragraphe 2 de la directive du 22 mai 2001 et de l'article 12 alinéa 2 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

l'utilisateur. Combinées aux dispositifs de protection, les mesures techniques d'information⁷²⁶ sont aptes à reconnaître des utilisations non autorisées et à déclencher des procédures d'obstruction.

Paragraphe II – L'objet des mesures techniques

240. Si, *in fine*, l'objet des mesures techniques est de protéger l'œuvre ou de transmettre des informations la concernant (B), cela ne peut se faire qu'au travers d'un support ou vecteur (A).

A. L'objet directement protégé par les mesures techniques

241. **Emprise sur la matière** – Pour plusieurs raisons, les mesures techniques n'ont pas directement pour objet l'œuvre elle-même.

En premier lieu, sous réserve qu'elle se manifeste dans une forme originale⁷²⁷, l'œuvre de l'esprit bénéficie déjà d'une protection par le droit d'auteur conformément à l'article L. 112-1 du CPI. Le droit d'auteur est la seule protection naturelle de l'œuvre de l'esprit et les mesures techniques ne doivent pas être considérées autrement que comme de simples adjuvants utiles à la mise en œuvre des prérogatives des titulaires de droits.

En second lieu, il convient de distinguer l'œuvre elle-même de son support. Du point de vue du droit, œuvre et support ne se confondent pas. C'est ce que l'on déduit de l'article L. 111-3 du CPI précisant que « *la propriété incorporelle [...] est indépendante de la propriété de l'objet matériel* »⁷²⁸. Bien qu'elle apparaisse toujours dans une forme sensible, l'œuvre est avant tout une chose incorporelle et le support n'est que le moyen par lequel elle est communiquée au-dehors, la faisant passer de l'intangible au tangible. La nature incorporelle de l'œuvre emporte la conséquence que les dispositifs techniques ne peuvent avoir directement prise sur elle.

⁷²⁶ Les *Digital Rights Management* (DRM), ou gestion des droits numériques, combinent mesures techniques d'information et mesures techniques de protection.

⁷²⁷ Cass. 1^{re} civ., 11 février 1997, *Bull. civ.* I, n° 55 ; *JCP G* 1997, II, 22973, note X. Daverat – Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1979, *Bull. civ.* I, n° 82 ; *RTD com.* 1979, p. 462, obs. A. Françon.

⁷²⁸ En ce sens, CA Paris, 1^{er} juillet 1964, *Ann. propr. ind.* 1965, p. 223 – Cass, 1^{re} civ., 20 décembre 1966, *D.* 1967, jurispr. p.159 : le monopole de l'auteur « a un fondement et un objet différents de ceux de la propriété même de la chose ».

L'intermédiaire du support est nécessaire. Comme le relève Mme Dusollier, les mesures techniques ne peuvent appréhender « *l'œuvre en tant qu'entité abstraite et immatérielle. Celle-ci ne se laisse pas capturer* »⁷²⁹. L'objet immédiat de la technique ne peut être que l'élément saisissable, le support de l'œuvre, qu'il s'agisse du support de création ou de commercialisation. Peu importe d'ailleurs que ce support soit analogique ou numérique, du moment que la technique puisse s'en saisir. Partant, c'est par abus de langage que l'article L. 331-5 du CPI énonce que les mesures techniques sont destinées à restreindre les « *utilisations* » d'une « *œuvre* » ou d'une « *interprétation* » en même temps que celles d'un « *phonogramme* » ou d'un « *vidéogramme* »⁷³⁰. D'une part, sans remettre en cause les droits voisins dont ils font l'objet, on remarquera que phonogrammes et vidéogrammes sont susceptibles de véhiculer des éléments ne constituant pas des œuvres tels que des bruits naturels⁷³¹. D'autre part, les vidéogrammes et phonogrammes ne sont que les fixations⁷³² sur des supports matériels de séquences visuelles ou sonores⁷³³ alors que les œuvres et interprétations sont des formes créatives et immatérielles. Il importe donc de ne pas assimiler les objets créatifs aux objets techniques car l'action des mesures techniques est exercée sur les supports et non sur les formes créatives.

On concèdera néanmoins que, *in fine*, par l'emprise matérielle sur les supports, c'est bien l'exploitation, et plus largement « l'utilisation » des œuvres qui est visée⁷³⁴. Leur finalité est de faciliter le contrôle par les titulaires de droits non seulement de l'exploitation de l'œuvre mais de toute utilisation qu'ils n'ont pas autorisée. Or, l'action qu'exerce un dispositif technique sur le support de l'œuvre permet largement aux titulaires de droits de recouvrer la maîtrise perdue un

⁷²⁹ S. Dusollier, Thèse préc., p.103, n° 111.

⁷³⁰ En ce sens, P. Gaudrat, « Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants) », *Rép. Civ. Dalloz*, 2007, p. 51, n° 375, selon lequel la formulation de l'article L. 331-5 du CPI est « ambiguë parce qu'elle pourrait donner à penser que l'utilisation porte indistinctement sur l'œuvre, l'interprétation, le phonogramme, le vidéogramme ou le programme. Ce n'est évidemment pas le cas ; l'utilisation ne peut porter que sur le vecteur contrôlé par les mesures » – Également, O. Pignatari, *Le support en droit d'auteur*, Thèse Poitiers, 2009, p. 552, n° 924 : « l'article L. 331-5 du CPI semble confondre les deux pôles que l'article L. 111-3 du CPI s'efforce de distinguer. Abstraction faite de sa compatibilité douteuse avec la règle d'indépendance des propriétés, la rédaction de cet article demeure défailante, car inapte à identifier clairement l'objet des mesures techniques [...]. Il reste que, sans exagérer le sens des mots, le terme même d'"utilisation", employé à l'article L. 331-5 du CPI, semble mieux adapté au support, forme fonctionnelle, qu'à l'œuvre ou à l'interprétation, formes imaginatives ».

⁷³¹ CA Paris, 6 octobre 1979, *D.* 1981, jurispr. p. 190 ; *RTD com.* 1980 p. 346, obs. A. Françon.

⁷³² L'article 2 c) du Traité sur les droits voisins définit la fixation comme « l'incorporation de sons, ou des représentations de ceux-ci, dans un support qui permette de les percevoir, de les reproduire, ou de les communiquer à l'aide d'un dispositif ».

⁷³³ O. Pignatari, *op. cit.*, p. 552, n° 924 – Également, N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010, p. 137, n° 181 et p. 145, n° 193 – Comp. A. LUCAS et *alii*, p. 944, n° 1142, tenant le phonogramme ou le vidéogramme pour la seule fixation de la séquence. Selon eux, il importe de bien distinguer entre la fixation de la séquence et le support.

⁷³⁴ S. Dusollier, Thèse préc., p. 105, n° 114 : « c'est indirectement et partiellement que l'œuvre est réservée ».

temps sur l'exploitation de leurs oeuvres. Malgré l'insaisissabilité de l'œuvre – chose incorporelle, par l'intermédiaire du support, l'objectif des mesures techniques est tout de même atteint.

B. L'objet indirectement protégé par les mesures techniques

242. Finalité des mesures techniques – Les mesures techniques, qu'elles soient de protection ou d'information, doivent avoir pour objectif de préserver l'objet d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin, qu'il s'agisse d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme, d'un programme audiovisuel⁷³⁵ ou d'une base de données⁷³⁶. A défaut, elles ne sont pas admises à bénéficier de la protection juridique. La raison d'être du régime de protection est leur fonction : les mesures techniques sont assistées par le droit pour autant qu'elles sont vouées à protéger ou identifier un objet de propriété littéraire et artistique. *A contrario*, toute mesure technique associée à un objet ne relevant ni d'un droit d'auteur ni d'un droit voisin ne peut obtenir de protection juridique. Par conséquent, dès lors que l'œuvre tombe dans le domaine public, les dispositions anti-contournement n'ont plus vocation à jouer (2). Par ailleurs, les dispositions des articles L. 331-5 et suivants ne sont pas applicables aux logiciels pour lesquels il existe déjà un régime spécifique (1).

1. L'exclusion des œuvres tombées dans le domaine public

243. Il serait justifié que la protection juridique des mesures techniques de protection disparaisse en même temps que le droit exclusif (a). En ce qui concerne les systèmes d'information, cela est moins sûr (b).

a. Une exclusion logique en matière de mesures techniques de protection

244. La protection juridique devrait être exclue lorsque la mesure technique protège un objet tombé dans le domaine public. Dès lors que l'objet n'est pas protégé par un droit privatif ou qu'il n'est plus protégé par un tel droit, la protection juridique des mesures techniques perd sa raison d'être. La solution découle de ce que les dispositifs de protection ont vocation à protéger

⁷³⁵ V. l'article L. 331-5 alinéa 1 du CPI pour les mesures techniques de protection et l'article L. 331-11 alinéas 1 et 2 pour les mesures techniques d'information – V. le considérant 47 et l'article 6 paragraphe 3 de la directive du 22 mai 2001 dont les rédactions sont plus explicites que l'article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

⁷³⁶ V. les articles L. 342-3-1 et L. 342-3-2 du CPI renvoyant aux articles L. 331-1 et L. 331-22.

l'objet d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin. L'article L. 331-5 du CPI énonce bien que les mesures techniques ont vocation « à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre »⁷³⁷. Par conséquent, une mesure technique adjointe à une œuvre tombée dans le domaine public ne devrait pas bénéficier de la protection juridique⁷³⁸. Une fois le monopole juridique éteint, la mesure technique de protection telle que définie à l'article L. 331-5 du CPI n'a plus de justification, et par suite, sa protection juridique non plus. Les œuvres appartenant au domaine public sont de libre usage et il ne serait pas acceptable que l'utilisation de l'une d'elles soit entravée par la technique. Toutefois, les mesures techniques peuvent avoir un autre objectif que de protéger une œuvre et cela pourrait expliquer qu'elles survivent au droit d'exploitation.

En effet, à défaut de suppression des protections techniques adjointes au support d'une œuvre tombée dans le domaine public, leur contournement éventuel ne pourrait être sanctionné sur le fondement des articles L. 331-5 et suivants du CPI puisque la protection juridique est censée disparaître en même temps que le monopole d'exploitation. Toutefois, et c'est là un point non négligeable, le contournement des mesures techniques pourra toujours être sanctionné sur le fondement des dispositions relatives à la fraude informatique ou encore celui des règles relatives aux services à accès conditionnel⁷³⁹. La protection juridique que chacun de ces régimes offre aux mesures techniques n'est pas conditionnée par l'existence d'un droit privatif. Par conséquent, leur applicabilité reste indifférente à l'extinction du droit exclusif.

b. Une exclusion discutable en matière de mesures techniques d'information

245. En matière de mesures techniques d'information, la solution n'est pas si nette. Dans la mesure où elle est de libre utilisation, une œuvre tombée dans le domaine public ne devrait pas demeurer sous le verrou d'une mesure technique de protection. Or, la solution peut être tout autre en matière de mesures d'information. Comme cela a été dit précédemment, de telles mesures ne gênent en aucune façon l'usage de l'œuvre par un utilisateur.

⁷³⁷ La formule reprend presque mot pour mot les termes de la directive du 22 mai 2001, à ceci près que celle-ci évoque des « actes non autorisés ». Quant à l'article 11 du Traité sur le droit d'auteur, il précise bien que les mesures techniques efficaces sont « mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits ».

⁷³⁸ V. l'intervention du Ministre de la culture et de la communication, M. Donnedieu de Vabres, *JO Sénat CR* du 10 mai 2006, p. 3684.

⁷³⁹ *Infra* n° 344 et 347.

Les systèmes d'information tendent davantage à préserver des prérogatives extrapatrimoniales des titulaires de droits et plus précisément le droit à la paternité. Ces prérogatives sont perpétuelles et survivent à l'extinction du monopole d'exploitation. Il paraît donc justifié de maintenir la protection juridique des mesures techniques d'information quand bien même il s'agirait d'œuvres ne faisant plus l'objet d'un droit exclusif.

2. Le régime spécifique des logiciels

246. Les mesures techniques protégeant des programmes d'ordinateurs ne relèvent pas du régime de protection posé aux articles L. 331-5 et suivants du CPI. Et pour cause, en vertu de la directive du 14 mai 1991, il existe déjà un régime de protection des mesures techniques appliquées aux programmes d'ordinateur. Afin de préserver ce dispositif, l'article 1^{er} de la directive du 22 mai 2001, en son paragraphe 2, énonce qu'elle « *laisse intactes et n'affecte en aucune façon les dispositions communautaires existantes* » concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur. Et le considérant 50 d'ajouter que ne sont pas affectées « *les dispositions spécifiques en matière de protection prévues par la directive 91/250/CEE* », notamment « *la protection des mesures techniques utilisées en liaison avec des programmes d'ordinateurs* »⁷⁴⁰. En conséquence de quoi, les articles L. 331-5 alinéa 1 et L. 331-11 alinéa 1 du CPI excluent de leur champ d'application les mesures techniques visant à protéger des logiciels. Ainsi, l'article L. 331-5 du CPI vise les mesures techniques destinées à restreindre les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin d'une œuvre « *autre qu'un logiciel* ». L'article L. 331-11 du CPI, lui, ne concerne que « *les informations sous forme électronique concernant le régime des droits afférents à une œuvre, autre qu'un logiciel* ».

Donc, à côté du régime de droit commun de protection des mesures techniques applicable dès lors qu'est impliqué tout autre objet de propriété littéraire et artistique, il existe un régime spécial réservé aux seuls programmes d'ordinateur.

Dans la mesure où les Traités de l'OMPI ne font pas la distinction en fonction du genre de l'œuvre techniquement protégée, la question était posée de la conservation du régime

⁷⁴⁰ Également, l'article 1 paragraphe 2 de la directive du 14 mai 1991.

spécifique aux logiciels en droit européen⁷⁴¹. La directive du 22 mai 2001 aurait pu instaurer un régime unique de protection des mesures techniques. La nature des logiciels ne semble pas justifier de traitement spécial⁷⁴² et il aurait été plus cohérent que la protection instaurée par la directive du 22 mai 2001 concerne sans distinction tous genres d'œuvres. Mais au lieu de cela, le régime particulier aux programmes d'ordinateur fut maintenu⁷⁴³.

Ce serait dans le but de tenir compte de la nature fonctionnelle des programmes d'ordinateur et de préserver les intérêts élevés des utilisateurs dans le domaine que la directive du 14 mai 1991 instaure un régime de protection minimaliste des mesures techniques⁷⁴⁴. En vertu de l'article 7 paragraphe 1 c) de la directive, les États membres doivent prendre des mesures appropriées à l'encontre de personnes qui mettent en circulation ou détiennent à des fins commerciales « *tout moyen ayant pour seul but de faciliter la suppression non autorisée ou la neutralisation de tout dispositif technique éventuellement mis en place pour protéger un programme d'ordinateur* ».

Le champ d'application de la règle est extrêmement réduit. Certes, tous types de moyens sont envisagés, qu'il s'agisse d'équipements matériels, d'appareils, de logiciels ou autres. Mais ne sont considérés comme illicites que les moyens ayant pour unique fonction de contourner les mesures techniques. C'est dire que les moyens n'ayant pas pour seule finalité de neutraliser les mesures techniques sont autorisés⁷⁴⁵. Ainsi, un logiciel accessoirement susceptible de contourner une mesure technique ne tombera pas sous le coup de l'interdiction, quand bien même l'attraction qu'il exercerait sur les utilisateurs viendrait principalement de cette aptitude.

⁷⁴¹ Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur la mise en œuvre et les effets de la directive n° 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, COM(2000) 199 final, p. 18.

⁷⁴² S. Dusollier, Thèse préc., p. 70, n° 64 – A. Strowel et S. Dusollier, « La protection légale des systèmes techniques : analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparative », *PI*, octobre 2001, p. 16.

⁷⁴³ *Commission staff working paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights*, Brussels, 19 juillet 2004, SEC(2004) 995, p. 10. La Commission européenne explique les raisons de ce maintien : « The approach chosen in Article 7 was originally based on a balance between the objectives of protection against circumvention of technical devices on the one hand and exceptions to the exclusive rights applicable to computer programs on the other. If – under one possible option – the Community were to introduce for computer programs a provision similar to Article 6 (1) of the Information Society directive, this might in practice inhibit or prevent the application of the exceptions directive ».

⁷⁴⁴ En ce sens, T. Maillard, « Mesures techniques de protection, logiciels et acquis communautaire : interfaces et interférences des directives n° 91/250/CEE et 2001/29/CEE », *RLDI*, mai 2005, p. 67, n° 6 – A. Latreille et T. Maillard, « Mesures techniques de protection et d'information », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1660, mis à jour au 19 avril 2011, p. 12, n° 41.

⁷⁴⁵ A. Strowel et S. Dusollier, *op. cit.*, p. 15.

Par ailleurs, contrairement à la directive du 22 mai 2001, la directive du 14 mai 1991 ne sanctionne pas l'acte de contournement lui-même mais seulement les activités préalables : la mise en circulation ou la détention à des fins commerciales des moyens de contournement, la mise en circulation pouvant notamment prendre la forme d'une vente, d'une location ou d'une offre au public. Manifestement, à travers l'absence de sanction de l'acte de contournement, ce sont bien les intérêts des utilisateurs de logiciels qui sont préservés. Preuve que le législateur européen n'a pas souhaité établir un régime d'interdiction rigoureux, la directive du 14 mai 1991 n'indique pas de sanctions particulières et se borne à inviter les États membres à prendre des « *mesures appropriées à l'encontre des personnes qui accomplissent l'un des actes* » répréhensibles. Il s'agit là d'une lacune à laquelle la loi française a plus ou moins bien remédié.

Instauré par la loi de transposition du 10 mai 1994, l'article L. 122-6-2 du CPI énonce que « *toute publicité ou notice d'utilisation relative aux moyens permettant la suppression ou la neutralisation de tout dispositif technique protégeant un logiciel doit mentionner que l'utilisation illicite de ces moyens est passible des sanctions prévues en cas de contrefaçon* ». Cette disposition doit être interprétée à la lumière de l'article R. 335-2 du même code selon lequel « *toute publicité ou notice d'utilisation relative à un moyen permettant la suppression ou la neutralisation de tout dispositif technique protégeant un logiciel, qui ne comporte pas la mention en caractères apparents que l'utilisation illicite de ces moyens est passible des sanctions prévues en cas de contrefaçon, est punie des peines prévues pour les contraventions de la troisième classe* »⁷⁴⁶.

De la lecture de ces deux textes, il ressort que le CPI sanctionne deux types d'actes. D'une part, est sanctionné par une contravention le défaut de mention indiquant le caractère répréhensible de l'utilisation de moyens de contournement faisant l'objet d'une publicité ou d'un mode d'emploi. D'autre part, l'utilisation de ces moyens est passible des sanctions prévues pour la contrefaçon. Pourtant prescrite par la directive du 14 mai 1991, l'interdiction de la mise en circulation et de la commercialisation des moyens de contournement n'apparaît pas dans le CPI⁷⁴⁷. Le législateur français a en effet estimé que ces activités pouvaient être sanctionnées au titre de la complicité⁷⁴⁸ de contrefaçon par fourniture de moyens⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ Cet article a été instauré par le décret n° 96-103 du 2 février 1996 pris par le Conseil d'État. Il fixe une peine d'amende de troisième classe dont le montant maximum s'élève à 450 euros.

⁷⁴⁷ *Contra* A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 12, n° 41, considérant que l'élaboration, la distribution et l'utilisation de tels logiciels est licite.

⁷⁴⁸ V. les articles 121-6 et 121-7 du Code pénal.

⁷⁴⁹ CA Aix-en-Provence, 10 mars 2004, *CCE*, septembre 2004, comm. 103, p. 66, obs. C. Caron – CA Nancy, 20 mai 2003, *CCE*, juin 2004, comm. 73, p. 32, obs. C. Caron – CA Grenoble, 18 janvier 2001, *CCE*, juin 2001, comm. 59, p. 28, obs. C. Caron ; arrêt confirmant TGI Valence, 2 juillet 1999, *CCE*, octobre 1999, comm. 5, p. 15, obs. C. Caron – TGI Saint-Etienne, 6 décembre 1999, *CCE*, juillet-août 2000, comm. 76, p. 26, note C. Caron – CA Paris, 13 octobre 1998, *Juris-Data* n° 1998-022697 ; *JCP E* 1999, p. 908.

En ce qui concerne l'utilisation des moyens de contournement, l'article L. 122-6-2 du CPI ne fait que renvoyer aux sanctions prévues en matière de contrefaçon sans plus de précision. Or, il est permis de douter de la pertinence de ce renvoi dans la mesure où l'utilisation de moyens de contournement n'aboutit pas nécessairement à une contrefaçon. C'est bien souvent le cas mais pas toujours. Une interprétation étroite de l'article L. 122-6-2 du CPI voudrait que la sanction soit encourue seulement dans le cas où l'utilisation des moyens de contournement aboutit effectivement à une contrefaçon du programme. L'emploi du terme « *passible* » qui signifie « peut subir » va certainement dans ce sens.

On remarquera cependant que la jurisprudence ne se borne pas à sanctionner l'utilisation des moyens de contournement car elle entretient une conception extensive de la contrefaçon. Il a en effet été jugé que constituaient une contrefaçon au sens de l'article L 335-3 du CPI, non pas l'utilisation de moyens de contournement, mais le développement et la mise à disposition du public d'un programme d'ordinateur désactivant les dispositifs de protection du logiciel⁷⁵⁰. Dans la mesure où elle tend à l'interdiction des activités préalables, cette solution jurisprudentielle est certainement en phase avec l'article 7 de la directive du 14 mai 1991. Toujours est-il que l'article L. 335-3 du CPI ne vise pas expressément le cas de la fourniture de moyens de contournement des mesures techniques et c'est sur la base d'une interprétation large de ce texte que les juges ont condamné les activités litigieuses.

Le régime spécifique aux logiciels n'est pas indifférent au bénéfice des exceptions au droit d'auteur. D'aucuns l'affirment : il « *a été pensé et conçu de manière à ne pas contrarier la mise œuvre* »⁷⁵¹ des exceptions appliquées aux logiciels, si bien que le régime de protection des mesures techniques ne saurait leur faire entrave⁷⁵². D'ailleurs, l'article 7 de la directive du 14 mai 1991 énonce bien que la protection juridique des mesures techniques s'applique « *sans préjudice des articles 4, 5 et 6* » relatifs aux droits exclusifs et aux exceptions. Quant à la directive du 22 mai 2001, elle souligne en son considérant 50 qu'une protection juridique harmonisée « *ne doit ni empêcher, ni gêner la mise au point ou l'utilisation de tout moyen permettant de contourner une mesure technique nécessaire pour permettre d'effectuer les actes réalisés conformément à l'article 5, paragraphe 3, ou à l'article 6 de la directive 91/250/CEE* », respectivement relatifs à l'exception d'analyse et à l'exception de décompilation. Par conséquent, de l'avis de certains auteurs, le commerce de moyens de contournement, bien qu'interdit par l'article 7 paragraphe 1 c) de la directive du 14 mai 1991, serait permis dès lors que la

⁷⁵⁰ CA Paris, 17 juin 2005, *CCE*, janvier 2006, comm. 3, p. 28, note C. Caron.

⁷⁵¹ T. Maillard, *op. cit.*, p. 69, n° 18.

⁷⁵² A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 21, n° 94.

neutralisation poursuivrait un but légitime tel que la mise en œuvre d'une exception au droit d'auteur⁷⁵³.

Néanmoins, l'atteinte à la mesure technique protégeant un logiciel peut être sanctionnée sur le terrain du droit d'auteur dès lors que le dispositif technique constitue lui-même un programme d'ordinateur⁷⁵⁴. Plus précisément, tout acte de reproduction de la mesure technique logicielle notamment entrepris en vue de son contournement doit nécessairement être considéré comme un acte de contrefaçon. Cela oppose un obstacle supplémentaire à l'utilisateur qui, souhaitant légitimement mettre en œuvre une exception au droit d'auteur, devra accomplir des actes de contrefaçon à l'égard de la mesure technique logicielle.

Par ailleurs, la coexistence des deux régimes de protection des mesures techniques pose un problème d'articulation. Il se peut que le genre de l'œuvre à laquelle est associée la mesure technique soit tel que le régime de protection de celle-ci soit difficile à cerner. Il en est ainsi de l'œuvre complexe unissant une œuvre logicielle à d'autres objets protégés et dont l'œuvre multimédia est le paradigme. Dès lors qu'une mesure technique est affectée à une œuvre complexe, les deux régimes de protection existants sont susceptibles de lui être appliqués, ce qui n'est pas sans causer de difficultés⁷⁵⁵. Pour exemple, si l'on s'en tient strictement à la lettre des textes, la mise à disposition du public d'un dispositif de protection destiné à protéger une œuvre multimédia dans sa composante logicielle et dans sa composante autre que logicielle sera susceptible d'être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 335-3-1 du CPI au titre de sa composante autre que logicielle mais pas sur le fondement de l'article L. 122-6-2 au titre du programme d'ordinateur.

En toute hypothèse, dans l'application des régimes, il convient de suivre une méthode distributive comme l'illustre l'affaire « Nintendo ». En l'espèce, des sociétés importaient et commercialisaient sur le territoire français des *linkers*, c'est-à-dire des dispositifs permettant de contourner les mesures techniques protégeant les jeux de la console « Nintendo DS ». Par un arrêt rendu le 26 septembre 2011, la Cour d'appel de Paris jugea les distributeurs de *linkers* coupables « *du délit de commercialisation des moyens de nature à porter atteinte à une mesure technique de*

⁷⁵³ S. Dusollier, Thèse préc., p. 158, n° 200.

⁷⁵⁴ Cons. const., décision du 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, *JO* du 3 août 2006, n° 178, p. 11541 : considérant 41 – A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 12, n° 44.

⁷⁵⁵ Pour une analyse approfondie de l'articulation complexe de ces régimes, T. Maillard, *op. cit.*, p. 66.

protection d'une œuvre »⁷⁵⁶ prévu par l'article L. 335-3-1 II du CPI, lequel est applicable aux œuvres autres que des logiciels. Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation⁷⁵⁷, les juges du second degré ont estimé qu'un « jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature ».

Paragraphe III – La volonté des titulaires de droits

247. Ce sont les titulaires de droits qui déterminent à leur gré quels actes doivent être empêchés par les mesures techniques de protection, de sorte que la protection juridique des systèmes est applicable même lorsque leur fonction va au-delà de la simple traduction du droit exclusif sur le plan matériel. Cela confère un pouvoir aux ayants droit dont la teneur doit être examinée (B). Avant tout, il convient de s'intéresser aux titulaires de la faculté de recourir aux mesures techniques (A).

A. La faculté de recourir aux mesures techniques

248. Au regard de l'article L. 331-5 du CPI, les mesures techniques de protection sont contrôlées par « les titulaires de droits » et sont « destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires de droits ». Or, la formule « titulaires de droits » recouvre aussi bien les titulaires primaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin que leurs ayants-cause. Autrement dit, les cessionnaires de droits, eux aussi, disposent de la faculté de recourir aux mesures techniques. En revanche, l'appellation « titulaires de droits » exclut les fabricants de mesures techniques comme les simples distributeurs des supports de commercialisation des œuvres qui ne sont pas cessionnaires de droits⁷⁵⁸.

Le recours aux mesures techniques n'est pas une obligation pour les titulaires de droits. Ces derniers sont libres de faire appel ou non aux systèmes techniques. Cependant, devant la

⁷⁵⁶ CA Paris, 26 septembre 2011, *RLDI*, février 2012, p. 16, obs. A.-S. Lampe ; *RLDI*, novembre 2011, p. 39, obs. L. Costes : la Cour de Paris a notamment retenu la complicité de contrefaçon par fourniture moyens ; infirmant, TGI Paris, 3 décembre 2009, *RLDI*, février 2010, p. 22, obs. S. Leriche et A.-S. Lampe.

⁷⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2009, n° 07-20.387, *Juris-Data* 2009-048920.

⁷⁵⁸ C. Colin, *Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ?*, Thèse Paris XI, 2008, p. 302, n° 504 – A. LUCAS et *alii*, p. 780, n° 971.

pluralité des protagonistes susceptibles d'en solliciter l'usage, la question est posée de la légitimité du recours aux mesures techniques. En effet, tous les titulaires de droits ne voient pas du même œil le recours aux mesures techniques de protection. D'un côté, nombreux sont les auteurs craignant que le déploiement de dispositifs techniques induise une réduction significative de la rémunération pour copie privée. De l'autre côté, la plupart des exploitants se réjouissent de la maîtrise technique des supports ou vecteurs de communication des œuvres. Des dissensions sont donc susceptibles d'apparaître : les uns souhaitant recourir aux dispositifs techniques, les autres s'y opposant.

Le législateur français a tenté de parer aux difficultés en imposant que l'emploi de mesures techniques repose sur l'accord unanime des titulaires de droits, dispersant ainsi la faculté d'y recourir (1). Par ailleurs, afin de prévenir les litiges, il a souhaité renforcer l'information des auteurs en imposant que des mentions relatives aux mesures techniques soient portées au contrat de cession. Mais derrière ce surcroît de formalisme se cache la concentration de la faculté de recourir aux mesures techniques dans les mains du seul « *producteur* » (2).

1. La faculté dispersée entre les titulaires de droits

249. Dans la formule « *les titulaires de droits* », l'emploi du pluriel n'est pas neutre. Multiples sont les acteurs qui ont la faculté de recourir aux mesures techniques : auteurs, artistes-interprètes, producteurs de phonogrammes, de vidéogrammes, de programmes audiovisuels ou encore de bases de données, de même que leurs ayants-cause. Surtout, l'expression indique que le recours aux mesures techniques de protection doit reposer sur l'accord unanime des titulaires de droits intéressés⁷⁵⁹. Par conséquent, un auteur ne peut décider seul de recourir aux mesures techniques. Il doit obtenir le consentement de tous les autres titulaires de droits impliqués. A défaut, les mesures techniques ne sauraient bénéficier du secours du droit et il serait tout à fait légitime que les titulaires de droits opposés à leur déploiement en réclament la suppression⁷⁶⁰.

Les travaux parlementaires préparant la loi du 1^{er} août 2006 vont dans le sens d'un accord unanime des titulaires de droits. En atteste l'adoption d'un sous-amendement n° 181 apporté à l'amendement n° 17 de la commission des affaires culturelles. Ce sous-amendement fut présenté

⁷⁵⁹ J. Vincent, « La loi du 30 juin 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : une loi éphémère et virtuelle ? », *RLDI*, juillet-août 2006, p. 55.

⁷⁶⁰ En ce sens, A. Latreille et T. Maillard, « Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information », *D.* 2006, p. 2179.

devant le Sénat par MM. Ralite, Renar et Voguet, et Mme David, ainsi que les membres du Groupe Communiste Républicain et Citoyen. Les parlementaires ont proposé que dans la seconde phrase du deuxième alinéa de l'article L. 331-5 du CPI, le mot « *contrôlée* » soit suivi de « *par les titulaires de droits* », l'objectif étant « *de préciser que les mesures techniques de protection ne sont légitimes que lorsqu'elles relaient la volonté de tous les titulaires de droits, ce qui inclut, outre les auteurs et les producteurs, les artistes-interprètes* ».

250. Cependant, il est permis de douter de la pertinence du dispositif ainsi que de sa conformité à l'article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur⁷⁶¹. Certes, le législateur français a souhaité renforcer la légitimité du recours aux mesures techniques en imposant que celui-ci repose sur l'accord unanime des titulaires de droits intéressés. Mais c'est omettre que, en principe, l'auteur est considéré comme « *le personnage central* »⁷⁶² du dispositif. Par conséquent, il ne doit pas être « *mis au même niveau que les titulaires de droits économiques* »⁷⁶³. Est-il nécessaire de rappeler que l'article L. 211-1 du CPI – ouvrant le livre deuxième consacré aux droits des auxiliaires de la création – pose le principe que « *les droits voisins ne portent pas atteinte aux droits des auteurs* » ? A trop suivre l'approche de la directive du 22 mai 2001 qui a une forte tendance « *à gommer la hiérarchie entre propriété des créateurs et monopoles économiques des investisseurs* »⁷⁶⁴, le législateur français a oublié que l'auteur et les auxiliaires de la création ne doivent pas être mis sur un pied d'égalité.

Evidemment, on ne perdra pas de vue que sont soumis à l'autorisation des artistes-interprètes, les actes d'exploitation accomplis à l'égard de leurs interprétations : première fixation, reproduction de la première fixation, communication au public⁷⁶⁵. De même, les producteurs de phonogrammes ou vidéogrammes ont le pouvoir d'interdire la reproduction, la communication au public ou la mise à disposition du public de leurs fixations⁷⁶⁶. Quant aux entreprises de communication audiovisuelles, elles peuvent empêcher la reproduction, la communication au public ou la mise à disposition du public de leurs programmes ainsi que leur télédiffusion⁷⁶⁷. On comprend donc que les titulaires de droits voisins soient directement concernés par l'apposition

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 657, n° 981.

⁷⁶³ C. Colin, Thèse préc., p. 303, n° 505.

⁷⁶⁴ P. Gaudrat, « Sombre actualité...Projet de loi sur le droit d'auteur, les droits voisins et la société de l'information et la copie privée empêchée (Cour de cassation, 1^{re} civ., 26 février 2006) », *RTD com.* 2006, p. 390.

⁷⁶⁵ Art. L. 212-3 du CPI.

⁷⁶⁶ Art. L. 213-1 du CPI pour les producteurs de phonogrammes et art. L. 215-1 pour les producteurs de vidéogrammes.

⁷⁶⁷ Art. 216-1 du CPI.

de systèmes techniques sur le support de l'œuvre à laquelle ils ont contribué. Dans la majorité des cas, les producteurs en sont même les instigateurs.

Néanmoins, il n'est pas sûr que requérir le consentement unanime des titulaires de droits intéressés soit une solution simple à appliquer. Il n'aurait pas été choquant que le recours aux mesures techniques dépende de la seule volonté de l'auteur. Cette solution aurait eu le mérite de faire dans la simplicité. D'autant qu'il n'est pas non plus certain que la directive prescrive un accord unanime des titulaires de droits. En effet, si l'article 6 paragraphe 4 évoque des « *mesures techniques appliquées volontairement par les titulaires de droits* », l'article 6 paragraphe 3 vise les mesures techniques destinées à empêcher ou restreindre « *les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin* ». Le singulier employé ici donne à penser qu'une seule personne peut décider de l'action des mesures techniques. On aurait souhaité que le législateur européen fasse l'économie des variations de formules car les approximations créent le flou juridique. Mais surtout, l'article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur énonce que les « *parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans l'exercice de leurs droits* ». Cela laisse entendre que le recours aux mesures techniques peut reposer sur la volonté unilatérale de l'auteur. Certains objecteront que, selon l'article 18 du Traité de l'OMPI sur les droits voisins, les mesures techniques peuvent être mises en œuvre par les titulaires de droits voisins. Cependant, dans la mesure où, en droit français, l'auteur doit être considéré comme le personnage central du dispositif, la faculté reconnue aux auxiliaires de la création ne saurait supplanter celle reconnue au créateur⁷⁶⁸. Aussi aurait-il été légitime que l'auteur puisse décider seul de l'opportunité de recourir aux mesures techniques⁷⁶⁹.

⁷⁶⁸ P. Gaudrat, *op. cit.*, p. 390 : « Sans doute l'article 18 du Traité OMPI de 1996 sur les droits voisins n'exclut-il pas les mesures techniques introduites *proprio motu* par les titulaires de droits voisins économiques, mais il faut être cohérent ; cette possibilité ne peut être exploitée que par les pays de copyright. Sans quoi le pouvoir octroyé aux intermédiaires neutralise celui reconnu aux créateurs » – Aussi, C. Colin, Thèse préc., p. 303, n° 506 – Également, G. Vercken, « La consécration des mesures techniques de protection, un combat d'arrière-garde », in *Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ?*, Colloque organisé par l'IRPI et l'AFPID à la Chambre de commerce de Paris le 9 mars 2007, *PI*, octobre 2007, p. 417 : « le droit voisin ne doit pas bloquer le droit d'auteur ».

⁷⁶⁹ C. Colin, Thèse préc., p. 304, n° 507.

En tout état de cause, dans la majorité des cas, la règle de l'unanimité n'aura pas à être appliquée. La cause en est que, conformément à l'article L. 131-9 du CPI, le contrat de cession de droits confère au seul exploitant-cessionnaire la faculté de recourir aux mesures techniques⁷⁷⁰.

2. La faculté concentrée dans les mains du « producteur »

251. C'est naturellement au travers du contrat que la question du recours aux mesures techniques a vocation à être réglée entre les titulaires de droits. A cet égard, la directive du 22 mai 2001, en son article 9, postule qu'elle n'affecte pas le droit des contrats. Le CPI, quant à lui, apporte des précisions dans certaines de ses dispositions relatives aux contrats d'exploitation. Ainsi, en vertu de l'article L. 131-9 du CPI, tout contrat conclu à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2006 « *mentionne la faculté pour le producteur de recourir aux mesures techniques prévues à l'article L. 331-5 ainsi qu'aux informations sous forme électronique prévues à l'article L. 331-11 en précisant les objectifs poursuivis pour chaque mode d'exploitation, de même que les conditions dans lesquelles l'auteur peut avoir accès aux caractéristiques essentielles desdites mesures techniques ou informations sous forme électronique auxquelles le producteur a effectivement recours pour assurer l'exploitation de l'œuvre* »⁷⁷¹.

Le législateur français a ainsi souhaité que lors de la conclusion des contrats d'exploitation, l'auteur soit « informé » grâce à l'observation de mentions obligatoires⁷⁷² de la faculté qu'a le dénommé « producteur » de recourir aux mesures techniques (b). Cela induit que cette faculté est automatiquement conférée à ce dernier, lui offrant une place de choix parmi les titulaires de droits (c). Puisque l'article L. 131-9 du CPI est rédigé en des termes relativement ambigus, son champ d'application doit avant tout être précisé (a).

⁷⁷⁰ C. Colin, Thèse préc., p. 312, n° 523, soulignant que « le concours de volontés des titulaires de droit, posé par l'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle, au cas où ils décideraient d'avoir recours aux mesures techniques, se transforme en une contrainte collective dont le grand bénéficiaire est l'exploitant ».

⁷⁷¹ Cette solution vaut pour les contrats valant autorisation d'exploitation consentie par les artistes-interprètes à l'endroit des « producteurs » (article L. 212-11 du CPI).

⁷⁷² Rapport THIOILLIÈRE, p. 142, selon lequel il s'agit bien « d'imposer aux producteurs » de telles mentions.

a. Champ d'application de l'article L. 131-9 du CPI

252. Tout d'abord, l'article L. 131-9 du CPI s'applique à tout contrat d'exploitation conclu entre un auteur et un « producteur ». Dans le CPI, le terme « producteur » désigne les producteurs de phonogrammes⁷⁷³, de vidéogrammes⁷⁷⁴, d'œuvres audiovisuelles⁷⁷⁵ ou de bases de données⁷⁷⁶. Pourtant, la faculté de recourir aux mesures techniques ne devrait pas être circonscrite aux seules personnes désignées « producteur » dans le corpus législatif. Comme en témoignent les travaux préparatoires de la loi du 1^{er} août 2006, la notion doit être entendue dans un sens large car il peut s'agir en vérité de tout exploitant qui, en tant que cessionnaire de droits, décide de faire appel aux mesures techniques⁷⁷⁷.

253. Ensuite, chacun sait que le contrat de cession est déjà subordonné à l'observation de mentions obligatoires relatives au domaine de la transmission des droits en vertu de l'article L. 131-3 du CPI. Puisque la raison d'être de cette règle est de protéger exclusivement les intérêts de l'auteur, elle est applicable aux contrats auxquels celui-ci est partie et non aux contrats conclus par ses cessionnaires avec des sous-exploitants⁷⁷⁸. En refusant de loger à la même enseigne l'auteur et son cessionnaire⁷⁷⁹, la solution reste conforme à la *ratio legis*⁷⁸⁰. Cependant, d'un certain point de vue, elle est contestable car le cessionnaire primaire « *n'agit pas uniquement dans son intérêt mais également dans celui des créateurs-cédants* »⁷⁸¹. En tout état de cause, dans la mesure où le même esprit anime l'article L. 131-9 du CPI, la cohérence commande que le formalisme qu'impose ce dernier ne régisse pas non plus les contrats conclus entre cessionnaires et sous-cessionnaires.

⁷⁷³ Article L. 213-1 et s. du CPI.

⁷⁷⁴ Article L. 215-1 et s. du CPI.

⁷⁷⁵ Article L. 132-23 et s. du CPI.

⁷⁷⁶ Article L. 341-1 et s. du CPI.

⁷⁷⁷ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 657, n° 981 – A. LUCAS et *alii*, p. 780, n° 971 – Aussi, A. Latreille et T. Maillard, « Mesures techniques de protection et d'information », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1660, mis à jour au 19 avril 2011, p. 18, n° 75, selon lesquels il s'agit de « tout exploitant en relation directe avec les ayants droit qui entendent recourir à une mesure technique ».

⁷⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1993, affaire dite « Perrier », in M. Vivant (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, n°14, p. 181, comm. A. Maffré-Baugé ; *D.* 1994, jurispr. p. 166, note P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 1994, p. 272, obs. A. Françon – Plus récemment, Cass. com., 5 novembre 2002, *CCE*, janvier 2003, comm. 1, p. 23, note C. Caron – La doctrine admettait pourtant que les dispositions de l'article L. 131-3 soient invoquées pour les cessions consenties par les cessionnaires : notamment, DESBOIS, p. 637, n° 527.

⁷⁷⁹ En sa qualité de professionnel ne nécessitant pas de protection particulière.

⁷⁸⁰ C'est d'ailleurs une parfaite illustration de l'adage « *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio* ».

⁷⁸¹ B. Montels, « La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles », *CCE*, juin 2001, p. 23, n° 22 – Contestant également cette solution, A. Françon, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1993, *RTD com.* 1994, p. 272.

254. En outre, l'article L. 131-9 du CPI s'applique aussi bien aux mesures techniques de protection qu'aux mesures techniques d'information. Il est vrai que la présence de mesures techniques d'information n'est pas gênante pour les titulaires de droits. Elle ne peut leur être que bénéfique, de sorte que l'on ne voit pas bien la nécessité de mentions obligatoires relatives à ce type de systèmes dans les contrats d'exploitation⁷⁸². Cependant, le législateur national a envisagé les mesures techniques dans leur ensemble, conscient que les dispositifs de protection sont dans la majorité des cas associés à des systèmes d'information sur le régime des droits. Afin que l'information des titulaires de droits ne souffre d'éventuelles carences, le législateur a refusé d'opérer une discrimination entre ces deux types de mesures.

255. Enfin, ne sont soumis aux exigences de l'article L. 131-9 du CPI que les contrats conclus à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2006⁷⁸³. Les mentions obligatoires énoncées à l'article L. 131-9 du CPI sont donc facultatives pour les contrats conclus antérieurement à cette date.

b. Contenu des mentions obligatoires

256. **Mention de la faculté de recourir aux mesures techniques** – Le contrat doit mentionner « *la faculté pour le producteur de recourir aux mesures techniques* ». A l'origine, il était prévu que soit expressément mentionné le recours aux mesures techniques lui-même. Ainsi, suivant l'amendement n° 26 apporté au projet de loi et présenté devant l'Assemblée nationale⁷⁸⁴, l'article L. 131-9 du CPI devait être rédigé en ces termes : « *le contrat mentionne le recours à toute mesure technique prévue à l'article L. 331-5 ou à toute information sous forme électronique prévue à l'article L. 331-10 et les caractéristiques essentielles de ces mesure ou information* ».

Partant, dès la conclusion du contrat d'exploitation, les « producteurs » auraient été contraints de préciser les informations sur les mesures techniques, notamment celles relatives à leurs caractéristiques essentielles. Or, au moment de la conclusion du contrat, les exploitants ne savent pas forcément s'il sera fait appel à des défenses techniques. Les mesures techniques peuvent en effet être déployées par des opérateurs subséquents tels que les distributeurs. Sur proposition de M. Vanneste, rapporteur au nom de la commission des lois devant l'Assemblée

⁷⁸² A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 19, n° 77.

⁷⁸³ Soit le 4 août 2006.

⁷⁸⁴ V. amendement n° 27 pour les contrats valant autorisation d'exploitation entre les artistes-interprètes et les exploitants.

nationale, un amendement n° 246 rectifié, destiné à se substituer à l'amendement n° 26⁷⁸⁵, est intervenu pour imposer une obligation de mentionner non pas le « *recours* » mais la « *faculté* » de recourir aux mesures techniques. Cette solution apporte de la souplesse car elle permet de recentrer le dispositif sur une obligation d'information *a posteriori* en ce qui concerne les caractéristiques essentielles des mesures techniques ainsi que les objectifs poursuivis pour chaque mode d'exploitation.

257. Mention des objectifs poursuivis pour chaque mode d'exploitation – Le contrat d'exploitation doit permettre d'informer l'auteur des objectifs poursuivis pour chaque mode d'exploitation. Dans la mesure où les informations qui y sont relatives ne sont pas forcément connues au moment de la conclusion du contrat, la mention peut être observée ultérieurement.

La mention relative aux objectifs poursuivis n'est pas susceptible de prendre la forme d'une clause générale stipulant la faculté de recourir à une mesure technique pour tous modes d'exploitation⁷⁸⁶. Suivant l'article L. 131-9 du CPI, les « *objectifs poursuivis* » doivent être précisés pour « *chaque mode d'exploitation* ». L'expression « *mode d'exploitation* » doit être entendue ici différemment par rapport à son acception habituelle : elle doit « *être comprise dans le sens de mode d'utilisation des œuvres* »⁷⁸⁷. En effet, s'il s'agissait d'indiquer les objectifs poursuivis selon « *chaque mode d'exploitation* » proprement dit, cela signifierait que les mesures techniques ne seraient pas employées afin de contrôler tout acte indépendamment du contenu du monopole mais afin de maîtriser tout acte d'exploitation dans les limites des droits exclusifs⁷⁸⁸. Or, au regard de l'article L. 331-5 du CPI, sont laissées à la discrétion des titulaires de droits toutes « *utilisations non autorisées* » qu'ils souhaitent contrôler au moyen de mesures techniques. Peu importe que les actes soumis au contrôle des mesures techniques relèvent du monopole juridique ou non. En d'autres termes, au-delà des actes d'exploitation ressortissant au monopole, le titulaire de droits peut restreindre n'importe quel acte d'utilisation des œuvres. Il faudra néanmoins que le contrat mentionne les objectifs poursuivis pour chaque « *mode d'utilisation* » soumis au contrôle des mesures techniques. Quant à la formule « *les objectifs poursuivis* », par la généralité de ses termes, elle ne permet pas d'envisager avec précision la portée de la mention. Selon un auteur, elle

⁷⁸⁵ Ainsi qu'à l'amendement n° 27 relatif aux contrats valant autorisation d'exploitation entre les artistes-interprètes et les exploitants.

⁷⁸⁶ A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 19, n° 78.

⁷⁸⁷ C. Colin, *op. cit.*, p. 313, n° 524.

⁷⁸⁸ *Ibid.*

supposerait que l'exploitant indique les raisons, notamment économiques, pour lesquelles il fait appel aux mesures techniques ainsi que leur impact prévisible⁷⁸⁹.

258. Mentions des conditions d'accès aux caractéristiques essentielles des mesures techniques – L'auteur doit pouvoir avoir connaissance des caractéristiques essentielles des mesures techniques adjointes à son œuvre. A cet effet, dans le même temps qu'il prévoyait que le contrat mentionne « *le recours aux mesures techniques* », l'amendement n° 26 apporté au projet de loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information préconisait qu'il mentionne également leurs « *caractéristiques essentielles* ». Mais dans la mesure où ces éléments sont susceptibles de changer au gré de l'évolution technologique et où les informations qui y sont relatives ne sont pas forcément connues au moment de la conclusion du contrat, l'amendement n° 246 rectifié est intervenu pour imposer que le contrat ne mentionne que « *les conditions dans lesquelles l'auteur peut avoir accès aux caractéristiques essentielles desdites mesures techniques* »⁷⁹⁰.

c. Conséquences des mentions obligatoires

1) Conséquences sur le plan pratique

259. La doctrine s'interroge car l'article L. 131-9 du CPI n'énonce pas clairement s'il s'agit pour l'exploitant d'obtenir l'autorisation de l'auteur de recourir aux mesures techniques ou uniquement d'informer celui-ci des mesures techniques envisagées⁷⁹¹. De façon limpide, l'exposé sommaire de l'amendement n° 26 au projet de loi fait apparaître que le recours aux mesures techniques est subordonné à l'accord de l'auteur⁷⁹². Mais les travaux préparatoires subséquents se montrent beaucoup moins clairs. Ils semblent même indiquer qu'il ne s'agit plus que d'une mesure de transparence destinée à informer les auteurs et non à obtenir l'autorisation de recourir aux mesures techniques⁷⁹³. Cela signifie que la faculté de recourir aux mesures techniques est automatiquement reconnue au cessionnaire de droits à la conclusion du contrat de cession⁷⁹⁴.

⁷⁸⁹ C. Colin, *op. cit.*, p. 313.

⁷⁹⁰ Sur ce point, Rapport THIOLLIÈRE, p. 142 et s.

⁷⁹¹ A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 19, n° 81.

⁷⁹² En effet, selon l'exposé sommaire, les mesures techniques ne peuvent pas être mises en œuvre « à l'insu ou contre la volonté des auteurs en tant que titulaires primaires des droits ».

⁷⁹³ V. les interventions de M. Vanneste et de M. Bloche, *JOAN CR* du 22 décembre 2005, 2^e séance, p. 8699 – Aussi, l'exposé des motifs de l'amendement n° 246 rectifié présenté devant l'Assemblée Nationale, le 20 décembre 2005 par M. Vanneste, rapporteur au nom de la commission des lois – Comp. Rapport VANNESTE, p. 82 ; et Rapport THIOLLIÈRE, p. 142.

⁷⁹⁴ *Contra* H. Bitan, « Mesures techniques de protection, consommateur et Haute Autorité », *RLDI*, octobre 2007, p. 77 : « L'utilisation d'un système de protection sur une œuvre de l'esprit doit nécessairement être

Celui que l'article L. 131-9 dénomme « producteur » n'a donc pas besoin de solliciter l'autorisation des titulaires de droits primaires s'il souhaite déployer des mesures techniques sur le support de l'œuvre⁷⁹⁵. Le seul moyen pour l'auteur qu'une telle faculté ne soit pas attribuée à l'exploitant serait de ne pas conclure de cession. Seulement, la position de dépendance qu'occupe l'auteur face à l'exploitant ne lui permet guère d'envisager une telle issue⁷⁹⁶, pas plus qu'elle ne lui permet d'exercer une réelle influence sur la teneur des mesures techniques envisagées.

260. C'est donc en vue d'aviser le créateur de la portée de son acte que le formalisme du contrat est renforcé par l'instauration de mentions obligatoires relatives aux mesures techniques. Certes, ces mentions contraignent le cessionnaire mais celui-ci hérite d'une position confortable en ce qu'il n'a pas à négocier la faculté de recourir aux mesures techniques. L'auteur, lui, ne peut que se résigner et admettre que son ayant-cause puisse recourir aux mesures techniques sans avoir à obtenir son accord. Peut-on vraiment s'offusquer de ce que la faculté de recourir aux mesures techniques soit automatiquement attribuée à l'exploitant au moment de la cession des droits d'exploitation ? Que dirait-on si l'exploitant avait à requérir l'autorisation expresse de l'auteur à ce sujet ? A n'en pas douter, la faculté de recourir aux mesures techniques passerait pour un nouveau droit exclusif dont l'existence et la légitimité seraient certainement décriées. Or, il est clair que le législateur national – de crainte des remontrances – n'a pas souhaité consacrer formellement un tel droit. En atteste le fait que les mentions de l'article L. 131-9 du CPI ne soient pas les mêmes que celles qu'impose l'article L. 131-3 du CPI⁷⁹⁷.

261. En vérité, l'astuce consiste à reconnaître automatiquement au cessionnaire la faculté de recourir aux mesures techniques comme s'il s'agissait d'un accessoire des droits cédés⁷⁹⁸. Lequel précisément ? La loi reste muette à ce sujet et cela ajoute à l'ambiguïté. En tous les cas, le mécanisme semble appliquer le principe de conservation dans la transmission des droits : « *le*

autorisée par l'auteur de ladite création. Cet impératif découle de l'article L. 131-9 du code de la propriété intellectuelle ».

⁷⁹⁵ P. Gaudrat, « Propriété littéraire et artistique (2^o droits des exploitants) », *Rép. Civ. Dalloz*, 2007, p. 52, n^o 376.

⁷⁹⁶ C. Colin, Thèse préc., p. 312, note 1373.

⁷⁹⁷ Même si la formule de l'article L. 131-3 du CPI (« *chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité* ») fait sensiblement écho à celle de l'article L. 131-9 « *le contrat mentionne [...] les objectifs poursuivis pour chaque mode d'exploitation* » - Sur cette question, C. Colin, Thèse préc., p. 313, n^o 524.

⁷⁹⁸ Rapp. A. Latreille, « L'étendue de l'interdiction de contournement des dispositifs techniques de protection des droits – Exceptions – Rapport français », in *Systèmes complémentaires et concurrents au droit d'auteur*, Journées d'études de l'ALAI, New-York, 2001, p. 6. L'auteur a envisagé que l'acte de contournement des mesures techniques soit considéré comme un acte de contrefaçon. Le document est disponible à l'adresse internet suivante: http://www.alai-usa.org/2001_conference/Reports/France_id2_fr.pdf (page consultée le 13 octobre 2012).

successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose, corporelle ou incorporelle, à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose, comme qualités actives, ou qui en sont devenus des accessoires»⁷⁹⁹. A considérer qu'il est dans le pouvoir patrimonial de l'auteur de faire appel aux mesures techniques, il semble logique que la cession de son monopole entraîne la transmission des facultés qui se situent dans son sillage dont celle de faire appel aux mesures techniques. Il ne faudrait donc pas y voir l'attribution d'un nouveau droit exclusif. La faculté de recourir aux mesures techniques serait nouvelle en ce qu'il aura fallu attendre l'avènement de la technologie numérique pour qu'elle s'épanouisse totalement⁸⁰⁰. Mais elle ne constituerait pas pour autant un nouveau droit patrimonial⁸⁰¹. Le recours aux mesures techniques pourrait donc être considéré comme une forme particulière de mise en œuvre des prérogatives préexistantes.

262. Mais s'agit-il vraiment de cela ?⁸⁰² Les mesures techniques sont-elles véritablement de l'essence des droits patrimoniaux ? La question est ouverte et il conviendra d'y répondre⁸⁰³. Seulement, on peine déjà à le croire tant le pouvoir que procure les mesures techniques paraît illimité⁸⁰⁴. Manifestement, on a plus l'impression d'un tour de passe-passe qui serait passé inaperçu si les contours de la maîtrise technique épousaient parfaitement ceux de la maîtrise juridique légalement définie. Mais il n'en est rien. Les mesures techniques sont susceptibles d'exercer leur emprise matérielle sur des utilisations qui ne relèvent d'aucun monopole juridique. Il est difficile de ne pas voir l'émergence d'une nouvelle prérogative lorsque les systèmes de protection permettent un contrôle exacerbé des actes se situant dans des espaces de libre usage.

263. Par ailleurs, des zones d'ombre subsistent car rien n'est précisé quant à la sanction de l'inobservation des mentions obligatoires relatives aux mesures techniques. Chacun sait que le

⁷⁹⁹ C. Aubry et C.-F. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 2, Marchal et Billard éd., 6^e éd., § 176.

⁸⁰⁰ L'environnement analogique connaissait déjà les mesures techniques mais leur emprise n'était alors pas aussi développée – Voir les propos visionnaires de L. Malaplate, *Le droit d'auteur – Sa protection dans les rapports franco-étrangers*, Sirey, 1931, pp. 65-66 : « Il est possible que le droit d'auteur contienne, en puissance, d'autres éléments, qui un jour ou l'autre trouveront leur application sous formes de prérogatives nouvelles venant s'ajouter à celles déjà existantes. Il suffira pour les révéler de l'apparition de tel ou tel fait économique ou social ».

⁸⁰¹ Constatant pourtant l'émergence d'un nouveau droit, le « droit accès » : J. Ginsburg, « Chronique des États-Unis », *RIDA*, janvier 1999, n° 179, p. 169.

⁸⁰² M. Vivant (dir.), *Lamy Droit du numérique*, Wolters Kluwer France, 2012, p. 1587, n° 2511, relevant que, puisque l'auteur n'a qu'à être informé, le recours aux mesures techniques ne semble pas être une prérogative de l'auteur.

⁸⁰³ *Infra* n° 361.

⁸⁰⁴ P. Gaudrat, *op. cit.*, n° 409 – Rapp. C. Colin, Thèse préc., p. 309, n° 519, remarquant que le titulaire de droit, sous réserve du régime de sauvegarde des exceptions, « dispose de toute latitude quant à l'ampleur de la réservation qu'il souhaite », de sorte qu'il est préférable de parler de liberté au sens juridique du terme plutôt que de faculté, notion juridique qui « renverrait à un choix restreint entre des options limitées ».

défaut des mentions relatives à la délimitation de la cession des droits est sanctionné par la nullité⁸⁰⁵. La solution se déduit aisément de la lettre de l'article L. 131-3 du CPI énonçant que « *la transmission des droits est subordonnée* » à l'observation de certaines mentions. Le contrat de cession s'éloigne du consensualisme pour obéir à un régime spécial empreint de formalisme⁸⁰⁶. Les conditions de forme du contrat d'exploitation ont pour objectif de protéger l'auteur – réputé partie faible face à l'exploitant – en l'informant précisément de l'ampleur de son engagement lors de la conclusion du contrat. Cette information prend les traits de mentions obligatoires dont le défaut est sanctionné – puisqu'il s'agit de protéger l'auteur – par la nullité relative⁸⁰⁷. Et c'est aussi en raison de cet objectif de protection de l'auteur que le formalisme du contrat de cession relève de l'ordre public⁸⁰⁸. En outre, dans la mesure où ces mentions sont substantielles, la nullité sanctionnant leur absence ou leur insuffisance doit emporter le contrat tout entier. Un contrat qui se contenterait de stipuler la cession globale des droits sans les précisions requises serait tout simplement privé d'efficacité⁸⁰⁹.

Qu'en est-il alors des mentions obligatoires relatives aux mesures techniques devant figurer dans le contrat de cession ? L'embarras causé par la question a maintenu le législateur dans le silence. L'assimilation de ces mentions à celles de l'article L. 131-3 du CPI devrait conduire à un raisonnement par analogie. En conséquence, l'inobservation des mentions relatives aux systèmes techniques devrait entraîner la nullité du contrat de cession dans sa globalité.

⁸⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 20 novembre 1979, *Bull. civ.*, I, n° 289.

⁸⁰⁶ L'article L. 131-2 alinéa 1 du CPI prévoit que seuls « les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle [...] doivent être constatés par écrit. L'alinéa 2 ajoute que « dans les autres cas, les dispositions des articles 1341 à 1348 du code civil sont applicables ». Le formalisme requis pour ces contrats est *ad probationem* et non *ad validatem*. En effet, l'article L. 131-2 précise bien que ces contrats doivent être « constatés » par écrit. Puisque la règle est formulée afin de protéger l'auteur, on considère que, partie à de tels contrats, seul ce dernier peut rapporter la preuve de la cession par tous moyens à l'encontre du commerçant. Cependant, on remarquera que l'article L. 131-3 du CPI impose des mentions obligatoires en cas de transmission des droits. Cette disposition a une portée générale et s'applique également aux contrats autres que ceux de représentation, d'édition et de reproduction audiovisuelle. Par conséquent, bien que l'article L. 131-2 du CPI réserve l'exigence de l'écrit à ces types de contrats, en toute hypothèse, la rédaction d'un écrit sera nécessaire afin que soient observées les mentions obligatoires qu'impose l'article L. 131-3 du CPI et dont le défaut serait sanctionné par la nullité relative.

⁸⁰⁷ D'ailleurs, la jurisprudence abonde dans ce sens. Jugeant que les tiers à l'acte de cession, ne peuvent se prévaloir de ce que les mentions obligatoires n'auraient pas été respectées : CA Paris, 31 mars 1999, *Juris-Data* n° 1999-023484 – CA Paris, 19 novembre 1999, *PIBD* 2000, 694, III, 144 – CA Paris, 29 avril 1998, *JCP G* 1999, IV, 1096 – Cass. crim., 27 octobre 1987, *D.* 1988, somm. p. 395, obs. J.-J. Burst – Retenant la prescription quinquennale de l'action en nullité : CA Paris, 20 janvier 1999, *RIDA*, avril 1999, n° 180, p. 374 – Estimant que la ratification de l'acte irrégulier est envisageable : Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2001, *JCP G* 2002, IV, 1048 ; *CCE*, mars 2002, comm. 41, p. 27, note C. Le Stanc ; *PI*, avril 2002, p. 60, obs. A. Lucas.

⁸⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 2001, *Bull. civ.* I, n° 13 ; *JCP G* 2001, IV, 1485 ; *RIDA*, juillet 2001, n° 189, p. 327, obs. A. Kéréver ; *CCE*, 2001, comm. n° 34, p. 13, note C. Caron – CA Paris, 24 mai 2000, *Legipresse* 2000, I, p. 88 – Aussi, C. Caron, note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, *CCE*, juillet-août 2002, comm. 94, p. 16, affirmant que l'article L. 131-3 du CPI « est incontestablement le siège d'un ordre public contractuel ».

⁸⁰⁹ En ce sens, A. LUCAS *et alii*, p. 571, n° 645 : il « s'ensuivrait la nullité pour absence d'objet » – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 490, n° 702 – DESBOIS, p. 637, n° 526.

Cependant, ces mentions ne sont pas des stipulations substantielles du contrat de cession, pas plus qu'elles ne consistent en une autorisation de recourir aux mesures techniques. Dès lors la nullité de la cession en raison du défaut de ces mentions paraîtrait disproportionnée⁸¹⁰, surtout dans l'hypothèse où les mentions substantielles de l'article L. 131-3 du CPI étaient observées.

Tout laisse à penser que les mentions relatives aux mesures techniques ne relèvent pas d'un formalisme substantiel mais d'un formalisme atténué⁸¹¹. En clair, l'article L. 131-9 semble imposer un formalisme *ad probationem* et non *ad solemnitatem*, présentant l'avantage de faire échapper la cession des droits à la nullité en cas de défaut des seules mentions relatives aux mesures techniques. La cession des droits resterait valable mais le recours aux mesures techniques par l'exploitant serait inopposable à l'auteur⁸¹², de sorte que ce dernier pourrait en demander la suppression. En tout état de cause, l'auteur serait admis à réclamer la réparation du préjudice subi du fait de l'apposition des systèmes techniques⁸¹³. La question est complexe et l'on aurait souhaité que le législateur laisse davantage d'indices plutôt que de laisser planer l'incertitude.

2) Conséquences sur le plan philosophique

264. Si la possibilité pour l'exploitant de faire appel aux mesures techniques n'est guère choquante, il n'en est pas de même de la différence de traitement que la loi établit entre lui et l'auteur. Certes, lorsque le « producteur » fait appel aux mesures techniques, on peut considérer qu'il agit aussi bien dans son propre intérêt que dans celui du créateur. Mais alors que l'auteur ne peut décider seul du recours aux mesures techniques, l'exploitant n'a point besoin de solliciter l'accord des autres titulaires de droits. Cette solution est surprenante en ce qu'elle place l'exploitant au centre du mécanisme, reléguant l'auteur à un rôle passif. C'est peut-être là un signe que les mesures techniques n'ont pas grand-chose à voir avec le droit d'auteur. En tous les cas, cette situation rend compte des mouvements insidieux qui perturbent la philosophie de la matière.

⁸¹⁰ G. Vercken, « Quel est le nouveau rôle des mesures techniques ?, in *Rencontres Lamy du droit de l'immatériel – Loi "DADVSI" du 1^{er} août 2006, RLDI*, octobre 2006, supplément au n° 20, p. 17.

⁸¹¹ Distinguant formalisme atténué et formalisme substantiel : F. Terré, P. Simler, et Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, p. 167, n°151.

⁸¹² En ce sens, M. Markellou, *Le contrat d'exploitation d'auteur*, Thèse Montpellier I, Larcier, 2012, p. 150, n° 239.

⁸¹³ A. Latreille et T. Maillard, « Mesures techniques de protection et d'information », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1660, mis à jour au 19 avril 2007, p. 19, n° 81 ; A. Latreille et T. Maillard, « Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information », *D.* 2006, p. 2177.

265. L'idée que l'auteur soit au centre du dispositif est aux fondements du modèle français du droit d'auteur. Mais le droit d'auteur « à la française » se distingue aussi par sa fonction sociale, laquelle en constitue également l'un des axiomes fondamentaux. Au premier chef, le droit d'auteur prend en considération les intérêts de l'auteur, mais il sait aussi mettre en avant les intérêts d'autres protagonistes. Il en est ainsi lorsque la loi reconnaît au public des espaces de libre usage des œuvres au travers du domaine public ou des exceptions au droit d'auteur. *Idem* lorsque le législateur concède aux auxiliaires de la création de véritables monopoles sur des objets de droits voisins du droit d'auteur.

En revanche, le droit d'auteur ne saurait être le lieu de revendications injustifiées, contraires à sa philosophie et risquant de défigurer irrémédiablement son parangon originel. Injustifiées, les revendications le sont lorsque, par exemple, le public réclame la gratuité des œuvres sur les réseaux⁸¹⁴. Contraires à la philosophie du droit d'auteur, les revendications le sont lorsqu'elles tendent à une hégémonie des exploitants qui n'a d'égal que les privilèges accordés aux libraires et aux compagnies théâtrales sous l'Ancien Régime⁸¹⁵.

Déjà, en 1985, les producteurs – insatisfaits de leur qualité d'ayants-cause car trop dépendants des auteurs à leur goût – sont parvenus à convaincre le législateur de leur accorder une maîtrise juridique sur l'exploitation de l'objet de leurs investissements. La construction fut hasardeuse puisqu'il fallut « *identifier un objet distinct de la forme créative, quoique indissociable de celle-ci, du moins dans l'exploitation. La distinctivité de l'objet permet de conserver la fiction de prérogatives indépendantes et cette fiction permet de se prémunir contre tout soupçon de spoliation ; mais l'indissociabilité de fait des objets – comparable à celle de la forme et du support au sein de l'original – conduit à partager le pouvoir sur la communication et à fabriquer un conflit entièrement artificiel* »⁸¹⁶. Finalement, les producteurs ont pu asseoir la légitimité du partage des revenus de l'exploitation sur l'existence désormais reconnue de droits voisins économiques portant sur les fixations. Mais très vite, cela leur sembla insuffisant. La maîtrise de l'exploitation, non plus de l'objet de leurs investissements, mais des œuvres elles-mêmes, devint une nouvelle convoitise. Dans l'environnement numérique, la solution fut toute trouvée en l'emploi de mesures techniques leur conférant une maîtrise de l'exploitation par l'intermédiaire du contrôle matériel des supports des œuvres. Aujourd'hui, « *droits voisins économiques et mesures techniques protégées ne sont que des modèles juridiques différents [...] pour progresser dans*

⁸¹⁴ Sur ce point, J. Passa, « Droit d'auteur et Internet », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1970, 2001, p. 3, n° 3.

⁸¹⁵ C. Colin, Thèse préc., p. 318, n° 534.

⁸¹⁶ P. Gaudrat, *op. cit.*, p. 38, n° 273.

cette stratégie de contournement de la propriété intellectuelle des créateurs »⁸¹⁷. Sans compter que, en réalité, le recours aux mesures techniques semble participer bien plus de la protection des intérêts des exploitants⁸¹⁸ que de la satisfaction pleine et entière des intérêts des auteurs. Plaçant le « producteur » aux commandes, le mécanisme de l'article L. 131-9 du CPI témoigne du dévoiement latent du droit d'auteur. Il serait bon de revenir à plus d'orthodoxie en renouant avec les paradigmes qui font la force des prérogatives des auteurs et non seulement celle des exploitants ou des artisans des systèmes techniques⁸¹⁹.

B. La teneur de la faculté de recourir aux mesures techniques

266. Le recours aux mesures techniques de protection tel qu'il est défini par le CPI constitue un nouveau pouvoir d'exclure en marge du monopole d'exploitation (1). D'ailleurs, la doctrine lui reconnaît même la nature d'un « quasi-droit » (2).

1. L'émergence d'un nouveau pouvoir d'exclure

267. Seules les mesures techniques appliquées à des objets de droits d'auteur ou de droits voisins sont éligibles à la protection juridique. C'est dire que la présence de tels droits conditionne la défense juridique des mesures techniques. Cependant, le contenu de ces droits n'a aucune incidence sur la détermination des actes que la mesure technique de protection est destinée à contrôler. En effet, en vertu de l'article L. 331-5 du CPI, une mesure technique est destinée à empêcher ou à limiter « *les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit*

⁸¹⁷ *Ibid.*

⁸¹⁸ S. Dusollier, « Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès en droit européen », in *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, Cahiers du CRID, n° 18, Bruylant, 2000, p. 45 – M. Buydens et S. Dusollier, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, septembre 2001, chron. 22, p. 15, n° 9, affirmant que la « sécurisation technique fait d'ailleurs bien plus partie de la protection du service et des prestations qu'offre le distributeur de contenus culturels que de la protection du droit d'auteur » - Aussi, C. Bernault, « La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur », *RLDI*, avril 2006, p. 61.

⁸¹⁹ V.-L. Benabou, « La coexistence entre DRM et l'exception de copie privée. L'expérience française à l'appui de la Belgique ? » ? *Auteurs et Média*, juin 2005, p. 567, relevant que « remettre l'auteur au cœur de la décision d'imposer les mesures de protection technique sur ses œuvres est bien la moindre précaution que l'on puisse prendre afin de s'assurer que ces mesures ne soient pas au bénéfice principal des distributeurs voire des industriels fournissant de tels systèmes ».

voisin »⁸²⁰. C'est donc la volonté des titulaires de droits qui détermine, à l'aide de la protection technique, les actes autorisés aux utilisateurs. Les titulaires de droits définissent les actes autorisés ou interdits tandis que les mesures techniques contrôlent ces actes. Ainsi, l'auteur peut déterminer selon son gré ce que les tiers sont permis de faire ou de ne pas faire. Quant aux mesures techniques, non seulement elles traduisent techniquement la volonté des titulaires de droits en programmant « *ce qui est concrètement possible (indépendamment de ce qui est licite et illicite) de façon à ce que les tiers n'aient d'autres choix que de s'y conformer* »⁸²¹ mais elles font office de guichet de contrôle en empêchant les actions prohibées. Peu importe donc que la fonction assignée à une mesure technique s'inscrive ou non dans le cadre de l'exercice d'un droit de propriété littéraire et artistique⁸²².

La solution est très discutable dans la mesure où, sur le plan pratique, elle tend à conférer aux titulaires de droits plus de pouvoirs qu'ils ne sont censés disposer sur le plan juridique. D'autant qu'une mesure technique « *ne permet pas les modulations indispensables* »⁸²³ à l'exercice légitime des exceptions aux droits d'auteur. Puisqu'ils sont aveugles, les dispositifs de protection ne sont pas capables de reconnaître les actes relevant de la mise en œuvre légitime d'une exception⁸²⁴. Est-ce à dire que le contournement d'une mesure technique, notamment en vue de bénéficier d'une exception, est nécessairement constitutif d'une contrefaçon ? La réponse est négative. De deux choses l'une : soit les mesures techniques juridiquement protégées sont contournées en vue d'accomplir un acte d'exploitation légalement réservé à l'auteur ; soit elles sont neutralisées en vue de mettre en œuvre un acte permis par la loi tel qu'une exception au droit d'auteur. Dans le premier cas, peuvent être reprochés non seulement le contournement des systèmes techniques mais aussi la contrefaçon de l'œuvre. Dans le second cas, la contrefaçon n'est pas caractérisée car l'acte de reproduction ou de représentation accompli est permis par la loi. En revanche, quel qu'en soit le motif, la simple neutralisation des mesures techniques reste susceptible de sanction.

⁸²⁰ Plus ambiguë est la lettre de l'article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (v. également celle de l'article 18 du Traité sur les droits voisins) puisque celui-ci évoque les « actes non autorisés par les auteurs ou permis par la loi ».

⁸²¹ P. Gaudrat, « Sombre actualité...Projet de loi sur le droit d'auteur, les droits voisins et la société de l'information et la copie privée empêchée (Cour de cassation, 1^{re} civ., 26 février 2006) », *RTD com.* 2006, p. 389.

⁸²² M. Buydens et S. Dusollier, *op. cit.*, p. 15, n° 9 – J. de Werra, « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les Traités OMPI, le Digital Millenium Copyright Act, les directives européennes et d'autres législations, *RIDA*, juillet 2001, n° 189, p. 139.

⁸²³ A. LUCAS *et alii*, p. 774, n° 961 – Aussi, S. Dusollier, Thèse préc., p. 152, n° 189.

⁸²⁴ A. Strowel et S. Dusollier, « La protection légale des systèmes techniques – Analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparative », *PI*, octobre 2001, p. 18.

268. A l'origine, il n'était pas prévu que les mesures techniques servent à contenir les actes non autorisés par les titulaires de droits. L'article 6 paragraphe 3 de la proposition de directive du 21 mai 1999 définissait les mesures techniques comme « *toute technique, dispositif ou élément qui, dans le cadre normal de leur fonctionnement, sont destinés à prévenir ou empêcher la violation de tout droit d'auteur ou droit voisin du droit d'auteur tel que prévu par la loi* »⁸²⁵. Par conséquent n'auraient pas été admises à bénéficier de la protection juridique, les mesures techniques entravant des actes autorisés par la loi, en ce compris les exceptions au droit d'auteur. Il aurait été alors envisageable qu'un utilisateur contourne un dispositif technique en vue de l'exercice légitime d'une dérogation légale au droit d'auteur sans être sanctionné. Il est possible de tirer la même conclusion de l'article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur en vertu duquel doivent être sanctionnés les « *actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs [...] ou permis par la loi* ». Dans sa version finale, la directive du 22 mai 2001 vise les actes non autorisés par les titulaires de droits. Cela emporte la conséquence que le contournement d'une mesure technique est sanctionné⁸²⁶, quand bien même il serait réalisé aux fins de mise en œuvre d'une exception au droit d'auteur.

Cette solution suscite la critique dans la mesure où elle crée une situation de déséquilibre entre les titulaires de droits et les utilisateurs. Désormais, le bénéfice d'une exception dépend du bon vouloir des auteurs et des exploitants. Le législateur européen a souhaité atténuer ce déséquilibre en instaurant un régime de sauvegarde en faveur de certaines dérogations légales⁸²⁷. Pour sa part, le législateur national a ajouté une obligation d'information à la charge des titulaires de droits.

La volonté des titulaires de droits, exprimée dans le cadre du contrat, est soumise à certaines contraintes. Alors qu'elle ne figure ni dans la directive du 22 mai 2001 ni dans les Traités de l'OMPI, le législateur français a instauré une obligation d'information pesant sur les titulaires de droits. Ainsi, l'article L. 331-10 du CPI énonce que « *les conditions d'accès à la lecture d'une œuvre, d'un vidéogramme, d'un programme ou d'un phonogramme, et les limites susceptibles d'être apportées au bénéfice de l'exception pour copie privée [...] par la mise en œuvre d'une mesure technique de protection doivent être portées à la connaissance de l'utilisateur* ». Avant la conclusion du contrat, l'utilisateur doit donc être informé de la présence de dispositifs de protection. Les conditions d'accès et d'utilisation doivent être

⁸²⁵ COM(1999) 250 final, JOCE n° C 180 du 25 juin 1999, p. 6.

⁸²⁶ Comp. J. Passa, « La directive du 22 mai 2001 sur les droits d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », JCP G 2001, I, 331, n° 25, affirmant que la règle est plus conforme aux Traités de l'OMPI qui imposent aux États contractants de « prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces ».

⁸²⁷ *Infra* n° 467.

suffisamment explicitées en vue d'éclairer l'acheteur. Bien que le texte ne précise pas de sanction particulière, l'absence d'indications claires est susceptible de tomber sous le coup de la garantie contre les vices cachés⁸²⁸ ou encore du droit de la consommation⁸²⁹. Ainsi a-t-il été jugé que l'impossibilité de lire un compact disque sur un poste autoradio en raison de la présence d'un dispositif de protection constituait un vice caché⁸³⁰.

2. La nature du nouveau pouvoir d'exclure

269. En dépit des efforts entrepris par le législateur national pour la dissimuler, c'est bien à l'émergence d'un nouveau pouvoir d'exclure⁸³¹ dans les mains de l'auteur que l'on assiste. D'une part, la question du fondement de ce nouveau pouvoir est primordiale. Si les contours de la maîtrise technique des utilisations coïncidaient parfaitement avec ceux de la maîtrise juridique de l'œuvre, on aurait moins de mal à penser que la justification des systèmes réside dans les droits exclusifs. Cependant, le fait que l'emprise de la technique excède les limites de l'exclusivité juridique reconnue au créateur est un fort indice que le fondement des mesures techniques se trouve ailleurs : « *ce qui permet de rendre efficace le monopole ne relève pas forcément du monopole lui-même* »⁸³². D'autre part, il importe de déterminer la nature du nouveau pouvoir dans les mains de l'auteur. Néanmoins, on ne saurait préjuger sa nature en le classant parmi les droits subjectifs – catégorie à laquelle appartiennent les prérogatives formellement reconnues par la loi à l'auteur – dans la mesure où il n'est pas susceptible de leur être identifié.

⁸²⁸ A ce propos, l'amendement n° 233 apporté au projet de loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information et présenté à l'Assemblée nationale explique dans son exposé sommaire « que certains CD de musique ne peuvent pas être lus par des ordinateurs du fait des procédés anti-copie, alors même que cette possibilité fait partie des usages légitimes. Cela aura pour effet d'appliquer sans contestation possible la législation sur les vices cachés aux supports munis de protections empêchant des usages normaux du produit ».

⁸²⁹ *Infra* n° 568.

⁸³⁰ CA Versailles, 15 avril 2005, *RLDI*, juin 2005, p. 16 ; *PI*, juillet 2005, p. 340, obs. A. Lucas et P. Sirinelli ; *CCC*, mai 2005, comm. 101, note G. Raymond ; *CCE*, novembre 2005, comm. 173, p. 30, note C. Chabert ; *JCP G* 2005, IV, 2522, obs. P. Catala ; confirmant partiellement TGI Nanterre, 2 septembre 2003, *PI*, octobre 2003, p. 389, obs. P. Sirinelli et p. 464, obs. J.-M. Bruguière et M. Vivant ; *CCE*, novembre 2003, comm. 108, p. 33, note L. Grynbaum ; *D.* 2003, p. 2824, note C. Le Stanc ; *Expertises* 2003, p. 358 – Aussi, TGI Paris, 10 janvier 2006, préc.

⁸³¹ Le terme pouvoir doit être entendu au sens large comme la possibilité légale de faire quelque chose.

⁸³² C. Caron, « Brèves observations sur la protection des mesures techniques par le droit civil » in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, ALAI-USA, New-York, 2002, p. 192 – Aussi, A. LUCAS et *alii*, p. 800, n° 1004 – Rapp. A. Lucas, « Droit d'auteur : du droit de reproduction au droit d'accès aux œuvres ? », in *Le droit d'auteur, un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, Cahiers du CRID, n° 18, Bruylant, 2000, p. 4, selon lequel il ne s'agit pas de « compléter la panoplie des droits de l'auteur par une nouvelle prérogative, mais simplement d'offrir aux titulaires de droits la possibilité d'appeler la protection technique à la rescousse de la protection juridique. Aurait-on l'idée de dire que la propriété immobilière s'enrichit d'un nouvel attribut parce qu'une loi viendrait sanctionner la neutralisation des caméras de surveillance ? ».

270. Bien qu'il ne dise pas son nom, le nouveau pouvoir est juridiquement sanctionné : le contournement des mesures techniques déployées en vue de contrôler les utilisations non autorisées par les titulaires de droits fait même l'objet d'une répression⁸³³. En cas d'atteinte à un système technique, c'est fort logiquement que l'appel à la sanction se traduira par une action en justice. Cette action en justice reposera-t-elle sur un droit subjectif ?

271. On se souvient que, influencés par la conception romaine⁸³⁴, les auteurs classiques assimilaient l'action au droit, estimant que, sans droit subjectif, la sollicitation du juge n'est pas envisageable. Ainsi, Demolombe soutenait que « l'action [...] c'est le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre, au lieu d'être à l'état de paix »⁸³⁵. Cependant, on objectera que – bien qu'elle ait elle-même la nature d'un droit subjectif processuel⁸³⁶ – l'action en justice n'est jamais que l'autre face du droit subjectif qu'elle tend à sanctionner⁸³⁷. Celui-ci n'en constitue que le fondement. Chacun sait aujourd'hui que l'action en justice est susceptible de sanctionner la transgression d'un droit subjectif préconstitué comme elle peut être amenée à sanctionner la transgression d'un devoir indépendamment de la préexistence d'un droit.

272. Pour mieux saisir la nature du pouvoir nouveau dans les mains des titulaires de droits, il faut s'en remettre à la distinction opérée par Roubier entre les situations juridiques subjectives – droits subjectifs – et les situations juridiques objectives⁸³⁸ (a). Or, l'analyse de ce pouvoir à la lumière de cette distinction montre que dans certaines hypothèses il n'est pas loin de constituer un droit subjectif (b).

a. La distinction entre situations juridiques subjectives et situations juridiques objectives

⁸³³ *Infra* n° 320.

⁸³⁴ M. Villey, *Le droit romain – Son actualité*, PUF, 10^e éd., 2002, p. 21.

⁸³⁵ Demolombe, *Cours de Code Napoléon - Traité de la distinction des biens*, t. 9, A. Durand et L. Hachette, 4^e éd., 1870, p. 191, n° 338.

⁸³⁶ H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif en question, Archives de philosophie du droit*, Sirey, t. 9, 1964, p. 215 – Ce même article est reproduit in H. Motulsky, *Écrits et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973 réédité en 2010, p. 85.

⁸³⁷ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, réédité en 2008, p. 101 : « Quoique nécessairement armé de protection, le droit ne se confond pas avec l'action, précisément parce que celle-ci n'est que le moyen de protection du droit. La protection suit le droit ; mais elle n'engendre un droit nouveau, formellement distinct du droit protégé et qui est le droit d'action ».

⁸³⁸ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952, p. 307 ; du même auteur « Les prérogatives juridiques », in *La théologie chrétienne et le droit, Archives de philosophie du droit*, t. 5, 1960, p. 65 ; *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963 ; « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », in *Le droit subjectif en question, Archives de philosophie du droit*, Sirey, t. 9, 1964, p. 83.

273. Situations juridiques subjectives et situations juridiques objectives se rejoignent car les unes comme les autres appartiennent à la catégorie des intérêts juridiquement protégés⁸³⁹. Toutefois, elles se distinguent sur de nombreux points.

274. La situation juridique subjective est l'hypothèse dans laquelle un individu, en vue de la satisfaction de ses intérêts, se voit conférer un complexe de prérogatives et de charges élevé au rang de droit subjectif. En tant que tel, le droit subjectif est préconstitué, c'est-à-dire qu'il est préexistant à tout litige, de sorte que son titulaire peut poursuivre la satisfaction de ses intérêts en dehors de tout procès⁸⁴⁰. Ainsi peut-il empêcher la transgression de son droit ou exiger un certain comportement de celui qui ne l'a pas respecté. Et lorsqu'il décide de faire sanctionner son droit subjectif par l'autorité judiciaire, ce ne peut être que sur le fondement de celui-ci⁸⁴¹. Comme le relève Roubier, « *L'action s'établit en fonction du droit* »⁸⁴² car « *dans le cas du droit subjectif, toute la construction juridique se trouve centrée sur les modes d'acquisition, de transfert ou d'extinction du droit, l'action en justice découlant tout naturellement de l'existence du droit subjectif, et n'obéissant à des règles particulières que du point de vue de la procédure* »⁸⁴³. Ainsi, le droit de propriété est sanctionné par une action appropriée, l'action en revendication, tandis que le droit de créance est garanti judiciairement par l'action en exécution. De même, le droit de propriété intellectuelle est sanctionné par une action propre : l'action en contrefaçon.

275. Mais alors que le but majeur des situations juridiques subjectives est de produire des droits substantiels, le principal objectif des situations juridiques objectives est de produire des devoirs⁸⁴⁴. Les situations juridiques objectives sont « *celles qui sont munies d'action par l'ordre juridique, alors qu'il n'existe aucun droit sous-jacent, au sens vrai du terme. En pareil cas, l'action n'est plus une simple conséquence du droit antérieur qu'elle vient sanctionner, l'action est [...] une prérogative particulière, laquelle n'a pas été à l'avance recherchée par celui qui en bénéficie, mais se trouve concédée sur la base de tel ou tel fait par le*

⁸³⁹ Pour reprendre la formule de R. von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 4, trad. O. de Meulenaere, Paris, 1886-1888, p. 337. L'auteur considère que seuls les droits subjectifs sont des intérêts juridiquement protégés. Or, il ne fait aucun doute que les situations juridiques objectives concernent aussi des intérêts juridiquement protégés. Sur ce point, A. Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des " droits " et des " intérêts " », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Paris, 1961, p. 241 – Aussi, F. Ost, *Droit et intérêt – Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 21.

⁸⁴⁰ J. Dabin, *op. cit.*, p. 97.

⁸⁴¹ P. Roubier, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », in *Le droit subjectif en question*, *Archives de philosophie du droit*, t. 9, Sirey, 1964, p. 90.

⁸⁴² P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, réédité par Dalloz en 2005, p. 299.

⁸⁴³ *Ibid.*

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 60.

droit objectif»⁸⁴⁵. En bref, l'intérêt en cause est juridiquement protégé par le droit objectif, lequel offre la possibilité d'une action en justice en l'absence de tout droit préconstitué. Dans le cadre des situations juridiques objectives, le sujet de droit – demandeur à l'action – dispose de prérogatives limitées car il n'est pas question de la transgression par le défendeur d'un droit substantiel dont il peut exiger le respect en dehors de tout procès mais de la transgression d'un devoir que l'ordre juridique impose positivement et qu'il est le seul à pouvoir faire respecter. Partant, en tant que victime de la transgression d'un devoir par un tiers, ce n'est pas un droit subjectif que le demandeur invoque au soutien de son action mais bel et bien une règle de droit objectif protectrice de son intérêt. Il en est ainsi dans le cadre de l'action en responsabilité de droit commun qui tend à la réparation d'un dommage. Dans le même esprit, l'action en concurrence déloyale tend à réparer le dommage causé par celui qui n'a pas rempli son devoir de loyauté. On peut également citer l'action *de in rem verso* qui tend à la restitution d'un enrichissement sans cause ou l'action en nullité qui sanctionne le devoir de former des actes juridiques réguliers. Les exemples sont nombreux.

- b. La faculté de recourir aux mesures techniques : entre situation juridique objective et droit subjectif

276. Il est largement admis que le titulaire du droit subjectif est le seul titulaire de l'action qui sanctionne ce droit⁸⁴⁶. Or, outre que le législateur national n'ait pas formellement consacré un nouveau droit au profit de l'auteur⁸⁴⁷, il s'est encore abstenu de préciser le titulaire de l'action tendant à sanctionner les atteintes aux mesures techniques sur le fondement de la protection juridique instaurée par la loi du 1^{er} août 2006⁸⁴⁸. Cela est peu commode dans la mesure où le recours aux mesures techniques peut dépendre de l'accord unanime des titulaires de droits.

277. Il convient alors de se tourner vers la directive du 22 mai 2001 qui n'est pas restée silencieuse à ce sujet. En son article 8 paragraphe 2, elle postule que « *chaque État membre prend les*

⁸⁴⁵ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952, p. 307.

⁸⁴⁶ J. Dabin, *op. cit.*, p. 99 et p. 101 – Également, P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, rééditée par Dalloz en 2005, p. 55, p. 131 et p. 300.

⁸⁴⁷ A. Latreille et T. Maillard, « Mesures techniques de protection et d'information », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1660, mis à jour au 19 avril 2011, p. 27, n° 137.

⁸⁴⁸ V. les articles L. 335-3-1 à L. 335-4-2 du CPI ainsi que les articles R. 335-3 et R. 335-4 du même Code. D'une part, le contournement des mesures techniques constitue une infraction. Le Ministère public peut donc prendre l'initiative de l'action publique et la victime de l'infraction pourra se constituer partie civile. D'autre part, le contournement caractérise une faute susceptible de causer un préjudice dont la réparation peut être réclamée devant les juridictions civiles.

mesures nécessaires pour faire en sorte que les titulaires de droits dont les intérêts sont lésés par une infraction commise sur son territoire puissent intenter une action en dommages-intérêts et/ou demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue ainsi que, le cas échéant, demander la saisie du matériel concerné par l'infraction ainsi que des dispositifs, produits ou composants visés à l'article 6 paragraphe 2 ». D'emblée, on remarquera que la directive n'exclut ni les sanctions pénales puisqu'elle évoque l'« infraction », ni les sanctions civiles car elle prévoit « une action en dommages-intérêts »⁸⁴⁹. En tout état de cause, les personnes susceptibles d'agir en justice sont multiples.

278. Cependant, la formule « titulaires de droits » employée ici ne saurait faire l'objet d'une interprétation extensive. Puisque la protection juridique des mesures techniques et les mesures techniques elles-mêmes doivent être regardées comme les accessoires de la propriété littéraire et artistique, il faut comprendre que seuls les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droits voisin sont fondés à agir dès lors qu'il est porté atteinte à un système dont ils ont autorisé le déploiement afin de protéger l'objet de leur droit. Naturellement, les cessionnaires de droits, eux aussi, sont fondés à agir. En revanche, et quand bien même ils seraient les véritables instigateurs des systèmes⁸⁵⁰, les opérateurs non-cessionnaires de droits comme le simple distributeur de l'oeuvre⁸⁵¹ ne devraient pas pouvoir agir sur le fondement de la protection juridique des mesures techniques telle qu'issue de la directive. Il en va de même des concepteurs, des fabricants ou fournisseurs des mesures techniques⁸⁵². Cela ne signifie pas que leurs intérêts ne sont pas susceptibles d'être lésés au travers de l'atteinte aux mesures techniques, ni qu'ils ne disposent pas de voies de droit propres⁸⁵³. Seulement, ils n'ont pas la qualité de titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin. Ils ne peuvent donc pas invoquer le fondement de la protection juridique des mesures techniques

⁸⁴⁹ Le tout est maladroitement exposé d'ailleurs.

⁸⁵⁰ P. Gaudrat, « Le droit d'auteur au lendemain de la transposition : Titre 1^{er} de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 », *RTD com.* 2007, p. 114 : « les mesures techniques peuvent être légalement introduites à tout moment de la chaîne de distribution, par n'importe quel intermédiaire assumant une responsabilité dans la diffusion, pour autant que la volonté des titulaires de restreindre certaines "utilisations" ait été déclarée ou portée à la connaissance de l'opérateur. Il est vrai que les articles L. 131-9 et L. 212-11 ne mentionnent que le producteur ; mais cette restriction n'est pas significative, car ces articles visent les contrats où doivent être mentionnées les restrictions d'utilisation [...] ; ce qui n'implique pas, en toute rigueur, que ces producteurs de contenus soient les seuls habilités à introduire les mesures techniques (même s'ils sont bien évidemment les mieux placés pour le faire) » – G. Vercken, « La consécration des mesures techniques de protection, un combat d'arrière-garde ? », *in Droit d'auteur et numérique – Quelles réponses de la DADVSI ?*, colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIA à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris le 9 mars 2007, *PI*, octobre 2007, p. 417.

⁸⁵¹ C. Colin, Thèse préc., p. 305, n° 509 – *Contra* S. Dusollier, Thèse préc., p. 113, n° 127 – Également, A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 27, n° 138.

⁸⁵² C. Colin, Thèse préc., p. 305, n° 509 – A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 27, n° 139 – A. Latreille et T. Maillard, « Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information », *D.* 2006, p. 2177 – *Contra* S. Dusollier, Thèse préc., p. 113, n° 127 – G. Vercken, *op. cit.*, p. 417. Selon cet auteur, en cas d'atteinte à une mesure technique, le seul admis à agir est le fournisseur des mesures techniques et non le propriétaire du contenu protégé car l'objectif de la répression serait de protéger les systèmes techniques et non pas l'oeuvre.

⁸⁵³ Par exemple, l'auteur d'une mesure technique logicielle peut agir en contrefaçon contre l'auteur de l'atteinte.

à l'appui de leur action. Il ne faut pas perdre de vue que la protection juridique des mesures techniques trouve sa raison d'être dans la protection des œuvres et non dans la protection des mesures techniques prises pour elles-mêmes. N'est-ce pas là le sens de la subordination de la protection juridique des systèmes à la présence d'un objet de propriété littéraire et artistique ?

279. Finalement, quatre séries d'éléments militent en faveur du rattachement de la situation des titulaires de droits à la catégorie des situations juridiques objectives.

Tout d'abord, le mutisme du législateur n'invite pas à reconnaître l'émergence d'un droit préconstitué car, en principe, « *les droits subjectifs sont des droits stricts et nommés, correspondant à des intérêts concrets nettement spécifiés* »⁸⁵⁴. C'est d'ailleurs le cas des droits de propriété littéraire et artistique.

Ensuite, la multiplicité des personnes fondées à agir en cas d'atteinte aux mesures techniques – en l'occurrence, l'ensemble des titulaires de droits impliqués – n'incite pas davantage à conclure que le pouvoir nouveau constitue un droit subjectif puisque celui-ci ne peut être invoqué que par son unique titulaire.

En outre, le succès de l'action en matière de droit subjectif est subordonné à des conditions probatoires peu contraignantes : « *au cas d'un droit subjectif antérieur, il suffira de prouver l'existence de ce droit et sa violation* »⁸⁵⁵. Or, au regard du volet répressif prévu par le CPI, force est de constater que la sanction effective d'une atteinte à une mesure technique dépendra de bien plus que de la simple démonstration d'un droit préconstitué et de son mépris par un tiers. Il sera souvent nécessaire de sonder l'esprit de l'auteur de l'atteinte⁸⁵⁶ en vue d'établir son intention malveillante⁸⁵⁷. Comme le relève Mme Dusollier, par les difficultés probatoires qu'elle présente, la situation des titulaires de droits se rattache nettement à la catégorie des situations juridiques objectives⁸⁵⁸.

⁸⁵⁴ A. Gervais, *op. cit.*, p. 247.

⁸⁵⁵ P. Roubier, *op. cit.*, p. 131.

⁸⁵⁶ Rappr. A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 2177 : « L'importance de l'élément intentionnel, maintes fois soulignée, fera obstacle à une mise en œuvre inconsiderée de la responsabilité »

⁸⁵⁷ S. Dusollier, Thèse préc., p. 113, n° 127.

⁸⁵⁸ *Ibid.* – C. Colin, Thèse préc., p. 308, n° 514 – Se reporter à P. Roubier, *op. cit.*, p. 131, affirmant que dans l'hypothèse d'une situation juridique objective, les conditions de preuve sont plus contraignantes que dans le cas d'un droit subjectif.

Enfin, il ne fait aucun doute que l'action des titulaires de droits à l'encontre de l'auteur du contournement vise à sanctionner non pas la transgression d'un droit substantiel et déterminé mais la transgression d'un devoir : celui de ne pas contourner une mesure technique. En cela, la situation des titulaires de droits s'inscrit même dans la catégorie des « *situations réactionnelles* » mise en lumière par Roubier⁸⁵⁹.

280. La situation est différente lorsque la faculté de recourir aux mesures techniques est concentrée dans les mains dudit « producteur ». En vertu du contrat de cession, l'exploitant dispose seul de la faculté de recourir aux mesures techniques de protection. En outre, le contrat de cession est susceptible de « *jouer un rôle primordial dans la répartition du droit d'agir* »⁸⁶⁰, notamment en ce qu'il peut réserver au seul exploitant le droit d'agir à l'encontre des auteurs des atteintes aux mesures techniques⁸⁶¹. Dans ce contexte, la situation juridique du « producteur » confine au droit subjectif, si bien que des auteurs la qualifie de « *quasi-droit subjectif* »⁸⁶² ou encore de « *quasi droit voisin* »⁸⁶³ du droit d'auteur. Il n'en demeure pas moins que les conditions de preuve des atteintes aux mesures techniques restent plus contraignantes que dans le cas d'un véritable droit subjectif⁸⁶⁴.

⁸⁵⁹ P. Roubier, *op. cit.*, p. 73. Parmi les situations juridiques objectives, Roubier distingue encore les situations réactionnelles. Celles-ci procèdent de la réaction du droit objectif face à un acte ou un fait transgressant un devoir. L'action est alors fondée sur la réponse de l'ordre juridique indépendamment de l'existence d'un droit préconstitué. L'auteur les différencie des situations institutionnelles. Celles-ci forment une catégorie « constituée par des hypothèses où il y a bien une situation juridique préétablie, dont il s'agit de tirer des conséquences juridiques, mais ces conséquences juridiques sont fixées par l'ordre juridique de telle manière qu'elles apparaissent plutôt comme des devoirs que comme des droits ». On retrouve parmi ces hypothèses le mariage et la filiation auxquels le droit objectif imprime une masse importante de devoirs par rapport aux prérogatives. Les actions qui leur sont associées visent généralement à créer des situations juridiques nouvelles ou à redresser des torts dans des situations établies. On s'en tiendra à l'exemple topique de l'action en divorce tendant à sanctionner les devoirs entre époux (p. 313).

⁸⁶⁰ A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 2177.

⁸⁶¹ C. Colin, Thèse préc., p. 316, n° 529.

⁸⁶² *Ibid.*, p. 316, n° 529 : « il semble que l'on puisse conclure à l'émergence d'un quasi-droit subjectif ».

⁸⁶³ P. Gaudrat, « Le droit d'auteur au lendemain de la transposition : Titre 1^{er} de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 », *RTD com.* 2007, p. 116 : « La prérogative n'existant qu'à condition qu'elle s'inscrive dans l'exploitation d'une création protégée, il n'est pas douteux qu'elle s'analyse en un nouveau droit voisin économique. Peut-être mériterait-elle mieux la qualification de "quasi droit voisin" ou de droit "voisin des droits voisins" » ; du même auteur, « Propriété littéraire et artistique (2^o droits des exploitants) », *Rép. Civ. Dalloz*, 2007, p. 56, n° 404.

⁸⁶⁴ C. Colin, Thèse préc., p. 316, n° 529.

Conclusion de la Section I

281. Telles que définies à l'article L. 331-5 du CPI, les mesures techniques de protection dotent les titulaires de droits d'un pouvoir d'exclusion considérable. Il ne s'agit pas seulement de traduire sur le plan matériel ce que les droits patrimoniaux impliquent sur le plan juridique. Les dispositifs techniques peuvent être employés pour empêcher tout acte non autorisé par les titulaires de droits. Ces derniers sont susceptibles de restreindre des actes qui ne relèvent pas de leurs droits de propriété littéraire et artistique.

282. Les mesures techniques de protection doivent être vouées à la défense d'une œuvre pour bénéficier du régime de protection. Il n'en reste pas moins que le contenu du monopole juridique sur la création n'a aucune influence sur l'étendue du pouvoir d'exclusion que procurent les mesures techniques de protection. Le pouvoir d'exclure conféré par les dispositifs techniques ne se superpose pas parfaitement au pouvoir d'exclure conféré par le droit d'auteur : le premier est bien plus large que le second. Dès lors, le lien entre la protection juridique des mesures techniques et la protection juridique de l'œuvre apparaît superficiel. Ce décalage laisse perplexe car, en toute rigueur, les verrous techniques ne devraient pas permettre aux titulaires de droits d'étendre leur pouvoir d'exclusion au-delà de ce que leur monopole juridique leur accorde. A cela s'ajoute l'interdiction de contourner les mesures techniques. On observera dans les prochains développements que cette interdiction est fortement préjudiciable à la mise en oeuvre des exceptions au droit d'auteur.

Section II – L’interdiction des atteintes aux mesures techniques

283. Les actes interdits dans le Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur – En matière de mesures techniques de protection, bien que l’article 11 du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur impose aux États contractants de « *prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces* »⁸⁶⁵, il ne détermine pas précisément quels actes doivent être interdits. De manière générale, il est question de lutter contre la neutralisation des mesures techniques, mais le texte ne vise pas spécialement les activités préparatoires telles que la fabrication ou la mise à disposition des moyens de contournement. La proposition de base concernant les dispositions de fond du Traité⁸⁶⁶ prévoyait pourtant un article 10 obligeant les parties à « *déclarer illégale l’importation, la fabrication ou la distribution de dispositifs de neutralisation de la protection, ou l’offre ou la prestation de tous services ayant un effet identique* ».

C’est certainement afin de contenter les groupes de pression désireux de vendre du matériel informatique que ces activités n’ont pas été visées⁸⁶⁷. Il n’en reste pas moins que la généralité de la formule retenue a permis aux États contractants d’inclure dans leur droit interne les actes préparatoires parmi les actes illicites. Par ailleurs, il semble que les actes de contournement motivés par la mise en œuvre des exceptions au droit d’auteur ne soient pas soumis à sanction. En effet, la protection juridique accordée par l’article 11 du Traité tend à sanctionner les « *actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs [...] ou permis par la loi* ». Or, en tant qu’acte permis par la loi, une exception au droit d’auteur est susceptible d’exonérer de responsabilité un individu contournant des dispositifs de protection pour la mettre en œuvre⁸⁶⁸. Force est donc de constater que l’article 11 organise une conciliation entre les mesures techniques de protection et les exceptions au droit d’auteur plutôt favorable à celles-ci.

⁸⁶⁵ Article 11 du Traité sur le droit d’auteur – V. la rédaction similaire de l’article 18 du Traité de l’OMPI sur les droits voisins.

⁸⁶⁶ Proposition de base du 30 août 1996 concernant les dispositions de fond du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de bases de données soumises à l’examen de la Conférence diplomatique, disponible à l’adresse internet suivante : http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=2487 (page consultée le 13 octobre 2012).

⁸⁶⁷ K. J. Koelman, « A Hard Nut to Crack : The Protection of Technological Measures », *European Intellectual Property Review*, 2000, p. 272.

⁸⁶⁸ En ce sens, J. de Werra, « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les Traités OMPI, le Digital Millenium Copyright Act, les directives européennes et d’autres législations », *RIDA*, juillet 2001, n° 189, p. 99.

En matière de mesures techniques d'information, l'article 12 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur est plus prolixe quant à la détermination des actes illicites. Le texte prescrit aux États de « *prévoir des sanctions juridiques appropriées et efficaces* » contre toute personne qui supprime ou modifie sans autorisation « *toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique* », ainsi que toute personne communiquant une œuvre au public en sachant que des informations ont été altérées⁸⁶⁹. En outre, un élément intentionnel est requis puisqu'il faut que ces personnes aient accompli l'acte « *en sachant, ou, pour ce qui relève des sanctions civiles, en ayant des raisons valables de penser que cet acte va entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte* » au droit d'auteur. Dans la mesure où les techniques d'information, seules, n'entravent pas la mise en œuvre des exceptions, il n'a pas été jugé nécessaire que l'article 12 du Traité prévoit leur articulation. Un individu accomplissant l'un des actes visés par la disposition ne saurait être exonéré de responsabilité au motif qu'il souhaitait mettre en œuvre une exception au droit d'auteur.

284. Les actes interdits dans la directive du 22 mai 2001 – En matière de mesures techniques de protection, l'article 6 de la directive est bien plus précis que l'article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur. En effet, alors que le second ne vise que la « *neutralisation* » des mesures techniques, le premier prohibe tant l'acte de contournement⁸⁷⁰ lui-même que les activités situées en amont concourant à sa réalisation⁸⁷¹. En revanche, en matière de mesures techniques d'information, l'article 7 de l'instrument européen se contente de reprendre – bien que des nuances terminologiques soient décelables – les dispositions de l'article 12 du texte international. En condamnant l'altération des informations faisant l'objet d'une mesure technique ainsi que la mise à disposition des œuvres ou autres objets protégés dont les informations ont été altérées, la directive ne fait pas vraiment dans l'originalité et les activités préalables à l'altération des informations ne sont toujours pas visées. Plus singulière est la position du législateur français qui a fait le choix d'inclure parmi les actes interdits les activités préparatoires à la suppression ou la modification des informations⁸⁷². La directive du 22 mai 2001 se distingue néanmoins du Traité sur un autre point.

285. Singularité de la directive par rapport au Traité – Il existe une différence notable entre l'article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et l'article 6 de la directive du 22 mai 2001. Alors que le texte international sanctionne le contournement des mesures techniques

⁸⁶⁹ V. l'article 19 du Traité de l'OMPI sur les droits voisins.

⁸⁷⁰ Article 6 paragraphe 1 de la directive du 22 mai 2001.

⁸⁷¹ Article 6 paragraphe 2 de la directive du 22 mai 2001.

⁸⁷² V. les articles L. 335-3-2 II du CPI en matière de droit d'auteur et L. 335-4-2 II en matière de droits voisins.

restreignant l'accomplissement « *d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs [...] ou permis par la loi* », le texte européen sanctionne le contournement des dispositifs de protection destinés à empêcher « *tout acte non autorisé par le titulaire d'un droit d'auteur* ». Ainsi, le Traité permet que la neutralisation des mesures de protection soit justifiée par la mise en œuvre d'une exception au droit d'auteur⁸⁷³, ce qui n'est pas le cas de la directive. Au regard de celle-ci, le contournement des mesures techniques est toujours sanctionné, fût-il motivé par le bénéfice d'une dérogation au droit d'auteur⁸⁷⁴.

286. Toutefois, et c'est là un point important, bien qu'elle soit animée d'un souci d'efficacité, la protection juridique des mesures techniques instaurée par la directive n'éclipse pas totalement les exceptions au droit d'auteur dans la mesure où elle prescrit aux États membres de prendre des « *mesures appropriées* »⁸⁷⁵ afin de garantir leur bénéfice effectif. Mais le dispositif aménagé en droit interne paraîtra bien dérisoire⁸⁷⁶ face à la rigueur du régime définissant les atteintes aux mesures techniques (Paragraphe I) ainsi que leurs sanctions (Paragraphe II).

Paragraphe I - Les atteintes aux mesures techniques

287. En droit français, on préférera le terme « atteinte » à celui de « contournement » pour plusieurs raisons. D'une part, la notion d'atteinte permet d'englober l'acte de contournement en lui-même et les activités périphériques qui, soit le préparent, soit en découlent. Par ailleurs, la notion d'atteinte paraît plus conforme au droit français que la notion de « contournement » qui n'est pas définie. Or, le régime pénal instauré requiert que la loi soit la plus précise possible⁸⁷⁷.

Comme le fait la directive du 22 mai 2001, le CPI fait la distinction entre les atteintes en matière de mesures techniques de protection (A) et les atteintes en matière de mesures techniques d'information (B).

⁸⁷³ Le *DMCA* suit la même logique que le Traité en matière de contrôle de l'utilisation des œuvres mais pas en matière de contrôle de l'accès. Encore que dans ce domaine la *Library of Congress* a instauré quelques exceptions.

⁸⁷⁴ Rapport VANNESTE, p. 84 : « les consommateurs ne sont pas autorisés à contourner des mesures techniques pour obtenir le bénéfice d'une exception qui leur est reconnue par la loi. D'une certaine manière, ce principe traduit ainsi le sage adage selon lequel on ne se fait pas justice soit même ».

⁸⁷⁵ Article 6 paragraphe 4 de la directive du 22 mai 2001.

⁸⁷⁶ En ce sens, A. LUCAS et *alii*, p. 781, n° 971 – Également, A. Strowel et S. Dusollier, « La protection légale des systèmes techniques : analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparative, *PI*, octobre 2001, p. 18, affirmant que le système de préservation des exceptions instauré par l'article 6 paragraphe 4 de la directive « ne résout pas définitivement les problèmes ».

⁸⁷⁷ Rapport VANNESTE, p. 108.

A. Les atteintes aux mesures techniques de protection

288. Les atteintes aux mesures techniques ne correspondent pas seulement à l'altération proprement dite des systèmes (1). Il peut aussi s'agir des activités préalables telles que la fabrication ou la commercialisation des moyens de contournement (2).

1. L'altération de la protection technique

289. **Absence de définition du « contournement » ou de la « neutralisation »** – En matière de mesures techniques de protection, l'article 6 paragraphe 1 de la directive du 22 mai 2001 postule que les États membres doivent prévoir une protection juridique appropriée contre le « contournement » de toute mesure technique efficace. La terminologie varie en regard de l'article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur qui évoque « la neutralisation » des mesures techniques, terme plus restreint semble-t-il. Mais aucun de ces instruments ne prend la peine de définir les notions de contournement ou de neutralisation. De l'autre côté de l'Atlantique, le *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 en livre pourtant une définition précise : « contourner une mesure technique signifie rendre perceptible une œuvre brouillée, décrypter une œuvre cryptée ou autrement éviter, court-circuiter, enlever, désactiver ou détériorer une mesure technique sans l'autorisation du titulaire de droits »⁸⁷⁸.

290. **Critère déterminant : l'altération de la mesure technique** – A la faveur de la transposition de la directive du 22 mai 2001, l'article L. 335-3-1 I du CPI est venu interdire le fait de « contourner, neutraliser ou supprimer un mécanisme de protection ». Au fond, « contournement », « neutralisation », « suppression » sont synonymes et renvoient tous à l'idée d'altération en tant que « changement en mal par rapport à l'état normal »⁸⁷⁹. L'approche selon laquelle le contournement correspond au fait d'altérer ou de corrompre la mesure technique pose un critère déterminant.

Dès lors qu'il n'y a pas d'altération du fonctionnement de la protection technique ou du système d'information, il n'y a pas lieu de faire appel à la protection juridique des articles L. 331-5 du CPI. Ainsi, l'utilisation frauduleuse d'un code d'accès appartenant à un tiers n'est pas susceptible d'être sanctionnée sur ce terrain car elle ne relève pas de l'altération d'une mesure de

⁸⁷⁸ § 1201 (a) (3) (A) : « to "circumvent a technological measure" means to descramble a scrambled work, to decrypt a encrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the authority of the copyright owner . . . ».

⁸⁷⁹ *Le Nouveau Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, 2010, p. 73.

protection⁸⁸⁰. En aucune façon, le fraudeur n'aura altéré le fonctionnement de la mesure technique, mais son indécatesse pourra être sanctionnée sur le terrain de la fraude informatique par exemple⁸⁸¹.

Finalement, il convient de retenir deux types d'altération : l'altération commise de manière indépendante (a) et l'altération commise par des moyens fournis (b).

a. L'altération commise de manière indépendante

291. L'article L. 335-3-1 I du CPI⁸⁸² interdit « *de porter sciemment, à des fins autres que la recherche, à une mesure technique efficace telle que définie à l'article L. 331-5, afin d'altérer la protection d'une œuvre par un décodage, un décryptage ou toute autre intervention personnelle destinée à contourner, neutraliser ou supprimer un mécanisme de protection ou de contrôle, lorsque cette atteinte est réalisée par d'autres moyens que l'utilisation d'une application technologique, d'un dispositif ou d'un composant existant* » conçus en vue d'altérer une protection technique.

La caractérisation de l'altération commise de manière indépendante nécessite la réunion de deux éléments : l'un matériel (1), l'autre intentionnel (2).

1) L'élément matériel

292. L'article L.335-3-1 I du CPI interdit toute « *intervention personnelle* » portant atteinte à une mesure technique de protection efficace. Une telle intervention peut prendre la forme d'un décodage ou d'un décryptage. Peu importe, du moment qu'elle permet de contourner, neutraliser, supprimer un mécanisme de protection ou de contrôle. Par « *intervention personnelle* », le législateur français a entendu placer dans le champ d'application de la disposition seulement les actes d'altération accomplis de manière indépendante et non les actes commis grâce à des moyens procurés par un tiers. La solution tend à réduire le nombre de personnes susceptibles d'être sanctionnées au titre de l'article L. 335-3-1 I du CPI aux seuls individus expérimentés capables de

⁸⁸⁰ En ce sens, J. de Werra, *op. cit.*, n° 189, p. 111 – Dans le même sens, A. Latreille et T. Maillard, « Mesures techniques de protection et d'information », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1660, mis à jour au 19 avril 2011, p. 17, n° 65.

⁸⁸¹ TGI Paris, 16 décembre 1997, *Gaz. Pal.* 1998, 2, somm. p. 433, obs. C. Rojinsky.

⁸⁸² V. l'article L. 335-4-2 du CPI en matière de droits voisins.

contourner sans aide extérieure des mesures techniques de protection⁸⁸³. D'ailleurs, cela ressort clairement de l'exposé sommaire de l'amendement n°261 apporté au projet de loi de transposition clarifiant les incriminations du contournement et affirmant que trois niveaux de responsabilité pénale sont à distinguer. Ainsi, le pourvoyeur de moyens de contournement comme l'utilisateur de ces moyens doivent être différenciés du « *hacker qui, par un acte individuel et isolé, décrypte la mesure technique de protection ou porte atteinte par lui-même aux mesures techniques de protection* »⁸⁸⁴.

2) L'élément intentionnel

293. L'acte de contournement de la mesure technique de protection n'est sanctionné qu'à condition que soit vérifiée l'existence d'un élément intentionnel. Au regard de l'article L. 335-3-1 I du CPI, il est nécessaire que la personne poursuivie ait porté atteinte « *sciemment* » à la mesure technique. La condition de l'élément intentionnel a été introduite à l'occasion de la proposition modifiée de directive du 21 mai 1999⁸⁸⁵. L'article 6 paragraphe 1 de la directive du 22 mai 2001 oblige les États membres à sanctionner le contournement « *que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif* »⁸⁸⁶. Le législateur a abandonné cette formule pour lui substituer l'adverbe « *sciemment* », terme moins large qui signifie que la personne doit avoir agi en connaissance de cause, c'est-à-dire en vue de « *contourner, neutraliser ou supprimer un mécanisme de protection ou de contrôle* ».

L'exigence d'un élément intentionnel dans l'accomplissement des actes répréhensibles permet de limiter la portée de la protection juridique des mesures techniques en faisant échapper à toute sanction la personne qui aurait malencontreusement porté atteinte à une mesure technique. En tout état de cause, l'intention malveillante de l'auteur de l'atteinte aux mesures

⁸⁸³ A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 23, n° 103, soulignant que ce type d'atteinte ne peut être commis que par des experts autrement appelés « *hackers* » dans le langage informatique.

⁸⁸⁴ La directive du 22 mai 2001 ne fait pas la distinction entre la personne qui agit de manière indépendante et celle qui agit grâce à des moyens qu'on lui a fournis.

⁸⁸⁵ L'article 6 paragraphe 1 de la proposition fut rédigé ainsi : « Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre la neutralisation non autorisée de toute mesure technique efficace [...] que la personne exécute en sachant ou en ayant des raisons valables de penser qu'elle poursuit cet objectif ».

⁸⁸⁶ On retrouve cette formule dans d'autres instruments : l'article 12 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et l'article 19 du Traité de l'OMPI sur les droits voisins, tous deux relatifs aux informations sur le régime des droits – V. l'article 45 paragraphe 1 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 13 paragraphe 1 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, *JOCE* n° L 157 du 30 avril 2004, p. 45. Ces dispositions relatives aux dommages-intérêts emploient une formule similaire : « en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir ».

techniques ne semble pas présumée⁸⁸⁷. Il revient donc à la victime d'apporter la preuve de cette intention.

b. L'altération commise par des moyens fournis

294. Du hacker au simple profiteur – L'article L. 335-3-1 I ne vise que les actes que commettent des personnes expérimentées par leurs propres moyens. En revanche ne tombe pas sous le coup de cette disposition le simple utilisateur ayant agi grâce à une aide extérieure, notamment en employant des moyens fournis par un tiers. Le législateur français a souhaité assortir de sanctions moins draconiennes de tels agissements et mettre l'accent sur le caractère hautement répréhensible de la mise à disposition de moyens de contournement.

295. Contravention - Un décret pris en Conseil d'État datant du 23 décembre 2006⁸⁸⁸ est venu instaurer une contravention de quatrième classe⁸⁸⁹ sanctionnant l'acte de contournement commis par l'utilisateur usant de moyens procurés par un tiers. Par ce décret fut introduit dans la CPI un article R. 335-3 interdisant « *de détenir en vue d'un usage personnel ou d'utiliser une application technologique, un dispositif ou un composant conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique* » de protection, de même que de « *recourir à un service conçu ou spécialement adapté* » à cet effet. Il est donc question de sanctionner le fait de détenir ou d'utiliser un moyen de contournement que l'utilisateur s'est procuré. En revanche, il n'est point besoin de sonder l'intention de ce dernier. Le simple fait de détenir ou d'utiliser de tels moyens est passible de sanction.

2. Les activités préalables à l'altération

296. Bien que les Traités de l'OMPI obligent les États contractants à « prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces »⁸⁹⁰, ils n'imposent pas expressément d'interdire les activités préalables à l'altération des dispositifs de protection. Cette lacune a été corrigée par la directive du

⁸⁸⁷ S'interrogeant sur ce point, C. CARON, p. 427, n° 508.

⁸⁸⁸ Décret n° 2006-1763 du 23 décembre 2006 relatif à la répression pénale de certaines atteintes portées au droit d'auteur et aux droits voisins, *JO* du 30 décembre 2006 n° 118, p. 20161.

⁸⁸⁹ L'article L. 131-13 du Code pénal détermine le montant de l'amende suivant les cinq classes contraventionnelles.

⁸⁹⁰ Article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et article 18 du Traité de l'OMPI sur les droits voisins.

22 mai 2001. Suivant l'article 6 paragraphe 2 de l'instrument européen sont interdits « la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location, la publicité en vue de la vente ou de la location, ou la possession à des fins commerciales de dispositifs, produits ou composants ou la prestation de services qui :

- a) *font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation, dans le but de contourner la protection, ou*
- b) *n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection, ou*
- c) *sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection de toute mesure technique efficace ».*

297. Le législateur européen a entendu établir une interdiction extensive des activités préalables à l'acte de contournement. Que ce soit la fabrication, la vente, la location, ou encore la publicité des moyens de contournement, toutes les activités susceptibles d'aboutir à leur mise à disposition auprès de l'utilisateur final ont été prises en considération. La directive subordonne le caractère illicite des moyens de contournement à trois critères alternatifs⁸⁹¹. Premier critère : tout moyen faisant l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation dans le but de contourner la protection est illicite. Deuxième critère : tout moyen dont le but commercial ou l'utilisation vise essentiellement à contourner une mesure technique est illicite. Troisième critère : tout moyen principalement conçu, produit, adapté ou réalisé afin de permettre ou de faciliter le contournement de la protection technique est illicite. Evidemment, dans la pratique, les trois critères peuvent être cumulés. Mais il suffit qu'un seul soit vérifié pour que le moyen de contournement soit considéré comme illicite. D'ailleurs, le lien entre le deuxième et le troisième critère est très étroit dans la mesure où un moyen de contournement principalement conçu afin de contourner une mesure technique aura très certainement un but commercial ou une utilisation visant essentiellement cet objectif.

298. En droit interne, il n'est plus question que de moyens « *conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace* ». Certes, le dispositif de l'article L. 335-3-1 II du CPI

⁸⁹¹ On retrouve ces trois critères dans le *DMCA* de 1998 en sa section 1201 (a) (2) : « No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that – (A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title ; (B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title ; or (C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title ».

est plus sévère que celui instauré par la directive. Mais cela reste conforme au droit de l'Union dans la mesure où pour maintenir un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle les États membres peuvent prévoir une législation plus stricte que les prescriptions européennes.

En effet, le texte français interdit de « *procurer ou proposer sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace telle que définie à l'article L. 331-5, par l'un des procédés suivants :*

- 1) *En fabriquant ou en important une application technologique, un dispositif ou un composant, à des fins autres que la recherche ;*
- 2) *En détenant en vue de la vente, du prêt ou de la location, en offrant à ces mêmes fins ou en mettant à disposition du public sous quelque forme que ce soit une application technologique, un dispositif ou un composant ;*
- 3) *En fournissant un service à cette fin ;*
- 4) *En incitant à l'usage ou en commandant, concevant, organisant, reproduisant, distribuant ou diffusant une publicité en faveur de l'un des procédés visés aux 1) à 3).*

Comme pour l'acte d'altération proprement dit, la caractérisation de l'activité préalable nécessite la réunion d'un élément matériel (a) et d'un élément intentionnel (b).

a. L'élément matériel

299. L'élément matériel doit être apprécié en premier lieu au regard de la nature des moyens proprement dits (1) et en second lieu au regard de la nature des activités préalables à l'acte de contournement (2).

1) La nature des moyens interdits

300. Les moyens de contournement mis à la disposition de l'utilisateur final peuvent revêtir la forme de produits ou de services. Par conséquent, sont susceptibles d'être sanctionnées aussi bien les personnes qui ne font que pourvoir les moyens de contournement, que celles qui, fournissant un service, accomplissent elles-mêmes l'acte de contournement pour le compte de l'utilisateur final.

301. Produits – De manière maladroite, l'article 6 paragraphe 2 de la directive du 22 mai 2001 interdit que soient fabriqués et commercialisés des « *dispositifs, produits ou composants* » servant au contournement des mesures techniques de protection. Or, il est certain que le terme « produit » est bien plus large que celui de « dispositif » ou de « composant », qu'il est d'ailleurs susceptible de recouvrir. Le CPI semble corriger le tir en prohibant la fabrication et la commercialisation d'une « *application technologique, un dispositif ou composant* » conçu en vue de porter atteinte à une protection technique. La formule se rapproche de l'article L. 331-5 du CPI qui assimile la mesure technique à toute « *technologie, dispositif, composant* ». Cependant, l'expression « application technologique » a été préférée à celle de « technologie » certainement car la première permet de mettre davantage l'accent sur la finalité du moyen de contournement.

Ces produits doivent avoir été « *conçus ou spécialement adaptés* » en vue de porter atteinte à une mesure technique. Cela signifie que dès sa conception, le produit s'est vu assigner une fonction de contournement des mesures techniques. Peu importe que le produit possède d'autres fonctionnalités. En revanche, les produits qui présentent par pur hasard des fonctions de contournement ou sont détournés de leur vocation originelle ne devraient pas tomber sous le coup de l'interdiction⁸⁹².

302. Services – A l'instar de la directive du 22 mai 2001, l'article L. 335-3-1 II 3° énonce que les services destinés à fournir des moyens de contournement sont interdits. Les textes, européens comme français, ne précisant rien à ce sujet, il semble que soient concernés aussi bien les prestations à titre gratuit que celles à titre onéreux.

De même qu'en matière de produit, ne tombent sous le coup de la prohibition que les services ayant été conçus ou spécialement adaptés en vue de porter atteinte à une mesure technique de protection. En revanche, lorsque le service se réduit à une simple fourniture d'informations – même utiles à l'accomplissement d'un acte de contournement – l'interdiction ne peut pas jouer car elle est susceptible de se heurter à la liberté d'expression⁸⁹³.

⁸⁹² A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 24, n° 111.

⁸⁹³ *Ibid.*, p. 24, n° 115.

2) La nature des activités préalables interdites

303. Fabrication et importation – Comme la directive du 22 mai 2001, l'article L. 335-3-1 II du CPI interdit la fabrication ou l'importation d'une application technologique, d'un dispositif ou d'un composant, destiné à porter atteinte à une mesure technique de protection. Les notions de fabrication et d'importation doivent être entendues dans un sens large afin que soient appréhendés les moyens matériels aussi bien que les moyens logiciels.

304. Détention et/ou offre en vue de la vente, du prêt ou de la location – L'article L. 335-3-1 II du CPI interdit le fait de détenir des moyens de contournement en vue de leur vente, de leur prêt ou de leur location. Le champ de l'interdiction paraît plus étendu qu'en droit européen puisque la directive ne prohibe que la possession à des fins commerciales. Elle ne vise pas le prêt qui est à titre gratuit lorsqu'il prend la forme d'un commodat. Cette extension résulte de ce que le législateur français a souhaité réduire au maximum les possibilités de circulation des moyens de contournement.

N'est pas seulement prohibé le fait de procurer des moyens de contournement. Le fait d'en proposer l'est aussi. Mais alors que l'article 6 paragraphe 2 de la directive n'interdit que la publicité en vue de la vente ou de la location des moyens de contournement, le CPI pose l'interdiction de l'offre de vente, de prêt ou de location de tels moyens. La seule offre est donc passible de sanction. Peu importe que son destinataire l'ait refusée ou n'ait pas donnée suite. En elle-même, l'offre de vente, de prêt ou de location de moyens de contournement, constitue un acte illicite.

305. Fourniture de services – La fourniture de services est non seulement un moyen de contournement des mesures techniques mais elle peut aussi constituer une activité préalable à leur altération. Il aurait été incohérent d'interdire la vente ou la location de moyens de contournement sans prohiber les prestations de services destinées à permettre l'atteinte aux mesures techniques de protection dans la mesure où de tels services sont fréquents dans l'environnement numérique.

306. Mise à disposition sous quelque forme que ce soit – En interdisant la mise à disposition sous quelque forme que ce soit des moyens de contournement, le législateur français réduit à néant toutes possibilités de circulation de ces moyens. Qu'elle soit poursuivie à des fins

commerciales ou non, toute activité de mise à disposition des moyens de contournement est prohibée. Ainsi, autant la distribution commerciale que la publication – fût-ce à titre gratuit – sur un site Internet de clés de décryptage destinée à neutraliser une mesure technique de protection sont considérées comme des activités répréhensibles.

307. L'incitation à l'usage de moyens de contournement – L'article 6 paragraphe 2 de la directive se limite à interdire la promotion et la publicité à des fins commerciales des moyens de contournement. Le CPI va plus loin puisque, en plus de l'interdiction de mise à disposition sous quelque forme que ce soit, il condamne l'incitation à l'usage des moyens de contournement même lorsqu'elle ne poursuit pas un but lucratif. Ainsi, si la simple fourniture d'information sur l'existence de moyens d'altération de la protection technique ou l'explication des méthodes de contournement ne sont pas susceptibles de sanction, est en revanche illicite le fait d'inciter au contournement⁸⁹⁴. Force est de constater que le législateur français s'est employé à interdire l'incitation dans toutes ses phases. En effet, l'article L. 335-3-1 II 4° interdit de proposer des moyens de contournement en « *incitant à l'usage ou en commandant, concevant, organisant, reproduisant, distribuant ou diffusant une publicité* ». Est ainsi visée toute la chaîne des protagonistes agissant en vue de l'incitation à l'usage des moyens de contournement, du commanditaire de la publicité jusqu'à son diffuseur.

b. L'élément intentionnel

308. Comme en matière d'altération de la protection technique, la caractérisation de l'activité préalable répréhensible requiert l'existence d'un élément intentionnel. L'article L. 335-3-1 II interdit « *le fait de procurer ou de proposer sciemment* » des moyens de contournement. Ne sont donc sanctionnés que les agissements commis en connaissance de cause. L'exigence d'un élément intentionnel avait été clairement introduite dans la proposition de directive du 21 janvier 1998⁸⁹⁵. En son article 6 paragraphe 1, celle-ci obligeait les États membres à prévoir une protection juridique appropriée contre toutes les activités que « *la personne concernée exécute en sachant ou en ayant des raisons valables de penser qu'elles permettront ou faciliteront la neutralisation non autorisée de toute mesure technique efficace* ». Cependant, la condition ne fut pas reprise aussi explicitement dans la

⁸⁹⁴ V. A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 26, n° 124.

⁸⁹⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, COM(97)0628 final – 97/0359 (COD), JOCE n° C 108 du 7 avril 1998, p. 6.

proposition modifiée de directive du 21 mai 1999⁸⁹⁶ ni dans la version finale de l'instrument européen. La directive du 22 mai 2001 ne fait qu'inclure le caractère intentionnel en évoquant la finalité des activités préalables. Le législateur français a souhaité faire preuve de plus de clarté en réintroduisant expressément l'exigence de l'élément intentionnel.

B. Les atteintes aux mesures techniques d'information

309. Typologie des atteintes – En matière de mesures techniques d'information, l'altération des informations sous forme électronique est interdite en premier lieu (1). Mais la loi réprime également les activités qui, en amont comme en aval, sont susceptibles de porter préjudice aux intérêts des titulaires de droits. Par conséquent sont également répréhensibles les activités préalables à l'altération des informations (2) ainsi que les actes d'exploitation lui succédant (3). En revanche, les actes accomplis à des fins de sécurité informatique ou de recherche scientifique en cryptographie bénéficient d'une exonération de responsabilité.

1. L'altération des informations

310. L'article L. 335-3-2 I du CPI⁸⁹⁷ interdit « *le fait de supprimer ou de modifier, sciemment et à des fins autres que la recherche, tout élément d'information visé à l'article L. 331-11, par une intervention personnelle ne nécessitant pas l'usage d'une application technologique, d'un dispositif ou d'un composant existant, conçus ou spécialement adaptés à cette fin, dans le but de porter atteinte à un droit d'auteur, de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte* ».

De même que l'acte d'altération de la protection, l'altération des informations nécessite la réunion d'un élément matériel (a) et d'un élément intentionnel (b).

⁸⁹⁶ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, COM(99) 0250 final – 97/0359 (COD), JOCE n° C 180 du 25 juin 1999, p. 6.

⁸⁹⁷ V. l'article L. 335-4-2 I du CPI en matière de droits voisins.

a. L'élément matériel

311. L'article L. 335-3-2 I du CPI condamne « *toute intervention personnelle* » aboutissant à la suppression ou la modification de tout élément d'information sous forme électronique concernant le régime des droits. Ne sont visées par cette disposition que les personnes expérimentées agissant de manière indépendante, c'est-à-dire sans recourir à une application technologique, un dispositif ou un composant qu'un tiers leur aurait fourni. Le cas échéant, l'acte d'altération sera sanctionné au travers de l'article R. 335-4 du CPI⁸⁹⁸ sans qu'un élément intentionnel soit requis.

b. L'élément intentionnel

312. L'article 7 paragraphe 1 de la directive du 22 mai 2001 soumet l'existence de l'élément intentionnel à deux exigences. D'une part, la personne commettant l'acte d'altération doit agir « *sciemment* ». D'autre part, elle doit accomplir l'acte « *en sachant ou en ayant des raisons valables de penser* » qu'elle permet ou dissimule une atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin.

313. Cette double exigence est présente en droit interne puisque l'article L. 335-3-2 I du CPI condamne le fait de supprimer ou de modifier « *sciemment* » tout élément d'information « *dans le but de porter atteinte à un droit d'auteur, de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte* ». Cela signifie qu'est exonérée de responsabilité, la personne ayant altéré en connaissance de cause un élément d'information sans chercher à porter atteinte à un droit d'auteur. Néanmoins, on observera que les cas doivent être rares dans lesquels les informations électroniques sont altérées sans vouloir violer un droit de propriété littéraire et artistique.

2. Les activités préalables à l'altération

314. La directive du 22 mai 2001 n'instaure aucune interdiction des activités préalables à l'acte d'altération des informations. Cependant, le législateur français a souhaité étendre aux mesures techniques d'information le régime de prohibition des activités préalables que l'article 6

⁸⁹⁸ Punissant d'une amende prévue pour les contraventions de quatrième classe le fait de détenir en vue d'un usage personnel ou d'utiliser un moyen fourni par un tiers et spécialement conçu pour supprimer ou modifier un élément d'information sous forme électronique ; de même que de recourir à un service spécialement adapté à cette fin.

paragraphe 2 de l'instrument européen édicte en matière de mesures techniques de protection. La transposition en droit interne a donc introduit dans le CPI un article L. 335-3-2 II, analogue à l'article L. 335-3-1 II, mais applicable aux mesures techniques d'information.

3. Les actes d'exploitation consécutifs à l'altération

315. Enjeux – Dès lors que les informations sur le régime des droits ont été altérées, ce sont l'intégrité et la traçabilité de l'œuvre qui sont menacées. L'altération des éléments d'information est susceptible de compromettre la bonne gestion des droits. D'autant plus lorsque l'œuvre circule à grande échelle sur l'Internet. Afin d'éviter la circulation d'œuvres dont ont été altérées les mesures techniques d'information, le CPI, transposant l'article 7 paragraphe 1 b) de la directive du 22 mai 2001, prohibe certains actes d'exploitation succédant à l'altération des informations. En effet, l'article L. 335-3-2 III⁸⁹⁹ du CPI interdit « *le fait, sciemment, d'importer, de distribuer, de mettre à disposition du public sous quelque forme que ce soit ou de communiquer au public, directement ou indirectement, une œuvre dont un élément d'information [...] a été supprimé ou modifié dans le but de porter atteinte à un droit d'auteur, de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte* ».

316. Atteintes spécifiques aux mesures techniques d'information – L'interdiction des activités illicites succédant à l'altération n'existe pas en matière de mesures techniques de protection⁹⁰⁰. Le législateur français explique cette différence par le fait que la communication au public d'une œuvre dont la mesure de protection a été altérée est constitutive du délit de contrefaçon⁹⁰¹. Cela peut paraître curieux car, que l'on ait contourné un dispositif technique ou que l'on ait altéré les informations, la communication non autorisée de l'œuvre qui s'ensuit constitue nécessairement une contrefaçon.

Quoi qu'il en soit, la caractérisation des activités d'exploitation succédant à l'acte d'altération nécessite la réunion d'un élément matériel (a) et d'un élément intentionnel (b).

⁸⁹⁹ V. l'article L. 335-4-2 III du CPI en matière de droits voisins.

⁹⁰⁰ La directive du 22 mai 2001, pas plus que les Traités de l'OMPI, n'instaure d'interdiction des activités succédant à l'altération des mesures techniques de protection.

⁹⁰¹ Rapport VANNESTE, p. 109.

a. L'élément matériel

317. L'interdiction ne vise que les actes d'exploitation concernant l'objet d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin accompagné d'une mesure technique d'information⁹⁰². Tous les actes susceptibles de permettre la circulation de l'objet dont un élément d'information a été altéré sont interdits. Ainsi, l'article L. 335-3-2 du CPI y inclut de manière très large l'importation, la distribution, la mise à disposition du public sous quelque forme que ce soit, ainsi que la communication au public qu'elle soit directe ou indirecte.

b. L'élément intentionnel

318. C'est « *sciemment* » que doit avoir agi la personne faisant circuler l'objet dont un élément d'information a été altéré. Elle doit avoir connaissance de l'altération d'un élément d'information sur le régime des droits. De plus, l'article L. 335-3-2 III du CPI précise que l'altération de l'élément d'information doit avoir été commise « *dans le but de porter atteinte à un droit d'auteur, de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte* ». Il est permis de se demander si la personne faisant circuler une oeuvre dont un élément d'information a été altéré doit avoir connaissance que l'altération a été accomplie en vue de porter atteinte à un droit d'auteur. Au regard de l'objectif poursuivi par le législateur qui est de contenir au maximum la circulation des objets dont un élément d'information a été altéré, il est préférable que cette condition ne soit pas requise.

Paragraphe II – La sanction des atteintes aux mesures techniques

319. En cas d'atteinte aux mesures techniques protégeant une oeuvre ou un objet protégé autre qu'un logiciel, la loi du 1^{er} août 2006 a mis en avant une réponse pénale (A). Cependant, prises dans leur ensemble, les mesures techniques sont susceptibles d'être employées pour d'autres raisons que la protection d'une oeuvre. Aussi, d'autres dispositifs légaux instaurent une protection juridique des mesures techniques et en cela des régimes parallèles de sanction (B).

⁹⁰² A. Latreille et T. Maillard, *op. cit.*, p. 26, n° 130, soulignant que la mise à disposition d'une oeuvre, dépourvue à l'origine de tout élément d'information sous forme électronique, et sur laquelle sont apposées des informations nouvelles, ne relève pas de l'article L. 335-3-2 III du CPI. Dans ce cas, pourrait être engagée une action sur le terrain de la concurrence déloyale ou du droit moral. Ces auteurs ajoutent que si l'introduction d'éléments d'information a pour objectif le détournement d'une rémunération alors l'escroquerie est susceptible d'être invoquée.

A. Le régime de sanctions pénales issu de la loi du 1^{er} août 2006.

320. Afin de sanctionner les atteintes aux mesures techniques, le législateur national a choisi de privilégier la voie répressive. Toutefois, suivant une certaine gradation, le niveau de la sanction diffère selon la qualité de l'auteur de l'infraction et la nature de l'acte répréhensible (1). Par ailleurs, dans des hypothèses bien particulières, l'auteur de l'atteinte aux technologies peut être exonéré de responsabilité pénale (2).

1. Une réponse pénale graduée

321. Des atteintes constitutives d'infractions – Les actes interdits par le CPI sont tous constitutifs d'infractions. Comme le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur⁹⁰³, la directive du 22 mai 2001 ne donne aucune prescription relative au type de sanctions applicables⁹⁰⁴. Il revenait donc au législateur français de décider si des sanctions civiles devaient être assorties ou non de sanctions pénales. Il lui a semblé que le mode répressif était tout désigné en ce que le considérant 58 et l'article 8 relatif aux sanctions de l'instrument européen postulent que les sanctions doivent être « *efficaces, proportionnées et dissuasives* »⁹⁰⁵.

322. Renvoi aux peines prévues en matière de contrefaçon ? – Initialement, le législateur français avait choisi d'opérer par renvoi, faisant des peines prévues en matière de contrefaçon les peines sanctionnant les atteintes aux mesures techniques. Cependant, bien que ne manquait pas de cohérence le fait de soumettre aux mêmes sanctions la contrefaçon elle-même et les atteintes commises à l'encontre des mesures techniques vouées à empêcher la contrefaçon⁹⁰⁶, le risque était grand de créer la confusion entre la protection juridique des mesures techniques et la protection d'un objet de propriété littéraire et artistique. Il faut garder à l'esprit que les altérations des

⁹⁰³ L'article 11 du Traité sur le droit d'auteur évoque laconiquement des « sanctions juridiques efficaces ». L'article 14 relatif à la sanction des droits n'apporte pas plus de précisions.

⁹⁰⁴ L'article 8 paragraphe 2 de la directive évoque à la fois l'infraction et l'action en dommages-intérêts sans pour autant préconiser de sanctions pénales.

⁹⁰⁵ Rapport VANNESTE, p.104 : « Le risque d'une sanction pénale grave devrait dissuader la majeure partie des personnes qui seraient tentées et susceptibles de procéder à des contournements des mesures de protection, de le faire » – Aussi, voir l'article 41 paragraphe 1 de l'Accord sur les ADPIC énonçant que les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle doivent permettre une action efficace contre toute atteinte à ces droits et des mesures correctives constituant un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure – Également, l'article 3 paragraphe 2 de la directive du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle énonçant que les mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

⁹⁰⁶ En ce sens, T. Maillard, « La réponse pénale graduée en matière d'atteintes aux mesures techniques de protection et d'information », *RLDI*, janvier 2007, p. 11.

mesures techniques ne conduisent pas nécessairement à des actes de contrefaçon. On songe par exemple à l'altération des informations sur le régime des droits qui, sous réserve qu'elle ne porte pas atteinte au droit à la paternité, n'est pas *per se* une contrefaçon⁹⁰⁷.

323. Réponse pénale graduée – Finalement, le législateur a souhaité une « *réponse pénale graduée* »⁹⁰⁸ qu'un décret du 23 décembre 2006⁹⁰⁹ est venu fixer en portant le nombre d'échelons de responsabilité à trois. Par ailleurs, les sanctions de certains actes prohibés ont été ramenées à de simples contraventions. Cette démarche n'est pas sans rappeler l'article 24 de la loi du 1^{er} août 2006 prévoyant des peines contraventionnelles pour les actes de reproduction ou de communication au public sur les réseaux *peer-to-peer* mais la disposition fut retoquée par le Conseil constitutionnel au nom du principe de l'égalité devant la loi pénale⁹¹⁰. Cette contraventionnalisation des peines est révélatrice de la volonté de distinguer selon la qualité de l'auteur de l'acte illicite et la gravité des agissements. Aux yeux du législateur, il est apparu amplement suffisant de dissuader le simple utilisateur de commettre des actes répréhensibles et non de le soumettre à de graves sanctions⁹¹¹. D'ailleurs, dans la pratique, les peines prononcées ne correspondent jamais à celles les plus lourdes prévues par la loi.

324. Contravention pour le simple profiteur – Ainsi, les articles R. 335-3 et R. 335-4 du CPI, respectivement applicables aux mesures techniques de protection et aux éléments d'information sous forme électronique, sanctionnent par une contravention de quatrième classe⁹¹², dès lors que le moyen de l'altération est fourni par un tiers, le fait « *de détenir en vue d'un*

⁹⁰⁷ En ce sens, P. Gaudrat, « Propriété littéraire et artistique (2^o droits des exploitants) », *Rép. Civ. Dalloz*, 2007, p. 53, n^o 385.

⁹⁰⁸ Pour reprendre la formule employée dans l'exposé sommaire de l'amendement n^o 261 déposé par le gouvernement lors de l'examen à l'Assemblée nationale du projet de loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

⁹⁰⁹ Décret n^o 2006-1763 du 23 décembre 2006 relatif à la répression pénale de certaines atteintes portées au droit d'auteur et aux droits voisins, *JO* du 30 décembre 2006, p. 20161.

⁹¹⁰ Cons. const, décision du 27 juillet 2006, n^o 2006-540 DC, préc. L'article 24 de la loi du 1^{er} août 2006 avait pour principal objectif de faire échapper aux sanctions applicables en matière de contrefaçon les téléchargements illicites, grâce à des logiciels de partage, d'œuvres ou d'objets protégés dès lors qu'ils étaient accomplis à des fins personnelles non commerciales. Les Sages ont considéré que la contraventionnalisation des sanctions rompait le principe d'égalité devant la loi pénale et ont censuré l'article préc., de sorte que le téléchargement illicite reste soumis aux sanctions applicables à la contrefaçon (considérants 63, 64 et 65 de la décision).

⁹¹¹ A. Lucas et P. Sirinelli, « La loi n^o 2006-961 du 1^{er} août 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : premières vues sur le texte promulgué à l'issue de la censure du Conseil constitutionnel », *PI*, juillet 2006, p. 300, ainsi que p. 333 : « Presque toute l'économie de la loi adoptée le 30 juin peut s'expliquer par le souci de tenir un discours différent, plus favorable aux utilisateurs d'œuvres. De la multiplication d'exceptions à l'adoucissement de sanctions tant en cas de P2P que dans l'hypothèse de contournement de dispositifs techniques en passant par le droit à l'interopérabilité ».

⁹¹² En vertu de l'article L. 131-13 du Code pénal, le montant de l'amende est de 750 euros au plus pour les contraventions de quatrième classe.

usage personnel ou d'utiliser une application technologique, un dispositif ou un composant conçus ou spécialement adaptés » pour altérer une mesure technique. Il en est de même du fait de « *recourir à un service conçu ou spécialement adapté* » à cet effet.

325. Délit pour le hacker – Avec les actes d'altération commis de manière indépendante le degré de la sanction augmente. Il s'agit non plus de punir le profane utilisant un moyen de contournement fourni par un tiers certainement incité par ce dernier, mais de sanctionner la personne expérimentée, le « *hacker* » qui par ses propres moyens intellectuels et matériels altère une mesure technique. Que ce soit en matière de mesures techniques de protection⁹¹³ ou de mesures techniques d'information⁹¹⁴, de tels agissements sont constitutifs de délits punis d'une amende de 3750 euros.

326. Délit pour les activités préalables et les actes d'exploitation consécutifs à l'altération – On monte encore d'un cran avec les activités préalables à l'altération d'une mesure technique de protection et les actes d'exploitation succédant à l'altération des informations sur le régime des droits. Ces agissements constitutifs de délits sont passibles de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. En ce qui concerne les activités préalables à l'altération d'un dispositif de protection, la solution n'étonne guère dans la mesure où les personnes accomplissant ces actes – personnes expérimentées agissant bien souvent dans le cadre d'un réseau organisé – sont les principales instigatrices des atteintes aux mesures techniques. Conscientes du caractère répréhensible de leur entreprise, elles n'ignorent certainement pas les conséquences néfastes que la mise sur le marché des moyens d'altération engendre sur le plan économique pour les titulaires de droits. En revanche, en ce qui concerne les actes d'exploitation succédant à l'altération des informations, il n'est pas sûr que la sanction soit véritablement adaptée dans la mesure où ces agissements sont susceptibles d'être commis par un simple utilisateur. Par ailleurs, le législateur a choisi d'étendre la procédure de la saisie-contrefaçon aux cas d'atteintes aux mesures techniques. A cet effet, de nouvelles dispositions ont été insérées à l'article L. 332-1 du CPI.

⁹¹³ Articles L. 335-3-1 I du CPI en matière de droit d'auteur et L. 335-4-1 I en matière de droits voisins.

⁹¹⁴ Articles L. 335-3-2 I du CPI en matière de droit d'auteur et L. 335-4-2 I en matière de droits voisins.

2. Des causes d'exonération de responsabilité pénale

327. Preuve de l'inefficacité des mesures techniques – En premier lieu, il faut garder à l'esprit que les actes d'altération des dispositifs de protection sont interdits pour autant qu'ils portent atteinte à des mesures techniques réputées efficaces, conformément à l'article L. 331-5 du CPI. Dans la mesure où n'est pas irréfragable la présomption d'efficacité en faveur des mesures techniques utilisant un code d'accès ou un procédé de protection tel que le cryptage ou le brouillage, les individus poursuivis pour contournement pourront apporter la preuve contraire de l'inefficacité de ces dispositifs afin d'échapper à d'éventuelles condamnations.

328. Causes d'exonération : la recherche en cryptographie et la sécurité informatique moins l'interopérabilité – En second lieu, au jour de son adoption, la loi du 1^{er} août 2006 instaurait trois hypothèses d'exonération de responsabilité : la recherche, la sécurité informatique et l'interopérabilité. Ces cas d'exonération sont des « *exceptions à l'interdiction de contournement* »⁹¹⁵ qui rendent compte des impératifs techniques susceptibles de tempérer la protection juridique des mesures techniques. Ces exceptions à l'interdiction de contournement ne constituent donc pas des exceptions au droit d'auteur, lesquelles ont pour vocation première de faire plier la protection juridique des œuvres.

329. La recherche en cryptographie – Le considérant 48 de la directive du 22 mai 2001 postule que la protection juridique des mesures techniques « *ne doit notamment pas faire obstacle à la recherche sur la cryptographie* ». Chacun sait que la fiabilité des mesures techniques ne peut être évaluée et améliorée qu'en la testant. Il est donc indispensable que soient librement menées, au sein du secteur de la recherche, des études analysant le comportement des mesures techniques et leur capacité à résister à d'éventuelles agressions. A cet effet, l'article L. 335-3-1 du CPI sanctionnant les atteintes aux mesures techniques de protection, ainsi que l'article L. 335-3-2 sanctionnant les atteintes aux mesures techniques d'information, exonèrent de responsabilité toute personne accomplissant les actes prohibés à des fins de « *recherche* ».

Dans sa décision du 27 juillet 2006⁹¹⁶, le Conseil constitutionnel a précisé que le terme « *recherche* »⁹¹⁷ devait bien « *s'entendre de la recherche scientifique en cryptographie et à condition qu'elle ne tende*

⁹¹⁵ A. Strowel et S. Dusollier, *op. cit.*, p. 18.

⁹¹⁶ Cons. const., décision du 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, préc.

⁹¹⁷ Également en matière de droits voisins au travers des articles L. 335-4-1 et L. 335-4-2 du CPI.

pas à porter préjudice aux titulaires de droits »⁹¹⁸. Le décret du 23 décembre 2006 relatif à la répression pénale de certaines atteintes portées au droit d'auteur et aux droits voisins, et qui complète le dispositif répressif de la loi en incriminant les atteintes aux mesures techniques par des moyens fournis, a tenu compte de ce cas d'exonération de responsabilité. Ainsi, de telles atteintes ne sont pas sanctionnées dès lors qu'elles « *ne portent pas préjudice aux titulaires de droits* » et qu'elles sont réalisées à des « *fins de recherche en cryptographie* »⁹¹⁹. Dans le même esprit, les atteintes portées aux mesures techniques échapperont à toutes sanctions dès lors qu'elles seront réalisées à des « *fins de sécurité informatique* ».

330. La sécurité informatique – Quel que soit le type d'atteinte portée à une mesure technique de protection ou à une mesure technique d'information, le CPI exonère de responsabilité son auteur dès lors qu'il a agi à des fins de sécurité informatique. Quelle en est la raison ? Bien qu'elles soient, en principe, chargées de protéger un contenu, un service ou un système, les mesures techniques ont leurs inconvénients. Certaines de leurs fonctions peuvent constituer un danger pour les systèmes informatiques. Il peut se passer beaucoup de choses lorsqu'une mesure technique déploie ses effets. L'utilisateur est habitué à la récolte de ses données personnelles ou à la transmission d'informations le concernant vers des serveurs lointains. Mais il se doute moins des failles de sécurité que peuvent causer les dispositifs techniques. L'affaire « *Sony-BMG* », dont les faits se sont déroulés aux États-Unis, en est une parfaite illustration⁹²⁰. Or, on ne saurait admettre que la fonction d'une mesure technique consiste à installer un logiciel espion sur les ordinateurs des utilisateurs, causant par là des failles de sécurité dans leurs systèmes. C'est la raison pour laquelle le CPI⁹²¹, dans le souci de l'amélioration de la sécurité des systèmes informatiques, réserve des cas où il peut être porté atteinte aux mesures techniques sans être sanctionné. Pour autant, des interrogations subsistent. Que recouvre la notion de sécurité informatique ? On conçoit bien qu'elle correspond à l'ensemble des moyens visant à empêcher toute atteinte à un système informatique et aux données qu'il contient. Mais il n'aurait pas été superflu d'en livrer une définition précise. D'ailleurs, cette lacune

⁹¹⁸ Il est permis de s'interroger sur la raison pour laquelle l'exonération a été circonscrite à la seule recherche en cryptographie. D'autant que la directive du 22 mai 2001 semble ne livrer qu'un exemple : la protection juridique ne doit « notamment » pas faire obstacle à la recherche sur la cryptographie. Or, il existe d'autres techniques de protection et d'information qui mériteraient d'être librement expérimentées par les chercheurs. Sur ce point, T. Maillard, *op. cit.*, p. 11.

⁹¹⁹ Cependant, des zones d'ombre demeurent. En effet, il n'est pas précisé si le fournisseur des moyens de contournement doit lui-même bénéficier de l'exonération.

⁹²⁰ *Sony BMG CD Technologies Litigation*, n° 1: 05-cv-09575, US District Court for the Southern District of New-York, 2005.

⁹²¹ Autant en matière de droit d'auteur que de droits voisins : art. L. 335-3-1, III, art. L. 335-3-2 IV, art. L. 335-4-1, III, art. L. 335-4-2, IV, art. R. 335-3 alinéa 4 et art. R. 335-4 alinéa 4 du CPI.

aurait pu provoquer la censure du Conseil constitutionnel comme ce fut le cas pour l'exonération envisagée afin de favoriser l'interopérabilité.

331. Exclusion de l'interopérabilité – Au jour de son adoption, le 30 juin 2006, la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information prévoyait un troisième cas d'exonération de responsabilité. En effet, les articles 22 et 23 de la loi exonéraient de responsabilité toute personne ayant porté atteinte à des mesures techniques « à des fins d'interopérabilité »⁹²². Cependant, cette cause d'exonération a été censurée par le Conseil constitutionnel.

De façon paradoxale, les effets de cette censure sont loin d'être ceux qu'espéraient les auteurs de la saisine. Il faut rappeler que les autorités européennes avaient fixé la date limite de la transposition au 22 décembre 2002. Mais en raison des élections présidentielles et législatives qui ont eu cours la même année en France, le législateur national accusa un important retard⁹²³. Si bien que la loi de transposition fut votée bien après l'échéance qui était imposée, dans un certain chaos qui plus est. La teneur même du projet de loi n'a cessé de varier au gré des rapports de

⁹²² Certes les Traités de l'OMPI n'évoquent pas l'interopérabilité et la directive du 22 mai 2001 n'édicte pas de règles contraignantes relatives au respect de l'interopérabilité (son considérant 54 ne fait qu'encourager à l'interopérabilité). Pourtant, cette cause d'exonération est apparue logique car elle s'inscrivait dans le cadre plus large d'un « droit à l'interopérabilité » qui permet notamment de lutter contre les logiques « propriétaires » restreignant le développement du marché, de contribuer au progrès ainsi que de favoriser l'expansion des logiciels dits libres. En effet, l'article L. 331-5 alinéa 4 du CPI énonce que « les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur. Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité dans les conditions définies au 1° de l'article L. 331-31 et à l'article L. 331-32 ». Par ailleurs suivant l'alinéa 6 de l'article L. 331-5, « les mesures techniques ne peuvent s'opposer au libre usage de l'œuvre ou de l'objet protégé dans les limites des droits prévus par le présent code, ainsi que de ceux accordés par les détenteurs de droits ». Le respect du libre usage de l'œuvre a été introduit à l'occasion d'un amendement n° 233 apporté au projet de loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. L'exposé sommaire de cet amendement explique qu'il faut « permettre aux consommateurs de pouvoir lire les œuvres achetées sur l'ensemble des formats et appareils ordinairement utilisés à cet effet. Il est nécessaire d'empêcher les mesures de protection qui ont pour effet de rendre purement et simplement illisibles les supports numériques sur un certain nombre d'appareils ». Simplement, il y a lieu de préciser que seuls les professionnels peuvent saisir la Haute Autorité au nom de l'interopérabilité. En effet, l'article L. 331-32 alinéa 1 énonce que « tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à la Haute Autorité de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à l'interopérabilité ». Saisi de la question, dans sa décision du 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel a estimé que cela ne violait pas le principe d'égalité dans la mesure où la finalité de la loi était de soumettre à la compétence d'une autorité spécifique la question des informations sensibles relatives à l'interopérabilité et insusceptibles d'être communiquées à tout quidam. De plus, les Sages ont souligné que toute personne intéressée pouvait exercer les actions nécessaires à la défense de leurs intérêts devant les juridictions compétentes (considérant 44). En tout état de cause, en amont, le simple particulier doit être informé des éventuelles incompatibilités conformément à l'article L. 331-10 du CPI.

⁹²³ Cela valut à la France une condamnation pour non-respect du délai de transposition : CJCE, 27 janvier 2005, aff. n° C-59/04, *JOCE* n° C 82 du 2 avril 2005, p. 5.

force contrebalancés du fait des changements de majorité⁹²⁴, de l'impulsion des groupes de pression⁹²⁵, ou encore des problématiques nouvelles faisant leur entrée dans les débats⁹²⁶. En raison du désordre qui régnait, certains députés ont estimé que leurs droits de parlementaires avaient été bafoués⁹²⁷. La manière dont la loi du 1^{er} août 2006 a été élaborée puis adoptée a poussé nombre d'entre eux à saisir le Conseil constitutionnel le 7 juillet 2006. Ils faisaient valoir notamment que « *la procédure législative, dont la clarté et la sincérité auraient été affectées* », était entachée d'irrégularité. Par ailleurs, ils ne cachèrent pas leur intention que par cette saisine le volet répressif de la loi soit censuré. Pourtant, la décision des Sages est loin de leur avoir été favorable. Après avoir examiné les griefs formulés par les requérants ainsi que les observations faites par le gouvernement, le 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel a rendu une décision déclarant contraires à la Constitution certaines dispositions⁹²⁸. Parmi elles, on retrouve l'exonération de responsabilité pénale faisant référence à l'« interopérabilité ». Les Sages ont considéré qu'en faisant référence à la notion d'interopérabilité, les articles 22 et 23 de la loi⁹²⁹ contrevenaient au principe de légalité des délits et des peines. Le Conseil constitutionnel a estimé que, alors même que le législateur en avait « *fait une cause d'exonération de responsabilité pénale* », celui-ci avait « *méconnu le principe de légalité des délits et des peines en ne définissant pas la notion d'interopérabilité* » dont il a fait « *un élément qui conditionne le champ d'application de la loi pénale* » et « *qu'il devait en conséquence définir en des termes clairs et précis* ». En effet, croyant bien faire, le législateur avait pris le parti de ne pas définir l'interopérabilité car une définition trop précise aurait pu avoir pour effet de rendre rapidement la disposition obsolète et d'en limiter la portée⁹³⁰. Malheureusement, cela lui en coûta la disparition

⁹²⁴ A. Lucas et P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 298.

⁹²⁵ A. Lucas et P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 299 : « L'âpreté des travaux parlementaires, l'exacerbation des revendications, le poids des lobbies, un certain électoralisme de mauvais aloi, ont fait que la construction n'a, non seulement, pas suivi de trajectoire linéaire mais encore pas trouvé de ligne directrice ».

⁹²⁶ On pense au peer-to-peer, à la licence globale, à la « riposte graduée » contrant le peer-to-peer (envoi de courriels d'avertissement, de lettres recommandées, puis sanctions financières) et aussi à l'interopérabilité.

⁹²⁷ D'ailleurs, il fut reproché au Gouvernement d'avoir porté atteinte au droit d'amendement des parlementaires. Par exemple, l'amendement n° 228 qui, à l'instigation de M. Donnedieu de Vabres, ministre de la culture et de la communication, instaurait la « riposte graduée », n'a été porté à la connaissance des députés que quelques heures avant l'ouverture des débats. V. l'intervention du député Christian Paul, 1^{re} séance du mercredi 21 décembre 2005, *JOAN CR* du 22 décembre 2005, p. 8584.

⁹²⁸ Cons. const., décision du 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, préc. – V. J.-E. Schoettl, « La propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ? (1^{re} partie) », *LPA*, 14 août 2006, p. 5 ; du même auteur, « La propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ? (suite et fin) », *LPA*, 15-16 août 2006, p. 3 – Également, V.-L. Benabou, « Patatras ! A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006, *PI*, juillet 2006, p. 240 – L. Thoumyre, « Les faces cachées de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi DADVSI », *RLDI*, octobre 2006, p. 6.

⁹²⁹ En leurs huitième et seizième alinéas respectifs.

⁹³⁰ Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, déposé sous le n° 3185 à l'Assemblée nationale et sous le n° 419 au Sénat, annexé au procès-verbal de la séance du 22 juin 2006, p. 16.

d'une solution d'équilibre, disparition que les auteurs de la saisine eux-mêmes n'avaient pas escomptée.

332. En tout état de cause, l'article L. 331-5 alinéa 7 du CPI énonce qu'il est applicable « *sans préjudice des dispositions de l'article L. 122-6-1* » relatif aux exceptions admises en matière de programme d'ordinateur. Par conséquent, à supposer qu'une mesure technique soit un logiciel, ce qui est bien souvent le cas, il reste possible de la contourner à des fins d'interopérabilité au travers de l'exception de décompilation⁹³¹, exception impérative de plus. Le Conseil d'État l'a d'ailleurs clairement affirmé : la décompilation d'une mesure technique à des fins d'interopérabilité est licite⁹³². Pour autant, le nouveau programme interopérant conçu grâce à la décompilation de la mesure technique logicielle ne saurait servir au contournement ni dévoiler la recette d'une mesure technique au point de rendre celle-ci complètement vulnérable⁹³³. A cet égard, l'article L. 331-32 alinéa 3 du CPI prévoit que le titulaire de droits de propriété intellectuelle « *sur la mesure technique [...] peut imposer au bénéficiaire de renoncer à la publication du code source et de la documentation technique de son logiciel indépendant et interopérant [...] s'il apporte la preuve que celle-ci aurait pour effet de porter gravement atteinte à la sécurité et à l'efficacité de ladite mesure technique* »⁹³⁴.

B. Les régimes parallèles de sanctions

333. Les dispositions anti-contournement issues de la directive du 22 mai 2001 ne sont pas les seules règles qui permettent de protéger les mesures techniques. D'autres fondements juridiques sont susceptibles d'être sollicités. C'est le cas de la responsabilité civile (1), de la législation contre la fraude informatique (2), de la protection juridique des services à accès conditionnel (3) ou encore de la propriété intellectuelle elle-même (4).

⁹³¹ Encore faut-il respecter les conditions strictes de l'article L. 122-6-1 IV du CPI.

⁹³² CE, 16 juillet 2008, *Association pour la promotion et la recherche en informatique libre*, JCP E 2008, II, 2377, p. 39, note J.-C. Zarka ; *RIDA*, octobre 2008, n° 218, p. 451, obs. P. Sirinelli ; JCP E 2009, II, 1918, p. 17, obs. F. Sardain ; *RTD com.* 2008, p. 750, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁹³³ En ce sens, A. Lucas et P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 330.

⁹³⁴ Par ailleurs, en vertu de l'alinéa 4 de l'article L. 331-32 du CPI, la Haute Autorité, dont l'une des principales missions est de veiller à l'interopérabilité, peut, à défaut d'accord entre les parties, émettre « une injonction prescrivant, au besoin sous astreinte, les conditions dans lesquelles le demandeur peut obtenir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité et les engagements qu'il doit respecter pour garantir l'efficacité et l'intégrité de la mesure ». mais alors que la loi ne prévoit aucune indemnisation, le Conseil constitutionnel, à l'occasion de sa décision du 27 juillet 2006, a considéré que la communication non consensuelle des informations essentielles à l'interopérabilité devra donner lieu à une indemnisation. Sinon, « ne seraient pas respectées les dispositions de l'article 17 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel : "La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité" » (considérant 41).

1. La responsabilité civile

334. Les mécanismes de droit commun peuvent toujours être sollicités même en matière d'atteinte aux mesures techniques⁹³⁵. Cela vaut pour la responsabilité délictuelle (a) comme pour la responsabilité contractuelle (b).

a. La responsabilité délictuelle

335. En vertu du principe de liberté du commerce et de l'industrie⁹³⁶, le fait pour un professionnel d'attirer la clientèle de l'un de ses concurrents est licite⁹³⁷. Néanmoins, cette liberté n'est reconnue qu'autant que les concurrents observent un comportement régulier, loyal et conforme à la déontologie de leur profession. Il peut donc être reproché le caractère déloyal du procédé utilisé afin d'attirer la clientèle d'un concurrent. Dans le domaine de la propriété industrielle, l'article 10 bis de la Convention d'Union de Paris⁹³⁸ énonce que « *constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale* ». Mais suivant la jurisprudence, au-delà des usages, il peut s'agir de pratiques contraires aux lois et aux règlements : « *la concurrence déloyale est celle qui est constitutive d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, c'est-à-dire qui résulte de pratiques contraires, soit aux lois et règlements, soit aux usages du commerce* »⁹³⁹. De façon générale, dès lors qu'un professionnel commet, à l'encontre de ses concurrents, des fautes préjudiciables remettant en cause son éthique professionnelle, il s'expose à une action en concurrence déloyale. Celle-ci n'est rien d'autre qu'une action classique en responsabilité du fait personnel sur le terrain des articles 1382 et 1383 du Code civil.

336. Il ne s'agit donc pas de défendre un droit de propriété intellectuelle mais de préserver d'une concurrence fautive un commerce de produits ou de services. A cet égard, la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de préciser que « *l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale ne constituent pas, sous des formes différentes, l'exercice du même droit et ne tendent pas aux mêmes fins. La première a pour fondement l'atteinte à un droit privatif tandis que la seconde sanctionne une faute commise à l'encontre*

⁹³⁵ Rapp. A. Latreille, « Les mécanismes de réservation et les créations multimédias », Thèse Paris XI, 1995, p. 723, n° 1711, remarquant que le droit commun est susceptible de compléter les mécanismes de la propriété intellectuelle.

⁹³⁶ Consacré par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 ainsi que l'article 1^{er} de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat dite Loi Royer.

⁹³⁷ CA Amiens, 7 mai 1974, *D.* 1975, jurispr. p. 264, note J.-C. Fourgoux.

⁹³⁸ Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883. Elle fut ratifiée par la France le 6 juin 1884.

⁹³⁹ CA Toulouse, 19 oct. 1988, *D.* 1989, jurispr. p. 290, note J.-J. Barbieri.

d'une personne qui ne peut justifier d'un droit privatif ou en tout cas qui peut justifier d'une faute distincte de l'atteinte portée à un tel droit»⁹⁴⁰. Par conséquent, l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon ne sont pas susceptibles de sanctionner les mêmes faits⁹⁴¹.

337. La concurrence déloyale résulte du comportement d'une personne, fautif en ce qu'il est contraire à la loyauté que requièrent le commerce ou l'éthique professionnelle, et qui par un lien de causalité génère un préjudice pour un tiers. Roubier a dégagé quatre types d'agissements déloyaux : les moyens de confusion, les moyens de dénigrement, la désorganisation d'une entreprise rivale et la désorganisation générale du marché⁹⁴². Néanmoins, le comportement fautif ne doit pas être figé dans une forme particulière et la classification inspirée par Roubier ne saurait constituer une liste exhaustive des moyens de la concurrence déloyale.

338. En tout état de cause, doit être considérée comme une forme de concurrence déloyale le fait qu'une personne détourne la clientèle des auteurs en commercialisant les moyens d'altérer les mesures techniques dont les oeuvres sont assorties. Ainsi, certains utilisateurs opteront pour l'usage de moyens de contournement des mesures techniques au lieu d'acquérir un exemplaire de l'œuvre.

A cet égard, les juges du fond ont eu l'occasion de condamner pour concurrence déloyale des sociétés commercialisant des logiciels dits de « déplombage », c'est-à-dire destinés à altérer les dispositifs de protection de logiciels distribués⁹⁴³. Contourner ces dispositifs de protection permet d'effectuer un nombre illimité de copies en dehors du cadre de la copie de sauvegarde. Les fournisseurs de logiciels de « déplombage » représentent sans nul doute des concurrents pour les auteurs des logiciels copiés : les premiers visent la même clientèle que les seconds puisque les utilisateurs de logiciels de « déplombage » sont ceux-là mêmes qui, au lieu d'acquérir un exemplaire du logiciel distribué, préfèrent s'en procurer des copies. Il en résulte un préjudice considérable pour les auteurs des logiciels dupliqués dans la mesure où leur clientèle est ainsi détournée. Sans compter qu'une fois la défense technique du logiciel évincée, ce sont autant de copies sans protection qui se multiplient. Dès lors, le risque de confusion devient bien réel : les utilisateurs « moyennement avisés » sont susceptibles de devenir les victimes indirectes de ces

⁹⁴⁰ CA Paris, 14 mai 2003, *JCP E* 2003, 1627, p. 1864, obs. C. Caron et G. Decocq.

⁹⁴¹ De même, l'action en responsabilité pour parasitisme ne peut être fondée sur les mêmes faits que ceux retenus au titre de l'action en contrefaçon : Cass. com, 1^{re} juillet 2008, *Juris-Data* 2008-044704, *Propri. industr.*, novembre 2008, comm. 91, p. 43, note J. Schmidt-Szalewski.

⁹⁴² P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952, p. 505.

⁹⁴³ CA Paris, 20 octobre 1988, *JCP E* 1990, II, 15751, p. 267, n° 6, obs. M. Vivant et A. Lucas ; *JCP G* 1989, II, 21188, note X. Linant de Bellefonds

contrefaçons, pensant avoir acquis un exemplaire original, alors qu'il s'agit, en réalité, d'une copie contrefaisante.

De façon analogue, la personne commercialisant des moyens d'altération de mesures techniques adjointes à une œuvre autre qu'un logiciel s'expose à une action en concurrence déloyale. Il est évident que lorsque de tels moyens ont pour objectif la contrefaçon d'une œuvre, leurs fournisseurs opèrent un détournement de la clientèle des créateurs.

339. Qui plus est, de tels agissements pourraient être qualifiés de parasitisme économique. Il s'agit d'une forme de concurrence déloyale qui n'existe pas forcément entre concurrents et ne nécessite point de créer un risque de confusion dans l'esprit du public pour être sanctionnée⁹⁴⁴. Le parasitisme économique est défini comme « *l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire* »⁹⁴⁵. Or, le commerce de moyens d'altération n'aurait pas autant de succès sans l'existence des mesures techniques associées aux œuvres. Il est certain que les fournisseurs de moyens de contournement profitent illégitimement des importants investissements intellectuels et financiers des fabricants de mesures techniques et indirectement de ceux des titulaires de droits. Le parasitisme économique devrait aussi être de mise lorsqu'une entreprise, afin de concevoir ou de fabriquer des moyens de contournement, exploite illicitement le savoir-faire pourtant tenu secret par le fabricant des mesures techniques⁹⁴⁶.

b. La responsabilité contractuelle

340. Indépendamment de leur rattachement au droit d'auteur, et au-delà du régime spécifique de protection issu de la directive du 22 mai 2001, les mesures techniques sont naturellement susceptibles d'être protégées au travers de la responsabilité contractuelle⁹⁴⁷. Que ce soit à l'occasion de la vente d'un exemplaire ou d'une prestation de service en ligne offrant ce que la doctrine appelle une licence d'utilisation, le contrat est à même de contenir une clause mettant à la charge de l'utilisateur l'obligation de ne pas contourner les mesures techniques de protection

⁹⁴⁴ CA Toulouse, 19 oct. 1988, *D.* 1989, jurispr. p. 290, note. J.-J. Barbieri.

⁹⁴⁵ Cass. com. 26 janvier 1999, *D.* 2000, Jurispr. p. 87, note Y. Serra.

⁹⁴⁶ En ce sens, CA Versailles, 9 octobre 2003, *Juris-Data* n° 2003-231297 – Cass. com., 1^{er} juillet 2003, *Juris-Data* n° 2003-019887.

⁹⁴⁷ Rappr. A. Latreille, Thèse préc., p. 733, n° 1735, envisageant la responsabilité contractuelle comme solution externe à la propriété littéraire et artistique.

et de ne pas altérer les informations relatives au régime des droits associées à l'oeuvre. La violation de cette obligation engagera alors sa responsabilité contractuelle.

341. Encore faut-il que le contrat tienne compte des équilibres impératifs marquant le droit d'auteur⁹⁴⁸. En effet, il serait dangereux que le contrat tende à protéger des mesures techniques de protection dans l'hypothèse où celles-ci serviraient à restreindre l'accès à une oeuvre tombée dans le domaine public. Il n'y a aucune raison que le contrat et les mesures techniques s'emploient à prolonger artificiellement la durée du monopole des auteurs au-delà de ce qu'exprime la loi. Aussi, de même que cela mérite de s'imposer à la concurrence déloyale⁹⁴⁹, le contrat et les mesures techniques de protection ne doivent pas constituer le moyen de maintenir indéfiniment sur une création non protégée des effets semblables à ceux que produirait un droit privatif. Là où fléchit le droit d'auteur, les mesures techniques – dont la protection est subordonnée à l'existence d'un objet protégé par un droit privatif – doivent fléchir aussi. Dans le même esprit, la protection des mesures techniques par le contrat ne peut se faire au mépris des exceptions au droit d'auteur. Celles-ci sont d'ordre public comme semble l'indiquer l'article L. 122-5 du CPI. Il ne serait donc pas possible d'y déroger par contrat. Par suite, l'interdiction de contourner les mesures techniques stipulées dans la convention ne saurait avoir pour effet d'empêcher le bénéfice effectif des dérogations légales au droit d'auteur. Une telle clause devrait être réputée non écrite. Il faut garder à l'esprit que sur les réseaux les oeuvres sont essentiellement mises à disposition des utilisateurs au travers de contrats d'adhésion ne leur offrant aucune possibilité de négociation. Ce contexte contractuel impose de les protéger particulièrement, notamment en conférant une valeur impérative aux exceptions et en garantissant ainsi leur pleine effectivité.

342. Par ailleurs, on pourrait même imaginer une clause exonérant de responsabilité l'utilisateur qui contourne une mesure technique de protection uniquement en vue de mettre en oeuvre une exception. Dans la pratique, les titulaires de droits ne prendront pas le risque d'insérer une telle disposition, estimant que les utilisateurs tenteront toujours de justifier leurs actes, même illicites, par le prétendu bénéfice des exceptions au droit d'auteur. Certes, l'idée d'une clause exonératoire fondée sur le bénéfice d'une exception au droit d'auteur vient heurter le principe selon lequel le contournement des mesures techniques doit être sanctionné en tant que tel, quelles

⁹⁴⁸ En ce sens, C. Caron, « Brèves observations sur la protection des mesures techniques par le droit civil », *in Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du congrès de l'ALAI des 13-17 juin 2001, New-York, ALAI-USA, 2002, p. 194.

⁹⁴⁹ En ce sens, J. Passa, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.* 2000, chron. p. 297.

que soient les motivations de son auteur, et même si aucune atteinte à un droit de propriété littéraire et artistique n'est caractérisée. Mais l'existence d'une telle clause ne devrait pas choquer. A considérer que la protection juridique des mesures techniques n'a de sens pour autant qu'elle concourt à la mise en œuvre du droit d'auteur, une clause d'irresponsabilité fondée sur les exceptions devrait pouvoir être admise puisque le droit d'auteur s'efface devant elles.

343. Reste à soulever une dernière difficulté tenant au fait que les mesures techniques de protection ne font pas la différence entre les actes interdits par la loi ou les titulaires de droits et les actes susceptibles d'être permis au travers du bénéfice des exceptions au droit d'auteur. Ce n'est que dans le meilleur des cas que les titulaires de droits recourent « à des mesures techniques qui sont compatibles avec les exceptions »⁹⁵⁰. La plupart du temps, les mesures techniques entravent *ex ante* l'exercice légitime des exceptions. Afin de résoudre ce problème, l'article 6 paragraphe 4 de la directive du 22 mai 2001 instaure un régime de préservation des dérogations au droit d'auteur basé sur le modèle de la régulation. Toutefois, ce régime ne privilégie pas toutes les exceptions. Le caractère mitigé de la solution remet en cause l'affirmation soutenue jusqu'alors que les exceptions, dans leur quasi-totalité, sont impératives. La remise en cause de la valeur impérative des exceptions est encore plus franche dans le cadre des services à la demande puisque l'article L. 331-8 du CPI, conformément à l'article 6 paragraphe 4 de la directive, prévoit que la préservation des exceptions ne concerne pas les œuvres mises à la disposition du public selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit.

2. La fraude informatique

344. Depuis la loi n° 88-19 du 5 janvier 1988, dite Loi Godfrain, la fraude informatique fait l'objet d'une répression en droit interne⁹⁵¹. La fraude informatique peut être définie comme « l'ensemble des agissements intéressant l'informatique qu'on peut a priori tenir pour répréhensibles »⁹⁵². Ces agissements sont divers et variés : il peut s'agir d'accès et de maintien indu dans un système⁹⁵³, de

⁹⁵⁰ Considérant 52 de la directive du 22 mai 2001. Ainsi, un dispositif de protection limitant à une reproduction le nombre de copies n'est pas incompatible avec l'exception de copie privée.

⁹⁵¹ Sur la plan international, la fraude informatique fait aussi l'objet d'une répression au travers de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001, *STE* n° 185.

⁹⁵² M. Vivant (dir.), *Lamy Droit du numérique*, Wolters Kluwer France, 2012, p. 1905, n° 2942.

⁹⁵³ V. J. Devèze, « Chronique – Droit pénal des affaires », *JCP E* 1988, II, 15122, p. 125, indiquant que la notion de « situation indu dans un système » recouvre deux types d'actes : l'accès frauduleux dans toute ou partie d'un système et le maintien frauduleux dans un système.

manipulations et d'altérations de données ou de programmes, d'utilisations abusives d'informations, ou encore de sabotages informatiques. Or, dans la plupart des cas, l'altération des mesures techniques est susceptible d'être qualifiée de fraude informatique : soit que le dispositif technique protégeant la ou les œuvres est le même que celui qui défend le système et que toute atteinte à ce système implique fatalement celle de la défense technique ; soit que l'altération du dispositif technique protégeant les créations suppose, au préalable, un accès ou un maintien frauduleux dans ledit système. La notion de système de traitement automatisés de données, bien qu'elle ne soit pas définie légalement, doit pouvoir inclure les réseaux mais pas les supports tels que les CD ou les DVD⁹⁵⁴.

345. En vertu de l'article 323-1 du Code pénal, « *le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

Sont plus sévèrement punis « *le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données* »⁹⁵⁵ ou « *le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé ou de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient* »⁹⁵⁶. La loi commine une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende pour chacun de ces agissements⁹⁵⁷.

Outre un élément matériel de l'infraction qui consiste en un accès ou en un maintien frauduleux dans un système, il est requis un élément intentionnel. Ne sont sanctionnés que les accès et maintiens accomplis « *frauduleusement* ». C'est dire que l'auteur de l'infraction doit avoir agi en connaissance de cause, conscient du caractère illicite de ses agissements. Plus précisément, il

⁹⁵⁴ La loi ne donne pas de définition précise du système de traitement automatisé de données afin d'éviter que les textes deviennent obsolètes. Pourtant, la notion fut précisée lors des travaux parlementaires par le rapporteur du projet de loi Godfrain devant le Sénat, M. Thyraud. Selon lui, il faut entendre par système de traitement automatisé de données « tout ensemble composé d'une ou plusieurs unités de traitement, de mémoires, de logiciels, de données, d'organes entrées-sorties, et de liaisons qui concourent à un résultat déterminé ». Il faut souligner la pertinence de cette définition compréhensive qui tend à inclure tous les systèmes informatiques et notamment les réseaux. Dans de nombreux cas, l'Internet est le lieu privilégié des atteintes portées aux mesures techniques adjointes aux œuvres.

⁹⁵⁵ Article 323-2 du Code pénal.

⁹⁵⁶ Article 323-3 du Code pénal.

⁹⁵⁷ La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a alourdi l'ensemble des peines prévues en matière de fraude informatique.

doit avoir pénétré ou s'être maintenu dans le système en sachant ne pas y avoir droit⁹⁵⁸. Selon les juges du fond « l'absence de droit résulte de l'absence d'autorisation expresse du maître du système »⁹⁵⁹. En revanche, dans la mesure où le délit est caractérisé dès lors qu'il y a accès ou maintien frauduleux, point besoin n'est de constater une intention de nuire.

346. Afin d'étendre le champ de la répression, la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a introduit au sein du Code pénal un article 323-3-1 prohibant les actes préalables à la fraude informatique. Ainsi « *le fait, sans motif légitime, d'importer, de détenir, d'offrir, de céder ou de mettre à disposition un équipement, un instrument, un programme informatique ou toute donnée conçus ou spécialement adaptés pour commettre une ou plusieurs des infractions prévues par les articles 323-1 à 323-3 est puni des peines prévues respectivement pour l'infraction elle-même ou pour l'infraction la plus sévèrement réprimée* ».

Bien qu'elle puisse poser des difficultés probatoires – dans la mesure où il faudra démontrer que le présumé fraudeur agissait en connaissance de cause – la répression de la fraude informatique offre une protection bien plus étendue que la protection juridique des mesures techniques instaurée aux articles L. 331-5 et suivants du CPI. D'une part, les systèmes de traitement de données informatisés ne sont pas soumis à l'exigence d'une protection « efficace »⁹⁶⁰. Ainsi, le fraudeur ne peut se prévaloir de ce que le système est mal protégé afin d'être exonéré de responsabilité⁹⁶¹. D'autre part, l'existence d'un droit de propriété intellectuelle est indifférente et seule compte l'atteinte à un système de traitement de données automatisé. Le seul fait de s'introduire dans le système sans autorisation est passible de sanction. Peu importe d'ailleurs le résultat ou que s'ensuive une altération dudit système ou d'un dispositif technique le

⁹⁵⁸ CA Paris, 5 avril 1994, *Juris-Data* n° 1994-021093 ; *JCP E* 1995, I, 461, p. 207, obs. M. Vivant et C. Le Stanc.

⁹⁵⁹ CA Toulouse, 21 janvier 1999, *Juris-Data* n° 1999-040054.

⁹⁶⁰ Toutefois, l'article L. 226-17 du Code pénal, instauré par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, énonce que « le fait de procéder ou de faire procéder à un traitement de données à caractère personnel sans mettre en œuvre les mesures prescrites à l'article 34 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précité est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende ». L'article 34 en question prévoit que « le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès ». Suivant la jurisprudence, l'inobservation par la victime de l'obligation imposée par l'article L. 226-17 du Code pénal ne suffit pas à exonérer le prétendu fraudeur de sa responsabilité pénale. En revanche, la négligence de la victime ne lui permet pas de se prévaloir d'un préjudice indemnisable en lieu et place des personnes qui ont véritablement subi une violation de leur vie privée : TGI Paris, 13 février 2002, *CCE*, mai 2002, p. 31, comm. 72, note L. Grynbaum.

⁹⁶¹ TGI Paris, 25 février 2000, *D. Affaires* 2000, p. 219, obs. X. Delpech ; *D.* 2000, inf. rap. p. 99 – TGI Paris, 13 février 2002, *CCE*, mai 2002, p. 31, comm. 72, note L. Grynbaum – TGI Paris, 2 juin 2006, *D.* 2007, p. 1998, obs. C. Le Stanc.

protégeant⁹⁶². En tout état de cause, la fraude informatique sera sanctionnée, fût-elle motivée par l'exercice légitime d'une exception au droit d'auteur.

3. L'atteinte à une mesure technique dans le cadre d'un service à accès conditionnel

347. Il existe une protection juridique des mesures techniques spécifique aux services à accès conditionnel dont l'objectif immédiat n'est pas de protéger les œuvres. Les services à accès conditionnel sont des services de communication audiovisuelle ou des services en ligne dont l'accès est autorisé individuellement moyennant paiement. Aussi, ce sont les services payants qui sont immédiatement protégés par les mesures techniques, peu importe qu'ils comportent des œuvres protégées ou non.

348. Déjà, le droit interne, au travers de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication⁹⁶³, est venu réprimer les atteintes aux services de communication audiovisuelle à accès conditionnel. Au regard de l'article 79-1, « *sont punies de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende la fabrication, l'importation en vue de la vente ou de la location, l'offre à la vente, la détention en vue de la vente, la vente ou l'installation d'un équipement, matériel, dispositif ou instrument conçu, en tout ou partie, pour capter frauduleusement des programmes télédiffusés, lorsque ces programmes sont réservés à un public déterminé qui y accède moyennant une rémunération versée à l'exploitant du service* ».

En outre, la loi commine d'une peine d'un an de prison et d'une amende de 15 000 euros « *le fait de commander, de concevoir, d'organiser ou de diffuser une publicité faisant, directement ou indirectement, la promotion d'un équipement, matériel, dispositif ou instrument mentionné à l'article 79-1* »⁹⁶⁴. Six mois de prison et 7500 euros d'amende sanctionnent le fait d'organiser la réception des programmes par des tiers en fraude des droits de l'exploitant du service⁹⁶⁵. Le simple utilisateur n'est pas épargné puisque, suivant l'article 79-4 de la loi, est punie de 7500 euros d'amende⁹⁶⁶, l'acquisition ou la

⁹⁶² CA Paris, 5 avril 1994, *Juris-Data* n° 1994-021093 ; *JCP E* 1995, I, 461, p. 207, obs. M. Vivant et C. Le Stanc – CA Toulouse, 21 janvier 1999, *Juris-Data* n° 1999-040054.

⁹⁶³ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *JO* du 1^{er} octobre 1986, p. 11755.

⁹⁶⁴ Article 79-2 de la loi du 30 septembre 1986 – V. Cass. crim., 8 mars 2005, *CCE*, mai 2005, comm. 88, note L. Grynbaum, sanctionnant sur le fondement de l'article 79-2 de la loi du 30 septembre 1986 l'éditeur d'un site fournissant les moyens d'accéder gratuitement aux programmes payants d'une chaîne de télévision.

⁹⁶⁵ Article 79-3 de la loi du 30 septembre 1986.

⁹⁶⁶ Des peines complémentaires sont prévues aux articles 79-5 et 79-6 de la loi du 30 septembre 1986 telles que des confiscations ou saisies.

détention, en vue de son utilisation, d'un équipement, matériel, dispositif ou instrument mentionné à l'article 79-1.

349. Au-delà du droit interne, la directive n° 98/84/CE du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel⁹⁶⁷ est intervenue pour imposer aux États membres d'établir une protection juridique des mesures techniques⁹⁶⁸ associées à un service à accès conditionnel : « *il semble nécessaire de faire en sorte que les États membres fournissent une protection juridique contre la mise sur le marché, en vue d'un profit économique direct ou indirect, d'un dispositif illicite qui rende possible ou plus facile de contourner, sans y être autorisé, toute mesure technique prise pour protéger la rémunération d'un service fourni en toute légalité* »⁹⁶⁹. En vertu de l'article 4 de l'instrument européen, sont considérées comme illicites certaines activités : la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location, la détention, l'installation, l'entretien, ou le remplacement à des fins commerciales de dispositifs permettant l'accès à un service protégé sans autorisation⁹⁷⁰. Est également prohibé le recours aux communications commerciales pour promouvoir les dispositifs illicites.

350. Seuls les services de communication audiovisuelle et services de la société de l'information sont concernés⁹⁷¹. Il peut s'agir de services de radiodiffusion télévisuelle, de radiodiffusion sonore, ou encore d'autres services de la société de l'information tels que définis par la directive du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques⁹⁷². En outre, force est de constater que le champ

⁹⁶⁷ Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 novembre 1998, concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, *JOCE* n° L 320 du 28 novembre 1998, p. 54 (cette directive sera désignée par l'appellation « directive du 20 novembre 1998 » au cours de cette étude) – Par ailleurs, le Conseil de l'Europe a adopté une Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel (*STE* n° 178, 24 janvier 2001). Cette Convention reprend en des termes similaires la directive. mais son objectif est d'offrir aux services payants audiovisuels ou en ligne une protection juridique contre toute captation illicite au niveau européen, celui-ci étant entendu largement (c'est-à-dire au-delà de l'Union européenne).

⁹⁶⁸ L'article 2 b) de la directive du 20 novembre 1998 postule que l'accès conditionnel correspond à « toute mesure et/ou tout dispositif techniques subordonnant l'accès à un service protégé sous une forme intelligible à une autorisation individuelle préalable ». La généralité de la formule démontre une certaine neutralité technologique et garantit l'adaptation de la disposition aux évolutions technologiques. Partant peuvent correspondre à ces mesures ou dispositifs techniques le cryptage, le brouillage ou encore les codes d'accès.

⁹⁶⁹ Considérant 13 de la directive du 20 novembre 1998.

⁹⁷⁰ L'article 2 e) de la directive du 20 novembre 1998 postule qu'est un dispositif illicite, tout équipement ou logiciel conçu ou adapté pour permettre l'accès à un service protégé sous une forme intelligible sans l'autorisation du prestataire de services.

⁹⁷¹ Les supports ne sont pas concernés.

⁹⁷² Directive n° 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *JOCE* n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 37. Cette directive sera désignée par l'appellation « directive du 22 juin 1998 » au cours de cette étude. La directive du 22 juin 1998 fut modifiée par la directive n° 98/48/CE du 20 juillet 1998,

d'application de la protection européenne n'est pas contraignant pour le simple utilisateur. En effet, ce n'est pas l'acte de contournement qui est sanctionné mais seulement les activités entreprises à des fins commerciales. L'offre gratuite de dispositifs illicites n'est donc pas sanctionnée⁹⁷³, de même que ne sont pas interdites la simple possession ou la fabrication à des fins personnelles d'un dispositif illicite. Cela tend à fragiliser considérablement la protection établie.

351. Dans la mesure où le considérant 21 de la directive du 20 novembre 1998 postule que son application ne porte pas atteinte « *aux règles communautaires [...] en matière de propriété intellectuelle* », se pose nécessairement la question de l'articulation des directives applicables. Un exemple frappant est celui de la base de données en ligne. Dès lors que l'accès à la base électronique sera protégé par une mesure technique, trouveront à s'appliquer tant la directive du 20 novembre 1998 que la directive du 22 mai 2001 puisque l'on sera aussi bien en présence d'un service à accès conditionnel que d'une œuvre protégée⁹⁷⁴.

352. En droit interne, les dispositions européennes n'ont pas fait l'objet d'une loi de transposition particulière. Le législateur français a estimé qu'il était déjà satisfait déjà aux exigences de la directive. Par ailleurs, l'article L. 331-5 du CPI énonce clairement que n'est pas remise en cause la protection juridique résultant de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication⁹⁷⁵. Il en résulte une protection très étendue⁹⁷⁶. D'une part, le texte

JOCE n° L 217 du 5 août 1998, p. 18. Cette directive sera désignée par l'appellation « directive du 20 juillet 1998 » au cours de cette étude. Selon l'article 1^{er} paragraphe 2 de la directive du 20 juillet 1998, il faut entendre par « service » de la société de l'information, tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services. L'expression « à distance » signifie que le service est fourni sans que les parties soient simultanément présentes. La formule « par voie électronique » s'entend du service envoyé à l'origine et reçu à destination grâce à des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est totalement transmis par fils, par radio, par fibre optique ou autres moyens électromagnétiques. L'Internet répond parfaitement à ce critère. Enfin, « à la demande individuelle d'un destinataire de services » exprime le fait que le service est fourni par transmission de données sur demande individuelle. Ainsi constituent des services de la société de l'information, un service d'accès à une base de données en ligne, un service de vidéo ou d'audio à la demande, un service de lecture en ligne : *infra* n° 535.

⁹⁷³ Ainsi, la publication d'une clé de décryptage sur une page Internet à des fins non commerciales n'est pas répréhensible.

⁹⁷⁴ En ce sens, A. Strowel et S. Dusollier, « La protection légale des systèmes techniques : analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparative », *PI*, octobre 2001, p. 19.

⁹⁷⁵ Notamment, l'alinéa 3 de l'article L. 331-5 du CPI aurait pu remettre en cause les techniques de protection des programmes télévisés cryptés dans la mesure où il exclut de la définition des mesures techniques, le protocole, le format, la méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation, aurait pu remettre en cause les techniques de protection des programmes télévisés cryptés.

⁹⁷⁶ Cependant, la directive du 20 novembre 1998 et la directive du 22 mai 2001 doivent être considérées comme complémentaires. Notamment, le considérant 21 de la directive du 20 novembre 1998 postule que celle-ci « ne porte pas atteinte à l'application de dispositions nationales qui peuvent interdire la détention de dispositifs

français va plus loin que la directive du 20 novembre 1988. En effet, l'article 79-4 de la loi du 30 septembre 1986 interdit l'acquisition et la détention en vue de son utilisation d'un moyen de contournement. La solution est dissuasive pour l'utilisateur puisqu'il n'est pas nécessaire qu'une altération de la mesure technique ait bien eu lieu. D'autre part, la protection juridique prévue par la loi relative à la liberté de communication, suivant en cela l'économie de la directive, est susceptible d'application indépendamment de l'existence d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin. Si bien que nul ne peut invoquer la mise en œuvre d'une exception au droit d'auteur pour contourner le dispositif de protection.

4. La propriété intellectuelle : la contrefaçon de mesures techniques

353. La contrefaçon correspond à l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Plus précisément, il peut s'agir de l'exploitation non autorisée d'un objet de propriété industrielle comme celle d'un objet de propriété littéraire et artistique. Suivant l'article L. 335-2 du CPI, « *toute contrefaçon est un délit* ». Mais ce délit engage tant la responsabilité pénale que la responsabilité civile de son auteur. L'auteur du délit de contrefaçon s'expose à une action en contrefaçon. Il n'est pas exclu qu'une mesure technique remplisse tous les critères pour répondre à la qualification d'œuvre ou soit une invention brevetée⁹⁷⁷.

En effet, il n'est pas rare qu'une mesure technique prenne la forme d'un programme d'ordinateur et nombre d'altérations procèdent de reproductions non autorisées de ces protections logicielles⁹⁷⁸. Or, est constitutive d'une contrefaçon toute exploitation non autorisée d'une mesure technique que celle-ci corresponde à une œuvre ou à une invention. Et quand bien même la mesure technique ne serait pas une œuvre, son altération aboutit bien souvent à l'exploitation non autorisée d'un objet de droit d'auteur ou de droit voisin.

354. En matière d'œuvres, l'auteur de l'altération d'une mesure technique est souvent exposé à plusieurs griefs : celui de l'atteinte à une mesure technique et celui de la contrefaçon. L'enchevêtrement des régimes de protection – celui de la mesure technique et celui de l'œuvre –

illicites à des fins privées, ni à l'application des règles communautaires en matière de concurrence et de propriété intellectuelle ».

⁹⁷⁷ Cons. const., décision du 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, préc.

⁹⁷⁸ S. Dusollier, « Les protections techniques vues dans un contexte juridique plus large », in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, New-York, ALAI-USA, 2002, p. 172.

est source de complexité. Outre le fait que le cumul réel d'infractions soit une première difficulté, lorsqu'une atteinte est portée à une mesure technique logicielle, son auteur peut agir au titre de la contrefaçon alors que le titulaire des droits sur l'œuvre protégée par la mesure technique est le seul à pouvoir invoquer la protection juridique telle qu'issue de la directive du 22 mai 2001⁹⁷⁹. En tout état de cause, les titulaires de droits sur les œuvres protégées par la technique devraient aussi avoir un intérêt légitime à agir⁹⁸⁰. Par ailleurs, dès lors que la mesure technique est un logiciel, son contournement constitue bien souvent une contrefaçon car il implique des actes de reproductions illicites. Ce qui n'est pas le cas de la simple commercialisation des moyens de contournement.

355. Même si la mesure technique est une invention brevetée, le contournement par un simple utilisateur ne peut être sanctionné sur le terrain de la contrefaçon de brevet car les droits conférés par celui-ci ne s'appliquent pas « *aux actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales* »⁹⁸¹. En outre, si le droit des brevets interdit la fourniture des moyens de mise en œuvre de l'invention brevetée⁹⁸², il n'interdit en aucune façon la fabrication et la commercialisation des moyens de contournement d'une mesure technique brevetée. Sont susceptibles de recevoir une sanction au titre de la contrefaçon uniquement la fabrication, l'utilisation à des fins industrielles, l'importation ou la commercialisation de la mesure technique brevetée⁹⁸³.

⁹⁷⁹ En ce sens, A. Latreille et T. Maillard, « Mesures techniques de protection et d'information », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1660, mis à jour au 19 avril 2011, p. 27, n° 138 – T. Maillard, « Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information », *D.* 2006, p. 2177 – C. Colin, Thèse préc., p. 304, n° 509.

⁹⁸⁰ En ce sens, S. Dusollier, *op. cit.*, p. 183.

⁹⁸¹ Article L. 613-5 du CPI – De même, en vertu de cette disposition, les actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée ne relève pas du droit exclusif d'exploitation.

⁹⁸² Article L. 613-4 du CPI.

⁹⁸³ Conformément à l'article L. 613-3 du CPI.

Conclusion de la Section II

356. Afin de ne pas fragiliser l'aide apportée par la technique au droit, le législateur européen a choisi d'interdire le contournement des mesures techniques, de sorte qu'il n'est même pas permis de justifier un tel acte par l'intention de mettre en œuvre une exception au droit d'auteur. Il en résulte en droit interne un dispositif certainement incompréhensible pour le profane tant le discours législatif est antinomique. D'un côté, la loi semble ne pas permettre à l'auteur d'interdire certains usages de l'œuvre alors que, de l'autre côté, elle lui permet d'empêcher tous les actes qu'il ne souhaite pas autoriser au moyen de dispositifs. Mais, en définitive, c'est bien la primauté des mesures techniques par rapport aux exceptions qui est consacrée. Incontestablement, cela donne l'impression d'une protection hypertrophiée des systèmes techniques, et par voie de conséquence, des œuvres.

357. Ce sentiment de surprotection est d'autant plus fort que les atteintes aux mesures techniques sont susceptibles d'être sanctionnées sur plusieurs terrains. Outre le régime répressif établi par la loi du 1^{er} août 2006, les régimes parallèles de sanction ne manquent pas. La responsabilité civile, la fraude informatique et la propriété intellectuelle elle-même peuvent être sollicitées pour sanctionner les auteurs des atteintes aux mesures techniques. Devant un tel arsenal juridique, la transposition de la directive n'était peut-être pas indispensable. En effet, un État membre peut choisir de ne pas transposer une directive s'il considère que sa législation interne satisfait déjà aux objectifs du droit de l'Union européenne⁹⁸⁴. Or, il faut bien admettre que le régime de protection des mesures techniques semble surtout profiter aux exploitants. En témoigne l'article L. 131-9 du CPI qui confère « au producteur » la faculté de recourir seul aux mesures techniques. Et le fait que les dispositifs servent à empêcher tous les actes non autorisés par les titulaires de droits montrent bien que l'objet de la protection technique ne se limite pas à l'œuvre. S'il était question, en réalité, de protéger les intérêts des exploitants offrant de mettre à disposition des œuvres sur les réseaux, la législation interne sur les services à accès conditionnel semblait amplement suffire⁹⁸⁵. La loi du 30 septembre 1986 applicable aux services de la société de l'information instaure un régime de sanction suffisamment strict à l'égard des atteintes aux mesures techniques protégeant des services à accès conditionnel impliquant des œuvres ou non.

⁹⁸⁴ V.-L. Benabou, « La transposition des directives en droit interne : l'exemple du droit d'auteur », *Legicom*, 1/2004, p. 27.

⁹⁸⁵ En ce sens, C. Colin, Thèse préc., p. 332.

Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler que la simple détention par un utilisateur d'un moyen de contournement est passible d'une amende.

Conclusion du Chapitre I

358. Les mesures techniques sont juridiquement protégées pour autant qu'elles sont vouées à protéger une oeuvre. On pourrait alors penser que la protection juridique des systèmes techniques dépend de la protection juridique de l'oeuvre. Mais il n'en est rien. Le contenu des prérogatives de l'auteur sur l'oeuvre n'a aucune influence sur le régime de protection des mesures techniques. Les dispositifs ne doivent pas être contournés même s'il s'agit de mettre en oeuvre une exception au droit d'auteur.

359. L'étendue du nouveau pouvoir d'exclusion dans les mains des titulaires de droits dépasse de très loin celle de leur monopole juridique. Et si ce nouveau pouvoir constitue une situation juridique objective lorsqu'il est dispersé entre les différents ayants droit, il se mue en un « quasi-droit voisin » lorsqu'il est concentré dans les mains du seul « producteur ». En effet, en vertu de l'article L. 131-9 du CPI, l'exploitant est seul investi de la faculté de recourir aux mesures techniques tandis que l'auteur doit obtenir le consentement des autres titulaires de droit. Force est d'admettre que, au sein d'un tel dispositif, l'exploitant occupe une place de choix. Le régime juridique des mesures techniques semble même être « taillé sur mesure » pour lui. Puisque les dispositifs de protection sont destinés à empêcher non seulement les actes ressortissant au monopole juridique mais aussi tout autre acte ne relevant d'aucun droit de propriété littéraire et artistique, ils sont un moyen utile pour l'exploitant de sécuriser et de viabiliser dans l'environnement numérique ses services de mise à disposition des oeuvres.

Chapitre II – Les fondements des mesures techniques

360. C'est au nom de la protection des œuvres dans l'environnement numérique que les titulaires de droits recourent aux mesures techniques. Ils espèrent ainsi qu'un fait purement technique – l'apposition de systèmes sur les supports ou vecteurs des œuvres – sécurise matériellement l'exclusivité juridique dont ils disposent sur leur bien. Quoi de plus normal pour ceux dont nul ne peut contester la qualité de propriétaires car le droit d'auteur reste un droit de propriété. Dès lors les dispositifs de protection pourraient être considérés comme une manifestation du droit de clore, mécanisme bien connu du droit commun des biens (Section I). Mais tout n'est pas si simple car les barrières technologiques déploient leurs effets au-delà de l'exclusivité juridique légalement accordée au titre du droit de propriété intellectuelle. Le droit de clore apparaît alors comme un fondement imparfait. Et le caractère spécial du droit d'auteur par rapport au droit commun de la propriété n'explique pas davantage la digression de la technique. En effet, les attributs spécifiques du droit d'auteur ne semblent pas suffire à fonder les mesures techniques de protection telles que définies à l'article L. 331-5 du CPI (Section II).

Section I – Les fondements des mesures techniques à l'aune du droit commun de la propriété

361. Dans la mesure où le droit d'auteur est un droit de propriété, l'analogie entre une mesure technique de protection et une clôture est séduisante (Paragraphe I). Néanmoins, elle doit être exclue car les effets des barrières technologiques sont sans commune mesure avec ceux des barrières traditionnelles (Paragraphe II).

Paragraphe I - La tentation de l'analogie entre le recours aux mesures techniques et le droit de clore

362. **Droit de propriété et droit de clore** – Le droit d'auteur est avant tout un droit de propriété⁹⁸⁶, ce que confirme le législateur européen⁹⁸⁷. Certes, on relèvera toujours que la propriété intellectuelle est une propriété spéciale⁹⁸⁸ mais cette forme de propriété a été inspirée par le modèle de la propriété classique⁹⁸⁹. D'ailleurs, la filiation qui existe entre l'action en contrefaçon et l'action en revendication devrait aider à convaincre que le droit d'auteur est bien un droit de propriété⁹⁹⁰. Rien n'empêche alors de faire appel aux mécanismes du droit commun

⁹⁸⁶ En ce sens, G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 199, n° 80, selon lequel la propriété intellectuelle a « tous les caractères du droit de propriété : l'exclusivisme, l'opposabilité absolue, la cessibilité. Seul l'usage n'est pas le même ; mais l'usage dans la propriété des biens corporels varie suivant la chose qui est l'objet du droit. Il n'est donc pas étonnant qu'une propriété incorporelle ne se manifeste pas par le même usage qu'une propriété corporelle » – L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1932, p. 785, n° 1515 – H. Desbois, « La conception française du droit moral de l'auteur », *in Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant, 1963, p. 520 – C. Caron, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 162, p. 1626 – F. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 312 : « contester que la propriété puisse porter sur des biens immatériels devient de plus en plus un combat d'arrière-garde » – B. Parance, *La possession des biens incorporels*, Thèse Paris I, LGDJ, 2008, p. 35 – Également, F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, Thèse Paris I, Economica, 2007, p. 183, n° 168 – Comp. L. Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle », *RIDA*, juillet 2005, n° 205, p. 117.

⁹⁸⁷ Considérant 9 de la directive du 22 mai 2001 : « La propriété intellectuelle a donc été reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété ».

⁹⁸⁸ P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969 – J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ, 2^e éd., 2009, p. 12, n° 11 – V. F. POLLAUD-DULIAN, p. 45, n° 58, relevant l'aspect moral du droit d'auteur.

⁹⁸⁹ En ce sens, M.-A. Hermitte, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation – L'exemple des droits intellectuels », *in La Jurisprudence, Archives de philosophie du droit*, t. 30, Sirey, 1985, p. 335.

⁹⁹⁰ C. Larroumet, *Droit civil – Les biens – Droits réels principaux*, t. 2, Economica, 5^e éd., 2006, p. 104, n° 197, relevant que le critère distinctif du droit de propriété réside dans l'action en revendication qui le sanctionne.

pour expliquer le droit particulier⁹⁹¹. Au premier abord, on est bien tenté de penser que le recours aux mesures techniques est un attribut du droit de propriété dans sa conception traditionnelle. En effet, le sentiment de maîtrise physique que suscitent les dispositifs de protection aux yeux du titulaire de droits n'est pas sans rappeler celui que procure au propriétaire le fait de délimiter son terrain en dressant des barrières. A cet égard, l'article 647 du Code civil consacre le droit de clore en énonçant que « *tout propriétaire peut clore son héritage* ». Le droit de clore serait le corollaire de l'article 544 du Code civil suivant lequel « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* ». Confortée par un arrêt de la Cour de cassation qui considère que « *le droit de clore ou de déclore les héritages résulte essentiellement de celui de la propriété* »⁹⁹², la doctrine reconnaît bien là une émanation du droit de propriété⁹⁹³. Celui-ci confère un pouvoir d'exclusion dont il n'est nullement douteux qu'il puisse se manifester dans l'érection d'une clôture⁹⁹⁴.

363. Fonction de la clôture – En vertu du droit de clore, le propriétaire est fondé à ériger sur les limites de son fonds une clôture. D'un point de vue pratique, celle-ci peut être définie comme « *un aménagement tangible par lequel une surface se trouve physiquement isolée* »⁹⁹⁵. D'un point de vue juridique, la fonction de la clôture est de « *matérialiser une aire de jouissance exclusive et légale* »⁹⁹⁶ et d'empêcher toute pénétration non autorisée⁹⁹⁷. En posant une clôture, le propriétaire dissuade toute personne indelicatée d'accéder à son fonds et aux meubles qu'il comporte. La clôture est un obstacle matériel qui décourage de violer les limites de la propriété d'autrui. Néanmoins, elle est toujours franchissable pour celui qui en a la ferme intention. C'est là une problématique que connaissent bien les mesures techniques de protection.

⁹⁹¹ J.-S. Bergé, « Nature du droit d'auteur – Objet Matériel », *J.-Cl. PLA*, mis à jour au 20 février 2001, Fasc. 1130, p. 6, n° 16 : « il est bien clair que rien n'interdit de recourir à d'autres règles plus générales que celles spécialement définies par le Code de la propriété intellectuelle » – F. Zénati et T. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, p. 115, n° 67 : « Il y a place pour l'application des principes du droit commun gouvernant la propriété à toutes les formes de choses incorporelles » – F. Zénati, « L'immatériel et les choses », in *Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit*, t. 43, Sirey, 1999, p. 79.

⁹⁹² Cass. civ., 3 février 1913, *Bull. civ.* n° 16.

⁹⁹³ Notamment, F. Zénati et T. Revet, *op. cit.*, p. 316, n° 194 – J.-M. Pardessus, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t.1, Paris, 8^e éd., 1838, p. 324, n° 134 – Comp. J.-P. Gridel, *Le signe et le droit*, LGDJ, 1979, p. 91, n° 67, faisant remarquer que le lien entre le droit de propriété et le droit de se clore n'est pas absolu dans la mesure où le preneur à bail, en possession de l'immeuble, peut clore ou déclore – Dans le même sens, F. Terré et P. Simler, *Droit civil – Les biens*, Dalloz, 8^e éd., 2010, p. 243, n° 285.

⁹⁹⁴ C. Aubry et C.-F. Rau, *Droit civil français – Les biens*, t. 2, Librairies techniques, 7^e éd., par P. Esmein, 1961, p. 240, n° 143 : « Le propriétaire a la faculté d'exclure les tiers de toute participation à l'usage, à la jouissance, ou à la disposition de la chose, et de prendre, à cet effet, toutes les mesures qu'il juge convenables. Il peut notamment entourer ses héritages de murs, fossés, ou d'autres clôtures ».

⁹⁹⁵ J.-P. Gridel, *op. cit.*, p. 79, n° 60.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, p. 94, n° 68.

⁹⁹⁷ *Ibid.*

364. Analogie entre clôture et mesures techniques de protection ? – Par analogie, il serait possible de voir dans le recours aux mesures techniques une expression – singulière, tout de même – du droit de clore son bien⁹⁹⁸. De la même manière que le propriétaire d'un terrain a toute légitimité pour le clôturer, l'auteur serait fondé à clore son œuvre au moyen de mesures techniques de protection. Après tout, l'auteur n'est pas moins fondé que tout autre sorte de propriétaire à ce que son œuvre bénéficie de barrières lui permettant de préserver l'exclusivité juridique qu'il détient sur son bien. Or, les mesures techniques de protection constituent des obstacles physiques contribuant à repousser les indéclicats intéressés par l'exploitation illicite de l'œuvre. Mais chacun sait aussi que les technologies de protection, comme tout dispositif matériel destiné à empêcher la violation d'une propriété, sont susceptibles d'être contournées. Le parallèle entre le droit de clore son fonds et le recours aux mesures techniques semble bien concevable. Seulement, il est toujours question de « dispositifs matériels » érigés sur des éléments tangibles. Or, il y a une incompatibilité certaine entre la nature tangible des barrières techniques et le caractère immatériel de l'œuvre. Cette inadéquation constitue une limite – parmi d'autres d'ailleurs⁹⁹⁹ – à l'analogie pure et simple entre le droit de clore et le recours aux mesures techniques de protection. Sans renier la filiation entre le droit d'auteur et le droit de propriété classique, cela montre bien que certains « *mécanismes juridiques attachés à la propriété ont été définis en tenant compte des caractéristiques des choses corporelles, tangibles, sur lesquelles leur détenteur a une maîtrise matérielle* »¹⁰⁰⁰.

Paragraphe II - L'exclusion de l'analogie entre le recours aux mesures techniques et le droit de clore

365. Limite technique : l'inadéquation des dispositifs techniques à l'œuvre – La complexité des rapports entre les mesures techniques de protection et l'œuvre invite à la plus grande circonspection. En effet, la prudence commande que l'on ne parle pas de mesures techniques protégeant l'œuvre mais plutôt de mesures techniques protégeant le support de

⁹⁹⁸ Relevant cette analogie, C. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Thèse Strasbourg, Litec, 2010, p. 129, n° 160 – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 664, n° 996 : « Le droit de clore sa propriété à l'aide de fils barbelés n'est pas une prérogative autonome. Il n'est que l'expression du droit de propriété. Il en est de même avec le droit d'auteur » – S. Dusollier, Thèse préc., p. 384, n° 487.

⁹⁹⁹ Notamment, l'article 647 du Code civil ne semble viser que les immeubles. Néanmoins, on concèdera que des biens, de nature différente et répondant à des régimes juridiques distincts, peuvent faire l'objet d'un même droit. Ainsi, un meuble et un immeuble obéissent à des régimes non identiques mais sont tous deux susceptibles d'être un objet de propriété.

¹⁰⁰⁰ S. Alma-Delettre, « La nature juridique des droits de propriété intellectuelle », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol, A. Robin, PUAM, 2007, p. 28, n° 5.

l'œuvre¹⁰⁰¹. Un système de protection – une clôture comme une mesure technique – est un dispositif matériel nécessairement associé à un autre élément tangible. Or, il est acquis que l'œuvre est une chose incorporelle. Et chacun sait que, du fait de son immatérialité, l'œuvre n'est susceptible d'aucune maîtrise physique¹⁰⁰², contrairement aux biens corporels.

366. Dans la mesure où l'œuvre de l'esprit ne nécessite pas forcément d'autre point d'ancrage que la sphère spirituelle pour être envisagée comme une entité autonome, elle est considérée comme un objet purement abstrait¹⁰⁰³, un « *objet sans corpus* »¹⁰⁰⁴. Aussi, « *on conçoit mal qu'un verrou technique puisse prendre appui sur une entité immatérielle, abstraite et impalpable* »¹⁰⁰⁵.

De l'immatérialité de l'œuvre découle l'ubiquité¹⁰⁰⁶ dont elle est douée¹⁰⁰⁷, alors que la circonscription matérielle et géographique du bien corporel ne le rend pas apte à l'omniprésence¹⁰⁰⁸. Le propriétaire de l'objet matériel ne peut en exercer la maîtrise paisiblement et durablement que par l'exclusion de tout autre pouvoir de jouissance que le sien¹⁰⁰⁹. L'œuvre de l'esprit, elle, est susceptible de se trouver en plusieurs lieux à la fois¹⁰¹⁰. Sans rien enlever à son identité, l'œuvre peut figurer sur maints supports de commercialisation écoulés dans une multitude d'endroits¹⁰¹¹. Sans rien retrancher à sa substance, elle peut être partagée. Autrement

¹⁰⁰¹ *Supra* n° 241.

¹⁰⁰² S. Alma-Delettre, *op. cit.*, p. 28, n° 5 : « toute maîtrise directe, tangible est impossible ».

¹⁰⁰³ C. Atias, *Droit civil – Les biens*, Litec, 11^e éd., 2011, p. 32, n° 46, selon lequel les biens incorporels sont « des créations de l'esprit, des émanations de la vie sociale ou de la pratique, des constructions juridiques qui ne correspondent à aucun objet matériel ».

¹⁰⁰⁴ P. Catala, « L'évolution contemporaine du droit des biens – Exposé de synthèse », in *L'évolution contemporaine du droit des biens, Troisième journées René Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990)*, Publication de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 19, PUF, 1991, p. 188, n° 25.

¹⁰⁰⁵ O. Pignatari, *Le support en droit d'auteur*, Thèse Poitiers, 2009, p. 553, n° 925.

¹⁰⁰⁶ F. POLLAUD-DULIAN, p. 795, n° 1347, selon lequel l'œuvre de l'esprit « est d'une ubiquité naturelle et nécessaire. En revanche, le droit sur l'œuvre n'a pas cette caractéristique : bien au contraire, il est d'essence territoriale » – C. CARON, p. 16, n° 18 – Évoquant l'ubiquité des objets de propriété industrielle, J. Passa, *op. cit.*, p. 14, n° 11.

¹⁰⁰⁷ Sauf à considérer le caractère unique des supports de création des œuvres graphiques et sculpturales.

¹⁰⁰⁸ Alors que l'objet du droit d'auteur n'est pas vraiment localisable : en ce sens, J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois – Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, p. 406, n° 451.

¹⁰⁰⁹ J.-C. Ginsburg, « Propriété littéraire et propriété tout court : une relation ambiguë », in *Colloque sur la réhabilitation des sites pollués, Droit et ville*, n° 65, 2008, p. 12 : « Lorsqu'il s'agit d'un bien classique, seul son propriétaire (ou la personne qu'il autorise) peut en avoir la jouissance. Ce stylo est à moi, moi seule le possède. Je peux vous le donner, mais nous ne pouvons le posséder en même temps » – S. Alma-Delettre, *op. cit.*, p. 28, n° 5, relevant que le propriétaire d'un bien ne peut partager sa « maîtrise avec un tiers sans perdre une partie de la substance de son bien ».

¹⁰¹⁰ G. Holleaux, note sous Cass. 1^{re} civ., 22 décembre 1959, *D.* 1960, jurispr. p. 96.

¹⁰¹¹ O. Pignatari, Thèse préc., p. 118, n° 209 relevant que « par-delà la multiplicité de sa consistance, l'œuvre demeure identique, en tant qu'objet unique de propriété intellectuelle » – S. Strömholm, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale, étude de droit comparé*, t. 2, Norstedt, Stockholm, 1967, p. 67 : l'œuvre de l'esprit est « comme une abstraction se rapportant aux traits communs de tous les exemplaires, quelle qu'en soit l'apparence extérieure, qui sont censés contenir la même création de l'esprit » – Dans

dit, toute personne peut en prendre connaissance, en jouir intellectuellement sans rivalité¹⁰¹², et surtout, sans entamer l'exclusivité juridique qui revient à l'auteur¹⁰¹³. Néanmoins, la reconnaissance et le respect du monopole juridique que ce dernier détient sur l'œuvre ne peuvent prendre appui que sur la loi¹⁰¹⁴ dans la mesure où toute appréhension physique est exclue, sauf à passer par l'intermédiaire du support.

367. Adaptation nécessaire des dispositifs techniques au support de l'œuvre – Ce n'est qu'indirectement que les mesures techniques de protection permettent de sécuriser l'accès à l'œuvre¹⁰¹⁵. Il faut garder à l'esprit que les systèmes de protection correspondent à un « *fait technique* »¹⁰¹⁶ sollicitant la matière en tout état de cause. C'est donc le support de communication que les mesures techniques viennent pertinemment frapper¹⁰¹⁷. Les systèmes de protection ne peuvent exercer leur action immédiatement sur l'œuvre – bien incorporel insaisissable par la technique – mais sur le support de celle-ci, élément tangible et substrat nécessaire à sa manifestation extérieure¹⁰¹⁸.

le même sens J.-S. Bergé, « Entre autres droits, la propriété intellectuelle », *PI*, juillet 2002, p. 12 – V.-L. Benabou, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI*, janvier 2005, p. 57 – Évoquant une « plurilocalisation » et une « pluriexploitation » de l'œuvre, T. Azzi, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, Thèse Paris II, LGDJ, 2005, p. 78, n° 117.

¹⁰¹² S. Dusollier, *op. cit.*, p. 248, n° 315. Selon l'auteur, l'absence de rivalité correspond au fait qu'un bien soit utilisé par une personne sans que cette utilisation n'empêche l'usage par un autre individu ni ne diminue la valeur du bien. L'auteur ajoute qu'une « œuvre musicale peut être appréciée au même moment, dans des endroits différents, lors d'un concert, d'une transmission radiophonique ou encore dans un domicile privé. Le nombre d'auditeurs n'influence en aucune manière, qualitativement ou quantitativement, le bénéfice de chacun » – Dans le même sens, D. Cohen, « Art, public et marché », in *Droit et esthétique, Archives de philosophie du droit*, t. 40, Sirey, 1996, p. 224 – Également, P. Chantepie, « Le dilemme numérique sous l'éclairage de l'analyse économique », *PI*, avril 2006, p. 137.

¹⁰¹³ L'ubiquité de l'œuvre implique une simultanéité des jouissances intellectuelles mais elle préserve l'unicité de l'emprise juridique. La jouissance juridique est exclusive en ce qu'elle est réservée au titulaire de droits.

¹⁰¹⁴ J. Raynard, « Propriétés intellectuelles : un pluriel bien singulier », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 527, n° 24, faisant remarquer que, « à l'inverse de la propriété de choses corporelles pour lesquelles l'emprise juridique s'identifie aux limites matérielles et géographiques de la chose, objet du droit, le caractère immatériel de l'objet du droit de propriété intellectuelle interdit cette "incorporation" et commande la délimitation précise du domaine juridiquement "réservé" » – Dans le même sens, P. Gaudrat, « A la poursuite de l'œuvre multimédia », in *Les créations multimédias, Droit des technologies avancées*, vol. 8, n°2/2001, sous la direction de F. Sardain, Hermès, 2001, p. 24, n° 4. L'auteur souligne que « la substance dans laquelle est taillé l'objet de droit est purement conceptuelle et non réelle : l'objet du droit doit être créé intellectuellement de toutes pièces par le législateur, énoncé dans tous ses caractères discriminants, avant de pouvoir être identifié par le juriste dans le produit réel » – Également, F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, Economica, 2011, p. 6, n° 12, relevant « l'importance de l'intervention du législateur pour organiser et garantir ces droits, car le caractère immatériel de leur objet rend particulièrement utile cette intervention ».

¹⁰¹⁵ B. Humblot, « L'emprise de la propriété intellectuelle sur les meubles corporels : l'exemple du droit d'auteur », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujot, A. Robin, PUAM, 2007, p. 127, n° 7 : « la maîtrise de l'œuvre ne peut se faire qu'indirectement, par le contrôle du vecteur de sa diffusion, c'est-à-dire le support ».

¹⁰¹⁶ O. Pignatari, Thèse préc., p. 553, n° 925.

¹⁰¹⁷ V.-L. Benabou, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, avril 2002, n° 192, p. 59 : « Il importe peu que le contenu soit ou non légalement protégé puisque la protection technique frappe le support ou le vecteur ».

¹⁰¹⁸ Comp. O. Pignatari, Thèse préc., p113, note 663, affirmant que « l'absence de matière placerait l'œuvre dans une situation intenable, puisque son existence ne peut se concevoir sans l'entremise d'une matière ». Il y a lieu de préciser

368. Toutes sortes de supports sont susceptibles de faire l'objet de mesures techniques de protection. Les supports analogiques tels que les cassettes audio ou vidéo en comportaient déjà. Il en est de même aujourd'hui des supports numériques que sont les CD ou les DVD. D'ailleurs, la

le propos. L'œuvre de l'esprit n'a pas nécessairement besoin de la matière pour être « conçue ». Elle est « conçue » dès lors qu'elle revêt une forme dans l'esprit de son auteur. En vérité, tout dépend du degré de sophistication de l'œuvre. Par exemple, un air musical peut aisément prendre forme dans l'esprit de l'auteur. Nul besoin alors que l'œuvre s'incarne dans une forme auditive ou scripturale. Une mélodie simple peut camper le cerveau de son créateur. Manifestement, il en est autrement des œuvres plus élaborées. Pour continuer sur le thème de la musique, il semble évident que la composition d'une symphonie sollicite davantage la matière. Les multiples éléments de composition qui la constituent tels que le rythme, l'équilibre, l'harmonie, le mouvement, les clés, les notes, tous agencés pour être joués par un ensemble conséquent d'instruments, participent d'un processus de création nécessitant d'être concrétisé dans la matière afin que l'œuvre soit, d'une part, mémorisée, et d'autre part, perfectionnée jusqu'à sa forme définitive. Quoique l'on dit de Mozart qu'il composait « de tête » (B. Lechevalier, *Le cerveau de Mozart*, Odile Jacob, 2003, p. 182). En tout état de cause, il est vrai que, afin qu'autrui constate l'existence concrète de l'œuvre, un substrat est nécessaire. Ce n'est d'ailleurs qu'à partir du moment où la forme de l'œuvre est ancrée dans la matière et, par conséquent, peut être intelligiblement communiquée aux tiers, que la protection par le droit d'auteur est utilement déclenchée. C'est là tout le sens de l'article L. 111-2 du CPI qui énonce que « l'œuvre est réputée créée (nous soulignons), indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ». Cette disposition doit être lue à la lumière de l'article L. 111-1 suivant lequel l'auteur jouit d'un droit de propriété incorporelle du seul fait de sa création. Protéger l'œuvre alors qu'elle demeure toujours dans l'enceinte bien gardée de l'intellect n'aurait pas vraiment d'intérêt dans la mesure où la création ne serait pas appropriable par autrui. D'ailleurs, sans incarnation de l'œuvre perceptible par les tiers, il ne serait pas possible d'agir en contrefaçon car on ne serait pas en mesure d'identifier la forme contrefaite. L'œuvre de l'esprit n'est protégée par le droit d'auteur qu'à l'instant où un support est susceptible de la manifester au-dehors car, à défaut de toute divulgation volontaire de l'auteur, des personnes malveillantes peuvent en prendre connaissance et l'exploiter illicitement. En filigrane, la formule « l'œuvre est réputée créée » *etc.* signifie que le droit d'auteur devient opposable *erga omnes* dès lors que l'œuvre revêt une forme concrète perceptible par autrui. L'œuvre doit être « réalisée », s'incarner dans un résultat sensible et perceptible par un public pour être juridiquement reconnue. Auparavant, elle n'a d'existence que pour son auteur mais ne représente alors aucun enjeu social. Finalement, l'article L. 111-2 du CPI entend moins régler la question de l'existence de l'œuvre (rapport entre l'auteur et l'œuvre), lieu de débats passablement théoriques, que celle de la preuve de l'existence de l'œuvre (rapport entre l'auteur, l'œuvre et les tiers) – En ce sens, I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, Cedidac, Lausanne, 1985, p. 33, n° 38 : « La loi ne protège pas l'idée non exprimée car celle-ci n'a pas d'existence vérifiable ». L'auteur relève que l'on « ne peut déduire la primauté de l'expression, et donc de la forme, du fait que l'idée en tant que préconception dans l'esprit n'a pas d'existence vérifiable » (p. 34, n° 39) – Comp. A. LUCAS et *alii*, p. 73, n° 57, relevant que l'« on ne saurait aller jusqu'à ériger en principe que l'auteur ait à l'avance une image préconçue de l'œuvre. Cette représentation intérieure existe le plus souvent. On ne saurait cependant en faire une condition de la protection... ». Et les auteurs d'ajouter que « l'exigence de concrétisation n'implique pas non plus celle de fixation, comme le précise l'article L. 111-1, alinéa 1^{er}, en prévoyant que l'auteur jouit d'un monopole "du seul fait de sa création" et comme le montre la protection accordée aux œuvres orales, sauf pour l'auteur à succomber dans son action en contrefaçon s'il n'apporte pas la preuve de la création » (p. 62, n° 61) – C. CARON, p. 55, n° 61, faisant remarquer que « si la forme n'est pas perceptible par autrui (ou susceptible de l'être), il ne peut exister une œuvre de l'esprit (...). La création qui reste au stade d'une forme mentale et interne ne peut pas prétendre à une protection ». L'auteur précise plus loin que « parce que la forme de l'œuvre de l'esprit délimite le périmètre exact de la protection, elle doit être prouvée. Il est, en effet, impossible de revendiquer une protection dont la forme serait imprécise » (p. 53, n° 61). Or, afin de préciser la forme, la rendre intégralement perceptible, et ainsi, prouver un fait de création originale, un ancrage dans la matière est nécessaire – Également, P. Gaudrat, « Propriété littéraire et artistique (1^o Propriété des créateurs) », *Rép. Civ. Dalloz*, septembre 2007, p. 7, n° 27 ; du même auteur, « A la poursuite de l'œuvre multimédia », in *Les créations multimédias, Droit des technologies avancées*, vol. 8, n°2/2001, sous la direction de F. Sardain, Hermès, 2001, p. 50, n° 49 – M. Vivant, « Le contenu du droit d'auteur », in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, sous la direction de I. de Lamberterie, CNRS éd., 1991, p. 75 : « le mécanisme de la propriété littéraire et artistique postule une réification dès l'instant où l'œuvre est détachée de l'auteur. Le nier relève de la magie » – V.-L. Benabou, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI*, janvier 2005, p. 57 – B. Humblot, *op. cit.*, p. 124, n° 3 – DESBOIS, p. 473, n° 385.

numérisation a poussé la dématérialisation du support¹⁰¹⁹ à un degré élevé. Les réseaux numériques ont substitué des vecteurs de données dématérialisés aux supports tangibles habituels. Ces vecteurs ultrarapides de communication¹⁰²⁰ sont même dits « *intangibles* »¹⁰²¹. Pour autant, est-ce à dire qu'ils sont immatériels ? En pratique, si le support de l'œuvre était véritablement immatériel, on se retrouverait dans une problématique identique à celle de l'inadéquation des dispositifs de protection à l'œuvre. Les mesures techniques dont on attend qu'elles exercent une emprise physique ne seraient pas aptes à saisir un vecteur purement immatériel. Aux mêmes causes, les mêmes effets. Immanquablement, les mesures techniques ont besoin d'un élément tangible afin d'exercer leur action, quelle qu'en soit la manière. Or, d'un point de vue technique, même dans l'environnement numérique, il n'est jamais vraiment question de supports « immatériels » au sens propre du terme.

369. A la faveur de la numérisation et des réseaux de communication, le support de l'œuvre s'est certes « dématérialisé », mais il n'est pas, pour autant, devenu incorporel. « Dématériel » : oui ; « immatériel » : non. De la simple feuille de papier, le progrès technique a conduit au fichier numérique. Or, ce type nouveau de support n'est pas sans matière. Comme le relève M. Caron, « *on a le sentiment que [...] sur Internet, tout est immatériel. Or, ce n'est pas vrai car, sur Internet comme ailleurs, il existe des éléments matériels et, notamment, des flux électriques qui, s'ils ne sont pas palpables ou visibles à l'œil nu, ont néanmoins un corpus* »¹⁰²². Le support numérique n'est pas tel que l'œuvre, incorporelle et abstraite. Il est un objet nécessairement composé de matière. Partant, il est tout à fait envisageable de poser une « clôture » sur l'objet « dématérialisé » qu'est le support numérique puisque matière il y a encore. Et bien que le support dématérialisé soit moins consistant que les supports traditionnels, conduisant par là à la « *désacralisation* » de l'œuvre¹⁰²³, il

¹⁰¹⁹ La dématérialisation est la transformation de supports d'informations dits matériels en fichiers informatiques ou numériques.

¹⁰²⁰ B. Parance, Thèse préc., p. 3, n° 4 : « Les nouveaux moyens de communication, dont le premier d'entre eux le réseau Internet, assurent l'ubiquité des créations immatérielles et l'instantanéité des échanges des informations ».

¹⁰²¹ S. Dusollier, Thèse préc., pp. 380-381, n° 481 : « Dans une certaine mesure, le support matériel disparaît sur Internet et autres réseaux numériques ; l'on accède à l'œuvre non plus par le biais d'une copie tangible, mais au travers d'un canal de diffusion qui transmet l'œuvre ».

¹⁰²² C. CARON, p. 16, n° 18 – Dans le même sens, S. Dusollier, Thèse préc., p. 381, n° 481 : « le discours s'inscrit toujours dans une matière, matière davantage soustraite à la maîtrise corporelle, mais matière toujours. Il y a donc quelque méprise à parler d'"immatériel" en évoquant les nouvelles technologies de la communication » – Également, P. Kamina, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, Thèse Poitiers, 1996, p. 19.

¹⁰²³ Commission présidée par Pierre Sirinelli, *Industries culturelles et nouvelles techniques – Rapport pour le Ministère de la culture et de la Francophonie*, La documentation française, 1994, p. 57 et 97 ; du même auteur, « L'adaptation du droit d'auteur face aux nouvelles technologies », in *L'avenir du droit d'auteur et des droits voisins*, colloque de l'OMPI, Publication de l'OMPI, Paris, juin 1994, p. 34

n'en reste pas moins que sa composition numérique favorise un contrôle plus avancé de l'exploitation des oeuvres dans l'univers des réseaux¹⁰²⁴.

370. Limite juridique : le principe d'indépendance entre la propriété intellectuelle et la propriété corporelle – Le support constitue le moyen incontournable par lequel le propriétaire de l'œuvre est susceptible d'exercer le droit de clore son bien. Mais c'est compter sans le principe d'indépendance de la propriété corporelle et de la propriété incorporelle qu'édicté l'article L. 111-3 du CPI. Ce principe est à même de paralyser certaines prérogatives de l'auteur sur son oeuvre, et notamment le droit de clore. L'objet de la propriété incorporelle est différent de l'objet de la propriété corporelle¹⁰²⁵. Le droit de propriété de l'auteur porte sur l'œuvre, bien meuble incorporel par détermination de la loi¹⁰²⁶. En aucun cas, il ne concerne son support de création ou de commercialisation dès lors que celui-ci appartient à autrui. Par le passé, il est vrai que la perception que l'on avait de créations telles que les œuvres graphiques ou sculpturales n'aidait pas à la distinction entre la propriété sur l'œuvre et la propriété sur le support¹⁰²⁷. C'était également l'époque où l'on pensait que la possession du manuscrit autorisait à exploiter l'œuvre¹⁰²⁸. Certaines décisions de justice ont témoigné de cette confusion, notamment en affirmant que le droit de reproduction était « *au nombre des droits et facultés que transmet à l'acquéreur une vente faite sans réserve* »¹⁰²⁹, alors même qu'une frange de la doctrine a toujours estimé que la vente du support matériel n'emportait pas cession tacite du droit de reproduction¹⁰³⁰.

371. Afin de mettre fin à cette jurisprudence, une loi du 9 avril 1910¹⁰³¹ est intervenue pour affirmer que « *l'aliénation d'une œuvre d'art n'entraîne pas, à moins de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction* ». Interprétant cette disposition avec prudence, d'aucuns considèrent que cette disposition n'instaure pas véritablement un principe d'indépendance entre l'œuvre et le

¹⁰²⁴ P. Gaudrat, « Propriété littéraire et artistique (2^o droits des exploitants) », *Rép. Civ. Dalloz*, 2007, p. 38, n^o 274.

¹⁰²⁵ Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 1966, *RTD com.* 1967, p. 774, obs. H. Desbois – Cass. 1^{re} civ., 20 janvier 1969, *RIDA*, juillet 1969, n^o 61, p. 93 – CA Paris, 26 mars 1992, *RIDA*, avril 1993, n^o 156, p. 218.

¹⁰²⁶ C. CARON, p. 12, n^o 13 – O. Pignatari, Thèse préc., p. 115, n^o 204.

¹⁰²⁷ S. Dusollier, Thèse préc., p. 378, n^o 478.

¹⁰²⁸ RENOUARD, t. 2, p. 288, n^o 166 – F. POLLAUD-DULIAN, p. 6, n^o 5.

¹⁰²⁹ Cass. ch. réunies, 27 mai 1842, *DP* 1842, 1, p. 297 – Également, CA Paris, 6 avril 1850, *DP* 1852, I, p. 159 – CA Paris, 20 mai 1889, *Ann. propr. ind.* 1893, p. 225, retenant que, sauf disposition expresse, la vente du support emporte cession du droit de reproduction – Plus récemment, CA Metz, 21 octobre 1993, *Juris-Data* n^o 1993- 048901, retenant que le don manuel et volontaire d'une diapositive emporte cession du droit de reproduction.

¹⁰³⁰ RENOUARD, t. 2, p. 301, n^o 175 – POUILLET, p. 398, n^o 363 – Il existait d'ailleurs une jurisprudence en ce sens, Cass. crim., 23 juillet 1841, *DP* 1841, 1, p. 123.

¹⁰³¹ Loi du 9 avril 1910, article unique, *DP* 1911, légis. p. 32, considérée par les juges comme non rétroactive et ne s'appliquant pas aux aliénations antérieures à son entrée en vigueur : Cass. crim., 19 mars 1926, *DP* 1927, 1, p. 25, note M. Nast – Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1982, *Bull. civ.* I, n^o 228 – CA Paris, 11 juillet 2005, *CCE*, juin 2006, comm. 93, obs. C. Caron.

support mais met plutôt un terme à une jurisprudence favorable à la cession tacite du droit de reproduction¹⁰³². Quoiqu'il en soit, la loi du 9 avril 1910 a ouvert la voie à celle du 25 mars 1957, laquelle, en son article 29, a bel et bien consacré l'indépendance entre les propriétés incorporelle et corporelle et l'étend à l'ensemble des prérogatives de l'auteur, en ce compris le droit de représentation et le droit moral. En 1992, à l'occasion de la codification de la propriété intellectuelle, le principe fut inséré à l'article L. 111-3 du CPI. Depuis lors, il ne figure plus parmi les dispositions relatives à l'exploitation des droits patrimoniaux de l'auteur mais dans le chapitre relatif à la nature du droit d'auteur.

372. « *La propriété incorporelle définie à l'article L. 111-1 du CPI est indépendante de la propriété corporelle* ». C'est en vertu de ce principe d'indépendance que ces deux formes de propriété se tiennent mutuellement à distance. Plus précisément, la mise en œuvre du droit de propriété sur le support n'a aucune influence sur la titularité du droit d'auteur. Cela signifie que la vente du support matériel n'entraîne pas la transmission des droits sur l'œuvre au bénéfice de l'acheteur. Ainsi que l'énonce l'alinéa 2 de l'article L. 111-3 du CPI, l'acquéreur de l'objet matériel n'est pas investi, du fait de cette acquisition, des droits de propriété intellectuelle : « *ces droits subsistent en la personne de l'auteur ou de ses ayants droit* ». *A fortiori*, le principe d'indépendance produit les mêmes effets à l'égard du possesseur qui souhaiterait faire jouer l'article 2276 du Code civil. Aussi, il est de jurisprudence constante de refuser au possesseur du support l'application de cette disposition en vue d'être investi des prérogatives que confère le droit d'auteur¹⁰³³. L'auteur reste le titulaire des droits exclusifs et le propriétaire du support ne peut accomplir aucun acte d'exploitation sans son autorisation sauf à mettre en œuvre des exceptions au droit d'auteur. En revanche, le propriétaire du support est libre de prendre connaissance de l'œuvre. *In fine*, il peut même exclure autrui de l'accès intellectuel à l'œuvre dans la mesure où un tel accès est conditionné par sa maîtrise du support. Mais il ne s'agira que « *d'une conséquence de la maîtrise physique de la chose et non pas la traduction d'une réservation juridique des utilités intellectuelles de celle-ci* »¹⁰³⁴. En tout état de cause, l'accès juridique, c'est-à-dire le pouvoir d'exploiter l'œuvre, reste exclusivement dans le pouvoir de l'auteur.

¹⁰³² B. Humblot, *op. cit.*, p. 130, n° 13.

¹⁰³³ CA Paris, 17 février 1988, *RIDA*, octobre 1989, n° 142, p. 325 ; *D.* 1989, somm. p. 50, obs. C. Colombet – CA Paris, 10 septembre 2001, *CCE*, juillet-août 2002, comm. 95, p. 17, note C. Caron ; *PI*, avril 2002, p. 56, obs. A. Lucas ; pourvoi rejeté par Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 2005, *Bull. civ.* I, n° 457 ; *D.* 2006, pan. p. 2996, obs. P. Sirinelli ; *CCE*, février 2006, comm.19, p. 28, note C. Caron ; *PI*, avril 2006, p. 174, obs. A. Lucas ; *RIDA*, avril 2006, n° 208, p. 225, note A. Kéréver – Rappr. CA Paris, 11 juin 1997, *RIDA*, octobre 1997, n° 174, p. 255 : le musée des Arts d'Afrique et d'Océanie, possesseur d'une fresque murale, a cru pouvoir autoriser une agence de publicité à la reproduire et représenter à la place des ayants droit.

¹⁰³⁴ S. Dusollier, Thèse préc., p. 386, n° 489.

373. Réciproquement, l'exercice du droit d'auteur n'a aucun impact sur le droit de propriété sur le support. L'auteur doit tenir compte du droit de propriété qu'exerce autrui sur le support matériel¹⁰³⁵. Le propriétaire du support reste maître de l'objet matériel et il dispose à cet égard d'un pouvoir d'exclusion à l'encontre de l'auteur de l'œuvre¹⁰³⁶. Ainsi, l'auteur ne peut exiger du propriétaire du meuble corporel la mise à disposition du support même original¹⁰³⁷. D'ailleurs, à maintes reprises, les juges ont eu l'occasion de rappeler que la cession des droits exclusifs d'exploitation n'emportait pas transfert de propriété du support au bénéfice du cessionnaire¹⁰³⁸.

374. La protection technique du support : énième entorse au principe d'indépendance – Il n'en reste pas moins que l'on est bien obligé, par la force des choses, de constater que l'indépendance entre la propriété de l'œuvre et la propriété du support n'est pas absolue. Œuvre et support ne sont indépendants l'un de l'autre que par une fiction juridique. En pratique, c'est bien d'un couple indissociable qu'il s'agit. La fonction du support qui est de communiquer l'œuvre le rend indispensable. Fonction d'autant plus indispensable que, sans substrat¹⁰³⁹, l'œuvre ne saurait remplir sa vocation qui est d'être communiquée à autrui¹⁰⁴⁰. Indispensable, le support l'est toujours, même pour l'auteur, dès lors que ce dernier ambitionne de reproduire l'unique matrice afin de permettre la diffusion auprès du public. Certes, l'alinéa 2 de l'article L. 111-3 du CPI énonce que les auteurs « *ne pourront exiger du propriétaire de l'objet matériel la mise à disposition de cet objet* ». Toutefois, il précise que, « *en cas d'abus notoire du propriétaire empêchant l'exercice du droit de divulgation, le tribunal de grande instance peut prendre toute mesure appropriée, conformément aux dispositions de l'article L. 121-3* ». Et si la lettre du texte, très maladroitement¹⁰⁴¹, ne vise que l'hypothèse du

¹⁰³⁵ Cass. com., 19 novembre 2003, *Bull. civ.*, IV, n° 174 ; D. 2004, jurispr. p. 801, note A. et F.-X. Lucas.

¹⁰³⁶ Il faut cependant tenir compte des règles de l'accession mobilière et notamment des articles 570 et 571 du Code civil. L'hypothèse est celle de l'auteur qui a transformé substantiellement des matériaux appartenant à autrui. L'auteur est alors fondé à retenir ce qui peut être considéré comme son œuvre moyennant remboursement au propriétaire de la matière.

¹⁰³⁷ Article L. 111-3 alinéa 2 du CPI.

¹⁰³⁸ Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1989, *Juris-Data* n° 1989-001185 – Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1996, *Bull. civ.* I, n° 207 – CA Paris, 26 mars 1992, *RIDA*, avril 1993, n° 156, p. 218.

¹⁰³⁹ Bien évidemment, ce substrat peut être le corps humain ou ses attributs tels que la voix.

¹⁰⁴⁰ C. CARON, p. 54, n° 59.

¹⁰⁴¹ C. Caron, Thèse préc., p. 212, n° 235 : « La disposition est-elle, pour autant, cohérente et efficace ? Il est malheureusement possible, d'en douter tant sa rédaction est maladroite. D'emblée, il est possible de s'étonner de la référence qui est faite à l'article L. 121-3 qui concerne l'abus du droit de divulgation après la mort de l'auteur. Elle semble parfaitement inutile, d'autant plus que l'abus de droit de propriété se distingue quelque peu de l'abus du droit moral post mortem. Il s'agit, dans un premier cas, de l'usage abusif d'un droit subjectif, censé servir les intérêts égoïstes d'un individu, alors que le second concerne celui d'un pouvoir voué à la défense de la personnalité d'un défunt. Le rapprochement est donc une source de confusion ».

propriétaire de l'objet matériel empêchant abusivement l'exercice du droit de divulgation¹⁰⁴², il n'en demeure pas moins que l'abus de droit est susceptible d'être invoqué en toute occurrence sans nécessiter de fondement textuel¹⁰⁴³. La théorie de l'abus de droit peut donc permettre à l'auteur de s'emparer du support de l'œuvre en vue de reproduire celle-ci. Mais il faut encore que l'abus soit notoire¹⁰⁴⁴ et caractérisé autrement que par un simple refus opposé par le propriétaire du support¹⁰⁴⁵.

375. L'abus de droit n'est pas le seul lieu d'interférence entre la propriété incorporelle et la propriété corporelle. En vérité, il est d'autres tempéraments en vertu desquels l'une des propriété se soumet à l'autre. Et ce n'est pas dire qu'il existe une « règle générale de hiérarchie entre propriété corporelle et droit d'auteur »¹⁰⁴⁶. L'article L. 111-3 du CPI ne postule aucunement la primauté de la propriété incorporelle sur la propriété corporelle, mais suppose, au contraire, un équilibre entre les deux¹⁰⁴⁷. Ce n'est qu'au gré des situations que le droit se prononce soit en faveur de la propriété incorporelle, soit en faveur de la propriété corporelle. Le droit peut donc se montrer favorable à la propriété corporelle et la faire prévaloir¹⁰⁴⁸. Il en est ainsi lorsque le droit ne permet pas à l'auteur d'exiger du propriétaire du support la mise à disposition de cet objet¹⁰⁴⁹. Même une prérogative extrapatrimoniale telle que le droit de retrait ou de repentir prévu à l'article L. 121-4 du CPI ne fonde pas l'auteur à contraindre le propriétaire du support à lui remettre cet objet¹⁰⁵⁰. Mais force est d'admettre que sont bien plus nombreuses les hypothèses dans lesquelles la

¹⁰⁴² Pour des applications jurisprudentielles de ce texte : TGI Paris, 10 septembre 1992, *RIDA*, janvier 1993, n° 155, p. 211, caractérisant l'existence d'un abus au sens de l'article L. 111-3 du CPI ; confirmé en appel, CA Paris, 29 septembre 1995, *RIDA*, avril 1996, n° 168, p. 293.

¹⁰⁴³ C. Caron, Thèse préc., p. 212, n° 235 ; du même auteur, C. CARON, p. 256, n° 304 – Dans le même sens, B. Humblot, *op. cit.*, p. 132, n° 17 – Comp. A. LUCAS et *alii*, p. 244, n° 248.

¹⁰⁴⁴ DESBOIS, p. 408, n° 317, selon lequel l'abus notoire correspond à la situation dans laquelle « les juges doivent être convaincus que tout homme raisonnable ne se comporterait pas comme le défendeur, mais donnerait accès à l'œuvre pour apaiser le suppliant ».

¹⁰⁴⁵ C. Caron, Thèse préc., p. 213, n° 237 : « L'abus doit être caractérisé par un juge soucieux de peser les intérêts en présence, et notamment ceux de l'auteur. Il doit cependant aussi prendre en considération les arguments qui seraient avancés par le propriétaire, notamment la perte de valeur occasionnée par l'exercice des droits patrimoniaux, mais aussi l'atteinte aux droits de la personnalité s'il s'agit d'un portrait. mais les raisons qui motiveraient le refus de l'accès au *corpus mechanicum* devraient être appréciées à l'aune de celles qu'avancerait un propriétaire raisonnable "versé dans la connaissance de l'art". Or, pareil propriétaire se distingue des propriétaires communs, car, comme, le précise, M. Gautier, il doit être conscient de ses "devoirs à l'égard de la diffusion artistique auprès du public" » – Dans le même sens, P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse Paris II, 1985, p. 446.

¹⁰⁴⁶ S. Dusollier, Thèse préc., p. 379, n° 480.

¹⁰⁴⁷ J.-S. Bergé, *op. cit.*, p. 8, n° 32.

¹⁰⁴⁸ TGI Paris, 13 octobre 2000, *RIDA*, janvier 2003, n° 195, p. 378.

¹⁰⁴⁹ CA Paris, 6 février 1995, *Juris-Data* n° 1995-024997, retenant que le propriétaire d'un négatif film a toute légitimité pour refuser à ses coauteurs l'accès au négatif en vue d'exercer leurs prérogatives.

¹⁰⁵⁰ F. POLLAUD-DULIAN, p. 437, n° 658 : « Ce droit ne permet, en effet, que de revenir sur un contrat d'exploitation (reproduction, autorisation d'adaptation ou représentation) mais ne permet pas à l'artiste de récupérer la propriété corporelle de l'œuvre d'art qu'il a vendue » – DESBOIS, p. 506, n° 412.

propriété corporelle est assujettie à la propriété incorporelle¹⁰⁵¹. Bien souvent, « *il arrive que le droit d'auteur s'intéresse au support pour consolider les droits sur le meuble incorporel* »¹⁰⁵². Il en est ainsi lorsque l'on reconnaît à l'auteur des prérogatives permettant de contrôler le sort des exemplaires de l'œuvre telles que le droit de location, le droit de prêt, le droit de distribution ou l'énigmatique droit de destination. A sa manière, le droit de suite provoque également un télescopage entre la propriété incorporelle et la propriété corporelle, télescopage profitable à l'auteur et ses ayants droit¹⁰⁵³.

376. A l'aune du principe d'indépendance, il est permis de se demander si le titulaire des droits sur l'œuvre est fondé à apposer des mesures techniques sur le support matériel de l'œuvre, propriété d'autrui¹⁰⁵⁴. Manifestement, au travers des systèmes de protection, le titulaire de droits exclusifs vient empiéter sur la maîtrise du support dont jouit normalement son propriétaire¹⁰⁵⁵. Plus encore, la possibilité pour les titulaires de droits de déployer des dispositifs de protection sur le support illustre une certaine prévalence de la propriété incorporelle par rapport à la propriété corporelle¹⁰⁵⁶. Mais finalement, à la lumière de ce qui précède, l'entrave du support par des mesures techniques de protection n'apparaît que comme une énième entorse¹⁰⁵⁷ au principe d'indépendance entre la propriété corporelle et la propriété incorporelle¹⁰⁵⁸, principe dont la porosité est assurément constatée.

377. Si la perméabilité entre propriété incorporelle et propriété corporelle est admise, si l'on reconnaît dans certaines hypothèses que la propriété sur le support doit plier devant la propriété sur l'œuvre, on ne voit pas vraiment quel autre obstacle que le principe d'indépendance pourrait empêcher l'analogie entre le droit de clore et le recours aux mesures techniques de protection. On comprendrait alors mieux pourquoi, par confusion des propriétés, ou plutôt par absorption en faveur de la propriété incorporelle, l'auteur est fondé à déployer des mesures techniques de protection sur le support de l'œuvre. Par la même occasion, ce serait une preuve

¹⁰⁵¹ DESBOIS, p. 377, n° 292 : « il est indéniable que les droits de reproduction et d'exécution battent en brèche, restreignent la propriété d'un corps certain, du bien corporel ».

¹⁰⁵² C. CARON, p. 16, n° 18.

¹⁰⁵³ Article L. 122-8 du CPI.

¹⁰⁵⁴ Dans l'environnement numérique, il arrive souvent que le propriétaire de l'œuvre ne soit pas en même temps le propriétaire du support qui la véhicule. En ce sens, S. Dusollier, Thèse préc., p. 395, n° 500.

¹⁰⁵⁵ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 653, n° 975.

¹⁰⁵⁶ P. Kamina, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, Thèse Poitiers, 1996, p. 114, convaincu que la propriété intellectuelle l'emporte sur la propriété corporelle.

¹⁰⁵⁷ C. CARON, p. 253, n° 302 : « Quant à la possibilité d'apposer des mesures techniques sur le support de commercialisation de l'œuvre, c'est une manifestation supplémentaire du pouvoir du titulaire des droits d'auteur sur le support matériel ».

¹⁰⁵⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 275, n° 390.

supplémentaire que l'identité de concept ne postule pas une identité de régime¹⁰⁵⁹ ; qu'un même concept, le droit de clore, à la racine du droit commun de la propriété, est applicable à des objets de nature différente et obéissant à des régimes dissemblables.

378. Cependant, on opposera un dernier élément qui, celui-ci, milite de manière rédhibitoire en défaveur de l'analogie pure et simple entre le droit de clore et le recours aux dispositifs de protection. Cet élément consiste en ce que « *les mesures techniques n'épousent pas exactement les contours du droit de propriété de l'auteur* »¹⁰⁶⁰.

379. Inéquation entre les contours du droit de propriété de l'auteur et les contours dessinés par les mesures techniques : argument décisif en défaveur de l'analogie – Alors que le droit de clore ne peut s'exercer et n'a d'effet que dans les limites de la propriété, les mesures techniques de protection accomplissent leur action bien au-delà du champ de l'exclusivité réservée à l'auteur.

Tout d'abord, on observera que certains auteurs refusent la qualification de droit de propriété au droit d'auteur. Ainsi, Mme Dusollier lui préfère celle de droit intellectuel. Selon l'auteur, concevoir le droit d'auteur comme un droit de propriété impliquerait que les prérogatives de l'auteur ne se limiteraient pas à celles que lui confère textuellement la loi et « *"l'absolutisme" de la propriété justifierait l'emprise grandissante des mesures techniques, simples exercices du pouvoir de maîtrise du propriétaire que serait l'auteur* »¹⁰⁶¹. Mais c'est sans doute pousser le raisonnement un peu loin. C'est aussi manquer de rappeler le tempérament que formule l'article 544 du Code civil. Certes, « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* », mais « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Leurs différences ne suffisent pas à exclure la filiation qu'il y a entre le droit de propriété classique et le droit d'auteur. Au contraire, ce lien est même confirmé au travers du tempérament établi par l'article 544 du Code civil, révélateur d'un dénominateur commun. Le droit de propriété n'a d'absolu que le caractère indéfini des prérogatives qu'il confère à son titulaire. Le propriétaire classique peut faire ce qu'il veut de son bien¹⁰⁶² dans la mesure où le champ de ses prérogatives n'est pas limité à une liste d'actes ou d'actions précise. Le caractère défini des prérogatives de l'auteur, quant à lui, s'explique par la fonction sociale du droit d'auteur, fonction sociale commandant que les pouvoirs du créateur

¹⁰⁵⁹ F. Danos, Thèse préc., p. 184, n° 169.

¹⁰⁶⁰ C. Simler, Thèse préc., p. 129, n° 160

¹⁰⁶¹ S. Dusollier, Thèse préc., p. 324, n° 408.

¹⁰⁶² F. Terré et P. Simler, *Droit civil - Les biens*, Dalloz, 8^e éd., 2010, p. 143, n° 141.

soient circonscrits afin de favoriser la diffusion la plus large des œuvres. Aussi, l'auteur ne peut qu'interdire ou autoriser l'exploitation de son œuvre. Mais qu'il s'agisse du droit de propriété traditionnel ou du droit d'auteur, tous deux sont susceptibles d'être soumis par la loi à des restrictions, bien souvent au nom de l'intérêt général. Il en est ainsi, en matière de propriété de droit commun, des servitudes d'utilité publique¹⁰⁶³ ou des expropriations pour cause d'utilité publique. En matière de droit d'auteur, on évoquera le domaine public et les exceptions aux droits patrimoniaux. Dès lors, même qualifié de droit de propriété, le droit d'auteur ne saurait justifier que des mesures techniques étendent leur emprise au nom de « l'absolutisme » et au mépris des restrictions légales.

Ensuite, au regard de ses attributs patrimoniaux, le droit d'auteur n'a vocation qu'à appréhender les actes d'exploitation que sont la reproduction et la représentation de l'œuvre. Par conséquent, tous les éléments qui ne ressortissent pas au monopole d'exploitation – limites internes et exceptions au droit d'auteur – ne sont pas susceptibles d'être entravés par des barrières techniques. Le propriétaire n'a aucun pouvoir au-delà des limites de sa propriété et chacun sait que si « *l'absolutisme du droit de propriété paraît autoriser chacun à planter clôture sur les confins de son héritage* »¹⁰⁶⁴, il ne permet jamais d'ériger barrière outre. Bien au contraire, il est des hypothèses au travers desquelles la loi intime expressément au propriétaire du fonds de minorer l'assiette du droit de clore par rapport à celle du droit de propriété¹⁰⁶⁵. Or, le déploiement de mesures techniques sur le support de l'œuvre est susceptible de restreindre des actes qui ne relèvent en aucune façon du monopole d'exploitation. Nul n'ignore que l'accès intellectuel à l'œuvre est fatalement tributaire de l'accès matériel au support, lequel est plus ou moins ouvert selon le degré de contrainte exercée par les dispositifs de protection¹⁰⁶⁶. Par le contrôle de l'accès ou de l'utilisation du support, les systèmes de protection affectent non seulement la mise en œuvre des exceptions au droit d'auteur mais la simple jouissance intellectuelle de l'œuvre. Pourtant, il est patent que la simple jouissance intellectuelle de l'œuvre de même que les exceptions légales ne font pas partie de l'assiette du droit d'auteur. La réservation excessive par la technique de ces périmètres de libre usage ne peut en aucune façon reposer sur l'aire de jouissance exclusive que confère ce droit de propriété. Dès lors, on ne saurait se résoudre à

¹⁰⁶³ A ce propos, M. Gautier rapproche les exceptions au droit d'auteur des servitudes : P.-Y. GAUTIER, p. 336, n° 333 – Aussi, C. Colin, Thèse préc., p. 382, n° 643, soutenant que les exceptions se rapprochent davantage des servitudes d'utilité publique.

¹⁰⁶⁴ J.-P. Gridel, Thèse préc., p. 89, n° 66.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, donnant notamment l'exemple de l'article 671 du Code civil.

¹⁰⁶⁶ S. Dusollier, Thèse préc., p. 150, n° 183.

admettre que le recours aux mesures techniques soit l'image d'un droit de se clore transposée à la propriété intellectuelle.

Conclusion de la Section I

380. L'analogie entre le recours aux mesures techniques de protection et le droit de clore est attrayante. Comme tout propriétaire, l'auteur doit être en mesure de protéger son bien au moyen de barrières. Cependant, la comparaison se heurte à quelques obstacles. L'œuvre est immatérielle alors que les verrous techniques sont nécessairement ancrés dans la matière. Un substrat, le support ou le vecteur de l'œuvre est indispensable. S'interpose alors le principe d'indépendance entre la propriété corporelle et la propriété incorporelle. Une stricte application de ce principe reviendrait à interdire à l'auteur d'apposer un système de protection sur le support constituant la propriété de son acquéreur. Or, chacun sait que l'indépendance des propriétés connaît de nombreux tempéraments. L'adjonction de dispositifs de protection au support n'en est qu'un énième exemple. Le rapprochement entre les barrières technologiques et les barrières traditionnelles n'est donc pas dénué de sens. Néanmoins, ce qui emporte la conviction que l'analogie entre le recours aux mesures techniques et le droit de clore est imparfaite réside dans le fait que les dispositifs de protection déploient leurs effets au-delà des limites de la propriété de l'auteur.

381. Maintenant qu'il a été démontré que le recours aux mesures techniques de protection ne semble pas une forme dérivée du droit de clore son bien, attribut classique du droit de propriété, il convient d'examiner plus avant les raisons pour lesquelles aucune prérogative spécifique au droit d'auteur n'est susceptible d'en constituer sérieusement le fondement.

Section II – Les fondements des mesures techniques à l'aune du droit d'auteur, droit spécial de propriété

382. Les mesures techniques peinent à trouver leur justification dans le droit d'auteur (Paragraphe I). En vérité, tels que définis à l'article L. 331-5 du CPI et en raison des effets qu'ils produisent au-delà du monopole juridique sur les oeuvres, les dispositifs de protection s'émancipent largement du droit d'auteur (Paragraphe II).

Paragraphe I – La faible justification des mesures techniques par le droit d'auteur

383. Les droits patrimoniaux (A), pas plus que le droit moral (B), ne justifient que des mesures techniques empêchent toutes les utilisations non autorisées par les titulaires de droits.

A. Les droits patrimoniaux

384. Il importe de rechercher en quoi les droits patrimoniaux, pris dans leur dimension synthétique (1) comme dans leur dimension analytique (2), sont susceptibles de fonder les mesures techniques de protection telles que définies à l'article L. 331-5 du CPI.

1. La recherche des fondements au travers de la dimension synthétique des droits patrimoniaux

385. **Principe de la conception synthétique** – A première vue, les prérogatives de l'auteur ne sont pas légion. Hormis le droit de suite dont la spécificité doit être relevée¹⁰⁶⁷, le CPI fait état de deux prérogatives patrimoniales. Suivant l'article L. 122-1, « *le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction* ». La concision de la formule n'est pas le signe d'un manque d'imagination de la part de ses rédacteurs. Elle reflète tout simplement la conception « synthétique » du monopole d'exploitation. A rebours d'une approche « analytique », le législateur national n'a pas souhaité dresser une liste détaillée de droits exclusifs qui aurait

¹⁰⁶⁷ Cette prérogative est davantage attachée au transfert de propriété du support de l'œuvre qu'à l'exploitation de celle-ci. En ce sens, A. LUCAS et *alii*, p. 425, n° 478 – C. CARON, p. 269, n° 320.

certainement confiné à l'exhaustivité et empêché d'appréhender toute forme nouvelle d'exploitation. Cette méthode a séduit dans d'autres systèmes mais pas le législateur français. Le droit d'auteur « à la française » s'en tient à une acception extensive du droit de reproduction et du droit de représentation, si bien que toute forme d'exploitation inédite finit par rentrer dans le giron du monopole. C'est ainsi qu'au droit de reproduction ont pu être rattachés de nouvelles prérogatives telles que le droit de location, le droit de prêt, le droit de distribution, et de façon plus incertaine, le droit de destination. Dans le même esprit, le droit de représentation emporte dans son sillage le droit de radiodiffusion, le droit de transmission satellitaire ou câblée, ou encore le droit de mise à disposition du public¹⁰⁶⁸. A l'évocation de ces derniers, force est de reconnaître que la conception synthétique éloigne de la loi tout risque d'obsolescence et contribue largement à l'adaptation sereine du monopole d'exploitation aux nouvelles technologies. D'ailleurs, c'est bien la flexibilité des lois de 1791 et de 1793 – imprimant au droit de reproduction et au droit de représentation une acception large – qui les a fait perdurer jusqu'en 1957.

386. Limites de la conception synthétique et dispositifs techniques – Pour autant, la conception synthétique du monopole justifie-t-elle que tous types d'utilisation des œuvres puissent être soumis au monopole de l'auteur ? Dans l'affirmative, on ne devrait pas s'étonner que les mesures techniques de protection soient « destinées à empêcher ou limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin »¹⁰⁶⁹. Une frange de la doctrine abonde dans ce sens. Selon M. Pollaud-Dulian, en vertu de la conception synthétique, « le droit de reproduction et le droit de représentation – largement conçus – ont vocation à englober toutes les utilisations, toutes les modalités d'exploitation des œuvres et de permettre aux auteurs de les contrôler. La loi n'a donc pas à énumérer les utilisations réservées à l'auteur, puisque deux concepts larges les absorbent toutes »¹⁰⁷⁰. Néanmoins, si le propos rend compte de la plasticité incontestable du monopole, apte à « absorber » de nouveaux modes d'exploitation, il n'en demeure pas moins tendancieux dans la mesure où il laisse à penser que toutes formes d'utilisation des œuvres sont susceptibles d'être contrôlées par les titulaires de droits. Or, il ne faudrait pas accorder à l'approche extensive plus de portée qu'elle n'a en réalité¹⁰⁷¹. Jamais, elle ne saurait remettre en cause les espaces de libre usage des œuvres dont font partie les exceptions au droit d'auteur. Jamais, non plus, elle ne saurait justifier que les mesures techniques de protection viennent entraver toutes formes d'utilisation des œuvres. Sur ce point, on se rangera à l'avis de Mme Dusollier selon lequel la conception synthétique du monopole ne

¹⁰⁶⁸ S. Dusollier, Thèse préc., p. 333, n° 421.

¹⁰⁶⁹ Art. L. 331-5 du CPI.

¹⁰⁷⁰ F. POLLAUD-DULIAN, p. 461, n° 697.

¹⁰⁷¹ Critiquant une approche trop extensive du droit de reproduction, A. LUCAS et *alii*, p. 258, n° 263.

postule pas que « *derrière les vocables de droit de reproduction et de droit de communication au public, puissent s'abriter toutes sortes d'actes d'utilisation de l'œuvre, mais uniquement que ces deux concepts revêtent une certaine élasticité propre à répondre aux défis des développements technologiques* »¹⁰⁷².

2. La recherche des fondements au travers de la dimension analytique des droits patrimoniaux

387. Les deux pôles du droit d'exploitation seront successivement examinés. Sera d'abord analysé le droit de représentation (a), puis viendra le tour du droit de reproduction (b).

a. Le droit de représentation

388. Définition de la communication au public – Le droit de représentation ou droit de communication au public¹⁰⁷³ fut le premier droit reconnu aux auteurs lors du décret des 13-19 janvier 1791. Sa reconnaissance contribua notamment à mettre fin au monopole détenu par la Comédie française sur les théâtres¹⁰⁷⁴. Mais il faudra attendre la loi du 11 mars 1957 pour que soit consacrée une définition légale de la représentation : « *la représentation consiste dans la communication directe de l'œuvre au public* »¹⁰⁷⁵. Cette définition n'était pas satisfaisante car elle cantonnait le monopole des auteurs aux spectacles vivants comme les représentations théâtrales ou les concerts de musique. Or, il n'y avait aucune raison que ne soient pas soumises à l'autorisation des auteurs les représentations indirectes, celles effectuées à partir de supports matériels telles que la radiodiffusion d'œuvres. Ce défaut ne fut corrigé qu'une trentaine d'années plus tard, à l'occasion de la loi du 3 juillet 1985 relative aux droits voisins. Désormais, l'article L. 122-2 du CPI ne fait plus mention de la « communication directe ». La représentation est maintenant définie comme « *la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque* ».

389. La communication est l'acte de communiquer. Communiquer correspond à faire connaître quelque chose à quelqu'un en le lui transmettant. En matière d'œuvres, les formes de

¹⁰⁷² S. Dusollier, Thèse préc., p. 334, n° 423.

¹⁰⁷³ Terminologie employée pour les droits voisins dans la loi du 3 juillet 1985 mais également appliquée au droit d'auteur dans les Traités de l'OMPI et dans la directive du 22 mai 2001.

¹⁰⁷⁴ F. POLLAUD-DULIAN, p. 12, n° 15 – J. Ginsburg, « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA*, janvier 1991, n° 147, p. 158 – F. Rideau, Thèse préc., p. 263.

¹⁰⁷⁵ Article 27 de la loi du 11 mars 1957.

communication sont diverses comme le montre la définition légale du droit de représentation. Certaines communications sont directes car elles n'impliquent aucun support matériel : il en est ainsi des représentations dramatiques. D'autres sont indirectes car elles nécessitent l'entremise d'un support : c'est le cas des projections publiques ou de la télédiffusion, celle-ci étant entendu comme « *la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature* »¹⁰⁷⁶. Qu'elles soient immédiates ou médiates, les communications au public permettent à celui-ci d'accéder intellectuellement à l'œuvre. Cependant, elles doivent être autorisées par l'auteur. A défaut, tant la diffusion de phonogrammes en discothèque que la communication d'une œuvre en ligne à destination d'un public¹⁰⁷⁷ constituent des contrefaçons.

390. Précisions de la Cour de justice – Récemment, la Cour de justice est intervenue pour dégager des critères de définition de la communication au public. Il est vrai que même si la directive du 22 mai 2001 précise en quoi le droit de communication au public consiste, elle ne donne pas de définition de la « communication au public » elle-même.

Par un arrêt du 7 décembre 2006¹⁰⁷⁸, la Cour s'est prononcée, en premier lieu, pour affirmer que le droit de communication au public « *doit s'entendre au sens large* » et qu'il a vocation à couvrir « *toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication* »¹⁰⁷⁹. En cela, elle ne fait qu reprendre les termes du considérant 23 de la directive du 22 mai 2001. En second lieu, concernant la notion de « public », elle se réfère à sa jurisprudence antérieure¹⁰⁸⁰, relevant qu'il correspond à un « *nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels* »¹⁰⁸¹ mais « *assez important* »¹⁰⁸². Bien que potentiel, le public doit être nouveau, c'est-à-dire distinct de celui visé à l'origine par l'acte de communication originaire de l'œuvre. A cet égard, la Cour évoque un élément intentionnel en considérant qu' agit « *en pleine connaissance des conséquences de son comportement* », celui qui met les œuvres à disposition du public afin que les personnes qui le constituent puissent y avoir accès. Sans cet agissement, le public visé ne pourrait « *jouir de l'œuvre diffusée* »¹⁰⁸³. En troisième lieu, alors que la Commission fait valoir que « *la poursuite d'un but lucratif n'est pas une condition nécessaire à*

¹⁰⁷⁶ Article L. 122-2 2° du CPI.

¹⁰⁷⁷ TGI Epinal, 24 octobre 2000, *CCE*, décembre 2000, comm. 125, p. 19, note C. Caron.

¹⁰⁷⁸ CJCE, 7 décembre 2006, aff. C-306/05, *SGAE c/ Rafael Hoteles, PI*, janvier 2007, p. 87, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2007, p. 85, obs. F. Pollaud-Dulian – Aussi, CJUE, 24 novembre 2011, n° C-283/10, *Circul Globus Bucuresti c/UCMR-ADA*, *RTD com.* 2012, p. 114, obs. F. Pollaud-Dulian – Aussi, en droit interne, Cass. 1^{re} civ., 14 janvier 2010, *D.* 2010, p. 265, obs. J. Daleau ; *RTD com.* 2010, p. 305, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹⁰⁷⁹ CJCE, 7 décembre 2006, préc. : considérant 14.

¹⁰⁸⁰ CJCE, 2 juin 2005, aff. n° C-89/04, affaire « Mediakabel », *Rec.* p. 4891 : considérant 30 ; et CJCE, 14 juillet 2005, aff. n° C-192/04, affaire « Lagardère Active Broadcast », *Rec.* p. 7199 : considérant 31.

¹⁰⁸¹ CJCE, 7 décembre 2006, préc. : considérant 37.

¹⁰⁸² *Ibid.*, considérant 38.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, considérant 42.

l'existence d'une communication au public», la Cour ne semble pas indifférente au fait que dans le cas d'espèce, le caractère lucratif de la communication au public était avéré¹⁰⁸⁴.

Cet intérêt pour le caractère lucratif de la communication est encore plus palpable dans la jurisprudence ultérieure de la Cour de justice. Par un arrêt du 4 octobre 2011¹⁰⁸⁵, celle-ci rappelle que « *la directive sur le droit d'auteur a pour objectif principal d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur des auteurs, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, notamment à l'occasion d'une communication au public* »¹⁰⁸⁶. Par conséquent, il « *convient d'entendre la notion de communication de manière large, comme visant toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé technique* »¹⁰⁸⁷. Mais, comme dans l'arrêt du 7 octobre 2006, elle soutient, d'une part, que la communication au public implique que l'œuvre soit diffusée auprès d'un nouveau public¹⁰⁸⁸ et, d'autre part, que relever le caractère lucratif de la communication « *n'est pas dénué de pertinence* »¹⁰⁸⁹.

En matière de droits voisins, l'analyse de la communication au public est identique¹⁰⁹⁰. D'abord, la Cour de Luxembourg se prononce sur le terrain du droit d'auteur en définissant le droit de communication au public des auteurs comme « *un droit de nature préventive leur permettant de s'interposer entre d'éventuels utilisateurs de leur œuvre et la communication au public que ces utilisateurs pourraient envisager d'effectuer, et ce afin d'interdire celle-ci* »¹⁰⁹¹. Les juges auraient pu faire l'économie de pareille paraphrase et reprendre tout simplement la formulation relativement claire de l'article 3 paragraphe 2 de la directive du 22 mai 2001, ce qu'elle fait d'ailleurs à d'autres endroits¹⁰⁹². Surtout, la Cour réaffirme les trois critères de détermination de la communication au public dégagé dans ses décisions antérieures. En premier lieu, il conviendrait de relever « *le rôle incontournable* »¹⁰⁹³ de l'utilisateur qui intervient en connaissance de cause pour communiquer l'œuvre à un public. En deuxième lieu, le public nouveau correspondrait à « *un nombre indéterminé de*

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, considérant 44.

¹⁰⁸⁵ CJUE, 4 octobre 2011, aff. n° C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League c/ QC Leisure, CCE*, décembre 2011, comm. 110, note C.Caron ; *RTD com.* 2012, p. 744.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, considérant 186.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, considérant 193.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, considérant 197 – V. ordonnance du 18 mars 2010, *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*, n° C-136/09 : considérant 38.

¹⁰⁸⁹ CJUE, 4 octobre 2011, préc. : considérant 204.

¹⁰⁹⁰ CJUE, 15 mars 2012, aff. n° C-162/10, *Phonographic Performance Limited c/Irlande*, *RTD com.* 2012, p. 322, obs. F. Pollaud-Dulian ; et aff. n° C-135/10, *Consortile Fonografici c/Del Corso*, *RTD com.* 2012, p. 325, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹⁰⁹¹ CJUE, 15 mars 2012, aff. n° C-135/10, préc. : considérant 75.

¹⁰⁹² *Ibid.*, considérants 24 et 72.

¹⁰⁹³ Considérant 82 de l'arrêt *Consortile Fonografici c/Del Corso* ; et considérant 31 de l'arrêt *Phonographic Performance Limited c/Irlande*.

spectateurs potentiels», « assez important »¹⁰⁹⁴ néanmoins. « En troisième lieu, la communication au public impliquerait « un caractère lucratif »¹⁰⁹⁵.

391. Critiques – L'ensemble de ces décisions appellent de nombreux commentaires. Mais, on observera juste que les critères dégagés par la Cour de justice sont pour le moins curieux. D'abord, le critère du « rôle incontournable » de l'utilisateur n'apporte rien de nouveau à l'analyse de la communication au public. En toute hypothèse, en droit interne, il existe une présomption prétorienne de mauvaise foi en vertu de laquelle la simple caractérisation de l'élément matériel fait présumer l'existence du caractère intentionnel de la contrefaçon. Ensuite, plus inquiétant est le glissement opéré vers la nécessité d'un caractère lucratif de la communication au public alors que, comme le font remarquer les conclusions de l'avocat général, Mme Trstenjak, il n'est nul besoin que l'utilisateur poursuive un but lucratif pour que la communication au public soit caractérisée¹⁰⁹⁶.

392. Limitation nécessaire au contrôle de la communication au public – Le public fait partie intégrante de la définition du droit de représentation, si bien qu'en dehors de toute communication à destination d'un public, le monopole n'a pas prise. Pour autant, le droit de représentation ne porte aucun regard sur les agissements du public lui-même. Le droit de communication a vocation à ne cerner que l'acte permettant de transmettre l'œuvre au public. Autrement dit, il ne permet pas de contrôler les actes subséquents accomplis par le destinataire de la communication : « c'est le diffuseur, le "communicateur" qui fait l'objet de l'attention du droit »¹⁰⁹⁷ de représentation et non le destinataire de la communication.

Ce n'est que dans l'hypothèse où ce dernier se livre lui-même à une communication au public de l'œuvre que le droit de représentation pourra jouer à son encontre. Dès lors, s'il est justifié qu'un système de protection empêche la communication non autorisée de l'œuvre au public, on ne voit pas en revanche comment le droit de représentation légitimerait le contrôle de l'usage de l'œuvre, encore moins lorsque celui-ci est placée sous l'égide de l'ordre public comme cela est le cas pour la représentation dans le cercle de famille. Au-delà de l'usage privé, le régime de sauvegarde de l'article L. 331-31 du CPI témoigne même de ce que certaines utilisations

¹⁰⁹⁴ Considérant 84 de l'arrêt *Consortile Fonografici c/Del Corso*, préc. ; et considérant 33 de l'arrêt *Phonographic Performance Limited c/Irlande*, préc.

¹⁰⁹⁵ Considérant 88 de l'arrêt *Consortile Fonografici c/Del Corso*, préc. ; et considérant 36 de l'arrêt *Phonographic Performance Limited c/Irlande*, préc.

¹⁰⁹⁶ Conclusions de l'avocat général Mme V. Trstenjak présentées le 29 juin 2011, aff. n° C-135/10, *Consortile Fonografici c/Del Corso*, préc. : considérant 132.

¹⁰⁹⁷ S. Dusollier, Thèse préc., p. 369, n° 466.

collectives ne sont pas susceptibles d'être remises en cause par des verrous techniques : c'est le cas de l'exception de représentation dans le cadre de la recherche et l'enseignement ou encore de l'exception de représentation d'une œuvre graphique ou plastique dans un but d'information immédiate. Or, l'existence de tels espaces de libre usage est mise à mal par la définition même des mesures techniques, « destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires de droits », suggérant par là que ces derniers auraient un éventuel droit de regard quant aux sorts des exceptions au droit d'auteur alors qu'il n'en est rien. Les exceptions sont impératives et la volonté des titulaires de droits ne saurait écarter leur mise en œuvre.

393. On remarquera que la tendance croissante au contrôle de l'utilisation privée des œuvres tient pour partie à la réaction du droit international et du droit européen face à l'évolution du rôle du public dans le contexte numérique. Dès leur essor, les réseaux ont suscité de nouveaux enjeux. Aujourd'hui, la communication des œuvres sur l'Internet est à la portée de tous. Surtout, le destinataire de la communication y tient un rôle plus actif que par le passé. Il n'est plus seulement question d'un public ne faisant que réceptionner les œuvres qu'on lui propose. Désormais, chacun est susceptible d'être le « commanditaire » de la communication de l'œuvre qu'il souhaite découvrir ou redécouvrir. A ce propos, on s'est aussi posé la question de savoir si la communication de l'œuvre en ligne constituait véritablement une communication au public dans la mesure où le destinataire de l'œuvre la reçoit chez lui, dans sa sphère privée, à l'instant qu'il souhaite. Or, le lieu et le moment sont des éléments indifférents au déclenchement du droit de représentation. L'article L. 122-2 du CPI n'établit à cet égard aucune distinction. Peu importe que chacun puisse accéder à l'œuvre au moment qu'il désire, de manière asynchrone par rapport aux autres membres du public. Peu importe encore que chacun reçoive l'œuvre dans sa sphère privée. Ce qui compte est que la communication de l'œuvre soit émise vers un public composé d'un nombre indéterminé de personnes réunies ou dispersées¹⁰⁹⁸.

394. La mutation du rôle du public, passant de sujet passif à sujet actif, est la raison qui a conduit les législations à apporter certaines précisions en ce qui concerne le droit de représentation. A commencer par le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur qui est venu indiquer que « les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière

¹⁰⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 6 février 1994, *CNN c/Novotel Paris-Les halles*, *RIDA*, juillet 1994, n° 161, p. 367, obs. A. Kéréver, *JCP G* 1994, II, 22273, note J.-C. Galloux ; *D.* 1994, jurispr. p. 450, note P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 1994, p. 272, obs. A. Françon.

que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée»¹⁰⁹⁹. La directive du 22 mai 2001 reprend presque mot pour mot cette définition¹¹⁰⁰. Si la précision a permis de mettre un terme au débat sur la nature publique ou privée de la communication en ligne d'une œuvre, elle n'a en rien modifié la teneur du droit de représentation. Dans l'environnement numérique, le droit de communication au public est strictement limité au contrôle des actes de mise à disposition de l'œuvre et ne s'intéresse aucunement aux actes de nature différente accomplis par les destinataires de la diffusion. Le droit de représentation ne peut donc fonder que les dispositifs ayant pour fonction de restreindre la communication au public de l'œuvre. Et lorsque cette communication au public est rendue licite sous le couvert d'une exception au droit d'auteur, l'intervention des systèmes de protection perd sa raison d'être.

395. Finalement, la justification des mesures techniques de protection par le droit de représentation est réduite à une portion congrue. Il ressort avec évidence que les mesures ayant pour objectif d'empêcher toutes les utilisations non autorisées par les titulaires de droits ne sont pas susceptibles de reposer uniquement sur le droit de communication au public.

b. Le droit de reproduction

396. Les mesures de protection prendraient appui sur le droit de reproduction en tant que tel (1). Pourtant, celui-ci ne permet qu'un contrôle limité des reproductions. Cela n'empêche pas une frange de la doctrine de justifier les mesures techniques de protection entravant n'importe quelle utilisation de l'œuvre en le rattachant à l'énigmatique « droit de destination » (2), manifestation du droit de reproduction dans sa forme la plus exacerbée.

1) Le droit de reproduction en tant que tel

397. **Définition du droit de reproduction** – L'autre pôle des droits patrimoniaux est constitué par le droit de reproduction, droit trouvant son origine dans le décret des 19-24 juillet 1793. L'article L. 122- 3 alinéa 1 du CPI le définit comme « *toute fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public de manière indirecte* ». Comme en matière de représentation, le procédé reste indifférent. Peu importe la manière dont la fixation est réalisée ou

¹⁰⁹⁹ Article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur – V. les articles 10 et 14 du Traité de l'OMPI sur les droits voisins.

¹¹⁰⁰ Article 3 paragraphe 1 de la directive du 22 mai 2001.

la nature du support de fixation. D'ailleurs, le droit international et le droit européen en font état. L'article 9 de la Convention de Berne précise que le droit de reproduction est le droit exclusif d'autoriser la reproduction des œuvres « *de quelque manière que ce soit* ». Quant à la directive du 22 mai 2001, elle prescrit que « *les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie* »¹¹⁰¹. En tout état de cause, le droit de reproduction est d'interprétation large¹¹⁰².

Même si cela est discuté¹¹⁰³, la fixation matérielle de l'œuvre suffit à mettre en jeu le droit de reproduction. Selon l'article L. 122-3 du CPI, elle doit permettre de communiquer l'œuvre au public. En toute rigueur, toute reproduction est susceptible de communiquer l'œuvre au public. Peu importe que cette communication au public n'ait finalement jamais lieu. Donc, au soutien du droit de reproduction, des mesures de protection sont légitimes à restreindre la faculté de copie d'une œuvre.

398. Limitation nécessaire du contrôle de la reproduction – Pour autant, les dispositifs techniques peuvent-ils entraver toutes copies comme le suggère implicitement l'article L. 331-5 du CPI ? La réponse est négative. Les dispositifs techniques ne sauraient restreindre totalement la reproduction d'une œuvre sans porter préjudice à l'exercice de l'exception de copie privée, laquelle est d'ordre public¹¹⁰⁴. *A priori*, le régime de sauvegarde établi au travers des articles L. 331-7 et L. 331-31 2° semble en tenir compte. En revanche, on restera dubitatif devant la position du Conseil constitutionnel considérant que « *les dispositions de la section intitulée "Mesures techniques de protection et d'information", insérées dans le code de la propriété intellectuelle [...], devront être déferées comme n'interdisant pas aux auteurs ou aux titulaires de droits voisins de recourir à des mesures techniques de protection limitant le bénéfice de l'exception à une copie, voire faisant obstacle à toute copie, dans les cas particuliers où une telle solution serait commandée par la nécessité d'assurer l'exploitation normale de l'œuvre ou par celle de prévenir un préjudice injustifié à leurs intérêts légitimes [...]* ». Si le caractère impératif de l'exception de copie privée semble observé lorsque la mesure technique limite son exercice à une copie, il est ouvertement ignoré lorsque la restriction est totale¹¹⁰⁵.

¹¹⁰¹ Article 2 de la directive du 22 mai 2001.

¹¹⁰² CJCE, 16 juillet 2009, aff. n° C-5/08, *Infopaq International c/Danske Dagblades Forening* (points 41, 42 et 43), *Rec.* p. 6569 ; *PI*, octobre 2009, p. 378, V.-L. Benabou ; *CCE*, novembre 2009, comm. 97.

¹¹⁰³ *Supra* n° 16.

¹¹⁰⁴ *Supra* n° 217.

¹¹⁰⁵ En ce sens, J. Lesueur, *Conflits de droits – Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Thèse Paris II, 2007, PUAM, 2009, p. 309, n° 499 : « Même si le droit à la copie privée de l'utilisateur d'une œuvre est un droit protégé par les textes, il peut être limité afin de préserver les droits subjectifs des auteurs. Il ne paraît cependant pas pouvoir être totalement supprimé puisque ce droit est impératif, comme toutes les autres exceptions légalement consacrées ».

399. En outre, nombreuses sont les autres exceptions au droit de reproduction que ni la volonté des titulaires de droits, ni les mesures techniques de protection ne sauraient remettre en cause. En font partie l'exception de reproduction provisoire, l'exception aux fins d'illustration dans le cadre de la recherche et de l'enseignement, l'exception en faveur des personnes handicapées, l'exception aux fins de conservation et de consultation en faveur des bibliothèques, musées et services d'archives, l'exception en faveur des organismes de dépôt légal, l'exception couvrant les actes entrepris à des fins de procédure ou de sécurité publique. L'ordre public qui leur est attaché ne permet pas que des dispositifs techniques les entravent et le régime de préservation instauré par la loi du 1^{er} août 2006 semble le confirmer.

400. Les mesures techniques de protection telles que définies par l'article L. 331-5 du CPI ne sauraient prendre appui sur un droit de reproduction dont la vocation n'est pas de contrôler tous les usages possibles de l'œuvre¹¹⁰⁶, pas plus qu'il n'est admis à museler les multiples exceptions impératives au droit de reproduction. Dès lors, la justification par le simple droit de reproduction des mesures techniques destinées à empêcher toutes utilisations non autorisées par les titulaires de droits apparaît elle aussi bien légère, quoique ce que l'on nomme le droit de destination pourrait encore être invoqué.

2) Le droit de destination

401. **Emergence de la théorie** – Au sein du droit de reproduction, il y aurait un attribut qui justifierait que les mesures techniques de protection entravent toute utilisation de l'œuvre non autorisée par les titulaires de droits : il s'agit du droit de destination¹¹⁰⁷. Admis par Desbois qui le place dans « *l'orbite du droit de reproduction* »¹¹⁰⁸, le concept du droit de destination fut développé par un juriste belge, M. Gotzen¹¹⁰⁹, et trouva un certain écho parmi les juristes français au nombre desquels figurent M. Pollaud-Dulian¹¹¹⁰ et M. Desurmont¹¹¹¹.

¹¹⁰⁶ A. LUCAS et *alii*, p. 258, n° 263, évoquant la reproduction provisoire et dénonçant une conception trop extensive du droit de reproduction : « il a toujours été admis jusqu'à maintenant que l'auteur ne peut prétendre interdire par principe l'utilisation de son œuvre (la lecture du livre, la contemplation du tableau, l'usage de l'œuvre d'art appliqué). Jouer de la particularité des réseaux numériques pour rompre avec ce postulat est discutable ».

¹¹⁰⁷ En ce sens, A. Latreille, « La protection des dispositifs techniques (I) – Entre suspicion et sacralisation », *PI*, janvier 2002, p. 48.

¹¹⁰⁸ DESBOIS, p. 372, n° 288.

¹¹⁰⁹ F. Gotzen, *Het bestemmingsrecht van de Auteur : onderzoek van de bevoegdheid van de Auteur om derden een bepaald gebruik van in*, Thèse Louvain, Larcier, 1975.

¹¹¹⁰ F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination – Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Thèse Paris II, LGDJ, 1989.

402. Exposé de la théorie – Le droit de destination pourrait se résumer en un droit de contrôler les utilisations des exemplaires de l'œuvre qui ont été mises en circulation dans le commerce¹¹¹². Ainsi, les auteurs auraient le pouvoir d'interdire aux cocontractants ainsi qu'aux acquéreurs ultérieurs n'importe quelle forme d'utilisation des exemplaires de l'œuvre¹¹¹³. Plus précisément, le droit de destination couvrirait « *non seulement la mise en circulation mais aussi tout autre usage des reproductions. [Il continuerait] de s'imposer lors des utilisations ultérieures, au-delà du stade de la première commercialisation de l'œuvre* »¹¹¹⁴. L'auteur pourrait donc aménager l'exercice de son droit de reproduction en déterminant, comme bon lui semble, les types d'utilisation autorisés, de sorte que tout usage ne correspondant pas à ces types d'utilisation porterait atteinte à son droit de reproduction. Cette prérogative coulerait de source et reposerait sur la maxime « qui peut le plus peut le moins »¹¹¹⁵. En effet, dans la mesure où l'auteur est admis à interdire la reproduction de son œuvre, selon M. Gotzen, il serait logique qu'il puisse accorder des autorisations partielles, opposables même à l'égard de l'utilisateur final d'un exemplaire.

A l'image du droit de reproduction dont il serait une manifestation, le droit de destination, extensif, permettrait de contrôler, au-delà de la mise en circulation des exemplaires, leur location, leur prêt ou encore leur utilisation publique¹¹¹⁶.

403. Les forces de la théorie du « droit de destination » – Au premier abord, le droit de destination semble bénéficier de certains appuis textuels et jurisprudentiels.

¹¹¹¹ T. Desurmont, « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels l'œuvre se trouve reproduite », *RIDA*, octobre 1987, n° 134, p. 2.

¹¹¹² F. Gotzen, « Le droit de destination et son fondement juridique », in *L'importance économique du droit d'auteur*, ALAI, 1989, p. 61, affirmant que le droit de destination est la « faculté exclusive que possède l'auteur de réserver à un usage bien déterminé les reproductions de son œuvre qui ont été mises dans le commerce ».

¹¹¹³ F. Gotzen, Thèse préc., cité par S. Dusollier, Thèse préc., p. 339, n° 428 : le droit de destination permettrait d'imposer « le respect d'une limitation de l'usage [des exemplaires de l'œuvre] non seulement à son cessionnaire immédiat, mais également, à chaque stade de la commercialisation, à tout tiers qui acquiert des exemplaires de son œuvre » - du même auteur, « Le droit de destination en Europe », *Dr. auteur* 1989, p. 230 – Aussi, F. Pollaud-Dulian, Thèse préc., p. 191, n° 193 : « Lorsque nous disons que l'auteur a le droit de définir la « destination » des reproductions, nous entendons l'affectation des supports matériels de l'œuvre à un certain but ou, plus précisément, à une certaine utilisation. La destination peut se rapporter à n'importe quelle forme d'utilisation par l'acquéreur des exemplaires. En autorisant la reproduction de son œuvre, l'auteur peut envisager des conditions quant à la distribution des exemplaires ou quant à l'usage matériel que l'on pourra en faire. Dans les deux cas, il cherche à s'associer de plus près à la communication et à l'exploitation de son œuvre ».

¹¹¹⁴ F. Gotzen, Thèse préc., p. 376, cité par F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination – Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Thèse Paris II, LGDJ, 1989, p. 191, n° 194 – Dans le même sens, T. Desurmont, « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels l'œuvre se trouve reproduite », *RIDA*, octobre 1987, n° 134, p. 21.

¹¹¹⁵ F. Gotzen, Thèse préc., cité par S. Dusollier, Thèse préc., p. 340, n° 430.

¹¹¹⁶ F. POLLAUD-DULIAN, p. 476, n° 728.

404. Les appuis textuels – Les tenants de la théorie du droit de destination le rattachent au fondement légal de l'article L. 131-3 alinéa 1 du CPI en vertu duquel le contrat de cession doit expressément délimiter la « destination » de l'exploitation de l'œuvre¹¹¹⁷. Selon Desbois, « la notion de destination couvre l'usage que feront les acquéreurs des volumes ou des disques édités : le prêt et la location ne leur sont pas permis du seul fait que les exemplaires de l'édition muette ou sonore sont mis en vente. Il est de même loisible à l'auteur ou à ses ayants droit de circonscrire la destination en excluant tel ou tel mode d'utilisation »¹¹¹⁸. D'autres dispositions du CPI intervenant sur le terrain répressif militeraient, elles aussi, en faveur de la théorie du droit de destination. Ainsi, l'article L. 332-1 alinéa 2 2° permet la saisie des « exemplaires illicitement utilisés » et l'article L. 335-3 prohibe toute « diffusion d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur ». En outre, l'article L. 131-3 du CPI n'est pas la seule disposition à faire expressément appel au terme « destination ». En matière de logiciels, l'article L. 122-6-1 du CPI énonce que certains actes « ne sont pas soumis à autorisation de l'auteur lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser ».

405. Les appuis jurisprudentiels – La doctrine du droit de destination semble trouver de nombreux appuis plus ou moins implicites dans la jurisprudence. L'exemple est ancien qui relate la sanction sur le terrain de la contrefaçon d'un directeur de théâtre autorisé à reproduire une partition musicale pour l'usage de son théâtre mais ayant cédé cette partition à un éditeur de musique qui l'a lui-même mis à disposition d'autres théâtres¹¹¹⁹. La Haute juridiction souligna que la partition avait été « employée dans un intérêt commercial, à une autre destination que celle qui avait été autorisée par le propriétaire ».

Plus récemment, on se souvient des fameux litiges qui ont opposé la SACEM aux stations de radio puis aux discothèques. Il s'agissait alors de savoir si l'utilisation de phonogrammes du commerce par la radio ou dans les discothèques, réservés à l'usage privé des acquéreurs, nécessitait l'autorisation de l'auteur au titre du droit de reproduction. La position de la Cour de Cassation est apparue très clairement dans un arrêt au travers duquel elle affirme que la diffusion d'une œuvre au sein d'une discothèque nécessite « une autorisation complémentaire assortie d'une redevance relevant du droit de reproduction mécanique, dès lors que les phonogrammes utilisés étaient exclusivement destinés à l'usage privé de leurs acquéreurs ». Et, la Cour d'ajouter que « l'autorisation donnée par la SACEM aux exploitants de discothèques d'étendre à une destination nouvelle le domaine d'exploitation du droit

¹¹¹⁷ F. Pollaud-Dulian, Thèse préc., p. 156, n° 158 – F. POLLAUD-DULIAN, p. 477, n° 731.

¹¹¹⁸ DESBOIS, p. 371, n° 288.

¹¹¹⁹ Cass. crim., 28 janvier 1888, DP 1888, 1, p. 400.

de reproduction cédé au nom des auteurs légitimait en contrepartie la stipulation d'une redevance complémentaire au titre du droit de reproduction mécanique »¹¹²⁰.

En matière d'utilisation radiophonique, la même solution avait déjà été adoptée par la Cour d'appel de Paris une quarantaine d'années auparavant¹¹²¹. Il ressort de cette jurisprudence que lorsqu'une station de radio ou une discothèque souhaite diffuser vers un public une œuvre en utilisant des phonogrammes du commerce, elle doit non seulement être autorisée au titre du droit de représentation mais aussi au titre du droit complémentaire de reproduction mécanique¹¹²² dans la mesure où la destination de la reproduction a été modifiée. On peut encore mettre en avant un arrêt qui, sans y faire expressément référence, évoque singulièrement le droit destination¹¹²³. La question était posée de savoir si le droit de location¹¹²⁴ admis en matière de logiciels¹¹²⁵ est susceptible d'être étendu aux jeux vidéo. La Cour de cassation a répondu que le droit de location « *qui procède de la faculté reconnue à l'auteur et à ses ayants droit de n'autoriser la reproduction de son œuvre qu'à des fins précises, constitue une prérogative du droit d'exploitation* ». La formule semble évoquer à demi-mot le droit de destination.

Enfin, à l'échelle européenne, dans le célèbre arrêt « Basset », la Cour de justice a eu l'occasion de reconnaître le droit complémentaire de reproduction mécanique dans l'hypothèse d'une utilisation des phonogrammes du commerce par des discothèques en le rattachant curieusement, non pas au droit de reproduction, mais au droit de représentation¹¹²⁶.

¹¹²⁰ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 1988, *JCP G* 1988, II, 21120, note A. Françon – Nombreux sont les arrêts se situant dans le droit-fil de cette décision : Cass. 1^{re} civ., 22 mars 1988, *Bull. civ.* I, n° 88 et 89 (deux espèces) ; *RIDA*, octobre 1988, n° 138, p. 295 – Cass. 1^{re} civ., 19 avril 1988, *Bull. civ.* I, n° 112 ; *RIDA*, avril 1989, n° 140, p. 212 ; Cass. crim., 20 juin 1990, *RIDA*, octobre 1990, n° 146, p. 274.

¹¹²¹ CA Paris, 27 avril 1945, *JCP G* 1946, II, 3074, obs. R. Plaisant.

¹¹²² Sur le droit de reproduction mécanique : P. Parès, *Histoire du droit de reproduction mécanique*, La Compagnie du Livre, 1953 – Aussi, M. Laurens, « De la notion de destination dans l'exploitation des œuvres de l'esprit », *RIDA*, avril 1954, n° 3, p. 37.

¹¹²³ Cass. 1^{re} civ., 27 avril 2004, *Bull. civ.*, I, n° 117 ; *CCE*, juillet-août 2004, comm. 84, p. 23, note C. Caron ; *PI*, juillet 2004, p. 770, obs. P. Sirinelli ; *Propr. industr.*, septembre 2004, comm. 74, p. 27, note P. Kamina ; *RTD com.* 2004, p. 484, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2004, p. 1528, note J. Daleau.

¹¹²⁴ Alors même que la directive n°92/100 du 19 novembre 1992, devant être transposée au 1^{er} juillet 1994, l'a consacré, le législateur français n'a pas jugé utile de reconnaître formellement le droit de location, estimant qu'il entrerait dans le giron du droit de destination, lui-même non expressément reconnu. Sur ce point, consulter Rép. Minist., mai 1996, *Legipresse* 1996, IV, p. 60 ; Rép. Minist., du 9 août 1999, *JOAN Q*, 27 septembre 1999, p. 5601 – Quant au droit de prêt, il ne fut que tardivement consacré par le législateur national au travers de la loi du 18 juin 2003 transposant partiellement la directive du 19 novembre 1992. Le résultat se trouve aux articles L. 133-1 et suivants du CPI, lesquels instaurent un régime de licence obligatoire donnant droit à une rémunération des auteurs financée en partie par l'État. Sur ce point, C Caron, « Le nouveau prêt public des œuvres en droit d'auteur », *CCE*, octobre 2003, chron. 23, p. 10.

¹¹²⁵ Article L. 122-6-3° du CPI.

¹¹²⁶ CJCE, 9 avril 1987, *Basset c/SACEM*, aff. n° C-402/85, *Rec.* p. 1747 ; *RIDA*, juillet 1987, n° 133, p. 168, obs. J. Delmoly ; *RTD com.* 1987, p. 391. La Cour de justice estime que les articles 28 et 30 de l'ancien Traité

Force est de reconnaître que la théorie du droit de destination est parfaitement acclimatée au paysage du droit d'auteur français où le droit de reproduction est largement conçu¹¹²⁷. Cette doctrine peinerait à prospérer dans un système où la conception des prérogatives patrimoniales serait analytique et où le droit de reproduction serait strictement défini comme c'est le cas en Allemagne¹¹²⁸. Il est évident que le droit de destination ne trouverait pas sa place dans un système où le droit de reproduction serait ramené à un droit de distribution sujet à épuisement. Le droit de destination impliquant le contrôle des utilisations secondaires des exemplaires de l'œuvre nécessite d'être conforté par une approche extensive du droit de reproduction. Une conception large permet que « *chaque fois qu'une nouvelle forme d'utilisation, [...] l'auteur trouve dans ses prérogatives légales, le moyen de la contrôler sans avoir à attendre une intervention du législateur pour couvrir cette utilisation d'un droit spécifique* »¹¹²⁹.

Aussi, ce serait au nom du droit de destination que l'auteur peut s'opposer à tout nouveau type d'utilisation des supports qu'il n'a pas autorisé. Lorsque les droits patrimoniaux sont édictés de manière analytique, l'intervention du législateur est indispensable pour que soient établies de nouvelles prérogatives permettant à l'auteur de contrôler l'utilisation des exemplaires : par exemple, un droit de location ou un droit de prêt. Bien que la doctrine du droit de destination soit portée par la conception synthétique du droit de reproduction, les appuis légaux et jurisprudentiels censés la consolider présentent aussi de sérieuses faiblesses.

406. Les faiblesses de la théorie du « droit de destination » – Il n'est pas certain que les appuis légaux et jurisprudentiels mis en exergue par les partisans du droit de destination aient la portée que ces derniers veulent bien leur prêter¹¹³⁰. En outre, l'approche européenne des prérogatives patrimoniales ne rend que plus incertaine la réalité de ce droit.

407. Fragilité des appuis textuels – En premier lieu, de l'aveu même de M. Pollaud-Dulian, l'article L. 131-3 du CPI est à l'image de la loi de 1957, et « *comporte bien des ambiguïtés et des*

CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne font pas obstacle à l'application d'une législation nationale qui autorise une société de gestion des droits d'auteur de percevoir, en raison de l'exécution publique de supports de sons, une redevance dite droit complémentaire de reproduction mécanique qui s'ajoute au droit de représentation – Reconnaisant un droit de location, CJCE, 17 mai 1988, *Warner Bros c/Christiansen*, aff. n° C-158/86, *Rec.* p. 2605 ; *RIDA*, juillet 1988, n° 137, p. 84.

¹¹²⁷ Conception large héritée des décrets révolutionnaires puisque la loi des 19-24 juillet 1793 conférait aux auteurs le « droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages », droit interprété largement par la jurisprudence.

¹¹²⁸ Pour une approche de droit comparé sur ce point : F. Pollaud-Dulian, Thèse préc., p. 275, n° 312.

¹¹²⁹ F. POLLAUD-DULIAN, p. 461, n° 698.

¹¹³⁰ En ce sens, A. Lucas, « Le droit de distribution et son épuisement », *CCE*, novembre 2006, étude 25, p. 6.

incertitudes qui impliquent un travail d'interprétation assez poussé»¹¹³¹. D'emblée, il paraît étrange de déduire l'existence d'un droit patrimonial d'une disposition qui n'a trait qu'à la cession des droits d'exploitation¹¹³². En tout cas, l'article L. 131-3 du CPI semble ne rien faire d'autre que d'imposer un formalisme permettant de délimiter l'étendue de la cession consentie au cocontractant de l'auteur. Il ne s'agit donc ni de préciser la teneur du droit de reproduction¹¹³³ en visant la « destination » ni de déterminer l'opposabilité aux tiers¹¹³⁴ des éventuelles restrictions émises par l'auteur¹¹³⁵. Le formalisme exigé « *consiste à délimiter les modes d'exploitation de l'œuvre, objet intellectuel, et non l'utilisation des exemplaires, objets matériels* »¹¹³⁶. Partant, la doctrine qui invite à faire de l'article L. 131-3 du CPI le fondement du droit de destination semble plutôt opérer un curieux mélange des genres¹¹³⁷.

En second lieu, outre que son champ d'application soit limité aux logiciels, l'article L. 122-6-1 du CPI ne saurait être interprété comme impliquant un droit de contrôler toutes les utilisations possibles de l'exemplaire d'un programme. Tout d'abord, il ne faudrait pas réduire l'utilisation du programme en lui-même à l'utilisation des exemplaires¹¹³⁸. Ensuite, il est question d'actes qui ne sont pas soumis au monopole de l'auteur. Par conséquent, il s'agit plus d'établir des devoirs à la charge du titulaire de droits que d'établir un attribut patrimonial à son profit. De plus, il ne faut pas oublier que le logiciel a une vocation utilitaire. Dès lors la notion de « destination » prend une tout autre dimension. C'est le caractère utilitaire du programme que la périphrase

¹¹³¹ F. Pollaud-Dulian, Thèse préc., p. 160, n° 161.

¹¹³² V. J. Passa, « Droit de destination et droit de distribution », in *Actes de colloque : 1957-2007 : 50 ans de droit d'auteur (perspectives et prospectives)*, Caen, le 23 mars 2007, *LPA*, 6 décembre 2007, p. 34, n° 8. L'auteur rappelle que depuis l'affaire « Perrier » (préc.) la jurisprudence limite l'application de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er} aux contrats conclus par l'auteur lui-même et non à ceux conclus par les cessionnaires avec les sous-exploitants. Ainsi, les exemplaires réalisés en vertu de ces derniers contrats ne devraient pas donner lieu à un droit de destination puisque aucun fondement textuel ne le justifierait.

¹¹³³ A. LUCAS et *alii*, p. 268, n° 275 – S. Dusollier, « Le droit de destination : une espèce franco-belge vouée à la disparition », *PI*, juillet 2006, p. 283 – P. Kamina, Thèse préc., n° 205.

¹¹³⁴ L'article L. 131-3 du CPI ne règle en rien la question de l'opposabilité aux tiers des restrictions éventuellement imposées par l'auteur dans le contrat de cession. Ce point est pourtant discuté en doctrine. Ainsi, selon M. Gotzen, les restrictions apportées par l'auteur ne sont opposables aux tiers qu'à condition qu'elles fassent l'objet d'une publicité au moyen de mentions spéciales apposées sur les exemplaires des œuvres (F. Gotzen, « Le droit de destination en Europe », *Dr. auteur* 1989, p. 230) ; Dans le même sens, H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, p. 640, n° 528 – D'autres, comme M. Desurmont, estiment au contraire que les limitations imposées par l'auteur sont opposables *erga omnes* et ne requièrent aucunement de publicité (T. Desurmont, « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite », *RIDA*, octobre 1987, n° 134, p. 33). Les droits patrimoniaux sont opposables *erga omnes*, de sorte que si le « droit de destination » est bien de l'essence du droit de reproduction, sa mise en œuvre ne devrait être assujettie à aucune formalité de publicité.

¹¹³⁵ A. LUCAS et *alii*, p. 268, n° 275.

¹¹³⁶ S. Dusollier, Thèse préc., p. 341, n° 432.

¹¹³⁷ En ce sens, A. Lebois, « Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée », *D.* 2002, p. 2322.

¹¹³⁸ En ce sens, S. Dusollier, Thèse préc., p. 342, n° 433.

« conforme à sa destination » vient souligner. En d'autres termes, l'auteur ne doit pas entraver certains actes nécessaires à l'utilisation du logiciel, « conformément à sa destination », ou plus précisément, à l'« utilité », pour laquelle il a été conçu. Cette utilité doit être objectivement effective sans quoi l'utilisateur n'aurait jamais acquis un exemplaire du programme. Partant, l'expression « conforme à sa destination » résonne comme un moyen de défendre à l'auteur de ne pas brider « l'utilité standard » du logiciel¹¹³⁹. Réciproquement, la formule apparaît aussi comme une manière de mettre en garde l'utilisateur contre le détournement du logiciel à des fins illicites. Il n'est pas rare que l'utilité d'un logiciel soit dévoyée à des fins frauduleuses par des personnes indécates. Enfin, il faut rappeler que la directive du 14 mai 1991 a ménagé les utilisateurs en instaurant une protection juridique des mesures techniques peu contraignante à leur égard. En effet, ce régime de protection ne sanctionne pas l'acte de neutralisation lui-même mais seulement les activités préalables au contournement. Or, s'il s'était agi de reconnaître un droit de destination en matière de logiciel, il aurait été plus cohérent de prohiber l'acte de contournement d'un dispositif de protection accompagnant un programme d'ordinateur.

En tout état de cause, l'article L. 122-6 du CPI énonce que « le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser [...] 3° la mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé. Toutefois, la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen par l'auteur ou avec son consentement épuise le droit de mise sur le marché de cet exemplaire dans tous les États membres à l'exception du droit d'autoriser la location ». Cette stricte délimitation des prérogatives de l'auteur sur les exemplaires de logiciels ne va certainement pas dans le sens de la théorie du droit de destination¹¹⁴⁰.

¹¹³⁹ Rapp. *Ibid.*

¹¹⁴⁰ A. LUCAS et *alii*, p. 263, n° 269 – Du point de vue de la jurisprudence, T. com. Créteil, 12 novembre 1996, *RIDA*, avril 1997, n° 172, p. 310 ; *JCP E* 1998, p. 802, obs. M. Vivant et C. Le Stanc ; *Expertises*, mai 1997, p. 187, note C. Caron, décidant que l'auteur ne peut plus « imposer de conditions de commercialisation sur le fondement du droit d'auteur » après la première vente de l'exemplaire avec son consentement – Cependant, en matière de licence d'utilisation, CA Paris 23 septembre 1997, *Expertises* 1997, p. 398, retenant que « la licence d'utilisation, dès lors qu'elle confère au licencié des prérogatives limitées sur le logiciel et ne dessaisit pas le concédant de la propriété du programme, n'épuise pas les droits du fournisseur qui les conserve tous ». La Cour de Paris interprète de manière peu rigoureuse l'article L. 122-6 du CPI car l'étendue des prérogatives concédés ne change en rien le fait que la vente d'un support matériel entraîne l'épuisement du droit de distribution – Ignorant également la règle de l'épuisement, CA Montpellier, 5 juillet 2000, *PI*, octobre 2002, p. 51, obs. A. Lucas, décidant que « l'article L. 122-6 du CPI prévoit que l'auteur d'un logiciel dispose d'un droit d'exploitation sur son œuvre et qu'il bénéficie du droit de fixer les conditions dans lesquelles son œuvre sera utilisée par un tiers – Ainsi que CA Douai, 26 janvier 2009, *PI*, 2009, n° 32, p. 268, obs. A. Lucas ; *RLDI*, juin 2009, p. 15.

Du reste, le législateur français n'a jamais expressément inclus le droit de destination dans l'éventail des droits exclusifs. Or, comme le remarquent pertinemment MM. Lucas, si le droit de destination avait une réelle consistance, il aurait été judicieux de le consacrer formellement au travers d'une disposition légale à l'occasion de la transposition de la directive du 22 mai 2001¹¹⁴¹. A défaut, l'argument du fondement légal reste fragile et l'argument des fondements jurisprudentiels l'est tout autant.

408. Fragilité des appuis jurisprudentiels – Dans les litiges précédemment rapportés, opposant la SACEM aux stations radiophoniques et aux discothèques, les juges n'ont jamais vraiment reconnu l'existence à part entière d'un droit de destination et se sont plutôt bornés à se prononcer sur la nécessité ou non du paiement d'un droit complémentaire de reproduction mécanique. De leurs décisions, il ne ressort rien d'autre que ceci : le changement de destination à cause de l'usage public de phonogrammes réservés à l'usage privé appelle l'acquiescement d'un droit complémentaire de reproduction mécanique. Et sauf à tirer des conclusions hâtives, on ne saurait en déduire la reconnaissance explicite d'un droit de destination général permettant de contrôler toutes utilisations privées des exemplaires.

Par ailleurs, d'autres décisions ont pu donner à penser que les juges avaient reconnu un droit de destination alors qu'il s'agissait plutôt de se prononcer sur l'opposabilité d'une clause-étiquette apposée sur les exemplaires d'une œuvre et définissant les utilisations interdites¹¹⁴². Or, dans cette hypothèse, il n'est pas question de sanctionner l'exercice d'un droit de destination qui relèverait du droit de reproduction mais seulement de sanctionner le rapport contractuel établi par la clause étiquette entre l'auteur et l'utilisateur de l'exemplaire. D'ailleurs, dans la plupart de ces décisions, l'opposabilité des restrictions d'utilisations imposées par les titulaires de droits n'a pas été retenue. Dès lors, on voit mal comment cette série jurisprudentielle pourrait venir conforter la doctrine du droit de destination¹¹⁴³.

409. Approche européenne des prérogatives patrimoniales – La doctrine du droit de destination se heurte à la construction européenne des prérogatives patrimoniales et notamment au droit de distribution sujet à épuisement.

¹¹⁴¹ A. LUCAS et *alii*, p. 258, n° 275.

¹¹⁴² CA Paris, 2 mars 1979, *JCP G* 1980, II, 19351, note R. Plaisant – CA Paris, 6 octobre 1995, *RIDA*, avril 1996, n° 168, p. 308 ; confirmé par Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1998, *JCP G* 1998, IV, p. 2437 – T. Com. Créteil, 12 novembre 1996, *Expertises*, mai 1997, p. 201.

¹¹⁴³ En ce sens, S. Dusollier, « Le droit de destination une espèce franco-belge vouée à la disparition », *PI*, juillet 2006, p. 286.

410. « Droit de destination » et droit de distribution – Droit de destination et droit de distribution sont intimement liés car tous deux tendent à l’appréhension juridique des exemplaires de l’œuvre. Mais le droit de destination, s’il existe, a un objet bien plus large que celui du droit de distribution car ce dernier « *s’intéresse exclusivement aux conditions de commercialisation du support, et non pas aux usages qui peuvent être faits du support une fois qu’il a été acquis* »¹¹⁴⁴.

En effet, en vertu de l’article 4 paragraphe 1 de la directive du 22 mai 2001, le droit de distribution est « *le droit exclusif d’autoriser ou d’interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l’original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci* »¹¹⁴⁵. Mais il ne faudrait pas s’y méprendre. En dépit de la rédaction maladroite de la disposition, la distribution visée est celle qui opère un transfert de propriété. La Cour de justice a eu l’occasion de le souligner, jugeant que « *ne relèvent de la notion de distribution au public, autrement que par la vente, de l’original d’une œuvre ou d’une copie de celle-ci, au sens de l’article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29, que les actes qui impliquent exclusivement un transfert de propriété de cet objet* »¹¹⁴⁶. En outre, il est largement admis que le droit qu’a l’auteur d’autoriser ou d’interdire telle ou telle forme de distribution ne joue qu’à l’égard des exemplaires matériels¹¹⁴⁷, de sorte que la prérogative n’est pas susceptible d’être mise en œuvre dans l’environnement numérique.

411. Épuisement du droit de distribution – Par nature, le droit de destination n’est pas susceptible d’épuisement. Il en est tout autrement du droit de distribution. Si le législateur national n’a pas profité de la loi du 1^{er} août 2006 pour consacrer formellement le droit de distribution¹¹⁴⁸, il semble néanmoins le reconnaître implicitement dans la mesure où, par cette même loi, il a transposé l’article 4 paragraphe 2 de la directive du 22 mai 2001. Cette disposition instaure la règle de l’épuisement du droit de distribution par laquelle celui-ci est fortement limité.

¹¹⁴⁴ C. CARON, p. 274, n° 325.

¹¹⁴⁵ V. l’article 4 c) de la directive du 14 mai 1991 et l’article 5 c) de la directive du 11 mars 1996 relatifs au droit de distribution. Aussi, l’article 6 du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur et l’article 7 du Traité de l’OMPI sur les droits voisins.

¹¹⁴⁶ En ce sens, CJCE, 17 avril 2008, *CCE*, juillet-août 2008, comm. 87, p. 25, note C. Caron ; *RTD com.* 2008, p. 547, obs. F. Pollaud-Dulian ; *PI*, juillet 2008, p. 339, obs. V.-L. Benabou. La Cour estime que « ne relèvent de la notion de distribution au public, autrement que par la vente, de l’original d’une œuvre ou d’une copie de celle-ci, au sens de l’article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29, que les actes qui impliquent exclusivement un transfert de propriété de cet objet ».

¹¹⁴⁷ En ce sens, T. Desurmont, « Qualification juridique de la transmission numérique », *RIDA*, octobre 1996, n° 170, p. 85 - A. Lebois, *Le droit de location des auteurs et des titulaires de droits voisins*, Thèse Nantes, LGDJ, 2004, p. 128, n° 308.

¹¹⁴⁸ Il semble que le législateur n’ait pas voulu fragiliser la doctrine du droit de destination. En ce sens, C. CARON, p. 275, n° 325 – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 334, n° 494 – On remarquera cependant que, en matière de logiciel, le législateur reconnaît expressément un droit de distribution ainsi qu’un droit de location (art. L. 122-6 3° du CPI).

Ainsi le droit de distribution est-il épuisé « *en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté* » des exemplaires par l'auteur ou avec son consentement. La règle de l'épuisement du droit de distribution s'inscrit dans une logique de concurrence et de libre circulation des marchandises. Elle tend à empêcher les entraves à la revente ou aux importations parallèles des supports de commercialisation. Appliquée depuis longtemps en matière de propriété industrielle¹¹⁴⁹, et ayant une assise dans la jurisprudence de la Cour de justice¹¹⁵⁰, la règle de l'épuisement figurait dans la directive 89/104/CEE du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques¹¹⁵¹, celle du 14 mai 1991¹¹⁵² et celle du 11 mars 1996¹¹⁵³, avant d'être reprise par la directive du 22 mai 2001¹¹⁵⁴. Si la règle de l'épuisement fut bien consacrée en droit interne en matière de logiciels, ce ne fut pas le cas en matière de bases de données. En tout état de cause, ce défaut a été corrigé du fait de la vocation générale de l'article 4 paragraphe 2 de la directive du 22 mai 2001 transposé en droit interne.

La transposition a été opérée à travers l'article L. 122-3-1 du CPI en vertu duquel « *dès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une œuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite dans les États membres de la Communauté européenne et les États parties à l'accord sur l'Espace économique européen* ». En d'autres termes, à partir du moment où l'auteur a autorisé la première vente d'un d'exemplaire

¹¹⁴⁹ Article 30 bis de la loi 68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention devenu l'article L. 613-6 du CPI (v. l'article 15 de la loi du 13 janvier 1978 modifiant et complétant la loi 68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention ainsi que l'article 5 de la loi n° 93-1420 du 31 décembre 1993 portant modification de diverses dispositions pour la mise en œuvre de l'accord sur l'Espace économique européen et du Traité sur l'Union européenne) – Sur la question de l'épuisement des droits de propriété industrielle : G. Bonet, « Propriété industrielle et libre circulation des produits dans la Communauté économique européenne : la règle de l'épuisement des droits de propriété industrielle », *Gaz. Pal.* 1994, I, doct. p. 345 ; du même auteur, « L'épuisement des droits de propriété intellectuelle », in *L'avenir de la propriété intellectuelle*, Librairies techniques, 1993, p. 89 ; « Le point sur l'épuisement du droit de marque en droit communautaire », *D.* 2000, chron. p. 337 – Aussi, V.-L. Benabou, « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », in *Les nouvelles frontières du droit d'auteur*, *Legicom* n° 25, 2001/2, p. 115.

¹¹⁵⁰ CJCE, 8 juin 1971, aff. n° 78/70, *Deutsche Grammophon c/Metro-SB*, *Rec.* p. 487 – CJCE, 4 novembre 1997, aff. n° 337/95, *Dior c/Evora*, *Rec.* p. 6013 – CJCE, 16 juillet 1998, aff. n° C-355/96, *Silhouette International c/Hartlauer*, *Rec.* p. 4799 – CJCE, 1^{er} juillet 1999, aff. n° C-173/98, *Sebago c/G-B Unic*, *Rec.* p. 4103 – CJCE, 20 novembre 2001, aff. n° 414/99, *Davidoff c/Tesco*, *Rec.* p. 8691 – V. par exemple en droit interne, Cass. crim., 9 avril 2002, *Bull. crim.* n° 70.

¹¹⁵¹ Article 7 de la directive du 21 décembre 1988 – La règle de l'épuisement figurait aussi dans le règlement n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (article 13).

¹¹⁵² Article 4 c) transposé par la loi du 10 mai 1994 à l'article L. 122-6 du CPI.

¹¹⁵³ Article 5 c) non transposé en droit interne.

¹¹⁵⁴ V. l'article 6 du Traité sur le droit d'auteur et l'article 7 du Traité de l'OMPI sur les droits voisins.

dans un État membre¹¹⁵⁵, il ne peut plus s'opposer aux ventes subséquentes d'autres exemplaires dans tout autre État membre.

412. Champ d'application matériel de la règle de l'épuisement – On observera que la règle de l'épuisement est limitée à la vente et qu'elle ne s'applique ni au prêt ni à la location¹¹⁵⁶. C'est dire s'il faut nécessairement un transfert de propriété des exemplaires matériels¹¹⁵⁷. Mais le droit interne semble moins large que le droit de l'Union européenne car il ne fait mention que de la vente et non des autres actes opérant transfert de propriété.

Une doctrine majoritaire considère que la règle de l'épuisement ne peut déployer ses effets qu'à l'égard des supports matériels¹¹⁵⁸. Elle ne serait donc pas susceptible d'être mise en œuvre dans l'hypothèse d'une copie physique de l'œuvre effectuée par un utilisateur à l'occasion d'un service en ligne, justement en raison de l'absence d'exemplaire matériel mise en circulation avec le consentement du titulaire de droits¹¹⁵⁹.

L'analyse de la Cour de justice semble tout autre, en matière de logiciels du moins. Par un arrêt du 3 juillet 2012¹¹⁶⁰, elle a jugé que « *le téléchargement d'une copie d'un programme d'ordinateur et la conclusion d'un contrat de licence d'utilisation se rapportant à celle-ci forment un tout indivisible qui doit être qualifié, dans son ensemble, comme une vente* ». La Cour ne s'arrête pas là et apporte une précision de taille en soulignant que pareille vente est soumise à la règle de l'épuisement car il est « *indifférent [...] que la copie du programme d'ordinateur [ait] été mise à disposition du client par le titulaire du droit concerné*

¹¹⁵⁵ CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk supermarked c/Imervo*, Rec. p. 181 ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, sous la direction de M. Vivant, Dalloz, 2004, p. 33.

¹¹⁵⁶ D'ailleurs, cela ressort des décisions de la Cour de justice : CJCE, 22 septembre 1998, aff. n° C-61/97, *Foreningen af danske Videogramdistributører c/Laserdisken*, Rec. p. 5171 ; RTD com. 1999, p. 85, obs. A. Françon ; D. 1999, jurispr. p. 239, note B. Edelman ; RIDA, janvier 1999, n° 179, p. 349, obs. A. Kéréver – CJCE, 28 avril 1998, aff. n° C-200/96, *Metronome Music c/Music Point Hokamp*, Rec. p. 1953 ; RIDA, octobre 1998, n° 178, p. 211 ; D. 1999, jurispr. p. 353, note B. Edelman – CJCE, 17 mai 1988, *Warner Bros et Metronome c/Christiansen*, Rec. p. 2605 ; RIDA, juillet 1988, n° 137, p. 84 – Aussi, en droit interne, Cass. 1^{re} civ., 27 avril 2004, préc. – En outre, la règle de l'épuisement ne joue pas à l'égard du droit de communication au public de l'œuvre car celle-ci est analysée comme une prestation de services qui n'est pas susceptible de circuler à la manière d'un exemplaire : CJCE, 30 avril 1974, affaire « Sacchi », Rec. p. 409 – CJCE, 18 mars 1980, affaire « Coditel I », Rec. p. 881 – CJCE, 6 octobre 1982, affaire « Coditel II », Rec. p. 3381 ; RTD eur. 1983, p. 297, obs. G. Bonet – Par ailleurs, on rappellera que la règle de l'épuisement n'est pas applicable au droit de reproduction mécanique : CJCE, 9 avril 1987, *Basset c/ SACEM*, préc.

¹¹⁵⁷ Rappr.V.-L. Benabou, « Le feuillet du droit de location face au droit communautaire ou le principe de l'épuisement revisité », D. Affaires 1999, n° 148, p. 240.

¹¹⁵⁸ A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, p. 142, note 110 – GAUTIER, p. 272, n° 260.

¹¹⁵⁹ Considérant 29 de la directive du 22 mai 2001.

¹¹⁶⁰ CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH c/Oracle international Corp, CCE*, octobre 2012, comm. 106, note C. Caron ; A. Mendoza-Caminade, « Vers une libéralisation du commerce du logiciel en Europe ? », D. 2012, p. 2142 ; J. Huet, « Le marché des logiciels d'occasion et la libre circulation des produits culturels », D. 2012, p. 2101.

au moyen d'un téléchargement à partir du site internet de ce dernier ou au moyen d'un support matériel tel qu'un CD-ROM ou un DVD »¹¹⁶¹.

En décidant que « l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24 concerne à la fois les copies matérielles et immatérielles d'un programme d'ordinateur, et partant également les copies de programmes d'ordinateur qui, à l'occasion de leur première vente, ont été téléchargées au moyen d'internet, sur l'ordinateur du premier acquéreur »¹¹⁶², la Cour de justice élargit le domaine d'application de la règle de l'épuisement et, par là même, lui redonne un intérêt qu'elle avait quelque peu perdue compte tenu du fait que, désormais, la distribution des copies de programme est essentiellement effectuée sur les réseaux. Ce faisant, c'est aussi la pertinence de la doctrine du droit de destination que cette décision, par sa portée, met en doute.

413. Champ d'application territorial de la règle de l'épuisement – Le droit de distribution n'est épuisé qu'à l'égard des exemplaires mis en circulation pour la première fois sur le territoire de la Communauté ou de l'Espace économique européen. Autrement dit, il ne s'applique pas dès lors que la mise en circulation du support matériel en cause a eu lieu dans un État n'appartenant pas à l'Union européenne ¹¹⁶³, quand bien même il aurait été mis sur le marché dans cet État-tiers avec le consentement du titulaire de droits¹¹⁶⁴. L'épuisement du droit de distribution n'est donc pas international mais intracommunautaire. Toutefois, la première mise en circulation dans un État n'appartenant pas à l'Union, n'empêche pas le titulaire de droits de donner expressément ou tacitement son consentement à l'introduction des exemplaires sur le territoire de la Communauté ou de l'Espace économique européen¹¹⁶⁵.

414. Incidence de la règle de l'épuisement sur le « droit de destination » – Force est d'admettre que la règle de l'épuisement du droit de distribution met à mal la doctrine du droit de destination. Même si l'objet de ces droits n'est pas le même¹¹⁶⁶, on voit mal comment l'auteur pourrait être admis à contrôler l'usage des exemplaires par les utilisateurs finals alors qu'il perd déjà tout contrôle sur leur commercialisation dès la première vente sur le territoire de l'Espace économique européen. Il ne serait pas très logique de laisser à l'auteur le pouvoir inquisiteur de contrôler l'utilisation privée des exemplaires alors que sa maîtrise de la distribution est fortement

¹¹⁶¹ CJUE, 3 juillet 2012, préc. : points 47 et 84.

¹¹⁶² *Ibid.*, considérant 59.

¹¹⁶³ CJCE, 15 juin 1976, aff. n° C-96/75, *EMI c/ CBS*, *Rec.* p. 811.

¹¹⁶⁴ CJCE, 9 février 1982, aff. n° C-270/80, *Polydor c/ Harlequin*, *Rec.* p. 329.

¹¹⁶⁵ CJCE, 20 novembre 2001, aff. n° 414/99, *Davidoff c/ Tesco*, préc.

¹¹⁶⁶ Le droit de distribution s'intéresse aux conditions de mise en circulation des exemplaires, tandis que le droit de destination va plus loin en concernant l'utilisation des exemplaires par les utilisateurs finals.

restreinte. D'ailleurs, cela pourrait être perçu par la Cour de justice comme une harmonisation tronquée des prescriptions de l'Union européenne¹¹⁶⁷.

415. Contenu incertain du « droit de destination » – Du reste, faute de disposition légale claire et précise consacrant le droit de destination, on est bien en peine de définir avec exactitude le contenu de cette prérogative¹¹⁶⁸. Or, comme à l'accoutumé, le flou juridique est générateur d'insécurité juridique. Si le droit de destination avait véritablement sa place en droit d'auteur français, n'aurait-il pas mieux valu le consacrer explicitement, et par la même occasion, en préciser la teneur ? D'un côté, cela aurait eu l'avantage d'en « renforcer l'efficacité »¹¹⁶⁹, et de l'autre côté, cela aurait permis de résorber l'insécurité juridique. Pour l'heure, les relations entre le droit de destination, le droit de distribution et l'épuisement du droit sont toujours à « clarifier »¹¹⁷⁰.

Le droit de l'Union européenne tend à accorder aux titulaires de droits des prérogatives circonscrites et spécifiques sur les exemplaires des œuvres, d'où un fractionnement entre droit de location, droit de prêt et droit de distribution qui ne va certainement pas dans le sens d'un droit global permettant de contrôler toutes utilisations des exemplaires de l'œuvre. Il apparaît clairement que l'approche analytique des droits patrimoniaux prévalant en droit européen compromet sérieusement l'avenir du droit de destination reposant sur une conception extensive du droit de reproduction et réfractaire à toute idée d'épuisement¹¹⁷¹. On se demande bien, au-delà du droit de location, du droit de prêt et du droit de distribution, prérogatives modernes formellement établies par les directives, quels types d'utilisation des exemplaires sont susceptibles de susciter un droit de destination ? On ne voit pas vraiment lesquels. En vérité, la consécration expresse d'un droit de location, d'un droit de prêt et d'un droit de distribution en droit européen dissuade, sinon interdit, d'envisager un droit général de contrôle sur toutes sortes d'utilisation des exemplaires de l'œuvre. A cet égard, l'approche analytique des prérogatives modernes a « le mérite de définir nettement les actes qui relèvent du droit d'auteur et donc d'assurer une certaine sécurité juridique aux tiers »¹¹⁷² utilisant les exemplaires de l'œuvre.

¹¹⁶⁷ A. LUCAS et *alii*, p. 270, n° 279.

¹¹⁶⁸ En ce sens, S. Dusollier, « Le droit de destination une espèce franco-belge vouée à la disparition », *PI*, juillet 2006, p. 289.

¹¹⁶⁹ J. Passa, « La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *JCP G* 2001, I, 331, p. 1266, n° 15.

¹¹⁷⁰ C. CARON, p. 275, n° 325.

¹¹⁷¹ A. Lebois, « Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée », *D.* 2002, p. 2322.

¹¹⁷² F. Pollaud-Dulian, Thèse préc., p. 394, n° 535.

Même les tenants de la doctrine du droit de destination estiment que celui-ci n'est pas susceptible de s'intéresser à l'utilisation privée de l'œuvre¹¹⁷³. Il n'aurait pas d'autre vocation que d'appréhender les utilisations des exemplaires consistant à communiquer l'œuvre à une tierce personne comme c'est le cas en matière de distribution, de diffusion radiophonique des phonogrammes du commerce, de prêt ou de location. En d'autres termes, ce sont moins les simples particuliers que les professionnels qui sont concernés par le droit de destination.

En tout état de cause, à considérer que le droit de destination soit dans le giron du droit de reproduction, par la force des choses, il devrait s'effacer devant les espaces de libres usages que sont, par exemple, l'exception de copie privée ou la représentation dans le cercle de famille. En tant qu'attribut du droit patrimonial, il n'y aurait aucune raison de reconnaître au droit de destination une plus large étendue que celle du droit de reproduction en tant que tel. Par conséquent, même au nom du droit de destination, il ne serait pas permis que des mesures techniques de protection entravent la mise en œuvre des exceptions impératives au droit d'auteur, et encore moins dans un environnement dématérialisé.

416. L'environnement dématérialisé, un environnement hostile au « droit de destination »

– Le contexte numérique n'est pas favorable à la théorie du droit de destination. En effet, le droit de destination ne permet de contrôler l'utilisation que des exemplaires matériels de l'œuvre. D'ailleurs, l'article L. 332-1 du CPI relatif à la saisie-contrefaçon, souvent appelé au renfort de la théorie du droit de destination, évoque la saisie des « exemplaires illicitement utilisés », supposant par là que les exemplaires sont des objets matériels. Surtout, si l'on admettait son application au contexte numérique, le droit de destination serait amené à « jouer un rôle important »¹¹⁷⁴ voire démesuré puisqu'il permettrait alors à l'auteur d'exercer un contrôle aiguisé mais invasif des utilisations du support de l'œuvre. Comme le relève Mme Dusollier, « le droit de destination, dans l'environnement dématérialisé des formats et réseaux numériques, pourrait couvrir excessivement et inopportunément des situations d'utilisation des exemplaires de l'œuvre que même les tenants de cette doctrine n'auraient pas souhaité inclure dans son champ d'application »¹¹⁷⁵.

¹¹⁷³ *Ibid.*, p. 256, n° 292.

¹¹⁷⁴ N. Craipeau, *Le droit de reproduction des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique*, Thèse Nantes et Salamanque, 2006, p. 81, n° 87.

¹¹⁷⁵ S. Dusollier, *op. cit.*, p. 281 et p. 289 : « Y appliquer un droit de destination donnerait un pouvoir exorbitant aux auteurs pour contrôler chaque acte d'accès ou d'utilisation des œuvres en format numérique. Et les titulaires de droits ne pourraient rêver d'une plus belle justification pour déployer des mesures techniques encadrant chaque usage des œuvres ».

417. Le « droit de destination », un soutien fragile aux dispositifs techniques – Le droit de destination, prétendu attribut du droit de reproduction, artificiellement rattaché à des dispositions légales et à une jurisprudence dont la portée est souvent extrapolée, ne repose en vérité sur aucun fondement solide. Seule une reconnaissance explicite du droit de destination, conjuguée à la détermination légale de son contenu, pourrait lever le voile de l'incertitude. Et il serait bien téméraire de faire reposer la légitimité des mesures techniques permettant de contrôler l'utilisation des oeuvres sur une théorie dont les fondements ne sont pas fermement établis. Quand bien même le droit de destination existerait, sa circonscription aux exemplaires matériels l'empêcherait d'avoir prise dans l'environnement dématérialisé, pourtant lieu de prédilection des mesures techniques. De surcroît, même les partisans du droit de destination estiment qu'il ne permet que d'autoriser ou d'interdire les utilisations publiques des exemplaires, c'est-à-dire des utilisations qui aboutissent à une communication de l'œuvre au public. Le droit de destination n'est donc pas admis à contrôler l'usage privé des exemplaires. Dès lors est-il permis de douter de l'utilité d'un droit de destination qui viendrait, en quelque sorte, concurrencer le droit de représentation largement conçu et totalement apte à se saisir des communications de l'œuvre au public résultant de certaines utilisations des exemplaires. Enfin, il est encore permis de s'interroger quant à la véritable nature d'un droit de destination concentrant toute son attention sur l'utilisation du support de l'œuvre et non immédiatement sur l'exploitation de l'œuvre elle-même, ainsi que de considérer avec M. Raynard que la spécificité de ce droit n'invite pas à l'associer « *directement, au droit dont l'œuvre de l'esprit est l'objet et, a fortiori, de reconnaître dans cette prérogative une caractéristique fondamentale relevant de "l'essence" du droit d'auteur français* »¹¹⁷⁶.

B. Le droit moral

418. Les exceptions au droit d'auteur ne concernent que les prérogatives patrimoniales du créateur. D'ailleurs, à l'origine, les mesures techniques ont été sollicitées avant tout en vue de préserver les attributs économiques des titulaires de droits. Il peut donc paraître étrange d'envisager le droit moral dans le cadre de cette étude. Néanmoins, il ne faudrait pas en conclure que les rapports entre les technologies de défense des œuvres et le droit moral sont totalement inexistants.

¹¹⁷⁶ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflit de lois - Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, p. 126, n° 139.

Le droit moral est bien souvent invoqué pour justifier le recours aux systèmes d'information, à juste titre d'ailleurs. En revanche, il faut bien reconnaître qu'il ne semble pas constituer un fondement solide des dispositifs de protection. Une analyse des caractères généraux du droit moral (b) ainsi que des caractères spéciaux des attributs moraux (a) permet de le démontrer.

1. L'exclusion du droit moral en raison des caractères spéciaux des attributs moraux

419. Seront successivement passés en revue le droit de divulgation (a), le droit de repentir (b), le droit à la paternité (c) ainsi que le droit au respect de l'œuvre (d).

a. Le droit de divulgation

420. Principe – La divulgation correspond à l'acte par lequel l'auteur décide de rendre publique son œuvre. Cette notion a donné lieu à divers débats doctrinaux. Les auteurs se divisent sur la question de l'épuisement ou non du droit de divulgation. En tout état de cause, le droit de divulgation est aussi le droit de ne pas rendre publique l'œuvre. Dès lors, il est permis de se demander si les mesures techniques de protection ne seraient pas susceptibles de jouer un rôle à cet égard.

En vertu de l'article L. 121-2 du CPI, « *l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre [...]. Il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci* ». Chacun sait que la divulgation représente un moment capital aux yeux de l'auteur. Par la divulgation, l'auteur fait sortir l'œuvre de sa sphère personnelle afin de la porter pour la première fois à la connaissance du public. Il s'agit d'une étape lourde de conséquence qui implique que l'auteur ait suffisamment réfléchi. Puisque la divulgation est en quelque sorte un don de soi¹¹⁷⁷, un acte touchant l'intimité de la personne, l'auteur est le seul à pouvoir en décider¹¹⁷⁸. A cet égard, rien ne peut lui être imposé. Nul ne peut forcer l'auteur à divulguer l'œuvre comme nul ne peut l'en empêcher. L'auteur décide librement du moment et des moyens propices¹¹⁷⁹ à la communication de sa création au public comme il peut choisir de ne jamais la lui présenter. Bien qu'elle constitue la phase élémentaire de l'existence publique de l'œuvre, la divulgation n'est pas pour autant une condition de l'existence du droit d'exploitation¹¹⁸⁰. Celui-ci naît du seul fait de la création. Il est donc indifférent que s'ensuive une divulgation de l'œuvre ou non. Les articles L. 111-1 et L. 111-2 du CPI en témoignent : « *l'auteur d'une œuvre jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* » et « *l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». En revanche, la divulgation est une condition du bénéfice des exceptions au droit d'auteur car, conformément à l'article L. 122-5 du CPI, celles-ci ne peuvent être mises en œuvre que lorsque l'auteur a révélé sa création au public¹¹⁸¹.

421. Éléments matériel et intentionnel de la divulgation – La divulgation est un acte composé de deux éléments. D'une part, porter l'œuvre à la connaissance du public passe nécessairement par un acte matériel¹¹⁸². Il peut s'agir de la publication d'un livre, l'exposition

¹¹⁷⁷ CA Dijon, 18 février 1870, *DP* 1871, 2, p. 221.

¹¹⁷⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 294, n° 434, relevant que la divulgation est un « acte éminemment personnel insusceptible de représentation ».

¹¹⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 21 novembre 2006, *RTD com.* 2007, p. 536, obs. Pollaud-Dulian – CA Paris, 6 mars 1931, *Carvo et autres c/ Camoin*, *DP* 1931, 2, p. 88, retenant que « la propriété littéraire et artistique comporte pour celui qui en est titulaire un droit qui n'a rien de pécuniaire, mais qui, attaché à la personne même de l'auteur ou de l'artiste, lui permet, sa vie durant, de ne livrer son œuvre au public que de la manière et dans les conditions qu'il juge convenables ».

¹¹⁸⁰ O. Lalignat, *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales*, Thèse Aix-marseille III, LGDJ, 1983, p. 86.

¹¹⁸¹ Cela ressort de la lettre de l'article L. 122-5 du CPI : « lorsque l'œuvre a été divulguée ».

¹¹⁸² *Contra* DESBOIS, p. 476, n° 387, affirmant que la divulgation est un acte de volonté commandant l'exercice des droits patrimoniaux : « C'est en exerçant le droit de divulgation, le premier des attributs du droit moral selon l'ordre chronologique, que l'auteur investit son œuvre d'un droit patrimonial dans la mesure nécessaire à l'exploitation qu'il permet » – Aussi catégorique, P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 3^e éd., 2012, p. 122, n° 148 : « C'est l'acte volontaire de divulgation qui donne naissance au droit patrimonial, à la propriété incorporelle sur l'œuvre » – Plus nuancée est l'analyse de F. POLLAUD-DULIAN, p. 404, n° 611, relevant que « tant que l'auteur n'a pas exercé son droit de divulgation, les droits patrimoniaux demeurent à

d'une œuvre d'art, la représentation d'une pièce de théâtre, un concert public, la mise en vente du support de l'œuvre, la diffusion d'une œuvre par la radio, la télévision ou encore l'Internet. Quel que soit le moyen de la communication, il importe que l'œuvre soit rendue publique matériellement. D'autre part, l'acte matériel doit concrétiser la volonté de l'auteur de soumettre son œuvre à l'audience du public. La preuve de cet élément intentionnel découle « *de situations de fait associées au dessaisissement à titre définitif de l'œuvre* »¹¹⁸³. En clair, la preuve sera aisée à établir si le support de l'œuvre a fait l'objet d'une vente ou encore d'une exposition¹¹⁸⁴. Dans d'autres cas, les choses seront plus compliquées. Ainsi, la communication de l'œuvre à un groupe limité de personnes¹¹⁸⁵ tout comme la remise de l'objet à un tiers n'emporte pas nécessairement divulgation¹¹⁸⁶.

422. Épuisement du droit de divulgation et dispositifs techniques – D'aucuns pourraient considérer que les mesures de protection peuvent constituer un moyen utile de faire respecter « différentes étapes de la divulgation »¹¹⁸⁷ en empêchant que l'œuvre soit communiquée au public au travers de certains modes de diffusion. Or, la Cour d'appel de Paris¹¹⁸⁸, suivant une frange de

l'état latent ou potentiel » – De manière générale, on objectera que la conception qu'ont ces auteurs de l'acte de divulgation n'est pas compatible avec l'article L. 111-1 du CPI selon lequel l'auteur jouit d'un droit de propriété incorporelle du seul fait de la création. La confusion tient essentiellement au fait que la divulgation peut intervenir avant les premiers actes d'exploitation de l'œuvre accomplis en vertu de contrats d'exploitation. Il n'empêche que, et cela n'est pas rare, la divulgation puisse intervenir ultérieurement à la conclusion de contrats d'exploitation. Et on ne saurait soutenir que la présentation de l'œuvre au cessionnaire d'exploitation équivaut forcément à une divulgation. Ce dernier ne peut être assimilé à un public. Le contrat d'exploitation peut constituer une présomption mais celle-ci n'est pas suffisante à établir la preuve de la volonté de divulgation de l'auteur.

¹¹⁸³ TGI Paris, 2 mai 1990, *D.* 1992, somm. p. 14, obs. C. Colombet.

¹¹⁸⁴ Adoptant une solution contraire, Cass. civ., 14 mars 1900, *Eden c/Whistler*, *DP* 1900, 1, p. 497. La portée de cet arrêt ne doit pas être généralisée car les motifs de la Haute juridiction paraissent spécieux. En effet, elle a retenu que l'exposition avait été tenue dans l'unique but de jauger la réception de l'œuvre par la critique.

¹¹⁸⁵ CA Paris, 1^{er} septembre 2001, *PI*, avril 2002, p. 56, obs. A. Lucas.

¹¹⁸⁶ CA Paris, 10 septembre 2001, *CCE*, juillet-août 2002, comm. 95, p. 17, note C. Caron ; *PI*, avril 2002, p. 56, obs. A. Lucas ; rejet du pourvoi par Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 2005, préc.

¹¹⁸⁷ On ne saurait inférer de la lettre de l'article L. 121-2 du CPI selon laquelle l'auteur « détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci » que le droit de divulgation se renouvelle pour chaque mode de diffusion. Cette disposition ne fait que rappeler le bon sens : il revient à l'auteur de définir le mode de communication au public par lequel l'œuvre sera communiquée pour la première fois. Or, une partie de la doctrine considère que le droit de divulgation ne s'épuise pas par le premier usage : DESBOIS, p. 480, n° 389 – O. Lalignant, Thèse préc., p. 417 – P. Sirinelli, Thèse préc., p. 26, note 1 : « Tout contrat prévoyant les conditions et l'étendue d'une nouvelle diffusion de l'œuvre est nécessairement l'expression de l'exercice du droit de divulgation » – P. Gaudrat, « Le droit d'auteur au lendemain de la transposition - Titre 1^{er} de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 », *RTD com.* 2007, p. 119 – P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 3^e éd., 2012, p. 120, n° 147 – F. POLLAUD-DULIAN, p. 407, n° 617 – S. Durrande, note sous Cass. 1^{re} civ., 18 février 1989, *Foujita*, *D.* 1989, jurispr. p. 558 – S. Hovasse-Banget, note sous CA Rennes, 16 novembre 1990, *JCP G* 1991, II, 21775.

¹¹⁸⁸ CA Paris, 14 février 2001, *CCE*, mars 2001, comm. 25, note C. Caron ; *PI*, octobre 2001, p. 60, obs. A. Lucas ; *D.* 2001, somm. p. 2637, obs. P. Sirinelli – CA Paris, 12 décembre 2001, *JCP E*, 2002, 1806, note M.-E. Laporte-Legeais ; *PI*, octobre 2002, p. 49, obs. A. Lucas – CA Paris, 6 mars 2002, *PI*, juillet 2002, p. 58, obs. P. Sirinelli – CA Paris, 18 décembre 2002, *JCP E* 2004, 1898, n° 2, obs. S. Haddadin – CA Paris, 28 janvier

la doctrine¹¹⁸⁹, a jugé que le droit de divulgation s'épuise par la première communication au public. Autrement dit, au jour où l'auteur révèle son œuvre au public, le droit de divulgation s'éteint. Par conséquent, l'auteur doit se tourner vers ses prérogatives patrimoniales s'il souhaite exercer le contrôle des modes de diffusion de l'œuvre¹¹⁹⁰. Aussi, dans la mesure où le droit de divulgation s'épuise par le premier usage que l'on en fait, il n'est pas susceptible de fonder l'intervention de mesures techniques sur le support de l'œuvre après que celle-ci ait été portée à la connaissance du public. Le déploiement des dispositifs de protection après la première communication de l'œuvre est incompatible avec le caractère fugace du droit de divulgation.

423. Droit de ne pas divulguer et dispositifs techniques – Le droit de divulgation n'est pas seulement le droit de divulguer l'œuvre : c'est aussi le droit de ne pas la divulguer. En cela, il constitue le moyen pour l'auteur d'empêcher les tiers d'accéder à son œuvre. En effet, l'auteur est libre de ne pas la porter à la connaissance du public. Il peut encore choisir de la révéler exclusivement à un nombre déterminé de personnes. Les mesures de protection pourraient donc aider l'auteur à conserver l'œuvre dans sa sphère intime.

Cependant, il faut bien reconnaître que les dispositifs techniques n'ont un véritable intérêt que dans la mesure où l'œuvre a été portée à la connaissance d'un public nombreux susceptible d'accomplir des actes d'exploitation à son égard. Et il y a peu de risques que l'œuvre se retrouve dans la circulation lorsque l'auteur ne l'a pas divulguée. On concèdera que l'auteur n'est jamais à l'abri d'une indécatesse de son entourage ou de ses partenaires professionnels. Ces derniers peuvent prendre les devants et révéler l'œuvre au grand jour sans son autorisation. Mais, dans de telles circonstances, le recours aux mesures techniques de protection ne semble pas une solution appropriée. Au contraire, il paraîtrait disproportionné et inopportun. D'une part, les mesures

2004, *PI*, avril 2004, p. 643, obs. P. Sirinelli – Il existe cependant une autre tendance jurisprudentielle qui admet le renouvellement du droit de divulgation suivant les modes distincts de diffusion : notamment, Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 1989, *Leprêtre c/ Société Bovida*, *RIDA*, avril 1990, n° 144, p. 199 – CA Paris, 23 juin 2000, *PI*, octobre 2001, p. 60, obs. A. Lucas – CA Paris, 10 octobre 2003, *PI*, janvier 2004, p. 546, obs. A. Lucas

¹¹⁸⁹ A. Françon, « L'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise-t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait ? », *GRUR-Int.*, juin-juillet 1973, p. 264 – A. LUCAS et *alii*, p. 453, n° 518 – C. Caron, Thèse préc., p. 92, n° 100 : « Le droit de divulgation s'exerce lorsque l'auteur décide de communiquer pour la première fois l'œuvre à un public, alors que les modes de diffusion, l'objet et l'étendue de la cession d'une œuvre divulguée relèvent à la fois des droits d'exploitation ou du droit au respect si la diffusion de l'œuvre est susceptible de heurter la sensibilité artistique de l'auteur. De plus, ce dernier a le moyen d'en contrôler les conditions en ayant recours aux règles qui gouvernent la cession des droits patrimoniaux » – N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010, p. 96, n° 113.

¹¹⁹⁰ A. LUCAS et *alii*, p. 453, n° 518 – C. CARON, p. 212, n° 261 – N. Binctin, *op. cit.*, p. 96, n° 113 – Cependant, un arrêt de la Cour de cassation est intervenu qui semble aller dans le sens du non-épuisement du droit de divulgation : Cass. 1^{re} civ., 21 novembre 2006, *Michel janvier et autres c/ Françoise de Bevere et autres*, *RIDA*, janvier 2007, n° 211, p. 345, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2007, p. 536, obs. Pollaud-Dulian.

techniques n'ont certainement pas vocation à jouer le rôle de coffre-fort¹¹⁹¹ protégeant l'œuvre des curieux. D'autre part, la confiance instaurée entre les cocontractants que sont l'auteur et le cessionnaire de droits n'est pas propre au déploiement de dispositifs de protection. Il semble plus judicieux que l'auteur exerce simplement une action en contrefaçon à l'encontre de toute personne ayant divulgué son œuvre contre son souhait¹¹⁹². En outre, le vol pourra être imputé à celui qui aura frauduleusement soustrait le support de l'œuvre. Quant au cessionnaire de droits auquel l'auteur aura remis volontairement l'objet matériel incorporant l'œuvre, il pourra être poursuivi sur le fondement de l'abus de confiance¹¹⁹³. En tout état de cause, il ne faut pas oublier que, dans la majorité des cas, l'auteur ne dispose pas des moyens financiers pour faire appel aux mesures techniques. Ce sont plus souvent les partenaires professionnels du créateur, cessionnaires de droits d'exploitation, qui en ont le privilège et l'initiative.

b. Le droit de repentir ou de retrait

424. Principe – Une fois divulguée, l'œuvre a vocation à parcourir le monde, à marquer de son empreinte l'esprit du public et à faire la renommée de son auteur. Cependant, il arrive que l'auteur, insatisfait de son travail, souhaite modifier sa création même si elle a déjà été portée à la connaissance de tiers. L'auteur exerce alors ce que l'on appelle le droit de repentir, droit qui ne met aucunement obstacle à la poursuite ultérieure de l'exploitation de l'œuvre. Il se peut encore que l'auteur, pour des raisons qui lui appartiennent, veuille retirer définitivement l'œuvre de la circulation. Dans cette hypothèse, l'auteur use de son droit de retrait, mettant fin à l'exploitation de l'œuvre. Cette distinction fonctionnelle¹¹⁹⁴ entre le droit de repentir et le droit de retrait

¹¹⁹¹ Pour reprendre l'image de l'effraction employée par Desbois : DESBOIS, p. 474, n° 385 : « l'homme de lettres et l'artiste serait victime d'une "effraction de conscience" si les pages, qu'il a rédigées, les esquisses qu'il a préparées face à face avec lui-même, pour se mieux connaître, pour atténuer le poids d'une obsession qu'il tient jalousement secrète, venaient à être jetées aux quatre vents de la critique sans son assentiment ».

¹¹⁹² Retenant qu'il y a « contrefaçon par violation du droit moral de l'auteur lorsque la reproduction porte sur son œuvre que cet auteur estimait inachevée et insusceptible de divulgation », CA Paris, 17 février 1988, *D.* 1989, somm. p. 50, obs. C. Colombet ; *D.* 1988, inf. rap. p. 85 – Également, CA Amiens, 21 février 1963, *RTD com.* 1964, p. 786, obs. H. Desbois.

¹¹⁹³ P. Tafforeau, *op. cit.*, p. 119, n° 146.

¹¹⁹⁴ Optant pour une distinction fonctionnelle du droit de repentir et du droit de retrait, G. Gavin, *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation françaises*, Dalloz, 1960, p. 63 – A. LUCAS et *alii*, p. 462, n° 522 – C. CARON, p. 214, n° 264 – Comp. DESBOIS, p. 484, n° 393, distinguant repentir et retrait sur un plan chronologique : « Logiquement, repentir et retrait, désignent, non pas des formes différentes d'atteintes portées à la force obligatoire des contrats, mais plutôt les étapes successives de toutes les variétés d'atteintes inspirées par le regret d'une publication qui a cessé de plaire à l'auteur : celui-ci se repent de la décision qu'il a prise, puis il passe à l'acte en procédant au retrait ».

paraîtra quelque peu artificielle si l'on veut bien considérer que repentir et retrait sont exercés selon les mêmes modalités et que le repentir peut être regardé comme la motivation du retrait¹¹⁹⁵.

Le droit de repentir ou de retrait est légalement reconnu au travers de l'article L. 121-4 du CPI : « *Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer* ». Force est de reconnaître que la lettre de la disposition ne permet pas d'accorder une portée large à ce droit. D'abord, la formule « *même postérieurement à la publication de son œuvre* » ne doit pas prêter à confusion. La doctrine s'accorde à dire que le droit de repentir ou de retrait ne peut être exercé qu'après la divulgation de l'œuvre¹¹⁹⁶. En d'autres termes, ce droit ne joue qu'à l'égard des œuvres divulguées. Ensuite, le champ d'application de la prérogative est limité aux relations contractuelles nouées entre un auteur et un cessionnaire de droits d'exploitation. Le premier n'est donc pas admis à l'exercer à l'encontre du commanditaire de la création ni du propriétaire du support de l'œuvre, non plus d'ailleurs qu'il n'est en droit de le mettre en pratique s'agissant d'un logiciel¹¹⁹⁷.

L'exercice du droit de repentir ou de retrait par l'auteur constitue un véritable inflexionnement à la force obligatoire du contrat¹¹⁹⁸. Aussi le législateur a-t-il prévu l'indemnisation du cessionnaire auquel le retrait est susceptible de causer un préjudice économique important. De sorte que la perspective d'une réparation coûteuse constitue bien souvent un frein aux yeux de celui qui aurait des velléités de retirer son œuvre de la circulation.

425. Inopportunité des dispositifs techniques – En raison de son domaine restreint et spécifique, on voit mal dans quelle hypothèse le droit de repentir ou de retrait pourrait donner prise aux dispositifs techniques. En pratique, les mesures techniques de protection sont mises en place par les titulaires de droits – auteurs comme cessionnaires de droits – à l'encontre des utilisateurs. Or, le droit de repentir ou de retrait est limité aux rapports entre l'auteur et l'exploitant. Dans ce contexte, le recours aux systèmes techniques ne semble pas pouvoir reposer sur un tel droit.

¹¹⁹⁵ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 304, n° 448.

¹¹⁹⁶ A. LUCAS et *alii*, p. 463, n° 524 – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 305, n° 451.

¹¹⁹⁷ Article L. 121-7 du CPI : « Sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut : (...) 2° exercer son droit de repentir ou de retrait ».

¹¹⁹⁸ A. Ionasco, « Le droit de repentir de l'auteur », *RIDA*, janvier 1975, n° 83, p. 21.

c. Le droit à la paternité

426. Principe – En vertu de l'article L. 121-1 alinéa 1^{er} du CPI, l'auteur jouit du droit au respect de son nom et de sa qualité. Plus précisément, le droit à la paternité consiste en ce que toute personne ayant créé une oeuvre puisse se prévaloir de la qualité d'auteur et de l'association de son nom à sa création. En outre, l'article L. 113-1 du CPI pose une présomption de paternité en faveur de celui au nom duquel l'oeuvre est divulguée. Quoi de plus normal que d'établir par le nom le lien indéfectible qui existe entre l'auteur et l'émanation de sa personnalité. L'établissement de ce lien par le nom est non seulement important aux yeux de l'auteur qui souhaite que le succès de l'oeuvre lui soit attribué mais aussi aux yeux du public, toujours soucieux d'en connaître l'origine. Puisque l'oeuvre est l'empreinte d'une personnalité unique, le public doit pouvoir en distinguer la provenance et cela passe bien évidemment par l'apposition du nom de l'auteur sur le support de l'oeuvre. Si bien que la jurisprudence a tendance à voir dans la signature de l'auteur une sorte de signe distinctif¹¹⁹⁹.

427. Droit à la paternité et systèmes d'information – Ainsi, très souvent, les toiles sont signées de la main du peintre, les bâtiments portent en gravure le nom de l'architecte, et l'éditeur doit faire figurer sur chacun des exemplaires le nom, le pseudonyme ou la marque de l'auteur¹²⁰⁰. Dans toutes ces hypothèses, l'apposition du nom de l'auteur sur le support de l'oeuvre rend compte de l'exercice du droit à la paternité. Or, dans l'environnement numérique, les techniques d'information semblent remplir le même office dans la mesure où elles « *permettent d'identifier l'auteur de l'oeuvre par l'apposition de signe sous forme électronique* »¹²⁰¹ au travers du support. En cela, il faut bien reconnaître que les mesures d'information trouvent une justification dans le droit à la paternité¹²⁰², de sorte que toute altération des informations sous forme électronique relatives à la paternité de l'oeuvre constituera une contrefaçon sur le terrain du droit moral¹²⁰³.

¹¹⁹⁹ C. Caron note sous CA Toulouse, 11 mai 1999, *CCE*, décembre 1999, comm. 37, p. 18.

¹²⁰⁰ Article L. 132-11 du CPI.

¹²⁰¹ E. Caprioli, « Mesures techniques de protection et d'information des droits d'auteur », *CCE*, novembre 2006, étude 30, p. 26, n° 2.

¹²⁰² En ce sens, J.-M. Bruguière et M. Vivant obs. sous TGI Nanterre, 2 septembre 2003, *PI*, octobre 2003, p. 464.

¹²⁰³ En ce sens, A. Latreille et T. Maillard, « Mesures techniques de protection et d'information », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1660, mis à jour au 19 avril 2011, p. 29, n° 151.

d. Le droit au respect de l'œuvre

428. Principe – Au regard de l'article L. 121-1 alinéa 1^{er} du CPI, l'auteur « *jouit du droit au respect [...] de son œuvre* ». En vertu de ce droit, l'auteur peut s'opposer à toute altération de sa création. La forme de l'œuvre doit être communiquée dans toute son intégrité et fidèlement à l'esprit dans lequel l'auteur l'a créée¹²⁰⁴. Ainsi, dans le domaine particulier de l'édition, l'article L. 132-11 du CPI indique que l'éditeur « *ne peut, sans autorisation écrite de l'auteur, apporter à l'œuvre, aucune modification* ». Et dans le domaine du spectacle, l'article L. 132-22 du CPI insiste sur le fait que l'entrepreneur « *doit assurer la représentation ou l'exécution publique dans des conditions techniques propres à garantir le respect des droits intellectuels et moraux de l'auteur* », ce qui implique de respecter l'intégrité de l'œuvre au travers de sa représentation¹²⁰⁵.

Le droit au respect de l'œuvre est opposable à tous, aux simples tiers comme aux cocontractants de l'auteur. Toutefois, cet attribut du droit moral trouve à s'assouplir dans le cadre des contrats d'adaptation dans la mesure où la modification de l'œuvre en est la caractéristique essentielle. L'adaptateur doit néanmoins prendre soin de respecter l'esprit de l'œuvre originale¹²⁰⁶. En outre, il est clairement fait exception au droit au respect de l'œuvre au travers de l'article L. 121-7 du CPI. Celui-ci énonce que, sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur, celui-ci ne peut s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire du droit d'adaptation ou d'arrangement dès lors qu'elle « *n'est ni préjudiciable à son honneur ni à sa réputation* »¹²⁰⁷.

Même si le CPI n'en fait pas l'inventaire, on observe deux types d'atteintes au respect de l'œuvre¹²⁰⁸. Tout d'abord, il est des atteintes d'ordre contextuel. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles l'auteur ou ses ayants droit estiment que l'esprit de l'œuvre n'a pas été respecté¹²⁰⁹ en raison du contexte dans lequel elle a été communiquée. Il en est ainsi d'une chanson détournée dans un but publicitaire sans le consentement de l'auteur¹²¹⁰ ou encore de la reproduction d'une

¹²⁰⁴ Affirmant que « le respect est dû à l'œuvre telle que l'auteur a voulu qu'elle soit », TGI Paris, 15 octobre 1992, *RIDA*, janvier 1993, n° 155, p. 225 ; *RTD com.* 1993, p. 98, obs. A. Françon – Également, CA Paris, 27 septembre 1996, *RIDA*, avril 1997, n° 172, p. 270.

¹²⁰⁵ En matière de mise en scène, TGI Paris 27 novembre 1985, *RIDA*, juillet 1986, p. 166, note A. Françon – TGI Paris, 15 octobre 1992, *RIDA*, janvier 1993, p. 295 ; *RTD com.* 1993, p. 98, obs. A. Françon.

¹²⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2001, *Bull. civ.* I, n° 171.

¹²⁰⁷ Formule qui rappelle l'article 6 bis de la Convention de Berne.

¹²⁰⁸ CA Paris, 28 juillet 1932, *DP* 1934, 2, p. 139, retenant une distinction entre la dénaturation de la forme de l'œuvre et la dénaturation de l'esprit de l'œuvre.

¹²⁰⁹ Sur cette question, C. Carreau, « Droit d'auteur et esprit de l'œuvre », *RIDA*, juillet 2004, n° 201, p. 3.

¹²¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2003, *Barbelivien et Montagné c/Agence Business*, *RIDA*, avril 2003, n° 195, p. 415 ; *D.* 2003, p. 559 ; *CCE*, mars 2003, comm. 21, p. 17, obs. C. Caron – CA Paris, 20 février 1990, *Neuburger c/N. de Rothschild*, *D.* 1990, inf. rap. p. 72.

œuvre dans le cadre d'une propagande politique¹²¹¹. Mais il existe aussi des atteintes d'ordre formel qui consiste en des modifications de la forme de l'œuvre sans le consentement de l'auteur. Ces hypothèses sont fréquentes dans le domaine audiovisuel : on évoquera les coupures durant un film¹²¹², la colorisation d'un film en noir et blanc¹²¹³, l'apparition d'un logo pendant la diffusion d'un film à la télévision¹²¹⁴ ou encore l'oubli d'une bobine lors de la télédiffusion d'une œuvre cinématographique¹²¹⁵. Les atteintes formelles existent dans les autres domaines artistiques. Ainsi, en matière d'œuvres graphiques et plastiques, les juges ont sanctionné la colorisation d'un dessin publié en noir et blanc¹²¹⁶ ou le découpage d'une nature morte peinte sur un réfrigérateur¹²¹⁷. De même, en matière littéraire, les juges ont reproché à un éditeur la suppression des passages d'un livre sans le consentement de son auteur¹²¹⁸.

429. Preuve de la dénaturation et mesures techniques d'information – Les systèmes d'information peuvent considérablement aider à la constatation et à la preuve des dénaturations de l'œuvre accomplies par des utilisateurs¹²¹⁹. En effet, ces systèmes permettent de déceler des atteintes à l'intégrité de l'œuvre en procédant à des comparaisons entre l'œuvre intacte, numérisée et archivée dans une banque de données, et l'œuvre altérée et diffusée sur le réseau. Même si l'œuvre originale n'est pas archivée afin de ne pas encombrer la mémoire de stockage des serveurs, des systèmes d'information peuvent toujours effectuer une recherche pour la retrouver et la confronter à sa copie dénaturante. La détection des dénaturations ne serait pas très utile s'il n'était pas possible d'en déterminer les auteurs. Or, dans la mesure où les systèmes d'information permettent de reconstituer l'itinéraire de l'œuvre, il est possible de remonter jusqu'aux

¹²¹¹ CA Versailles, 20 décembre 2001, *RIDA*, avril, n° 192, 2002, p. 319 ; CA Paris, 21 juin 1988, *Brel c/ RPR, LPA*, 21 février 1989, p. 7 ; *D.* 1990, somm. p. 53, obs. C. Colombet – V. reproductions de planches de Tintin à une vente aux enchères aux côtés de bandes dessinées érotiques : CA Paris, 14 mars 2007, *PI*, juillet 2007, p. 314, obs. J.-M. Bruguière et p. 318, obs. A. Lucas ; *RLDI*, juillet 2007, p. 21.

¹²¹² CA Paris, 10 octobre 1957, *Gaz. Pal.* 1958, I, p. 27 – Sur cette question, T. Collova, « Les interruptions publicitaires lors de la diffusion de films à la télévision », *RIDA*, octobre 1990, n° 146, p. 125.

¹²¹³ Affaire « Quand la ville dort » de John Huston : TGI Paris 23 novembre 1988, *RIDA* janvier 1989, n° 139, p. 205 ; *D.* 1989, jurispr. p. 342, note B. Audit – CA Paris, 6 juillet 1989, *D.* 1990, jurispr. p. 152, note B. Audit ; *RIDA*, janvier 1990, n° 143, p. 329, note A. Françon – Cass. 1^{re} civ, 28 mai 1991, *RIDA*, juillet 1991, n° 149, p. 161, note A. Kéréver ; *JCP G*, 1991, II, 21731, note A. Françon ; *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 752, note P.-Y. Gautier.

¹²¹⁴ TGI Paris, 29 juin 1988, *Marchand c/La cinq, RTD com.* 1989, p. 70, obs. A. Françon, note B. Edelman – CA Paris, 25 octobre 1989, *D.* 1989, inf. rap. p. 303 ; *D.* 1990, somm. p. 54, obs. C. Colombet.

¹²¹⁵ TGI Paris, 14 mars 1990, *Juris-Data* n° 1990-043056 ; *D.* 1991, somm. p. 95, obs. C. Colombet.

¹²¹⁶ CA Paris, 31 octobre 1988, *Cahiers du droit d'auteur*, avril 1989, p. 22.

¹²¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 1965, affaire « Bernard Buffet », *JCP G* 1965, II, 14339, concl. R. Lindon.

¹²¹⁸ CA Paris, 7 juin 1982, *D.* 1983, inf. rap. 97, obs. C. Colombet.

¹²¹⁹ En ce sens, F. Pollaud-Dulian, « L'authenticité de la qualité d'auteur et de l'œuvre », in *Le droit d'auteur en cyberspace*, Congrès de l'ALAI, Amsterdam, 1996, Otto Crawinckel, 1997, p. 209 – A. Lucas, « Le droit d'auteur et protections techniques », in *Le droit d'auteur en cyberspace*, Congrès de l'ALAI, Amsterdam, 1996, Otto Crawinckel, 1997, in *Le droit d'auteur en cyberspace, Congrès de l'ALAI, Amsterdam, 1996*, Otto Crawinckel, 1997, p. 348.

responsables¹²²⁰. L'intérêt des techniques d'identification était déjà remarqué dans le rapport sur les « Industries culturelles et les nouvelles techniques » dressé par la Commission Sirinelli : « *les techniques de signature et d'horodatage conviennent bien pour enregistrer le dépôt d'une œuvre afin de pouvoir disposer ultérieurement d'un élément de preuve permettant de faire des comparaisons. Ces dernières peuvent ensuite se faire sur des informations imperceptibles dans la représentation sonore ou visuelle, mais dont la présence simultanée dans l'original et dans l'œuvre contestée apporte une forte présomption de plagiat ou d'atteinte au droit d'auteur* »¹²²¹.

430. Intégrité de l'œuvre et mesures techniques de protection – Comparativement aux autres attributs du droit moral, le droit au respect de l'œuvre semble entretenir des liens plus étroits avec les mesures techniques de protection dans la mesure où celles-ci sont susceptibles de faire entrave à des reproductions dénaturantes de l'œuvre¹²²². Bien plus que les technologies qui l'ont précédé, le numérique offre variété et aisance eu égard à la palette d'actions possibles sur la forme de l'œuvre. Il favorise les modifications en tous genres de la forme sensible de l'œuvre¹²²³. Il permet la compression au format MP3 et les outils informatiques sont nombreux qui permettent d'appliquer des traitements sonores sur une œuvre musicale ou de modifier l'apparence d'une image. Or, les dispositifs techniques ont pour fonction d'empêcher les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin et sont aptes à contrôler dans le détail les actes matériels dont le fichier numérique, vecteur de l'œuvre, est susceptible de faire l'objet¹²²⁴. Partant, il est tout à fait envisageable que les titulaires de droits recourent aux systèmes de protection à dessein de faire respecter l'intégrité de l'œuvre. En faisant

¹²²⁰ Par exemple, les fournisseurs de communications électroniques (art. L. 34-1 du Code des postes et des communications électroniques) comme la commission de protection des droits au sein de l'PHADOPI (art. L. 331-28 du CPI) peuvent conserver les données de connexion des internautes. Cela peut déboucher sur un traitement de données à caractère personnel utile à la procédure relative à l'obligation de surveillance posée à l'article L. 336-3 du CPI. Néanmoins, des difficultés peuvent être rencontrées lorsque les contrefacteurs utilisent des leurres (détournement d'adresses IP et MAC ; *proxy* etc...) – V. CE, 23 mai 2007, *CCE*, juillet-août 2007, comm. 90, p. 28, note C. Caron ; *D.* 2007, p. 1605, note J. Daleau, annulant les décisions de la CNIL qui avait refusé d'autoriser des sociétés d'ayants droits à mettre en œuvre des traitements de données à caractère personnel – Également, Cons. const., décision du 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, préc., approuvant l'établissement, par les sociétés d'ayants droit, de traitements automatisés de données à caractère personnel sous réserve d'une autorisation de la CNIL – Cependant, CJCE, 29 janvier 2008, aff. n° C-275/06, *Productores de Musica Espana c/ Telefonica de Espana*, *Rec.* p. 271, *Legipresse* 2008, III, p. 57, considérant que le droit européen n'impose pas aux États membres de prévoir l'obligation de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer la protection effective du droit d'auteur dans le cadre d'une procédure civile (considérant 71).

¹²²¹ Commission présidée par P. Sirinelli, *Industries culturelles et nouvelles techniques*, Rapport pour le Ministère de la culture et de la francophonie, La documentation française, 1994, p. 96.

¹²²² J. Passa, « Internet et droit d'auteur », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1970, 2001, p. 33, n° 135 – F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 214.

¹²²³ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 205, observant que les techniques numériques facilitent les utilisations dénaturantes des œuvres.

¹²²⁴ P. Gaudrat, « Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants) », *Rép. Civ. Dalloz*, 2007, p. 40, n° 287 et p. 51, n° 371.

obstacle à la reproduction de l'œuvre, les verrous techniques pourraient prévenir les modifications dénaturantes de la création. On relèvera qu'en matière de logiciel, certains dispositifs techniques rendent impossible toute fixation de l'œuvre ailleurs que dans la mémoire vive de l'ordinateur. Et, surtout, dans le domaine particulier des jeux vidéo, l'utilisateur n'est pas autorisé à effectuer une copie en dehors du disque dur de la console. Même si cela permet d'abord de restreindre la reproduction, il s'agit aussi d'un moyen d'éviter les altérations de la forme de l'œuvre.

431. Cependant, bien que grâce aux systèmes d'information il soit moins difficile pour l'auteur d'apporter la preuve d'une transformation dénaturante opérée par un tiers dans la sphère privée, il ne paraît pas raisonnable de permettre un contrôle de tous les remaniements de l'œuvre¹²²⁵, y compris au moyen de dispositifs de protection. Il est vrai qu'il n'existe pas d'exception au droit moral pour les utilisations dans l'intimité mais un tiers peut procéder à une modification formelle de l'œuvre tout en respectant son esprit. Dès lors, il est permis de se demander s'il n'est pas excessif de blâmer la simple transformation de l'œuvre lorsqu'elle ne porte pas atteinte à son esprit¹²²⁶. La jurisprudence fait peu de cas de cette subtilité puisqu'elle tend à sanctionner toute modification formelle de l'œuvre quelle qu'elle soit¹²²⁷. De ce point de vue, les mesures techniques de protection peuvent jouer un certain rôle. Elles n'ont qu'à interdire toute transformation de l'œuvre sans avoir à distinguer selon que la modification porte atteinte à l'esprit de la création ou non. De toute façon, elles ne sont pas aptes à porter une telle appréciation bien moins objective que subjective.

432. L'analyse de chacun des attributs du droit moral montre que les dispositifs de protection n'y trouvent que très peu d'assise. Les mesures techniques de protection comme d'information ont été envisagées surtout pour renforcer l'exercice des prérogatives patrimoniales des titulaires de droits dans l'environnement numérique¹²²⁸. En tout état de cause, une brève analyse des dispositions du CPI à la lumière des caractères généraux du droit moral achèvera de convaincre que celui-ci n'est pas susceptible d'en constituer un fondement solide.

¹²²⁵ En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 315, n° 468.

¹²²⁶ En ce sens, A. LUCAS et *alii*, p. 479, n° 546 : « Si toute atteinte à l'intégrité viole en principe le droit au respect de l'œuvre, l'hésitation est néanmoins permise lorsque la modification est très minime ».

¹²²⁷ Cass. 1^{re} civ., 24 février 1998, *RIDA*, juillet 1998, n° 177, p. 213, note A. Kéréver, affirmant que « le respect dû à l'œuvre en interdit toute altération ou modification, quelle qu'en soit l'importance ».

¹²²⁸ V. F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 208 et p. 215 : « il ne faut pas trop miser sur la technique pour protéger sans faille les intérêts des auteurs ou des interprètes, surtout en ce qui concerne leurs intérêts moraux ».

2. L'exclusion du droit moral en raison de ses caractères généraux

433. Droit de la personnalité – La droit moral a une dimension extrapatrimoniale¹²²⁹ tenant à son appartenance à la catégorie des droits de la personnalité, comme le considère la majorité de la doctrine¹²³⁰ ainsi que la jurisprudence¹²³¹. Si une telle analyse est parfois discutée¹²³², il suffit de rappeler la lettre de l'article L. 121-1 alinéa 2 du CPI en vertu duquel le droit moral est attaché à la personne de l'auteur. Une telle précision n'est pas anodine et rend compte de ce que l'œuvre de l'esprit est une émanation de la personnalité de l'auteur¹²³³. A ce sujet, Desbois affirmait que les œuvres sont pour l'auteur « *le miroir de sa personnalité* »¹²³⁴ et M. Caron fait valoir que l'œuvre « *n'est protégée qu'autant qu'elle accueille, en son sein, une parcelle de la personnalité de son auteur, qui se détache de sa personne pour se nicher dans l'œuvre. Or, justement, le droit moral permet de protéger cette personnalité qui existe dans l'œuvre* »¹²³⁵. Le droit moral est donc une prérogative préservant le lien qui unit l'auteur et l'œuvre, réceptacle de l'émanation de sa personnalité. Indéfectible, ce lien n'est pas susceptible d'être rompu.

434. Droit singulier – Il importe de préciser que le droit moral reste un droit de la personnalité singulier. La Cour de cassation en a fait le constat – quoique de façon fort maladroite – en affirmant que le droit moral est un droit « *entièrement étranger à la défense des autres droits de la personnalité protégés par la loi* »¹²³⁶. Le droit moral se distingue des autres droits de la personnalité en ce qu'il porte sur un objet qui n'est pas la personne à proprement parler – comme c'est pourtant le cas pour tous les autres droits de la personnalité – mais l'œuvre en tant qu'expression de la personnalité de l'auteur. Cela emporte la conséquence que le droit moral est un droit perpétuel comme le précise l'article L. 121-1 alinéa 3 du CPI et c'est là un des aspects les

¹²²⁹ Sur la nature extrapatrimoniale des droits de la personnalité, CA Paris, 7 juin 1983, *D.* 1985, inf. rap. p. 165, obs. R. Lindon.

¹²³⁰ En ce sens, COLOMBET, p. 126, n° 127 – DESBOIS, p. 470, n° 381 – P.-Y. GAUTIER, p. 193, n° 189 – F. POLLAUD-DULIAN, p. 375 ; du même auteur, « Droit moral et droits de la personnalité », *JCP G* 1994, I, 3780 – C. Caron, Thèse préc., p. 121, n° 128 – D. Lefranc, « L'auteur et la personne, (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité) », *D.* 2002, p. 1926 – E. Silz, « La notion juridique du droit moral de l'auteur », *RTD civ.* 1933, p. 331 – Aussi, dans la doctrine civiliste : G. Goubeaux, *Traité de droit civil : les personnes*, LGDJ, 1989, p. 244, n° 272 et p. 305, n° 325 – B. Teyssié, *Droit civil - Les personnes*, 13^e éd., Litec, 2011, p. 105, n° 121.

¹²³¹ CA Paris, 1^{er} février 1989, *Anne Bragance c/Olivier Orban et Michel de Grèce*, *RIDA*, octobre 1989, n° 142, p. 301, note P. Sirinelli – TGI Paris, 11 février 1993, *RIDA*, avril 1993, n° 156, p. 235.

¹²³² Notamment, A. LUCAS *et alii*, p. 436, n° 500 – J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, LGDJ, 1996, p. 63, n° 74 ; G. Gavin, *Le droit moral de l'auteur*, Dalloz, 1960, p. 279.

¹²³³ F. POLLAUD-DULIAN, p. 376, n° 553.

¹²³⁴ H. Desbois, « La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », *D.* 1957, chron. p. 166.

¹²³⁵ C. CARON, p. 203, n° 248.

¹²³⁶ Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, *JCP G* 1993, II, 22161, note J. Raynard ; *D.* 1994, jurispr. p. 78, note A. Françon.

plus vifs de sa singularité. Alors que les droits de la personnalité disparaissent en principe au décès de la personne, le droit moral lui survit car sa personnalité subsiste dans l'oeuvre. En outre, parce qu'il est perpétuel, et en dépit du principe de l'intransmissibilité¹²³⁷ des droits de la personnalité, le droit moral, lui, est « *transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur* »¹²³⁸.

435. Droit indisponible – Le droit moral n'est pas totalement rebelle au régime des droits de la personnalité. En effet, comme pour tous les droits de la personnalité, son caractère extrapatrimonial le rend indisponible et inaliénable si bien que toutes « *cessions, renonciations et amputations* »¹²³⁹ sont inconcevables. L'aliénation¹²⁴⁰, l'abandon¹²⁴¹ ou la privation du droit moral ne sont pas envisageables car « *l'auteur ne peut renoncer à la défense de sa personnalité, sous peine de commettre un "suicide moral"* »¹²⁴². Droit personnel, le droit moral ne gît qu'en la personne de l'auteur et ne peut être exercé que par lui-même.

Dans la mesure où l'interprétation est empreinte de sa personnalité, l'artiste-interprète, lui aussi, est investi d'un droit moral. Suivant l'article L. 212-2 du CPI, l'artiste-interprète « *a le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation* ». Par ailleurs, ce droit « *inaliénable et imprescriptible est attaché à sa personne* ». Comme cela est le cas pour l'auteur, le droit moral de l'artiste-interprète est indisponible et ne peut être exercé que par lui-même.

436. Droit réservé – L'auteur et l'artiste-interprète sont les seuls à être dotés du droit moral¹²⁴³. Les titulaires de droits voisins économiques¹²⁴⁴ ainsi que les producteurs de bases de données en sont dépourvus. Ceux-ci ne disposent que de prérogatives patrimoniales. Le droit moral ne peut leur être cédé puisqu'il est indisponible. Or, l'article L. 331-5 du CPI énonce que les mesures techniques de protection sont destinées à empêcher les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin, ce qui inclut les titulaires de droits voisins

¹²³⁷ B. Teyssié, *op. cit.*, p. 108, n° 126.

¹²³⁸ Article L. 121-1 alinéa 4 du CPI.

¹²³⁹ B. Teyssié, *op. cit.*, p. 107, n° 125.

¹²⁴⁰ CA Aix, 21 octobre 1965, *JCP G* 1966, II, 14657, note H. Boursigot ; *D.* 1966, jurispr. p. 70, note P. Greffe – CA Paris, 17 mai 1969, *D.* 1969, jurispr. p. 702.

¹²⁴¹ CA Paris, 20 janvier 1971, *D.* 1971, jurispr. p. 307 – Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1993, *RIDA*, octobre 1993, n° 158, p. 205.

¹²⁴² DESBOIS, p. 470, n° 382 – Rapp. R. von Ihering, *La lutte pour le droit*, Dalloz, 2006, p. 23, affirmant que « dans son droit, l'homme possède et défend la condition de son existence morale » pour ensuite souligner que, la défense du droit étant un devoir de la conservation morale, son abandon équivaut à « un suicide moral ».

¹²⁴³ Encore que le promoteur de l'œuvre collective soit lui aussi investi *ab initio* de prérogatives extrapatrimoniales conformément à l'article L. 113-5 du CPI – V. Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1993, *RIDA*, juillet 1994, n° 161, p. 303.

¹²⁴⁴ C'est-à-dire les producteurs culturels : producteurs de phonogrammes, producteurs de vidéogrammes, et entreprises de communication audiovisuelle.

économiques¹²⁴⁵. Et l'article L. 342-3-1 du CPI indique que les dispositifs de protection sont également voués à restreindre les utilisations d'une base de données que le producteur n'a pas autorisées. Les titulaires de droits voisins économiques et le producteur de la base de données peuvent donc recourir aux mesures techniques de protection alors qu'ils ne sont pas pourvus de prérogatives extrapatrimoniales. Il faut donc en déduire que le législateur rattache le recours aux mesures techniques de protection aux prérogatives patrimoniales des titulaires de droits et non à leurs attributs moraux.

Paragraphe II – La large émancipation des mesures techniques par rapport au droit d'auteur

437. Alors que les mesures techniques de protection sont censées être des auxiliaires du droit d'auteur dans le cadre de la protection des œuvres, la loi permet que les dispositifs empêchent toutes les utilisations non autorisées par les titulaires de droit. Le pouvoir d'exclusion technique s'émancipe largement du pouvoir d'exclusion juridique conféré par le droit d'auteur. Cela semble révéler l'émergence d'une prérogative qui n'est pas de droit d'auteur mais d'un genre nouveau (A). La situation a de quoi inquiéter car bien qu'étranger aux prérogatives naturelles de l'auteur, cette prérogative permet d'étendre de fait le pouvoir d'exclusion des titulaires de droit. Dès lors est-il permis de se demander si, d'un « droit » *sui generis*, émancipé du droit d'auteur par ses effets, il ne faudrait pas revenir au moins à un « droit » subordonné au monopole juridique, un « droit » accessoire (B).

A. L'émergence d'un « droit » *sui generis*

438. Il a été précédemment constaté que lorsque la faculté de recourir aux mesures techniques de protection était dispersée entre les différents titulaires de droits, les intérêts de ces derniers étaient défendus au travers d'une règle de droit objectif faisant défense aux tiers de contourner les barrières. Mais il a aussi été relevé que le régime juridique des dispositifs techniques conférait un « quasi-droit subjectif » ou « quasi droit voisin »¹²⁴⁶ du droit d'auteur lorsque la faculté d'y recourir était concentrée dans les mains du seul « producteur ».

¹²⁴⁵ V. l'article L. 331-11 du CPI qui évoque le « titulaire de droits », ce qui inclut aussi les titulaires de droits voisins économiques.

¹²⁴⁶ *Supra* n° 280.

439. Il a encore été observé que la faculté de recourir aux mesures de protection telles que définies à l'article L. 331-5 du CPI ne pouvait être purement assimilée à un attribut du droit de propriété classique – le droit de clore – ou à un attribut du droit d'auteur essentiellement pour la raison que les dispositifs techniques déploient leurs effets au-delà des limites de l'exclusivité juridique accordée aux titulaires de droits. Si les contours de la protection technique coïncidaient parfaitement avec ceux de l'exclusivité juridique, on pourrait à la rigueur penser qu'un droit de propriété en est le fondement. Mais ce n'est pas le cas. Les mesures techniques tirent leur singularité de ce qu'elles sont « destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin ». Or, l'on sait bien que les prérogatives des titulaires de droits doivent être légalement circonscrites et qu'elles ne devraient pas s'étendre à toutes les utilisations possibles des œuvres. Cependant, tout se passe comme si un propriétaire érigeait une clôture sur la voie publique, au-delà des limites de son propre fonds.

440. Force est de constater que le régime juridique des mesures techniques provoque une révolution car, en permettant d'interdire les actes non autorisés par les titulaires de droits, il s'émancipe largement du droit d'auteur dont le contenu et les limites sont en principe fixés par la loi et non par la volonté privée. Cela incite à y voir l'émergence d'une prérogative d'un genre nouveau et, si ce n'est un véritable droit subjectif, un « quasi droit » *sui generis*¹²⁴⁷ dont l'érection bancaire rappelle curieusement celle du droit des producteurs de bases de données¹²⁴⁸. En tout état de cause, si la faculté de recourir aux mesures techniques était véritablement un attribut du droit d'auteur, il serait permis de s'interroger sur ce qui justifierait une protection juridique spécifique des dispositifs. En réalité, si cette protection juridique spécifique est nécessaire, c'est justement parce que ce qui permet de consolider le monopole juridique sur l'œuvre ne provient pas du monopole lui-même. C'est pourquoi l'expression de « quasi-contrefaçon » pour évoquer le contournement d'une mesure technique peut prêter à confusion.

441. Finalement, l'émancipation des mesures techniques est révélatrice d'un mouvement consistant à se détacher des principes du droit d'auteur tout en lui associant des logiques qui lui sont étrangères¹²⁴⁹. En vérité, au travers des dispositifs techniques et de leur protection juridique, il s'agit bien plus de préserver les intérêts de ceux qui offrent de distribuer les œuvres sur les

¹²⁴⁷ En ce sens, A. Bensamoun, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, avril 2010, n° 224, p. 61.

¹²⁴⁸ V. F. POLLAUD-DULIAN, p. 981, n° 1693 – Aussi, C. CARON, p. 516, n° 612.

¹²⁴⁹ V. A. Bensamoun, *op. cit.*, p. 59, relevant l'effet destructeur de logiques étrangères à côté desquelles le droit d'auteur perd son autonomie et apparaît de plus en plus dérogatoire.

réseaux que de protéger les intérêts des titulaires de droits de propriété littéraire et artistique¹²⁵⁰. Par conséquent, il n'est pas question que la technique s'aligne sur la protection de l'œuvre par le droit d'auteur mais plutôt qu'elle aille au-delà en accaparant par la force les espaces de libre usage des œuvres, et ainsi, viabiliser au maximum les services de distribution des contenus culturels¹²⁵¹.

B. L'urgence d'un « droit » accessoire ?

442. Bien qu'elle revête un caractère *sui generis*, la protection juridique des mesures techniques est subordonnée à la présence d'un objet de droit d'auteur ou de droit voisin. Les barrières technologiques sont juridiquement protégées pour autant qu'elles-mêmes protègent physiquement une œuvre par le biais d'un support ou vecteur. Et c'est bien là tout le paradoxe. D'un côté, on a l'impression que la protection technique de l'œuvre se superpose à la protection juridique par le droit d'auteur car les dispositions anti-contournement ne jouent que si les dispositifs ont vocation à défendre un objet de propriété littéraire et artistique. Mais, de l'autre côté, il apparaît de manière évidente que le régime du droit d'auteur n'a aucune influence sur le régime de protection des mesures techniques puisque là où l'exclusivité juridique trouve ses limites pour donner libre cours à certains usages de l'œuvre, la technique continue d'exercer sa contrainte ; et il n'est pas possible de la contourner sans prendre le risque d'être sanctionné.

Dès lors, est-il souhaitable d'intervenir au niveau législatif pour établir un alignement de la protection technique sur la protection juridique des œuvres et ainsi résoudre le problème du pouvoir exorbitant des titulaires de droits ?

443. Sur le plan des principes, la réponse est affirmative. Nul ne contestera que la contrainte technique est légale et licite car c'est bien en vertu de la loi que les titulaires de droits peuvent interdire n'importe quelle utilisation au moyen des systèmes de protection. Néanmoins, ce qui est légal ou licite n'est pas nécessairement légitime¹²⁵². On restera réticent à admettre la légitimité de la force qui empêche de mettre en œuvre les exceptions au droit d'auteur alors que

¹²⁵⁰ En ce sens, M. Buydens, et S. Dusollier, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, septembre 2001, chron. 22, p. 16 – Aussi, S. Dusollier, Thèse préc., p. 414, n° 531 et s.

¹²⁵¹ V. G. Vercken, « France », in *Le droit d'auteur en cyberspace, Congrès de l'ALAI, Amsterdam, 1996*, Otto CRAWINCKEL, 1997, p. 388 : « le fournisseur de service met en œuvre des systèmes de contrôle d'accès qui lui permet de connaître l'utilisateur final, et, surtout, de pouvoir lui faire payer le service ».

¹²⁵² G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadriga/PUF, 9^e éd., 2011, p. 600, suivant lequel ce qui est légitime n'est pas seulement ce qui est conforme à la légalité ou aux règles de droit. Il s'agit aussi de ce qui est « fondé sur des données (besoins, aspirations, etc.) tenues pour normales relativement à un certain état moral et social ».

celles-ci répondent à des aspirations que la loi entend elle-même satisfaire. En matière de protection des œuvres, il n'est de contrainte technique légitime que celle qui est assujettie au droit d'auteur, c'est-à-dire celle dont l'action traduit sur le plan matériel ce que le droit d'auteur implique sur le plan juridique. Certes faut-il garder à l'esprit que les mesures techniques manquent encore de subtilité et le temps n'est pas encore venu où elles pourront d'elles-mêmes distinguer les situations donnant prise aux exceptions au droit d'auteur et celles où elles doivent effectivement traduire matériellement l'exclusivité juridique. Dès lors, il faut considérer que, si la technique ne peut s'effacer d'elle-même comme le droit d'auteur s'efface devant les exceptions, la protection juridique des dispositifs, elle, peut au moins être cohérente avec la protection juridique des œuvres. En clair, un utilisateur devrait être exonéré de responsabilité lorsqu'il contourne une mesure technique en vue de mettre en œuvre une exception.

444. D'aucuns trouveront peut-être cette solution abusive, considérant que les exceptions au droit d'auteur ne sont pas des droits subjectifs opposables mais de simples permissions, que l'efficacité de la répression des atteintes aux mesures techniques risque d'en être affectée ou encore qu'il n'incombe pas aux titulaires de droits de contribuer positivement à la mise en œuvre des dérogations¹²⁵³. Cependant, on objectera que la nature des exceptions n'a aucune influence sur la question de leur respect¹²⁵⁴. Qu'il s'agisse de droits subjectifs, de libertés fondamentales ou de simples intérêts, les exceptions sont marquées du sceau de l'ordre public et portées par des règles impératives. Partant, il n'est pas normal que les utilisateurs soient chassés par la technique d'espaces que la loi semble pourtant avoir sanctuarisés en leur faveur. De plus, on ne voit pas vraiment en quoi l'édifice de la protection juridique des mesures techniques serait fragilisé. Il importe de rendre justice à l'utilisateur qui souhaite légitimement accomplir ce que la loi lui permet de faire. Quant à celui qui contourne un dispositif pour ensuite communiquer l'œuvre au public, il reste passible des peines prévues en matière de contrefaçon. A cet égard, les mesures techniques d'information sont très utiles à la constatation des atteintes au droit d'auteur dans l'environnement numérique. Le sujet est complexe et n'appelle pas de réponse simple. Le régime de préservation des exceptions mis en place par le législateur témoigne de cette complexité. Mais

¹²⁵³ A. Lucas, « Le droit d'auteur et protections techniques », in *Le droit d'auteur en cyberspace, Congrès de l'ALAI, Amsterdam, 1996*, Otto CRAWINCKEL, 1997, p. 352.

¹²⁵⁴ On incline à penser que la nature des intérêts préservés par les exceptions – c'est-à-dire déterminer s'il est question de droits subjectifs, de droits ou libertés fondamentaux ou de simples intérêts – n'est pas un critère sur lequel il faut se fonder pour départager entre l'auteur et les utilisateurs. Les exceptions semblent d'ordre public. Dès lors, l'auteur ne peut en aucun cas empêcher leur mise en œuvre si leurs conditions d'application sont remplies. En revanche, rechercher la nature des intérêts préservés au travers des exceptions est utile sur le terrain de la recevabilité de l'action engagée par celui qui se prévaut d'une dérogation au droit d'auteur.

il est aussi la preuve que les exceptions ne sont pas susceptibles d'être ignorées par les titulaires de droits, ces derniers pouvant être obligés de contribuer à leur mise en oeuvre.

445. Finalement, il s'agit ni plus ni moins ici d'en appeler à « l'accessoriété »¹²⁵⁵ de la protection juridique des dispositifs techniques par rapport à la protection juridique des oeuvres. Si la vocation des mesures techniques et de leur protection juridique est de rendre efficace le monopole juridique sur les œuvres – et non de l'étendre – alors il convient d'appliquer la règle de l'accessoire. Le sort de la protection juridique des mesures techniques devrait suivre celui de la protection juridique des œuvres¹²⁵⁶. Aussi, lorsque le monopole est évincé par une dérogation légale, il devrait en être de même de la protection juridique des dispositifs. L'application de la règle de l'accessoire permettrait de restaurer la légitimité¹²⁵⁷ du droit d'auteur à l'heure où celui-ci est de moins en moins accepté par le corps social et où l'ingérence des mesures techniques ne fait qu'accroître sa remise en cause¹²⁵⁸.

446. Il n'en demeure pas moins que l'application d'une telle solution nécessite l'intervention du législateur européen pour modifier les prescriptions de la directive du 22 mai 2001, sans quoi le législateur national ne pourra exonérer de responsabilité l'utilisateur qui altère une mesure technique en vue de mettre en œuvre une exception au droit d'auteur. Or, le niveau de contestation n'est peut-être pas encore arrivé à un niveau tel qu'il faille solliciter le législateur européen.

447. Sur le plan pratique, il ne semble pas y avoir urgence à modifier le donné légal. Tout d'abord, les terrains conquis par les dispositifs de protection se sont réduits. Beaucoup d'œuvres musicales sont désormais commercialisées sans être accompagnées de mesures de protection, ce qui marque tout de même un échec partiel de la technique. Ensuite, les utilisateurs semblent s'être accoutumés – tant bien que mal – aux systèmes de protection. Depuis la loi du 1^{er} août 2006 et l'instauration de l'autorité de régulation, les protestations à l'encontre des dispositifs ont considérablement diminué, officiellement du moins. La Haute Autorité n'a jamais été saisie de l'articulation de mesures de protection avec une exception au droit d'auteur. Reste à savoir si l'absence de saisine reflète une véritable acceptation par les utilisateurs des verrous techniques ou

¹²⁵⁵ Néologisme largement répandu en doctrine.

¹²⁵⁶ En ce sens, C. Colin, Thèse préc., p. 330, n° 559.

¹²⁵⁷ Rapp. A. Lucas, *op. cit.*, p. 352, affirmant que « l'avantage du lien établi avec le droit d'auteur est qu'il donne une légitimité plus grande à l'intervention du législateur ».

¹²⁵⁸ En ce sens, A. Bensamoun, *op. cit.*, p. 57 – M. Buydens, et S. Dusollier, *op. cit.*, p. 16.

si elle ne trahit pas justement l'existence d'une contestation silencieuse et l'orientation du public vers des moyens alternatifs mais certainement illicites d'accéder aux œuvres¹²⁵⁹.

¹²⁵⁹ Il est clair que, malgré la législation répressive, les utilisateurs peuvent aisément trouver les moyens de contourner les mesures de protection. L'Internet est pour cela un pourvoyeur important. Mais on pense aussi au *streaming* illégal plébiscité par les internautes car il est très souvent gratuit et facile à utiliser. Par ailleurs, le *peer-to-peer* reste un moyen encore très usité au travers de connexions VPN sécurisées tout comme l'usage de *newsgroups* ou de *seedbox*.

Conclusion de la Section II

448. Dans l'environnement numérique, le droit d'auteur a sollicité l'aide de la technique. Le recours aux barrières technologiques a donc pu apparaître comme une émanation du droit de propriété intellectuelle. Il est en effet normal que, à l'instar du propriétaire de droit commun, le titulaire d'un droit de propriété littéraire et artistique soit en mesure de protéger matériellement son bien. Adjoins au support ou accompagnant le vecteur de l'œuvre, les dispositifs de protection permettent d'empêcher les utilisations que les titulaires de droit ne souhaitent pas autoriser.

449. Mais, à l'analyse, force est d'admettre que le droit d'auteur n'est susceptible de justifier que les systèmes qui ont pour mission de traduire sur le plan matériel ce que leur droit de propriété intellectuelle implique sur le plan juridique. Un droit de propriété ne saurait expliquer que la technique produise ses effets au-delà de l'exclusivité juridique et empiète sur des espaces de libre usage des œuvres. Rien dans les droits patrimoniaux ni dans le droit moral ne justifie vraiment que les titulaires de droits puissent interdire n'importe quelle utilisation. Le droit de reproduction et le droit de représentation sont des prérogatives légalement circonscrites qui n'ont pas vocation à empêcher tous les usages possibles des œuvres. Quand au droit moral, il n'est pas d'une grande aide car il ne justifie guère que les mesures d'information au travers du droit à la paternité. Malgré cela, ne faisant pas dans le détail, la contrainte technique ne peut s'empêcher d'entraver *de facto* les zones incompressibles de liberté et, notamment, les exceptions au droit d'auteur.

450. En vérité, les mesures techniques de protection telles que définies à l'article L. 331-5 du CPI ne peuvent pas être de l'essence du droit d'auteur. L'article L. 131-9 du CPI donne pourtant à le penser puisque, lors de la cession des droits d'exploitation, le « producteur » est automatiquement investi de la faculté de recourir aux mesures techniques, comme si cette faculté était un accessoire des attributs cédés. Mais pour adhérer pleinement à l'idée que les systèmes de contrôle relèvent des droits patrimoniaux, il eût fallu que les contours de la maîtrise technique épousent ceux de la maîtrise juridique légalement définie. Si les dispositifs techniques étaient vraiment de droit d'auteur, leur action devrait s'estomper aux limites mêmes du droit. Or, loin de s'aligner sur la protection juridique des objets de propriété littéraire et artistique, les verrous techniques sont indifférents au contenu des prérogatives naturelles des titulaires de droits. Ils

peuvent empêcher n'importe quelle utilisation, quand bien même il serait question d'une exception. En cela, les mesures techniques constituent certainement une prérogative *sui generis* dont la large émancipation par rapport au droit d'auteur ne laisse pas d'inquiéter.

Conclusion du Chapitre II

451. Bien qu'assigné à la protection des œuvres, le recours aux mesures techniques de protection permet aux titulaires de droit de prendre des libertés par rapport à leur monopole juridique et d'élargir leur emprise sur les utilisations des œuvres ou autres objets protégés. L'association de ces mécanismes au droit d'auteur suscite la confusion et donne l'impression d'un dévoiement de ce dernier qui apparaît alors comme au service d'intérêts économiques autres que ceux de l'auteur. En effet, l'exploitant tire son épingle du jeu. A certains égards, le régime des mesures techniques semble même être spécialement forgé pour lui. La possibilité d'empêcher toutes sortes d'utilisations indique que l'objet inavoué de la protection technique est plus large que la simple imitation du droit d'auteur sur le plan numérique et qu'il est davantage question de viabiliser les services qu'offre l'exploitant.

452. Or, la méthode n'est pas nouvelle qui consiste à faire du droit d'auteur le tremplin d'intérêts connexes. La reconnaissance de droits voisins au profit des auxiliaires économiques de la création en est une parfaite illustration et montre que l'auteur n'est pas toujours au centre de toutes les attentions. D'ailleurs, le droit de l'Union européenne, entretenant une approche mercantile de la propriété littéraire et artistique, n'est pas étranger à ce phénomène¹²⁶⁰. En effet, les œuvres tendent à devenir des biens de consommation, des produits¹²⁶¹, s'inscrivant dans une économie de marché. Regardées comme des marchandises¹²⁶², elles représentent un enjeu économique très important. Aussi les autorités européennes sont-elles moins intéressées, malgré les apparences, par la protection de la création en tant que telle que par la protection des investissements que celle-ci implique¹²⁶³.

¹²⁶⁰ M. Moller, « A propos du Livre vert », *RIDA*, juillet 1989, n° 141, p. 23, relevant, au sujet du *Livre vert sur le droit d'auteur et le déficit technologique* de 1988, que « le centre du Livre vert n'est pas l'auteur mais le producteur. L'œuvre de l'auteur est moins une création intellectuelle qu'une marchandise. Ce ne sont pas les droits de l'auteur mais les investissements du producteur qui doivent être assurés ».

¹²⁶¹ C. Caron, « Le consommateur en droit d'auteur », in *Études de droit de la consommation - Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 251.

¹²⁶² V. M. Vivant (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation – La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?* Dalloz, 2004.

¹²⁶³ Le considérant 10 de la directive du 22 mai 2001 est éloquent à cet égard : « Les auteurs ou les interprètes ou exécutants, pour pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique, doivent obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, de même que les producteurs pour pouvoir financer ce travail. L'investissement nécessaire pour créer des produits, tels que des phonogrammes, des films ou des produits multimédias, et des services tels que les services à la demande, est considérable. Une protection juridique appropriée des droits de propriété intellectuelle est nécessaire pour garantir une telle rémunération et permettre un rendement satisfaisant de l'investissement ».

453. Cependant, le droit d'auteur ne doit pas servir d'alibi à l'émergence de pouvoirs dont les fondements sont obscurs¹²⁶⁴. Et la technologie n'a pas vocation à se substituer totalement au monopole juridique car « *la meilleure solution reste celle de la propriété intellectuelle* »¹²⁶⁵. Il ne faut pas oublier que les mesures techniques étaient à l'origine destinées à lutter contre la contrefaçon et non à mettre à mal les exceptions au droit d'auteur. Les systèmes techniques sont aujourd'hui suffisamment efficaces pour détecter les actes de contrefaçon sur les réseaux sans pour autant brider l'exercice des exceptions. A long terme, la remise en cause des dérogations légales dans l'univers numérique risque d'éroder plus encore la légitimité pourtant déjà bien entamée du droit d'auteur. Puisque les exceptions au droit d'auteur sont d'ordre public, il n'aurait pas été choquant que soit excusé l'utilisateur qui neutralise une mesure de protection pour les mettre en œuvre. Il eût été sain d'envisager une protection juridique des dispositifs servile par rapport à la protection juridique des œuvres. Au fond, c'est à la technique de suivre la ligne du droit d'auteur et non au droit d'auteur d'être entraîné par la technique.

¹²⁶⁴ A cet égard, il faut souligner le rôle important des groupes de pression.

¹²⁶⁵ A. LUCAS et *alii*, p. 799, n° 1002.

Conclusion du Titre II

454. A l'issue de ces développements, il faut bien reconnaître que l'économie des mesures techniques n'est pas bien ordonnée.

Tout d'abord, il est permis d'émettre quelques réserves quant à la nécessité de transposer les dispositions de la directive du 22 mai 2001 relatives à la protection juridique des systèmes techniques dans la mesure où le droit interne comportait certainement un arsenal juridique suffisant pour sanctionner les atteintes aux systèmes. La responsabilité civile délictuelle ou contractuelle, la fraude informatique, la propriété intellectuelle et, surtout, la protection juridique des services à accès conditionnel ne manquaient pas de qualités à cet égard.

Ensuite, s'il était uniquement question de venir en aide au droit d'auteur pour lutter contre la contrefaçon dans l'environnement numérique, on se demande bien pourquoi les mesures techniques sont admises à limiter toutes sortes d'utilisation des œuvres. En toute rigueur, elles devraient être sollicitées seulement pour déceler ou empêcher les actes illicites d'exploitation. Or, pour le moment, même si la présence d'un objet de propriété littéraire et artistique est nécessaire pour que la protection juridique des mesures techniques soit accordée, le contenu des monopoles juridiques n'a aucune incidence sur l'objet véritable de la protection technique. Est illimitée l'emprise des dispositifs qui peuvent s'employer à faire obstacle aux actes de contrefaçon aussi bien qu'à restreindre des espaces de libre usage. Ainsi, de manière peu orthodoxe, la technique s'aventure là où le droit d'auteur trouve ses limites.

Enfin, dans la mesure où la maîtrise technique ne coïncide pas avec la maîtrise juridique, il apparaît évident que les dispositifs de protection tels que définis à l'article L. 331-5 du CPI ne sont pas de l'essence du droit d'auteur. On aurait moins de mal à adhérer à l'idée que les barrières techniques relèvent du droit d'auteur si elles traduisaient strictement ce que celui-ci implique sur le plan juridique. Or, ce n'est pas le cas et la confusion vient de ce qu'elles sont déployées au nom du droit de propriété intellectuelle alors que leur office ne se limite pas à singer celui-ci sur le plan technique. En participant à la conquête des espaces de libre usage, les technologies introduisent auprès du droit d'auteur des logiques qui lui sont étrangères. Contre toute attente, alors qu'il s'agissait de remettre de l'ordre dans la jungle numérique, l'association de la technique au droit crée le désordre. On ne sait plus ce qui relève du droit exclusif ni ce qui n'en relève pas ; ce que le

droit de propriété intellectuel en lui-même permet de faire ou non. Et, bien entendu, ce sont les exceptions au droit d'auteur qui en pâtissent.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

455. Les exceptions au droit d'auteur sont malmenées par les dispositifs techniques mis en place par les titulaires de droits. Est-ce bien légitime ? Rien n'est moins sûr. Pour justifier leur mise à l'écart par le contrat ou la technique, la doctrine met souvent en avant l'idée que les exceptions au droit d'auteur ne constituent pas des droits subjectifs. Or, il semble que la valeur des exceptions au droit d'auteur est bien plus déterminante que la seule nature des intérêts en cause. Il a été démontré que loin d'être des règles supplétives, les dérogations légales au droit d'auteur sont des règles impératives. L'article L. 122-5 du CPI ne conseille pas à l'auteur de ne pas interdire certains usages de l'œuvre ; il le lui commande sans alternative possible. Aucune solution dérogatoire n'est expressément proposée. Puisqu'elles sont marquées du sceau de l'ordre public, il n'est pas possible de déroger aux exceptions ni par la force obligatoire du contrat ni par la force de la technique.

Telle que conçue dans la directive du 22 mai 2001, l'économie des mesures techniques ne peut que contrarier celle des exceptions au droit d'auteur. Comparativement aux Traités de l'OMPI, l'instrument européen prescrit clairement la primauté des mesures techniques par rapport aux dérogations légales ; primauté qui se traduit par l'impossibilité de contourner une mesure technique même s'il s'agit de mettre en œuvre une exception. Assumant la lourde tâche qui lui incombait de produire un texte d'harmonisation sur certains aspects des droits de propriété littéraire et artistique dans la société de l'information, le législateur européen a pris le parti de renforcer au maximum la protection juridique des mesures techniques. La solution très favorable aux titulaires de droits bouleverse pourtant insidieusement la philosophie du droit d'auteur français.

Il n'est pas question ici de remettre en cause l'idée que les titulaires de droit recourent aux mesures techniques. Sur le plan des principes, chaque propriétaire a le droit d'encercler de barrières son bien afin de le protéger. En revanche, il importe de contester les effets des verrous techniques tels que définis par le droit de l'Union européenne et le droit interne car ils nuisent à la fonction sociale du droit d'auteur. Cette finalité sociale – qui s'exprime au travers des exceptions – participe de l'équilibre de la matière. C'est la raison pour laquelle les dérogations légales doivent rester des sanctuaires inviolables.

S'il s'était agi simplement de suppléer le droit d'auteur là où il n'arrive pas à se faire entendre, il n'était pas opportun d'étendre l'emprise des dispositifs à toutes les utilisations possibles des œuvres. Du moins, il aurait été préférable d'exonérer de responsabilité celui qui contourne un système pour mettre en œuvre une exception. Quitte à associer la technique au droit d'auteur, autant le faire raisonnablement. Aussi, d'une protection juridique des mesures techniques « asservissante », il faudrait passer à une protection juridique « servile ».

Finalement, la confrontation de l'économie des exceptions au droit d'auteur à celle des mesures techniques donne l'impression d'un grand désordre. La préséance reconnue des dispositifs contrarie franchement la lettre de l'article L. 122-5 du CPI. Même si le justiciable est prévenu que les atteintes aux mesures techniques sont pénalement sanctionnées quelles qu'en soient les motivations, le discours législatif n'en paraît pas moins antinomique. Cela nuit inévitablement à la lisibilité du droit et donc à la sécurité juridique. Mais ce qui accentue certainement l'impression d'un « *galimatias* »¹²⁶⁶ réside dans le fait que, en dépit de la primauté affichée des verrous techniques, un régime de préservation en faveur de certaines exceptions soit établi, révélant par là que celles-ci constituent bien des zones irréductibles de liberté. La primauté de la technique est donc une primauté de façade. L'absence d'un mécanisme de sauvegarde était impensable et n'aurait certainement pas contribué à redorer le blason du droit d'auteur dans l'environnement numérique¹²⁶⁷. Ainsi, face au régime de protection des mesures techniques, un régime de préservation des exceptions impose que les autorités publiques assurent l'articulation entre les dérogations au droit d'auteur privilégiées et les dispositifs de protection.

¹²⁶⁶ A. Lucas, « Rapport de synthèse », in *Droit d'auteur et numérique – Quelles réponses de la DADVSI ?*, colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris le 9 mars 2007, *PI*, octobre 2007, p. 461.

¹²⁶⁷ Rapp., E. Treppoz, « L'adaptation des exceptions du droit d'auteur au numérique : vers une recherche d'alignement », *CCE*, juillet-août 2010, p. 6.

DEUXIEME PARTIE – L’ARTICULATION ENTRE LES EXCEPTIONS AU DROIT D’AUTEUR ET LES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION

456. La confrontation des exceptions au droit d’auteur aux mesures techniques suscite des questions complexes auxquelles le juge judiciaire peut avoir des difficultés à répondre. C’est la raison pour laquelle le législateur national a fait le choix d’instaurer une autorité administrative indépendante spécifique, gage de compétence et de rapidité. Avant l’adoption de la loi de transposition du 1^{er} août 2006, l’autorité judiciaire a pourtant montré qu’elle était tout à fait apte à résoudre les conflits opposants les exceptions aux dispositifs de protection. Néanmoins, depuis un arrêt du 19 juin 2008¹²⁶⁸, il semble que l’intervention du juge soit révolue (Titre II) et que la mission de l’articulation entre les dérogations au droit d’auteur et les verrous techniques soit désormais exclusivement dévolue à l’autorité de régulation (Titre I).

¹²⁶⁸ Affaire « Mulholland Drive » : Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, préc.

TITRE I – UNE MISSION DÉVOLUE À L'AUTORITÉ DE RÉGULATION

457. Là où les Traités de l'OMPI font preuve de simplicité – peut-être trop d'ailleurs eu égard aux articles lapidaires relatifs aux mesures techniques de protection –, le législateur européen a choisi de faire dans la complexité. En effet, les instruments internationaux laissent toute leur place aux exceptions en affirmant que les mesures techniques de protection sont vouées à restreindre l'accomplissement « *d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi* ». Dans la mesure où les exceptions au droit d'auteur doivent être considérées comme des actes « *permis par la loi* », les mesures techniques ne sauraient les entraver. Il serait donc tout à fait permis de contourner un dispositif de protection dans le but légitime de mettre en œuvre une exception. Dès lors, il faut bien reconnaître que le dispositif instauré par les Traités respecte parfaitement la valeur des exceptions. Celles-ci doivent être regardées comme des règles impératives et non comme de simples dispositions susceptibles d'être remises en cause au moyen du contrat ou des systèmes de protection.

458. Le dispositif est tout autre dans la directive du 22 mai 2001. Les mesures techniques de protection sont destinées à empêcher « *tout acte non autorisé par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin* ». Par conséquent, il n'est pas permis de contourner un dispositif de protection quand bien même il s'agirait de mettre en œuvre une exception au droit d'auteur. Pourtant, à l'origine, il était prévu, à la manière des Traités de l'OMPI, que la protection juridique des mesures techniques coïncide avec les droits d'auteur¹²⁶⁹. Et alors que le Parlement européen considérait que la protection juridique des mesures techniques devait primer les exceptions, la Commission européenne estimait que « *seules les mesures techniques destinées à prévenir ou à empêcher la violation du droit d'auteur devaient être protégées* »¹²⁷⁰. L'approche du Parlement européen fut finalement retenue.

Les prescriptions de l'Union européenne, par principe, consacrent la primauté des mesures techniques et semblent fermer la porte aux exceptions. La prééminence des mesures

¹²⁶⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, COM(97) 0628 final – 97/0359 (COD), JOCE n° C 108 du 7 avril 1998, p. 6.

¹²⁷⁰ Communication de la Commission au Parlement européen conformément à l'article 251, paragraphe 2, deuxième alinéa, du Traité CE concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'une 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, 20 octobre 2000, SEC(2000) 1734 final.

techniques implique nécessairement la soumission des exceptions au droit d'auteur. Offrant la perspective de contournements licites, la primauté de principe des exceptions aurait eu pour effet d'affaiblir la protection des mesures techniques¹²⁷¹. Par pragmatisme, il parut important de ne pas fragiliser les remparts qui permettent de renforcer la propriété intellectuelle dans la société de l'information quitte à rendre justice aux exceptions *a posteriori*. Est un signe flagrant du parti pris en faveur des mesures techniques, le considérant 39 de la directive énonçant, au sujet de l'exception de copie privée, que « *de telles exceptions ne doivent pas faire obstacle ni à l'utilisation de mesures techniques ni à leur exécution en présence d'actes de contournement de la législation* »¹²⁷².

459. Toutefois, cadenciser les dérogations légales au droit d'auteur peut aboutir au résultat inverse à celui pourtant escompté. La présence de mesures techniques constitue une gêne pour les utilisateurs et c'est aussi là que se trouve leur intérêt. Mais cette gêne est vécue comme une oppression par ceux d'entre eux qui, nombreux, vont jusqu'à mettre à l'index les contenus techniquement protégés¹²⁷³ ou s'adonnent pour le symbole au contournement des dispositifs techniques ainsi qu'à la contrefaçon. L'injustice est ressentie plus intensément lorsque la mise en œuvre d'exceptions telles que la copie privée est entravée. Beaucoup d'utilisateurs ont d'ailleurs trouvé sur les sites de *streaming* une source intarissable d'œuvres leur permettant d'ignorer les contenus placés sous les verrous techniques. Il n'est donc pas certain que la primauté des mesures techniques produise de meilleurs effets pour les titulaires de droits.

460. Dans un premier temps, le législateur européen a souhaité affirmer fermement la prévalence des mesures techniques. Mais à y regarder de plus près, la directive laisse tout de même aux exceptions une ouverture face aux systèmes de protection. En effet, l'empêchement immodéré des exceptions au droit d'auteur au moyen des mesures techniques fut pointé du doigt. Le législateur européen fut la cible de remontrances formulées par certains États membres qui souhaitaient que l'on confère plus de résistance aux exceptions. Le législateur européen s'est donc résigné à instaurer un régime de préservation des exceptions au travers de l'article 6 paragraphe 4 de la directive¹²⁷⁴. Par cette volte-face, la directive du 22 mai 2001 s'est alignée timidement sur la

¹²⁷¹ En ce sens, T. Maillard, *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, Thèse Paris XI, 2009, p. 209, n° 367.

¹²⁷² Le dispositif instauré par l'article 6 paragraphe 4 du texte européen permet pourtant de nuancer le propos.

¹²⁷³ H. Bitan, « Mesures de protection, consommateur et Haute Autorité », *RLDI*, octobre 2007, p. 76 – K. More, *Les dérogations au droit d'auteur – L'exception de copie privée*, Thèse Nantes, 2007, Presses universitaires de Rennes, p. 146, n° 185.

¹²⁷⁴ Position commune (CE) n° 48/2000 arrêtée par le Conseil le 28 septembre 2000 en vue de l'adoption de la 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, *JOCE* n° C 344 du 1^{er} septembre 2000, p. 1.

philosophie des Traités de l'OMPI. Mais la complexité du dispositif mis en place laisse perplexe. Seules certaines exceptions sont susceptibles de bénéficier du régime de préservation sans que l'on sache exactement quels ont été les critères d'élection. En outre, résurgence du parti pris en faveur des mesures techniques, l'article 6 paragraphe 4 établit, dans l'hypothèse des services en ligne à la demande, un régime dérogeant à la préservation des exceptions privilégiées.

Inéluctablement, le CPI a hérité de cette complexité. On y retrouve le système de régulation des mesures techniques (Chapitre I) ainsi que le régime spécial excluant la préservation des exceptions (Chapitre II).

Chapitre I – La régulation entre les exceptions au droit d’auteur et les mesures techniques de protection

461. Afin de cerner efficacement les enjeux soulevés par les mesures techniques et trouver un équilibre entre le recours aux dispositifs de protection et la mise en oeuvre des exceptions au droit d’auteur, le législateur s’en est remis à la régulation.

462. **Principe de la régulation** – Au premier abord, la notion de régulation ne semble pas poser de difficultés de compréhension. Au sens commun, la régulation correspond « *au fait de maintenir en équilibre, d’assurer le fonctionnement correct* »¹²⁷⁵ ou le déroulement harmonieux d’un système complexe¹²⁷⁶. En revanche, en matière de sciences juridiques, la notion de régulation reste difficile à définir car elle est protéiforme. Suivant une acception large, la régulation consisterait « *à introduire des régularités dans un objet social, à assurer sa stabilité, sa pérennité, sans en fixer tous les éléments ni l’intégral déroulement, donc sans exclure des changements* », l’objet social pouvant être caractérisé par un « *domaine de pratique sociale* »¹²⁷⁷. Selon une conception plus étroite, la régulation serait « *l’une des formes, réellement nouvelle et palpable de normativité juridique, comme réponse à la complexité croissante des sociétés développées* »¹²⁷⁸. Elle correspondrait alors à un « *corps du droit* »¹²⁷⁹ nouveau qui offrirait à une autorité publique un pouvoir normatif particulier¹²⁸⁰ ainsi qu’un pouvoir de règlement extrajudiciaire des litiges. En ce sens, la régulation constituerait une source du droit moderne mais singulière¹²⁸¹ car elle s’écarte des chemins classiques d’édiction et de sanction de la norme – souvent marqués par le poids et la rigidité de la procédure – pour emprunter des voies plus rapides, plus flexibles¹²⁸². Ainsi, la régulation peut apparaître sous la forme de « *techniques*

¹²⁷⁵ *Le Nouveau Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, 2010, p. 2170.

¹²⁷⁶ On revient toujours à l’enjeu majeur qu’est l’équilibre de la propriété littéraire et artistique.

¹²⁷⁷ A. Jammaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de J. Clam et G. Martin, LGDJ, 1998, p. 53.

¹²⁷⁸ F. Siiriainen, « L’autorité de régulation des mesures techniques : un objet juridique non identifié ? », in *La loi DADVSI : des occasions manquées ? – Premières rencontres nantaises de la propriété intellectuelle*, le 9 février 2007, RLDI, mars 2007, supplément au n° 25, p. 11.

¹²⁷⁹ G. Timsit, « Les deux corps du droit, essai sur la notion de régulation », *Revue française d’administration publique*, avril-juin 1996, p. 378.

¹²⁸⁰ Il ne s’agit pas d’un réel pouvoir réglementaire autonome mais d’un pouvoir réglementaire d’application des lois – En ce sens, Cons. const., décision du 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, « Loi relative à la liberté de communication », *JO* du 19 septembre 1986, p. 11294 : considérants 57 et 58 – Également, Cons. const., décision du 23 juillet 1996, n° 96-378 DC, « Loi de réglementation des télécommunications », *JO* du 27 juillet 1996, p. 11400 : considérant 11 – Aussi, Cons. const., décision du 1^{er} juillet 2004, n° 2004-497 DC, « Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle », *JO* du 10 juillet 2004, p. 12506 : considérant 6.

¹²⁸¹ En ce sens, F. Siiriainen, *op. cit.*, p. 11.

¹²⁸² A. LUCAS et *alii*, p. 794, n° 995, relevant que « le recours à une autorité administrative indépendante dessaisit à la fois le pouvoir réglementaire et le juge, mais elle offre l’avantage, ici décisif, de la souplesse ».

contractuelles d'engagements négociés par l'administration avec les représentants des professions » ou de « *recommandations émises par les autorités étatiques non intégrées à l'appareil administratif traditionnel* »¹²⁸³.

463. Atouts de la régulation – Pour les pouvoirs publics, les atouts de la régulation résident dans « *son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte exact des sociétés qu'il prétend régir* »¹²⁸⁴. Or, ces atouts sont indispensables à l'établissement d'un équilibre dans les domaines dans lesquels la régulation intervient¹²⁸⁵ ; équilibre sans lequel certaines pratiques sociales ne pourraient s'épanouir harmonieusement. La régulation est un moyen de répondre rapidement à des problèmes nouvellement posés, complexes sur les plans économique, technique, juridique mais aussi philosophique¹²⁸⁶. Surtout, elle a vocation à favoriser une articulation souple – un « dialogue » diraient certains¹²⁸⁷ – susceptible de prendre la forme d'une conciliation entre des intérêts fortement opposés. La qualité du dialogue et la légitimité de la régulation sont renforcées du fait que des experts sont généralement sollicités¹²⁸⁸ pour apporter des éclairages qui contribueront à trouver des solutions aux questions posées à l'occasion des litiges.

464. Exceptions au droit d'auteur, mesures techniques et régulation – La régulation a certainement un rôle à tenir dans les rapports qu'entretiennent les mesures techniques de protection et les exceptions au droit d'auteur ou, plus généralement, la propriété intellectuelle. Les évolutions technologiques n'ont de cesse d'interroger la propriété littéraire et artistique et de soulever de nouveaux enjeux, même si, il faut bien le reconnaître, le droit d'auteur, tel qu'il est conçu, a toujours su faire preuve d'une force d'adaptation remarquable. Toute la question est de savoir si la régulation doit être poussée au point de se substituer totalement à un règlement judiciaire des litiges au travers desquels sont mises en cause les restrictions techniques au bénéfice d'une exception.

¹²⁸³ G. Timsit, *op. cit.*, p. 378.

¹²⁸⁴ *Ibid.*

¹²⁸⁵ L. Boy, « Régulation et sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, Actes du colloque organisé les 26 et 27 octobre 2006 à la faculté de droit de Sophia Antipolis, Nice, par le CREDECO, sous la direction de L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen, Larcier, 2008, p. 335-336 : « La régulation juridique se présente comme la recherche d'un équilibre toujours instable entre des systèmes complexes : économiques, scientifiques, sanitaires, environnementaux, sans oublier l'éthique ».

¹²⁸⁶ V. l'intervention du rapporteur de la commission mixte paritaire, M. Vanneste, au cours de la séance du 30 juin 2006 à l'Assemblée nationale, *JOAN CR* du 30 juin 2006, p. 4667 : « L'équilibre entre juristes et techniciens se trouvera ainsi garanti, ce qui apparaissait souhaitable dans un domaine aussi complexe, où le droit doit toujours suivre l'évolution de la technologie ».

¹²⁸⁷ F. Siirainen, *op. cit.*, p. 12 : « Dans la régulation, la norme n'est plus forcément posée, imposée, elle est dialoguée. Ce caractère dialogué de la norme est un facteur d'adaptabilité, voire de légitimité de celle-ci ».

¹²⁸⁸ *Ibid.*

Avant d'étudier les moyens de la régulation des mesures techniques (Section I), il convient d'en déterminer l'objet (Section II).

Section I – L’objet de la régulation des mesures techniques

465. Dans l’environnement numérique, la sauvegarde des exceptions (Paragraphe I) passe par une régulation, un aménagement des dispositifs de protection accompagnant les supports ou vecteurs des œuvres. Mais toutes les exceptions ne bénéficient pas de ce traitement de faveur : elles doivent avoir été élevées au rang d’exceptions privilégiées (Paragraphe II).

Paragraphe I – La sauvegarde des exceptions

466. De fait, les mesures techniques de protection entravent inflexiblement la mise en œuvre des exceptions au droit d’auteur. La rigidité de la technique ne permet pas les assouplissements nécessaires lorsque, face à la contrainte des dispositifs de protection, un utilisateur souhaite légitimement exercer les actes couverts par les dérogations légales au droit d’auteur. Aux yeux des titulaires de droits, c’est certainement ce qui fait une grande part de l’intérêt des systèmes de protection. Les mesures techniques renforcent considérablement la protection des œuvres au point que les utilisateurs n’ont même plus la possibilité d’accomplir des actes que la loi autorise pourtant.

467. Fort heureusement, et bien qu’il ne soit pas exempt de tout reproche, il existe un régime de préservation des exceptions. Au risque de trahir sa propre parole, le législateur européen ne pouvait pas laisser le sort des exceptions à la merci des dispositifs de protection. Sinon, quel sens aurait-on pu bien donner au considérant 3 de la directive postulant que *« l’harmonisation envisagée contribuera à l’application des quatre libertés du marché intérieur et porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété, dont la propriété intellectuelle, et de la liberté d’expression et de l’intérêt général »*¹²⁸⁹ Ou encore, quelle portée accorder au considérant 31 précisant qu’il *« convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d’intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu’entre celles-ci et les utilisateurs d’objets protégés »* ? Comme le relève M. Sirinelli, il importait *« d’assurer malgré tout l’équilibre entre la défense des droits des créateurs et les aspirations légitimes des utilisateurs d’œuvres. C’est-à-dire de préserver ce que l’on appelle, à tort ou à raison la balance des intérêts »*¹²⁹⁰.

¹²⁸⁹ On se rappelle aussi du Préambule du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur : « Reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l’intérêt public général, notamment en matière d’enseignement, de recherche et d’accès à l’information, telle qu’elle ressort de la Convention de Berne ».

¹²⁹⁰ P. Sirinelli, « La directive "Société de l’information" : apport réel ou fictif au droit d’auteur ? », in *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, Litec, 2001, p. 95.

En conséquence, à l'occasion de la position commune arrêtée par le Conseil le 28 septembre 2000, un article 6 paragraphe 4 fut introduit dans le corps de la directive et rédigé comme suit :

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

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

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

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

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

468. La complexité du dispositif est manifeste. A l'image de l'article 6 tout entier, que l'on a d'ailleurs qualifié de « *dispositions gigognes* »¹²⁹¹, son paragraphe 4 présente de « *multiples tiroirs* »¹²⁹². Cette complexité est accentuée dans le CPI car les dispositions relatives au régime de préservation

¹²⁹¹ V.-L. Benabou, « La directive "société de l'information" et l'acquis communautaire : une anamorphose ? », *PI*, janvier 2002, p. 58.

¹²⁹² S. Dusollier, Thèse préc., p. 165, n° 208.

ont été dispersées au sein de la section relative aux mesures techniques de protection et d'information¹²⁹³. En quelque sorte, les bons tiroirs ne sont plus disposés dans la même commode. On peine à retrouver l'uniformité du régime de sauvegarde tel que le présente la directive et seule une lecture attentive assurera de reconstituer le « puzzle ». Malgré la difficulté, le dispositif peut être résumé de la manière suivante : la mise en œuvre de certaines exceptions doit être garantie par des mesures appropriées prises par les États membres, si ce n'est par des mesures volontaires prises par les titulaires de droits.

Paragraphe II - Les exceptions privilégiées

469. Le droit de l'Union européenne (A) dresse une liste limitative d'exceptions susceptibles d'être élevées au rang d'exceptions privilégiées en droit interne (B).

A. Les exceptions privilégiées en droit de l'Union européenne

470. Les exceptions privilégiées dans la directive du 22 mai 2001 – La césure opérée entre les deux premiers alinéas de l'article 6 paragraphe 4 de la directive du 22 mai 2001 marque la distinction entre la préservation obligatoire et la préservation facultative de certaines exceptions dès lors qu'elles sont prévues par le droit national¹²⁹⁴.

471. Exceptions obligatoirement privilégiées - En effet, suivant l'alinéa 1 du paragraphe 4, les États membres ont l'obligation de garantir la mise en œuvre de certaines exceptions face aux dispositifs de protection. Ces exceptions obligatoirement privilégiées sont au nombre de sept. Quoiqu'il ne soit pas très cohérent de prescrire la garantie du bénéfice d'exceptions dont l'intégration dans les droits nationaux est facultative, sont concernées l'exception de reprographie, l'exception de reproductions effectuées par les bibliothèques, établissements d'enseignement, musées et archives, l'exception d'enregistrements éphémères effectués par des organismes de radiodiffusion par leurs propres moyens et pour leurs propres émissions. Sont encore admises parmi les exceptions obligatoirement préservées, l'exception de reproduction d'émissions faites par des institutions sociales sans but lucratif telles que les hôpitaux ou les prisons, l'exception à

¹²⁹³ Articles L. 331-7, L. 331-8, L. 331-9, L. 331-31 et suivants du CPI.

¹²⁹⁴ Alors même qu'elles peuvent relever de la liste facultative que dresse l'article 5 paragraphe 2 de la directive, des exceptions doivent obligatoirement être préservées dès lors qu'elles sont prévues par le droit national. Il est permis de se demander s'il n'y a pas là une certaine incohérence.

des fins exclusives d'illustration dans l'enseignement ou la recherche scientifique, l'exception en faveur des personnes handicapées, et enfin, l'exception d'utilisation à des fins de sécurité publique ou de procédure administrative, parlementaire ou judiciaire¹²⁹⁵.

472. Exception facultativement privilégiée - Suivant l'alinéa 2 du paragraphe 4, à côté des exceptions obligatoirement préservées, les États membres ont la faculté de faire accéder l'exception de copie privée au régime de préservation. Encore faut-il que les titulaires de droits n'aient pas déjà permis l'effectivité de l'exception de copie privée¹²⁹⁶ et que celle-ci satisfasse les exigences du triple test. Or, l'alinéa 1 ne pose pas la condition du succès au test des trois étapes. En tout état de cause, les États membres doivent déjà tenir compte du triple test lorsqu'ils adoptent une exception au droit d'auteur quelle qu'elle soit. Par conséquent, le triple test joue même pour les exceptions citées par l'alinéa 1.

Mais il faut bien donner un sens au rappel auquel procède l'alinéa 2. De l'avis d'un auteur¹²⁹⁷, l'exception de copie privée pourrait avoir à passer deux fois le test. Une première fois, lors de son intégration au droit interne. Une seconde fois, lorsque les titulaires de droits souhaitent la rendre effective face aux dispositifs de protection. Aussi, les titulaires de droits pourraient s'abstenir de prendre des mesures rendant possible la copie privée dès lors qu'il serait démontré que celle-ci ne répond pas aux exigences du triple test¹²⁹⁸.

La perspective n'est pas réjouissante. D'abord, il n'est pas aisé de comprendre qu'une exception reconnue par le droit national et, par conséquent, considérée comme satisfaisant au triple test *a priori*, puisse être remise en cause *a posteriori*, en la soumettant une nouvelle fois au test, alors même que des mesures techniques ont été déployées. Surtout, il paraît dangereux de

¹²⁹⁵ En matière de bases de données, l'article 6 paragraphe 4 de la directive du 22 mai 2001 postule qu'il est applicable dans le cadre des directives du 19 novembre 1992 et du 11 mars 1996. Cette précision était nécessaire dans la mesure où l'article 6 paragraphe 4 ne vise *a priori* que les exceptions issues de l'article 5 de la directive du 22 mai 2001. Or, le dispositif de l'article 6 paragraphe 3 concerne aussi les mesures techniques protégeant les bases de données.

¹²⁹⁶ L'article 6 paragraphe 4 alinéa 2 de la directive du 22 mai 2001 précise : « à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ».

¹²⁹⁷ G. Vercken, « La protection des dispositifs techniques (II) : Recherche clarifiée désespérément : à propos de l'article 6.4 de la directive du 22 mai 2001, in *La Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information – Bilan et perspectives*, colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris le 25 octobre 2001, *PI*, janvier 2002, p. 54.

¹²⁹⁸ *Ibid.* – F. Goldsmith, « Ombres et lumières de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 avril 2005 », *CCE*, juillet 2005, étude 26, p. 17, n° 3.

confier aux seuls titulaires de droits le soin de passer une exception à la loupe du triple test¹²⁹⁹. On ne peut être à la fois juge et partie. Sans compter qu'il n'est pas sûr que les titulaires de droits disposent des moyens nécessaires, tant intellectuels que matériels, pour mettre en œuvre ce garde-fou.

Toutefois, concernant l'exception de copie privée, le dédoublement du triple test n'étonne guère. Il faut garder à l'esprit la défiance que le législateur européen lui manifeste¹³⁰⁰. Sans conteste, il s'agit de l'exception qui cristallise toutes les tensions et inspire le plus la crainte aux titulaires de droits. Sa forte propension à être sollicitée et la réputation qu'elle a de creuser un manque à gagner considérable ont conduit le législateur européen à accorder aux titulaires de droits un puissant pouvoir d'appréciation. On concèdera que la limitation des systèmes de protection au travers du régime de préservation est susceptible d'avoir un impact négatif sur la maîtrise de l'exploitation des œuvres. Comme le relève un auteur, « *the effects of Members States' intervention as regards to copy control technology could be very negative. Control of private copying is key for the fight against piracy (in particular on-ile piracy) and for the development of new businesses models* »¹³⁰¹.

Cependant, on regrettera que l'on ait trop tendance à mettre sur le dos de l'exception de copie privée les méfaits de la contrefaçon. Le procès paraît injuste. D'autant qu'il existe en la matière une « *compensation équitable* »¹³⁰² variable en fonction du « *degré d'utilisation des mesures techniques* ». Ainsi, si les titulaires de droits recourent à des mesures techniques empêchant la copie privée, le préjudice subi devrait être moins important. Proportionnellement, la rémunération pour copie privée, elle aussi, devrait être moins conséquente. A l'inverse, si les titulaires de droits recourent à des mesures techniques laissant plus de place à la copie privée, alors le préjudice devrait être plus important, et en toute logique, la compensation équitable également. Partant, l'existence d'une telle compensation variable en fonction du recours aux mesures techniques devrait rassurer les titulaires de droits. En tous les cas, elle donne un caractère surabondant au rappel du triple test.

¹²⁹⁹ En ce sens, V.-L. Benabou, « De l'effectivité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques », *PI*, octobre 2007, p. 434 : « On frémit à cette idée tant il semble inique d'abandonner au seul propriétaire de la clé d'accès l'appréciation des conditions de licéité juridique et économique d'un usage couvert par une exception ».

¹³⁰⁰ Défiance évoquée plus haut au travers du considérant 39 de la directive du 22 mai 2001.

¹³⁰¹ M. Martin-Pratt, « The Relationship between Protection and Exceptions in the EU "information Society Directive" », in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du Congrès de l'ALAI des 13-17 juin 2001, New-York, ALAI-USA, 2002, p. 474.

¹³⁰² Suivant le considérant 35 de la directive du 22 mai 2001 : « Dans le cas de certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs œuvres ».

473. Exceptions non privilégiées - Pour le reste des exceptions, les États membres ne sont pas tenus de garantir leur mise en œuvre face aux mesures techniques. On pourrait même douter de la conformité aux prescriptions de l'Union européenne s'ils venaient à le faire¹³⁰³. Il n'y a que l'exception de copie privée que l'article 6 paragraphe 4 donne le choix aux États membres d'ériger ou non au rang de dérogation privilégiée. Cela signifie que pour les exceptions restantes, ils ne disposent pas d'une telle faculté. Aussi, il faut considérer qu'il ne leur est pas permis d'élire d'autres exceptions au régime de préservation.

474. Justifications sociales du privilège accordé – Mais il est tout de même peu aisé de deviner quels ont été les critères qui ont déterminé le choix des exceptions préservées. Selon certains auteurs, il semblerait que « *le choix ait été fait de retenir, parmi les exceptions d'intérêt général, celles susceptibles d'être les plus affectées par les mesures techniques* »¹³⁰⁴. D'autres affirment qu'il s'agit de préserver des exceptions sous-tendant des intérêts fondamentaux¹³⁰⁵. D'autres encore estiment qu'il s'agit, ni plus ni moins, d'une manifestation du considérant 51 de la directive du 22 mai 2001 suivant lequel « *la protection juridique des mesures techniques s'applique sans préjudice des dispositions relatives à l'ordre public* »¹³⁰⁶.

Chacune de ces explications a certainement sa part de vérité. Il est vrai que les mesures techniques de protection gênent moins l'exception de citation ou l'exception de parodie que l'exception de copie privée. Un accès intellectuel est suffisant pour mettre en œuvre de telles exceptions¹³⁰⁷. Mais, en aucun cas, l'exception de citation ou l'exception de parodie ne paraissent moins fondamentales que l'exception en faveur des handicapés ou l'exception en faveur des bibliothèques. Et l'affirmation est gênante selon laquelle seules les exceptions d'ordre public ont été élevées au rang d'exceptions préservées. En droit d'auteur français, il convient de toutes les considérer comme impératives. L'agencement de l'article L. 122-5 du CPI incite fortement à le penser¹³⁰⁸. Or, la discrimination opérée par le droit de l'Union européenne entre les exceptions

¹³⁰³ En ce sens, S. Dusollier, *op. cit.*, p. 167, n° 211.

¹³⁰⁴ A. Latreille et T. Maillard, « Mesures techniques de protection et d'information », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1660, mis à jour au 19 avril 2011, p. 31, n° 161 – Aussi, P. Sirinelli, « L'étendue de l'interdiction de contourner les mesures techniques protégeant l'accès aux œuvres et les droits des auteurs : exceptions et limitations – Rapport général », in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, New-York, ALAI-USA, 2002, p. 436, soulignant que les exceptions préservées sont toutes d'intérêt général – Également, G. Vercken, *op. cit.*, p. 53.

¹³⁰⁵ M. Martin-Pratt, *op. cit.*, p. 469.

¹³⁰⁶ P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 433

¹³⁰⁷ En ce sens, V.-L. Benabou, *op. cit.*, p. 434.

¹³⁰⁸ *Supra* n° 203.

préservées et les exceptions non préservées risquait d'introduire en droit interne la contradiction. Cela n'a pas manqué.

B. Les exceptions privilégiées en droit interne

475. Les exceptions privilégiées dans le Code de la propriété intellectuelle – Depuis la loi de transposition, le droit d'auteur français reconnaît des exceptions préservées¹³⁰⁹. Celles-ci sont au nombre de six. En effet, suivant l'article L. 331-31 2° du CPI, l'exception de copie privée¹³¹⁰, l'exception aux fins d'illustration dans le cadre de la recherche et de l'enseignement, l'exception en faveur des personnes handicapées¹³¹¹, l'exception aux fins de conservation et de consultation en faveur des bibliothèques, musées et services d'archives, l'exception en faveur des organismes de dépôt légal, et enfin, l'exception couvrant les actes entrepris à des fins de procédure ou de sécurité publique¹³¹².

Au regard de la valeur impérative que l'article L. 122-5 du CPI semble leur imprimer, il aurait été cohérent de faire bénéficier du régime de préservation l'ensemble des exceptions qu'il énumère. Tout au plus, seule l'exception de l'article L. 122-6-1 I couvrant les actes nécessaires à

¹³⁰⁹ Il en existe également en matière de droits voisins : exception de copie privée (art. L. 211-3, 2° du CPI), exception aux fins d'illustration dans le cadre de la recherche et de l'enseignement (art. L. 211-3, 3° et art. L. 342-3, 4° du CPI), exception en faveur des personnes handicapées (art. L. 211-3, 6° et art. L. 342-3, 3° du CPI), l'exception aux fins de conservation et de consultation en faveur des bibliothèques, musées et services d'archives (art. L. 211-3, 7° du CPI), exception en faveur des organismes de dépôt légal (art. L. 132-5 et L. 132-6 du Code du patrimoine).

¹³¹⁰ Le législateur national a donc fait le choix d'ériger au rang d'exception privilégiée l'exception de copie privée. Ce que n'impose pas la directive du 22 mai 2001. Mais aurait-il pu en être autrement ? Ce choix tient moins à des raisons juridiques que politiques et économiques. D'abord, la copie privée est une exception-phare pour le commun des utilisateurs. Qui n'a jamais copié une œuvre pour son agrément personnel ? En réalité, au regard de l'opinion publique, il était inenvisageable de ne pas inclure l'exception de copie parmi les exceptions privilégiées. Surtout, la copie privée est le fait générateur de la rémunération pour copie privée, source de revenus conséquents pour l'ensemble des titulaires de droits. L'exclusion de l'exception de copie privée du régime de préservation aurait eu un impact négatif sur le montant des sommes collectées au titre de la rémunération pour copie privée.

¹³¹¹ On observera que le législateur a souhaité régler en amont la question de l'articulation entre les mesures techniques de protection et l'exception en faveur des personnes handicapées. En effet, la loi impose que les fichiers numériques ayant servi à l'édition de l'œuvre soient mis à disposition des personnes morales par la Bibliothèque nationale de France, dans un standard ouvert tel que défini à l'article 4 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. L'autorité de régulation n'interviendra que dans l'hypothèse d'un litige relatif à la transmission des textes imprimés sous forme de fichier numérique.

¹³¹² La loi du 1^{er} août 2006 n'incluait parmi les exceptions préservées ni l'exception en faveur des organismes de dépôt ni l'exception couvrant les actes entrepris à des fins de sécurité publique ou de procédure. Ce n'est qu'à l'occasion de la loi du 12 juin 2009 que celles-ci purent enfin accéder au rang d'exceptions préservées. La solution est plus conforme au droit de l'Union européenne car la directive du 22 mai 2001 les classait, l'une comme l'autre, parmi les exceptions privilégiées (certes, l'article 5 paragraphe 2 c), de manière générale, concerne l'exception couvrant les actes d'exploitation effectués par des bibliothèques, musées ou archives, mais l'exception en faveur des organismes de dépôt légal n'en est qu'une variation).

L'utilisation du logiciel pourrait en être exclue¹³¹³. Cependant, pour les raisons évoquées plus haut, il n'aurait certainement pas été conforme à la directive d'inclure parmi les exceptions préservées des dérogations non contenues dans la liste fermée¹³¹⁴ de l'article 6 paragraphe 4. Il en résulte en droit interne que seules les exceptions limitativement énumérées par l'article L. 331-31 2° du CPI sont admises à la préservation dans l'hypothèse où les titulaires de droits n'auraient pas pris des mesures volontaires visant à les garantir.

476. Justifications pratiques du privilège accordé – Si l'ordre public, l'intérêt général ou les intérêts fondamentaux sont tenus, ici ou là, pour les critères déterminant l'accession au titre d'exceptions préservées, il semble exister une autre raison tout autant décisive bien qu'inavouée. Hormis l'exception de copie privée, l'ensemble des exceptions privilégiées est constitué d'exceptions couvrant des utilisations collectives, c'est-à-dire des exceptions susceptibles d'être mises en œuvre dans le cadre d'institutions, établissements ou organismes qui ont, peu ou prou, pignon sur rue. Or, la surveillance de l'utilisation des œuvres par ou dans le cadre de ces entités est aisée pour les titulaires de droits¹³¹⁵. Ces derniers ont peu à craindre de l'aménagement des dispositifs techniques au profit des bénéficiaires des exceptions privilégiées dans la mesure où les conditions des utilisations collectives sont, en principe, scrupuleusement observées et les irrégularités sont facilement décelables. En général, les institutions, établissements ou organismes prennent des mesures adéquates de vigilance et de sécurité informatique pour éviter d'être le lieu ou le point de départ d'actes de contrefaçon.

477. Même si le contrôle de la copie privée est moins aisé, la mise en œuvre de celle-ci est compensée par une rémunération pour copie privée. En 2009, le montant global des perceptions au titre de la rémunération pour copie privée s'est élevé à près de 183 millions d'euros¹³¹⁶. Il y a un intérêt certain à garantir la mise en œuvre de l'exception de copie privée dans la mesure où le montant de la compensation fluctue selon le « *degré d'utilisation des mesures techniques définies à l'article L. 331-5 [du CPI] et de leur incidence sur les usages relevant de l'exception pour copie privée* »¹³¹⁷. Par ailleurs,

¹³¹³ Et encore, le caractère supplétif de cette exception semble limité : *supra* n° 198.

¹³¹⁴ G. Vercken, *op. cit.*, p. 54.

¹³¹⁵ Par exemple, les entités admises à reproduire ou représenter des œuvres en vue d'une consultation strictement personnelle par des personnes affectées d'un handicap doivent apporter la preuve de leur activité professionnelle effective de réalisation et de communication de supports au bénéfice des personnes handicapées par référence à leur objet social et aux services qu'ils rendent (article L. 122-5 7° du CPI).

¹³¹⁶ Rapport annuel 2008-2009 de la Commission sur la rémunération pour copie privée, publié en juillet 2010, p. 5. Le montant des perceptions s'élevait à environ 160 millions d'euros en 2007. Le rapport préc. est disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.copieprivee.culture.gouv.fr/spip.php?article13> (page consultée le 13 octobre 2012).

¹³¹⁷ Article L. 311-4 du CPI.

conformément à l'article L. 311-5 du CPI, les taux de rémunération pour copie privée sont fixés par la Commission sur la rémunération pour copie privée. Compte tenu du fait que l'autorité en charge de réguler les rapports entre les mesures techniques et les exceptions au droit d'auteur est susceptible de déterminer les modalités d'exercice de celles-ci et fixer le nombre minimal de copies privées autorisées, la collaboration entre elle et la Commission est incontournable. La Commission doit nécessairement prendre en compte les résultats du travail effectué par l'autorité de régulation afin de fixer les montants de la rémunération pour copie privée. Il est précisément temps de s'intéresser à l'intervention de l'autorité de régulation.

Conclusion de la Section I

478. La préservation de certaines exceptions au droit d'auteur donne une portée bien relative à la primauté des mesures techniques. Au bout du compte, l'impossibilité de contourner un dispositif de protection ne doit pas nuire à l'exercice effectif de dérogations légales élues. La solution s'imposait. Il n'était pas pensable que la technique persiste à entraver la mise en œuvre d'exceptions traduisant la prise en compte d'intérêts fondamentaux ou de l'intérêt général. Il n'en reste pas moins que le dispositif instauré n'est pas exempt de défauts. La sauvegarde est un privilège qui n'est pas accordé à toutes les exceptions. Certes, d'un point de vue purement pratique, cela peut se justifier pour des exceptions telles que la courte citation ou la parodie. Mais la discrimination opérée entre les exceptions privilégiées et les exceptions non privilégiées tend à brouiller les cartes. Ainsi, les dérogations non élues seraient des exceptions non impératives puisqu'il n'est pas prescrit de les préserver. Or, au regard de l'article L. 122-5 du CPI et des intérêts qui les sous-tendent, il y a lieu de considérer toutes les exceptions comme des règles d'ordre public.

Section II - Les moyens de la régulation entre les mesures techniques et les exceptions au droit d'auteur

479. En vertu de l'article L. 331-7 du CPI, les titulaires de droits sont invités à prendre « *les dispositions utiles pour que leur mise en œuvre ne prive pas les bénéficiaires des exceptions visées au 2° de l'article L. 331-31 de leur exercice effectif* ». La portée de la règle doit être dégagée à la lumière de l'alinéa 1 de l'article 6 paragraphe de la directive postulant que, « *en absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national* ». Cela signifie que les mesures appropriées appliquées par les États membres jouent un rôle subsidiaire par rapport aux mesures volontaires prises par les titulaires de droits. Il s'agit de mesures dites « volontaires », en aucun cas d'obligations à la charge des titulaires de droits. Par conséquent, à défaut de l'intervention préalable des titulaires de droits en vue de concilier les mesures techniques de protection et les exceptions au droit d'auteur (Paragraphe I), les États membres sont tenus de se substituer et de garantir le bénéfice effectif des dérogations légales au droit d'auteur, mission qui échoit en France à une autorité administrative indépendante (Paragraphe II).

Paragraphe I – Une négociation privée prioritaire

480. Il convient de déterminer en quoi consiste les mesures volontaires (A) avant d'en préciser les conditions (B).

A. La teneur des mesures volontaires

481. Comme la directive du 22 mai 2001, l'article L. 331-7 du CPI, ne fait que préciser vaguement ce que sont les mesures volontaires prises par les titulaires de droits. Alors que le texte européen évoque des « *accords passés entre titulaires de droits et d'autres parties concernées* »¹³¹⁸, le texte français fait référence à une « *concertation avec les associations agréées de consommateurs et les autres parties* ».

¹³¹⁸ Considérant 51 et article 6 paragraphe 4 alinéa 1 de la directive du 22 mai 2001.

intéressées ». La voie contractuelle semble s'imposer comme la solution naturelle, avec cependant tous les risques qu'elle comporte¹³¹⁹.

482. Bien évidemment, les associations agréées de consommateurs apparaissent comme des interlocutrices privilégiées pour négocier la conciliation des mesures techniques et des exceptions au droit d'auteur. Ces associations sont plus efficaces à défendre les intérêts des bénéficiaires de l'exception de copie privée par exemple. Encore faut-il que des associations interviennent qui soient en charge de défendre de tels intérêts car on voit mal un simple individu, prétendant au bénéfice d'une exception, prendre la peine d'agir en solitaire. D'autres entités bénéficiaires des exceptions préservées sont certainement susceptibles d'agir de façon isolée et jouer de leur poids dans la négociation contractuelle. On pense aux établissements d'enseignement ou de recherche, aux bibliothèques, musées, et services d'archives, aux centres culturels ou de documentation ou encore aux organismes de dépôt légal.

483. Les accords peuvent déboucher sur la fourniture par les titulaires de droits des œuvres affranchies de dispositifs de protection ou il peut être question d'autoriser les bénéficiaires des exceptions à contourner les barrières techniques. Les titulaires de droits pourraient contractuellement autoriser les bénéficiaires des exceptions préservées à désactiver les mesures techniques de protection et même leur donner les moyens de le faire, en leur livrant une clé de décryptage par exemple¹³²⁰. Dès lors les bénéficiaires devront strictement respecter les termes du contrat et procéder à la désactivation du système de protection uniquement dans le but de mettre en œuvre l'exception préservée. L'accord pourrait également imposer de ne pas communiquer l'œuvre à des tiers ou d'instaurer une procédure de contrôle des copies lorsque le bénéfice de l'exception implique une utilisation collective. En revanche, l'accord ne pourrait stipuler l'interdiction de mettre en œuvre une exception privilégiée. Ni le droit européen, ni le droit interne ne semblent le permettre. La simple consécration d'un mécanisme de garantie constitue l'aveu, quoiqu'en demi-teinte¹³²¹, du caractère irréductible des exceptions privilégiées.

¹³¹⁹ J. de Werra, « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les Traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie), *RIDA*, juillet 2001, n° 189, p. 149, selon lequel le régime de préservation « délègue ainsi la tâche de définir la portée du droit d'auteur (et de ses exceptions) à des entités privées. Cela peut constituer une bonne solution pour autant que le pouvoir de négociation des parties soit similaire. A défaut, l'équilibre du droit d'auteur en souffrirait ».

¹³²⁰ P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 432. L'auteur envisage une commission de contrôle, « gardienne des clés », qui aurait pour mission de fournir aux bénéficiaires des exceptions préservées les moyens de désactiver les mesures techniques de protection.

¹³²¹ Cet aveu est en demi-teinte car aucune exception n'est garantie dans le cadre des services en ligne à la demande.

484. En son alinéa 3, l'article 6 paragraphe 4 de la directive postule que « *les mesures techniques appliquées volontairement par les titulaires de droits, y compris celles mises en œuvre en application d'accords volontaires, et les mesures techniques mises en œuvre en application des mesures prises par les États membres jouissent de la protection juridique* ». Le législateur européen insiste ici sur l'idée que la préservation des exceptions au droit d'auteur est avant tout susceptible de trouver sa solution dans le maintien des mesures techniques. Le considérant 51 de la directive précise que la conciliation peut se faire « *par la modification d'une mesure technique mise en œuvre ou autrement* ». Cette précision a son importance car elle signifie que la mesure technique peut être modifiée¹³²² pour tenir compte des exceptions au droit d'auteur. Plus encore, elle laisse entendre que la mesure technique peut être conçue de façon à permettre d'emblée la mise en œuvre des exceptions préservées. D'ailleurs, le considérant 52 ajoute que les titulaires de droits peuvent « *recourir à des mesures techniques, qui sont compatibles avec les exceptions* »¹³²³. Mais l'espérance doit être mesurée car la technique est encore bien malhabile à « *distinguer entre les actes suivant leurs buts* »¹³²⁴. En outre, il ne faut pas perdre de vue que la teneur des exceptions diffère selon les États, ce qui obligerait les fabricants de mesures techniques à concevoir les dispositifs de protection en fonction de la destination territoriale des exemplaires. Les éventuelles importations inciteraient l'acquéreur final à se méfier de la provenance de l'exemplaire et il serait alors nécessaire de l'informer clairement de l'origine du support. La tâche paraît bien ardue.

485. Le considérant 51 de la directive précise que la conciliation peut se faire « *autrement* » que par la modification de la mesure technique. D'emblée songe-t-on à la suppression pure et simple du dispositif de protection en vue de contenter les bénéficiaires des exceptions préservées. Mais ce serait sans doute pousser trop loin le raisonnement¹³²⁵. Le législateur européen tient au

¹³²² Mais les titulaires de droits ne pourront procéder à la modification des mesures techniques sans l'autorisation et le concours des fournisseurs de la technologie.

¹³²³ Le considérant 52 de la directive du 22 mai 2001 énonce plus précisément que « les mesures prises par les États membres n'empêchent pas les titulaires de droits de recourir à des mesures techniques, qui sont compatibles avec les exceptions ou limitations relatives à la copie à usage privé ». Néanmoins, il n'est pas exclu que les titulaires de droits recourent à des mesures techniques compatibles avec les autres exceptions.

¹³²⁴ P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 423.

¹³²⁵ Bien que des acteurs de l'industrie culturelle aient renoncé à installer des DRM. Sur ce sujet, Rapport annuel 2008 de l'ARMT, p. 35 : « L'ampleur prise par le phénomène du téléchargement illégal au cours des années 2007 et 2008 explique que, dans les secteurs où l'absence d'interopérabilité soulevait le plus de difficultés, les ayants droit aient préféré suspendre l'utilisation des mesures techniques de protection plutôt que de développer et mettre en place des systèmes interopérables. Du fait de cette absence de dispositif de protection, les fichiers sont nativement interopérables. Cela explique en partie l'absence de saisine de l'ARMT sur le fondement de l'article [L. 331-32] du code de la propriété intellectuelle. On peut y voir une forme d'autorégulation du secteur » – Il est à noter que, le 3 mars 2012, l'association Videolan a saisi pour avis l'HADOPI pour savoir s'il était possible que la société Sony rende le logiciel anti-copie accompagnant les blu-ray interopérable avec le

maintien des mesures techniques même lorsqu'il s'agit de garantir les exceptions au droit d'auteur. Il semble plutôt que la directive vise par le terme « *autrement* », en marge de la modification technique, la voie des accords précédemment évoquée. En tout état de cause, en dehors de toute autorisation contractuelle, le bénéficiaire d'une exception préservée n'est pas admis à contourner des mesures techniques de protection en vue de la mettre en œuvre. D'aucuns ont pointé, à juste titre, le paradoxe de cette situation car il s'agit « *par définition, [...] d'une utilisation qui ne nécessite pas d'autorisation* »¹³²⁶.

486. Ne sachant pas reconnaître les utilisations couvertes par une exception au droit d'auteur, les systèmes techniques sont plus aptes à mettre en œuvre des restrictions quantitatives¹³²⁷. C'est d'ailleurs ce que suggère l'article L. 331-7 alinéa 1 du CPI conformément à la directive¹³²⁸ : « *Les titulaires de droits qui recourent aux mesures techniques de protection définies à l'article L. 331-5 peuvent leur assigner pour objectif de limiter le nombre de copies* ». Mais alors que cette disposition indique que le recours aux techniques de protection ne saurait faire entrave au bénéfice des exceptions privilégiées, le Conseil constitutionnel admet que le nombre de copies autorisées puisse être nul « *dans les cas particuliers où une telle solution serait commandée par la nécessité d'assurer l'exploitation normale de l'œuvre ou par celle de prévenir un préjudice injustifié à leurs intérêts légitimes* »¹³²⁹.

B. Les conditions des mesures volontaires

487. Le législateur français permet aux titulaires de droits de cerner de garde-fous leurs mesures volontaires. Ainsi, en vertu de l'article L. 331-7 alinéa 2 du CPI, les titulaires de droits peuvent, « *dans la mesure où la technique le permet, subordonner le bénéfice effectif de ces exceptions à un accès licite* » à l'œuvre et « *veiller à ce qu'elles n'aient pas pour effet de porter atteinte à son exploitation normale ni de causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits sur l'œuvre* ».

lecteur multimedia VLC édité par l'association.

¹³²⁶ G. Vercken, *op. cit.*, p. 56.

¹³²⁷ S. Dusollier, Thèse préc., p. 170, n° 214 : « Seuls des critères proprement objectifs et quantifiables sont susceptibles d'être intégrés dans la conception du dispositif technique de protection, tels le nombre de copie autorisées, la quantité d'informations librement extractible, le nombre de visions ou d'écoutes permises à certains utilisateurs ».

¹³²⁸ Alinéa 2 de l'article 6 paragraphe 4.

¹³²⁹ Cons. const., décision du 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, préc., considérant 37. Les travaux parlementaires montrent pourtant qu'il fut envisagé que le nombre de copies autorisées ne soit pas inférieur à un, du moins en ce qui concerne les œuvres achetées et non louées (amendement n° 30 rectifié déposé par M. Vanneste le 2 juin 2005).

488. Accès licite à l'œuvre – La condition de l'accès licite¹³³⁰ est posée à l'article 6 paragraphe 4 alinéa 1 de la directive du 22 mai 2001 mais elle ne s'impose qu'aux mesures appropriées prises par les États membres pour assurer le bénéfice des exceptions « *lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée* ». La condition de l'accès licite concerne toutes les exceptions privilégiées à l'exclusion de l'exception de copie privée. La raison en est que le législateur européen avait conscience des difficultés probatoires suscitées par la condition de l'accès licite dans la sphère privée. Pourtant, dans le texte français relatif aux mesures volontaires prises par les titulaires de droits, la condition de l'accès licite intéresse l'ensemble des exceptions préservées, en ce compris l'exception de copie privée.

489. L'introduction de la condition de l'accès licite a suscité de nombreuses interrogations. D'ailleurs, à l'occasion de la saisine du Conseil constitutionnel en date du 7 juillet 2006, il a été reproché le fait que la loi interne omette de « *préciser les critères et les modalités de contrôle et de preuve selon lesquels il pourrait être établi qu'un acte de copie privé réalisé dans l'espace privé ne se fonde pas sur "un accès licite" à l'œuvre concernée* ». Néanmoins, les sages ont considéré que « *contrairement à ce qu'affirment les requérants, les dispositions prises à cet effet ne contraindront pas les bénéficiaires des exceptions à apprécier eux-mêmes le caractère licite ou illicite* ». En « *indiquant, au second alinéa de l'article L. 331-9, que c'est "dans la mesure où la technique le permet" que le bénéfice des exceptions pourra être subordonné à un accès légal, le législateur s'est borné à autoriser le recours à des dispositifs ayant pour objet et pour effet de rendre techniquement impossible un accès illicite* »¹³³¹. Si l'on maintient que la preuve de l'accès licite dans la sphère privée est délicate, force est d'admettre que, d'un certain point de vue, la disposition française paraît plus souple dans la mesure où les titulaires de droits ne sont pas obligés de subordonner le bénéfice effectif des exceptions à un accès licite¹³³².

490. On relèvera cependant que les contours de la notion d'accès licite sont peu dessinés. La directive du 22 mai 2001 ne donne aucune précision à ce sujet, sinon que, à propos de la reproduction provisoire, l'utilisation est « *réputée licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi* »¹³³³. Le propos n'est pas très éclairant, bien qu'il rappelle vaguement la formule employée à l'article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur : les « *actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi* ». Il est permis d'établir un lien entre la notion

¹³³⁰ V. S. Dusollier, « L'utilisation légitime de l'œuvre : un sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ? », *CCE*, Novembre 2005, étude 38, p. 17.

¹³³¹ Cons. const., décision du 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, préc. : considérant 51.

¹³³² Cela ressort de la rédaction de l'article L. 331-7 alinéa 2 du CPI : « Les dispositions du présent article peuvent (nous soulignons), dans la mesure où la technique le permet, subordonner le bénéfice effectif de ces exceptions à un accès licite ».

¹³³³ Considérant 33 de la directive du 22 mai 2001.

d'« accès licite » et celle d' « utilisateur légitime » que l'on retrouve en matière de logiciels¹³³⁴ et de bases de données¹³³⁵. Il faudrait alors admettre que l'accès licite soit défini par les dispositions contractuelles liées à la vente du support ou à la fourniture du service de mise à disposition de l'œuvre. Mais il serait alors nécessaire que le prétendant au bénéfice de l'exception justifie avoir acquis légitimement le support de l'œuvre ou être le destinataire légitime du service mettant celle-ci à sa disposition. Cela reviendrait nécessairement à reconnaître aux dispositions contractuelles le pouvoir de déterminer la portée des exceptions¹³³⁶, ce qu'il faut éviter eu égard à la valeur impérative de celles-ci.

491. Du reste, la notion d'« accès licite » demeure relativement floue. Est-il nécessaire que le copiste soit le propriétaire du support de l'œuvre ? Qu'en est-il dans l'hypothèse de prêt d'exemplaires ? Il serait possible de suivre une conception large de l'« accès licite ». Selon M. Sirinelli, il est largement admis que l'emprunteur du support de l'œuvre « *peut, sur son propre matériel, réaliser une copie pour son usage privé* »¹³³⁷. Cela n'entre aucunement en contradiction avec l'article L. 122-5 2° du CPI qui se borne à évoquer le copiste et occulte totalement la question de la propriété du support de l'œuvre. Lors de l'élaboration de la loi du 1^{er} août 2006, le ministre de la culture et de la communication a d'ailleurs fait sienne l'approche extensive de l'accès licite en soulignant que « *l'œuvre acquise "légalement" ne l'est pas nécessairement "commercialement"* »¹³³⁸. Cependant, la prudence est de mise car il suffit que les données de l'équation changent pour que l'accès licite soit exclu. Ainsi, même si les conséquences économiques en résultant semblent les mêmes qu'en cas de prêt d'exemplaire, le fait qu'une personne remette un support vierge au propriétaire du support de la forme créative afin d'obtenir une copie réalisée par ce dernier ne semble pas correspondre à un « accès licite » à l'œuvre¹³³⁹.

492. En tout état de cause, malgré le fait que la notion d'« accès licite » soit imprécise, l'édition formelle de cette condition a au moins le mérite de poser un « *standard comportemental* » rappelant que le bénéfice des exceptions au droit d'auteur n'est pas reconnu « *par le législateur pour des "citoyens indéliçats"* »¹³⁴⁰.

¹³³⁴ Article 5 paragraphe 1 de la directive du 14 mai 1991.

¹³³⁵ Article 6 paragraphe 1 de la directive du 11 mars 1996.

¹³³⁶ A. LUCAS et *alii*, p. 382, n° 412.

¹³³⁷ P. Sirinelli, obs. sous TGI Vannes, 29 avril 2004, *PI*, juillet 2004, p. 780.

¹³³⁸ *JO Sénat CR* du 10 mai 2006, p. 3684.

¹³³⁹ P. Sirinelli, obs. préc., p. 780.

¹³⁴⁰ K. More, *op. cit.*, p. 110.

493. Exercice effectif des exceptions – Il est encore permis de s’interroger sur la notion de « *l’exercice effectif* » des exceptions. En effet, l’article L. 331-7 alinéa 1^{er} du CPI énonce que les titulaires de droits qui recourent aux dispositifs techniques « *prennent cependant les dispositions utiles pour que leur mise en œuvre ne privent pas les bénéficiaires* » des exceptions privilégiées de leur « *exercice effectif* ». La mise en œuvre de l’exception est-elle effective lorsque le dispositif technique permet bien de réaliser une copie privée mais de qualité inférieure ?

Par exemple, certains auteurs estiment que l’exercice effectif est caractérisé lorsque l’utilisateur est en mesure de réaliser une reproduction analogique d’une œuvre initialement véhiculée dans un format numérique. Il conviendrait donc de distinguer « *entre les actes nécessaires à l’accomplissement des objectifs qui fondent l’exception et ce qui relève du simple confort d’utilisation* »¹³⁴¹. La jurisprudence américaine semble aller dans ce sens¹³⁴².

Cependant, il faut avoir à l’esprit que le passage à la technologie numérique a rendu bien obsolète la technique de la reproduction analogique. Il y a fort à parier que, désormais, l’homme de la rue aura le plus grand mal à réaliser une copie analogique tant il s’est habitué à l’aisance de la reproduction numérique. Partant, le prétexte du « *trou analogique* » ne peut convaincre¹³⁴³ car il contraint l’utilisateur « *à des reproductions étriquées ou acrobatiques* »¹³⁴⁴. Seuls les initiés sont susceptibles de réaliser de telles manipulations. Or, il importe de ne pas ôter les bienfaits du progrès technique¹³⁴⁵ aux bénéficiaires des exceptions, quels qu’ils soient, au risque de créer une nouvelle forme de « *fracture numérique* »¹³⁴⁶. En la matière s’impose ce que d’aucuns nomment le « *parallélisme des formats* » : « *A format analogique, copie privée analogique. A format numérique, copie privée*

¹³⁴¹ A. Latreille et T. Maillard, « Mesures techniques de protection et d’information », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1660, mis à jour au 19 avril 2011, p. 33, n° 172 – Dans le même sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, Dalloz, 2009, p. 668, n° 1002 - V. aussi, P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 422.

¹³⁴² Affaire *Universal City Studios v. Corley*, 273 F. 3d 429 (2d Cir. 2001) cité par J. Ginsburg, « Chronique des États-Unis », *RIDA*, juillet 2003, n° 197, p. 117.

¹³⁴³ D’ailleurs, il n’a pas convaincu la Cour d’appel de Paris, laquelle avait rejeté l’argument selon lequel le dispositif technique n’entravait pas l’exception de copie privée dès lors que l’utilisateur, disposant d’un magnétoscope, était susceptible de réaliser une copie analogique du film au moment de la diffusion télévisuelle : CA Paris, 22 avril 2005, préc.

¹³⁴⁴ V.-L. Benabou, « Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques...A propos de l’arrêt Mulholland Drive », p. 2, édité le 30 mai 2005 et disponible à l’adresse suivante : <http://www.juriscom.net/uni/visu.php?ID=703> (page consultée le 14 octobre 2012).

¹³⁴⁵ A. LUCAS et *alii*, p. 807, n° 1009 – Aussi, A. Lucas, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006 et TGI Paris, 10 janvier 2006, *PI*, avril 2006, p. 179 - C. Geiger, note sous CA Paris, 22 avril 2005, *JCP G* 2005, II, 10126.

¹³⁴⁶ Rappr. Exposé des motifs de la proposition de loi n° 3061 enregistrée à l’Assemblée nationale le 20 décembre 2010 relative à la neutralité de l’internet, préc., p. 6 : « Dans le monde numérique comme dans le monde physique, nous voulons construire une société solidaire, égalitaire et démocratique, à laquelle chacun contribue, dans le respect mutuel ».

numérique. La solution, [...], a le mérite de mettre sur un pied d'égalité les protagonistes au regard du progrès technique »¹³⁴⁷.

494. Triple test dans les mains des titulaires de droits – Dans le cadre des mesures appropriées prises par les États membres, la directive du 22 mai 2001 prescrit l'examen du triple test uniquement pour l'exception de copie privée¹³⁴⁸. Le législateur français a étendu cet examen à l'ensemble des exceptions préservées dans le cadre des mesures volontaires prises par les titulaires de droits. Par conséquent, les titulaires de droits peuvent refuser de prendre des mesures volontaires de conciliation s'ils démontrent que les conditions du triple test ne sont pas remplies.

Bien qu'ils n'y soient pas obligés¹³⁴⁹, l'appréciation du triple test par les titulaires de droits suscite de sérieux doutes. Alors qu'il semblait déjà peu opportun de remettre au juge les clés du triple test, voilà qu'on les destine également aux titulaires de droits. Pourtant, les exceptions consacrées par le législateur sont censées avoir franchi les trois étapes si bien que l'application judiciaire du triple test apparaît surabondante. D'ailleurs, un tel examen, subordonné à des considérations économiques, n'est pas forcément dans les aptitudes du juge, lequel fera bien souvent appel aux experts. L'appréciation par les titulaires de droits, elle, paraît encore plus superflue. On imagine mal ces derniers se livrer à des analyses juridico-économiques afin de vérifier si telle ou telle utilisation couverte par une exception satisfait au triple test. D'une part, cela requiert des compétences qui seront certainement sollicitées auprès d'experts. D'autre part, cela représente un coût risquant d'en rebuter plus d'un. Certains préféreront sans doute supporter une telle dépense, escomptant que l'exception examinée ne passe pas le test. A cet égard, on peine à croire que les titulaires de droits fassent preuve d'impartialité : « *on ne peut être à la fois juge et partie* ». L'appréciation par les titulaires de droits du triple test revient à remettre dans leurs mains le destin des exceptions, ce qui n'augure pas un épanouissement radieux pour celles-ci. Était-il vraiment utile de pousser à ce point la délégation verticale du test ?

Quoique regrettable, la simple présence dans la directive du triple test imposait qu'on le transpose en droit interne de sorte qu'il est devenu une règle d'interprétation dans les mains du juge. Cependant, il a été relevé que les distorsions d'interprétation des concepts flous du test

¹³⁴⁷ A. Lucas et P. Sirinelli, obs. sous CA Versailles, 15 avril 2005 et CA Paris, 22 avril 2005, *PI*, juillet 2005, p. 341.

¹³⁴⁸ Article 6 paragraphe 4 alinéa 2.

¹³⁴⁹ Cela ressort de la rédaction de l'article L. 331-7 alinéa 2 du CPI : « Les dispositions du présent article peuvent (nous soulignons), dans la mesure où la technique le permet, [...] veiller à ce qu'elles n'aient pas pour effet de porter atteinte à son exploitation normale ».

auxquelles son application judiciaire peut donner lieu ne constituent pas un gage de sécurité juridique. Alors que penser de l'appréciation particulière du test ? Pour des cas similaires, certains titulaires de droits concluront au succès de l'exception au triple test et d'autres à son échec. En bref, chaque œuvre sera accompagnée de son menu d'exceptions composé par les titulaires de droits. Par exemple, pour telle œuvre, la copie privée sera admise, pour telle autre, elle sera interdite. Ne sachant plus à quel saint se vouer, les utilisateurs ne s'y retrouveront pas. L'insécurité juridique sera à son comble.

495. Mesures volontaires dans un délai raisonnable – Il faut encore souligner que les aménagements conciliateurs ne peuvent être opérés que sur la base du volontariat des titulaires de droits. En aucun cas, il ne faudrait y voir une obligation à leur charge de fournir les moyens de désactivation des mesures techniques¹³⁵⁰. Simplement, le considérant 52 de la directive invite les titulaires de droits à prendre ces mesures volontaires « *dans un délai raisonnable* ». Outre que, dans le cadre judiciaire, la notion de « délai raisonnable » est variable et laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, la mise en œuvre de mesures volontaires dans un délai raisonnable risque de ne pas être une tâche facile. En effet, il sera nécessaire que l'ensemble des titulaires de droits s'entendent en amont sur la teneur des aménagements volontaires. Or la multiplicité des titulaires de droits et le temps de la réflexion sont autant d'obstacles qui se dressent devant la prise de décision dans un délai raisonnable¹³⁵¹.

La loi du 1^{er} août 2006 ne fait pas mention du délai raisonnable¹³⁵², alors que dans sa décision du 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'au moyen des mesures appropriées prises par l'État, le nombre minimal de copies privées autorisées devait être fixé « *au terme d'un délai raisonnable au cours duquel les titulaires de droits pourront prendre, [...] les dispositions utiles pour que les mesures techniques de protection ne fassent pas obstacle à l'exercice effectif de ces exceptions* »¹³⁵³. Ce

¹³⁵⁰ En ce sens, S. Dusollier, Thèse préc., p. 171, n° 215, selon laquelle une telle obligation « pose surtout le problème de l'effectivité de la protection des mesures techniques : que les auteurs se voient obligés de fournir le moyen de contournement, la clé de "décryptage" à quelques utilisateurs bénéficiant d'une exception, et l'interdiction de la circulation de tels moyens deviendrait, à notre avis, bien plus difficile à mettre en œuvre ».

¹³⁵¹ V. G. Vercken, *op. cit.*, p. 56. L'auteur relève que les négociations entre les sociétés de gestion collective et les utilisateurs dans les secteurs des nouveaux médias durent un voire deux ans.

¹³⁵² La notion de délai raisonnable fut envisagée dans les travaux parlementaires : v. l'article 8 du projet de loi n° 1206 déposé le 12 novembre 2003 à l'Assemblée nationale. mais, par la suite, le législateur a considéré que la mention du « délai raisonnable » était trop vague et « tendait plutôt à affaiblir l'obligation pesant sur les titulaires de droits, qu'à offrir des garanties véritables aux consommateurs » : V. Rapport THIOLLIÈRE, p. 167.

¹³⁵³ Cons. const., décision du 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, préc. : considérant 50

n'est qu'à l'occasion d'un décret du 10 novembre 2010¹³⁵⁴ que la notion de « délai raisonnable » fut finalement introduite dans le CPI. En effet, ce décret est venu insérer dans la partie réglementaire du code un article R. 331-56 IV selon lequel est assimilé à un refus le fait pour le titulaire de droits de ne pas proposer la mise en œuvre de mesures propres à permettre l'exercice effectif d'une exception au droit d'auteur et aux droits voisins dans un délai raisonnable. Il revient sans aucun doute à la Haute Autorité d'apprécier ce délai lorsqu'elle est saisie par un demandeur prétendant au bénéfice effectif d'une exception au droit d'auteur¹³⁵⁵.

Au-delà de ce délai raisonnable, il revient aux États membres de se substituer et de prendre les mesures appropriées pour garantir la mise en œuvre des exceptions préservées.

Paragraphe II – Une régulation administrative subsidiaire

496. Suivant l'article 6 paragraphe 4 de la directive du 22 mai 2001, « *en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, [...], les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions, [...], puissent bénéficier desdites exceptions* ». Contrairement à l'intervention des titulaires de droits qui est volontaire, l'intervention des États membres est obligatoire. Autrement dit, à défaut d'initiative des titulaires de droits intervenues dans un délai raisonnable, les États membres sont tenus de les suppléer et de prendre des mesures appropriées visant à garantir le bénéfice des exceptions préservées.

497. S'attachant à la conception stricte des directives qui ne fait que lier les États membres quant aux objectifs à atteindre tout en leur laissant le choix des moyens, le législateur européen n'a pas précisé en quoi consistaient ces « *mesures appropriées* »¹³⁵⁶. Le considérant 46 de la directive semble suggérer la médiation pour « *aider utilisateurs et titulaires de droits à régler les litiges* ». Certains États membres ont préféré s'en remettre à l'autorité judiciaire¹³⁵⁷. Profitant de la marge de manœuvre accordée, le législateur français a fait le choix de la régulation par le biais d'une autorité

¹³⁵⁴ Décret n° 2010-1366 du 10 novembre 2010 relatif à la labellisation des offres des services de communication au public en ligne et à la régulation des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par le droit d'auteur, *JO* du 13 novembre 2010, p. 20216.

¹³⁵⁵ Rapport VANNESTE, p. 88. Le point de départ du délai est cependant indéterminé. A cet égard, le rapporteur du projet de loi fit observer que « la Cour d'appel de Paris a imposé, le 25 avril 2005, un délai réduit à un mois à un producteur de DVD à compter de la signification de l'arrêt pour supprimer toute mesure de protection sur le titre considéré ».

¹³⁵⁶ A. Françon, « Chronique de législation et de jurisprudence – Propriété littéraire et artistique », *RTD com.* 2001, p. 707.

¹³⁵⁷ Par exemple, c'est le cas de l'Allemagne et de l'Espagne.

administrative indépendante (A) intervenant à titre subsidiaire¹³⁵⁸ et dont les modalités d'intervention (B) ont été précisées par décret.

A. Le choix d'une autorité administrative indépendante

498. Si l'HADOPI bénéficie d'une compétence de principe lorsqu'il s'agit d'articuler les exceptions avec les mesures techniques (1), le CSA est susceptible d'intervenir spécialement lorsqu'il est question de l'exercice de la copie privée à l'égard des œuvres diffusées à la télévision (2).

1. L'HADOPI : une compétence de principe

499. **Création d'une Haute Autorité** – A titre de « *mesures appropriées* », le législateur français a choisi de créer une autorité administrative indépendante appelée Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT)¹³⁵⁹ qui deviendra par la suite la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI)¹³⁶⁰. Au début de l'élaboration du projet de loi, il n'était pas question de confier la mission de l'articulation entre les mesures techniques et les exceptions au droit d'auteur à une autre autorité que le juge judiciaire¹³⁶¹. Mais le législateur national fut finalement convaincu que la complexité de la matière appelait la création d'une autorité spécifique¹³⁶².

¹³⁵⁸ Cons. const., décision du 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, préc. : considérant 50.

¹³⁵⁹ Loi du 1^{er} août 2006.

¹³⁶⁰ Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, dite aussi loi « Création et Internet » ou encore loi Hadopi, *JO* du 13 juin, n° 0135, p. 9666.

¹³⁶¹ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, compte-rendu de la réunion plénière du 5 décembre 2002, intervention de M. Japiot, pp. 22-23 : « la question de la copie privée est difficile puisqu'il s'agit de trouver un équilibre entre les tenants de la copie privée et le souci légitime de lutter contre la contrefaçon. Ce sujet ne peut être esquivé car les mesures techniques doivent être autorisées officiellement et leur protection assurée par la mise en place de sanctions en cas de contournement. L'impact de ces mesures techniques sur la copie privée ne pouvant être exactement évalué à ce jour, la solution consistant à confier au juge le soin de trancher, paraît plus simple, quitte à intervenir à nouveau quand les choses seront plus claires ».

¹³⁶² Avant de créer l'ARMT, on a d'abord souhaité confier la mission de l'articulation entre les exceptions au droit d'auteur et les mesures techniques à un collège de trois médiateurs nommés par décret pour une période non renouvelable de six ans. L'article 9 du projet de loi du 12 novembre 2003 était rédigé ainsi : « L'article 9 institue un collège de médiateurs chargé du règlement des différends entre les titulaires de droits et les utilisateurs au cas où ceux-ci estimeraient qu'une mesure technique de protection les empêche de bénéficier de l'exception de copie privée ou de celle en faveur des handicapés. Il est composé de manière telle que l'indépendance de ses membres soit assurée et aura une compétence exclusive pour ce type de litige. Sa mission, inspirée de celle du médiateur du cinéma instauré par la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, sera double : un rôle de conciliation entre les parties intéressées et, en cas d'échec, une fonction décisionnelle permettant au collège des médiateurs d'émettre une injonction prescrivant les mesures appropriées pour permettre le bénéfice effectif des exceptions. De cette manière, les différends pourront trouver une issue rapide dans l'intérêt de toutes les parties tout en garantissant que le respect des droits des

500. Missions de la Haute Autorité – La section du CPI relative aux « *Mesures techniques de protection et d'information* » est suivie d'une section III consacrée à l'HADOPI. Y figure un article L. 331-13 en vertu duquel l'HADOPI se voit confier trois missions. En premier lieu, le rôle de l'autorité consiste à encourager le développement de l'offre légale et à observer « *l'utilisation licite et illicite des œuvres et des objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne* »¹³⁶³. En deuxième lieu, l'autorité doit protéger les œuvres ou autres objets protégés à l'égard des atteintes aux droits « *commises sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture des services de communication au public en ligne* »¹³⁶⁴. En troisième lieu, l'autorité a « *une mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin* ». Cette disposition est éclairée par l'article L. 331-31 2° du CPI précisant que l'autorité « *veille à ce que la mise en œuvre des mesures techniques de protection n'ait pas pour effet de priver les bénéficiaires des exceptions* » privilégiées. L'autorité est donc vouée à jouer un rôle central, « *quasi-normatif* »¹³⁶⁵, dans l'articulation des exceptions et des mesures techniques au nom de laquelle elle peut être amenée à déterminer « *les modalités d'exercice des exceptions* » privilégiées et « *fixe notamment le nombre minimal de copies autorisées dans le cadre de l'exception pour copie privée, en fonction du type d'œuvre ou d'objet protégé, des divers modes de communication au public et des possibilités offertes par les techniques de protection disponibles* »¹³⁶⁶. Une telle réglementation permet de résoudre en amont des problèmes et d'éviter une multiplication des saisines concernant un même support largement commercialisé¹³⁶⁷.

501. La France compte une quarantaine d'autorités administratives indépendantes qui se répartissent en trois catégories. La première catégorie est constituée des autorités de régulation économique telles que l'Autorité de la concurrence, l'Autorité des marchés financiers ou la Commission de régulation de l'énergie. La deuxième série est composée des autorités qui ont en charge la protection des droits et libertés fondamentaux. On pense au Défenseur des droits, à la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ou encore à la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Enfin, la troisième classe d'autorités administratives indépendantes regroupe des entités comme l'Autorité de régulation des communications

parties sera assuré. Les décisions ainsi rendues seront rendues publiques et susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Paris ». Cependant, il était contradictoire de conférer un pouvoir d'injonction à une entité pourtant appelée à ne faire que de la médiation.

¹³⁶³ Article L. 331-13 1° du CPI.

¹³⁶⁴ Article L. 331-13 2° du CPI.

¹³⁶⁵ F. Siiriainen, *op. cit.*, p. 13

¹³⁶⁶ Article L. 331-31 2° du CPI.

¹³⁶⁷ Rapport VANNESTE, p. 94.

électroniques et des postes dont la mission de régulation concerne essentiellement des normes techniques.

502. Les frontières entre les catégories ne sont jamais étanches. L'HADOPI en est un parfait exemple puisque, à travers sa mission d'encouragement au développement de l'offre légale, elle joue le rôle de régulateur économique. Dans le même temps, à travers sa mission de veille et de régulation des mesures techniques, elle tient une fonction non seulement de régulation technique, notamment dans le domaine de l'interopérabilité, mais aussi de médiation et de protection des droits et libertés fondamentaux, garantissant ainsi la mise en œuvre de certaines exceptions au droit d'auteur.

503. Garanties présentées par une Haute Autorité – On ne contestera pas les nombreux avantages que présente l'instauration d'une administration publique indépendante dans le champ des mesures techniques. Chacun sait que les autorités de régulation développent une expertise aigüe dans les domaines qu'elles ont vocation à réguler. A cet égard, elles ont une influence doctrinale considérable¹³⁶⁸. C'est d'ailleurs à ce titre que l'HADOPI est susceptible d'être saisie pour avis conformément à l'article L. 331-36 du CPI. Affranchies des lourdeurs de la procédure judiciaire, les autorités de régulation démontrent une certaine rapidité à répondre à des problématiques liées à des matières spécifiques et d'autant plus complexes qu'elles sont en évolution permanente¹³⁶⁹.

504. Défiance à l'égard de l'autorité judiciaire – Cependant, il semble que le législateur, en choisissant la régulation administrative, ait manifesté une certaine « *défiance à l'égard du pouvoir judiciaire* »¹³⁷⁰. D'aucuns soutiennent que « *la création de certaines AAI correspond à une défiance à l'égard du judiciaire [et] il peut y avoir une appréciation négative sur la capacité technique du judiciaire à intervenir dans certains secteurs* »¹³⁷¹. D'autres sont plus critiques et se demandent si le choix de la régulation est une

¹³⁶⁸ Rapport du sénateur P. Gélard sur les autorités administratives indépendantes, *JO doc. Sénat*, n° 3166, t. 1, p. 32.

¹³⁶⁹ J. Lapousterle, Thèse préc., p. 100, n° 235 : « Constatant que la question de l'articulation entre le bénéfice des exceptions et la protection des mesures techniques, de même que celle de la garantie de l'interopérabilité desdites mesures, mettaient aux prises des groupes antagonistes aux intérêts fortement divergents, [le législateur] prit la décision de recourir à une autorité de régulation afin de disposer d'un mécanisme de résolution des conflits flexible, pouvant apporter des réponses impartiales et évolutives, dans un contexte marqué par le renouvellement constant des technologies ».

¹³⁷⁰ C. Bernault et *alii*, « DADVSI 2, HADOPI, "Création et Internet"...De bonnes questions ? De mauvaises réponses », *D.* 2008, p. 2291.

¹³⁷¹ Propos tenu par R. Chazal de Mauriac, premier président de la Cour d'appel de Paris, dans un entretien avec M.-A. Frison-Roche et rapporté dans le Rapport du sénateur P. Gélard sur les autorités administratives indépendantes, *JO doc. Sénat*, n° 3166, t. 1, p. 27.

manière pour le législateur de « *botter en touche* »¹³⁷² face à l'épineuse question de l'articulation entre les mesures techniques de protection et les exceptions au droit d'auteur. En tous les cas, les travaux parlementaires montrent que le législateur s'est effectivement interrogé sur l'aptitude des juges à traiter de manière cohérente voire uniforme les questions relatives aux mesures techniques : « *le juge civil est le juge de droit commun en matière de propriété littéraire et artistique. Il peut certes recourir à des experts, mais il n'est pas sûr qu'il soit le mieux armé pour intervenir dans un domaine aussi technique et aussi spécialisé. En outre, la multiplicité des tribunaux risquerait de se traduire par une disparité des décisions, elle-même source d'incertitudes juridiques* »¹³⁷³.

La défiance à l'égard de l'autorité judiciaire est d'autant plus marquée que, depuis un arrêt rendu le 19 juin 2008¹³⁷⁴, une compétence exclusive semble dévolue à l'autorité de régulation dès lors que sont contestées les restrictions apportées au bénéfice d'une exception du fait d'une mesure technique¹³⁷⁵. Pourtant, la loi ne consacre pas explicitement de compétence exclusive en faveur de la Haute Autorité. Il est étonnant que cette question délicate soit totalement retirée à l'autorité judiciaire. Le juge judiciaire n'est-il pas le gardien des libertés individuelles ?¹³⁷⁶ Or, nombreuses sont les exceptions sous-tendues par de telles prérogatives. Il est permis de tempérer la mise en retrait du juge judiciaire dans la mesure où il conserve sans aucun doute une compétence pour traiter les infractions relatives au contournement des mesures techniques pouvant aboutir à des peines privatives de liberté¹³⁷⁷. De même, il demeure certainement compétent pour régler les questions classiques, certes liées aux mesures techniques, mais portant sur la propriété littéraire et artistique proprement dite ou sur le droit des contrats ou encore le droit de consommation.

505. En arborant l'estampille « indépendantes », les autorités administratives sont censées montrer un gage de leur impartialité et de leur totale autonomie non seulement à l'égard du pouvoir exécutif¹³⁷⁸ mais aussi des groupes d'influence défendant des intérêts privés. Cependant, d'aucuns pourraient dire que l'indépendance des autorités de régulation demeure théorique. Dans

¹³⁷² L. Rapp, « Nature et pouvoirs de l'Autorité de régulation des mesures techniques de protection », *RLDI*, janvier 2007, p. 64.

¹³⁷³ Rapport THIOLLIÈRE, p. 155.

¹³⁷⁴ N'étant pas constitutive d'un droit, une exception au droit d'auteur ne peut être invoquée au soutien d'une action formée à titre principal devant le juge judiciaire : Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, préc.

¹³⁷⁵ *Infra* n° 645.

¹³⁷⁶ La réponse est affirmative au regard de l'article 66 de la Constitution et de l'article 136 du Code de procédure pénale.

¹³⁷⁷ V., par exemple, les articles L. 335-3-1 II ou L. 335-3-2 II du CPI.

¹³⁷⁸ En principe, suivant l'article 20 de la Constitution, le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation en disposant de l'administration.

la pratique, des liens étroits peuvent être tissés avec les professionnels du secteur régulé, lesquels sont incontournables en raison de leur expertise. L'article L. 331-19 alinéa 5 du CPI en témoigne : « la Haute Autorité peut faire appel à des experts. Elle peut également solliciter, en tant que de besoin, l'avis d'autorités administratives, d'organismes extérieurs ou d'associations représentatives des utilisateurs des réseaux de communications électroniques, et elle peut être consultée pour avis par ces mêmes autorités ou organismes ». Il est permis de se demander ce que la formule « organismes extérieurs » peut bien désigner. S'agit-il de syndicats professionnels ou de sociétés de gestion des droits ? Entend-on par là les entreprises de l'industrie culturelle ? En tout état de cause, dans la mesure où certains de ces acteurs exercent une influence, on pourrait penser que les autorités ne sont pas à l'abri de quelque complaisance à leur égard. En ce qui concerne plus particulièrement l'HADOPI, selon un auteur¹³⁷⁹, il n'est pas certain qu'une désignation par décret des membres de son collège soit la garantie absolue de son indépendance. Le constat est juste, et il bon de mettre en garde contre d'éventuelles dérives. Simplement, on évitera de faire un procès d'intention.

506. D'autant que, pour contrebalancer ce qui vient d'être dit, la composition et le statut des membres de l'HADOPI invitent à relativiser l'idée d'éventuelles connivences. Dotée de la personnalité morale¹³⁸⁰, la Haute Autorité est constituée d'un collège et d'une commission de protection des droits qui « ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité »¹³⁸¹. Sauf disposition législative contraire, les missions confiées à la Haute Autorité incombent au collège¹³⁸². Celui-ci est composé de neuf membres dont un issu du Conseil d'État désigné par le vice-président du Conseil d'État, un issu de la Cour de Cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation, un issu de la Cour des comptes désigné par le premier président de la Cour des comptes et un issu du CSPLA désigné par le président du CSPLA. Les membres restants sont des personnalités qualifiées dont trois désignées sur proposition conjointe des ministres chargés des communications électroniques, de la consommation et de la culture et deux désignées respectivement par le président de l'Assemblée nationale et par le président du Sénat¹³⁸³. Le président du collège est élu parmi les membres issus des trois juridictions de contrôle. Ce dernier nomme un secrétaire général en charge du fonctionnement et de la coordination des services¹³⁸⁴ et soumis au même régime d'incompatibilité que les membres de la Haute Autorité. Ces derniers

¹³⁷⁹ En ce sens, J. Huet, « La loi sur le droit d'auteur ne répond pas à la question du caractère illicite du téléchargement », entretien publié au *Journal des sociétés*, octobre 2006, p. 19.

¹³⁸⁰ Article L. 331-12 du CPI.

¹³⁸¹ Article L. 331-15 du CPI.

¹³⁸² La commission de protection des droits est en charge de la protection des œuvres à l'égard des atteintes commises sur les réseaux de communications électroniques. V. les articles L. 331-17 et L. 331-25 du CPI.

¹³⁸³ Article L. 331-16 du CPI.

¹³⁸⁴ Article L. 331-19 du CPI.

sont nommés par décret pour six ans. Mais leur mandat n'est « *ni révocable, ni renouvelable* ». Cette solution est censée garantir leur indépendance non seulement à l'égard des groupes de pression mais aussi à l'égard des pouvoirs publics.

Afin de renforcer cette indépendance, un régime drastique d'incompatibilité a été instauré au travers de l'article L. 331-18 du CPI. Ainsi, les membres de la Haute Autorité ne peuvent avoir exercé, au cours des trois dernières années, les fonctions de dirigeant, de salarié ou de conseiller dans une société de perception et de répartition des droits, une société de production de phonogrammes ou de vidéogrammes, une société d'édition d'objets protégés, une entreprise de communication audiovisuelle, une entreprise offrant des services de mise à disposition d'objets protégés ou encore une entreprise dont l'activité est de fournir un accès à des services de communication au public en ligne. Ils ne peuvent pas plus détenir, directement ou indirectement, d'intérêts dans ces types de société. Pour boucler la boucle, les membres ne sont pas autorisés à participer à une délibération concernant une entreprise contrôlée par une entreprise dans laquelle il a, au cours des trois dernières années précédant la délibération, exercé des fonctions ou détenu un mandat.

Constituent un autre facteur d'indépendance, les moyens humains et matériels dont elle dispose. D'une part, la Haute Autorité est pourvue de son propre personnel. Et si des fonctionnaires et des magistrats de l'ordre judiciaire sont susceptibles d'être mis à sa disposition, l'autorité de régulation peut encore recruter des agents non titulaires de droits public¹³⁸⁵. D'autre part, le financement de l'autorité administrative repose sur des fonds publics, ce qui écarte en principe toute possibilité de collusion d'intérêts avec des entités privées. La Haute Autorité est dotée de crédits inscrits au budget de l'État, lequel prévoit les recettes et dépenses occasionnées par l'exercice de ses missions¹³⁸⁶. L'allocation de crédits et la perception de recettes sont censées assurer l'autonomie financière de l'HADOPI.

2. Le CSA : une compétence d'exception

507. Interdiction – Selon l'article L. 331-9 du CPI du CPI, « *les éditeurs et les distributeurs de services de télévision ne peuvent recourir à des mesures techniques qui auraient pour effet de priver le public du bénéfice de l'exception pour copie privée, y compris sur un support et dans un format numérique* ». En d'autres

¹³⁸⁵ Article R. 331-15 du CPI.

¹³⁸⁶ Article R. 331-20 du CPI.

termes, un dispositif de protection ne saurait empêcher un téléspectateur d'enregistrer un programme télévisé¹³⁸⁷. Bien qu'elle n'émane pas des prescriptions de l'Union européenne¹³⁸⁸, la solution s'est imposée au législateur national souhaitant préserver l'utilité domestique que représentent les magnétoscopes et autres enregistreurs de programmes télévisés dans les foyers. Cela permet aux téléspectateurs d'enregistrer « *les programmes qu'ils souhaitent conserver ou regarder en différé* » de ne pas « *faire régresser le champ de la copie privée* »¹³⁸⁹. En réalité, le dispositif permet surtout de ne pas « faire régresser » l'assiette de la rémunération pour copie privée¹³⁹⁰.

508. Champ d'application – Le domaine matériel de la disposition est assez large dans la mesure où celle-ci est applicable à tout service de télévision, c'est-à-dire à « *tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des images et des sons* »¹³⁹¹. Peu importe qu'il soit question de télévision analogique ou numérique. Peu importe encore que le service soit public ou privé, gratuit ou payant. En effet, il peut s'agir d'un service payant de télévision, et plus particulièrement, d'un service payant à la séance dans l'hypothèse où il revient au prestataire du service de fixer le moment de la diffusion d'une œuvre déterminée. Dans ce cas précis, il ne s'agit pas d'un service de vidéo à la demande car le téléspectateur ne choisit pas le moment de l'accès à l'œuvre. Le téléspectateur paie uniquement pour suivre la séance prévue par le prestataire de service comme un spectateur pourrait payer son billet pour assister à une séance fixée à une heure précise dans un cinéma. Ce qui compte est que le service de télévision soit reçu simultanément par l'ensemble ou une partie du public.

¹³⁸⁷ V. l'exposé des motifs de l'amendement n° 6 (2^e rectification) au projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : « Encadrée par la loi du 3 juillet 1985, l'exception pour copie privée, qui donne la possibilité à l'utilisateur de copier une œuvre de manière légale, pour son usage personnel et dans le cadre familial, est aujourd'hui susceptible d'être remise en cause, dans le cadre du développement des technologies numériques.

Certains fournisseurs de programmes, notamment étrangers, ont de plus en plus souvent tendance, lorsqu'ils négocient leurs droits avec les éditeurs de services de télévision, à imposer une protection du signal télé, empêchant, par là même, qu'une copie des œuvres audiovisuelles puisse être enregistrée à partir de la source télévisuelle via un magnétoscope ou un lecteur-enregistreur de DVD.

Cet amendement vise à permettre aux téléspectateurs de pouvoir continuer à enregistrer librement les programmes diffusés par les chaînes ; il conforte donc le principe législatif de l'exception pour copie privée ».

¹³⁸⁸ JOAN CR, 15 mars 2006, p. 1819 : le ministre de la culture et de la communication, Renaud Donnedieu de Vabres, affirme l'existence d'un « droit à l'exception de copie privée », tout en reconnaissant que « la démarche de transposition de la directive » n'oblige pas à une telle affirmation.

¹³⁸⁹ JOAN CR, 15 mars 2006, p. 1859.

¹³⁹⁰ V.-L. Benabou, « De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques », *PI*, octobre 2007, p. 432.

¹³⁹¹ Définition du service de télévision : art. 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

509. Interdiction non applicable au service de radio – Toutefois, l'article L. 331-9 du CPI ne s'applique pas au service de radio entendu comme « *tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des sons* »¹³⁹². Par conséquent, tout prétendant au bénéfice d'une exception se plaignant des restrictions que les mesures techniques occasionnent à l'égard d'œuvres radiodiffusées ne peut saisir que l'HADOPI. L'inapplication de l'article L. 331-9 au service de radio est justifiée par le fait que la copie numérique des œuvres diffusées par radio concurrencerait l'exploitation normale des œuvres par la vente des phonogrammes. Ce qui n'est pas le cas des reproductions des œuvres diffusées au travers de la télévision. Dans ce cadre, les œuvres sont diffusées sous réserve du respect de la chronologie des médias : l'exploitation en salle de l'œuvre est achevée, la vente ou la location de supports vidéographiques ainsi que la vidéo à la demande ne battent plus son plein. Par conséquent, l'accomplissement d'actes de reproduction au titre de la copie privée au terme de la chronologie des médias ne menace pas sérieusement l'exploitation normale de l'œuvre. Au contraire, la rémunération pour copie privée suscitée par la reproduction des programmes télévisés consolide même les revenus engrangés par les titulaires de droits. Ces derniers « *jouissent d'un système de rémunération en trois temps : vente des droits à raison de la diffusion cinématographique et télévisuelle, rémunération à l'acte sans possibilité de copie privée pour les mécanismes de mise à disposition individuelle, rémunération pour copie privée à raison des actes réalisés en bout de chaîne par les téléspectateurs* »¹³⁹³.

510. Interdiction non applicable au contrôle de l'accès au service de télévision - l'article L. 331-9 du CPI n'interdit que les mesures de protection empêchant la copie privée. En aucun cas, il ne concerne les dispositifs contrôlant l'accès aux services payants de programmes télévisés. D'ailleurs, comme cela a été observé précédemment, ce type de verrous techniques bénéficie de la protection juridique prévue dans le cadre des services à accès conditionnel. Partant, si l'accès au programme télévisé est susceptible d'être restreint par un dispositif technique, il n'est pas permis d'empêcher le téléspectateur disposant d'un droit d'accès d'en faire une copie, y compris sur un support ou dans un format numérique.

511. Saisine du CSA - L'article L. 331-9 du CPI n'instaure pas de mécanisme de régulation à proprement parler puisque l'exception de copie privée est directement garantie en raison de l'exclusion initiale de verrous techniques apposés par les éditeurs et distributeurs de services de

¹³⁹² *Ibid.*

¹³⁹³ V.-L. Benabou, *op. cit.*, p. 433.

télévision¹³⁹⁴. Néanmoins, c'est bien une autorité de régulation, une autorité administrative indépendante, le CSA et non l'HADOPI, qui doit veiller au respect du dispositif de l'article L. 331-9 du CPI. A cet effet, l'alinéa 2 de l'article L. 331-9 du CPI opère un renvoi aux articles 42 et 48-1 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Ainsi, le CSA peut mettre en demeure les éditeurs et distributeurs de services de communication audiovisuelle de respecter le dispositif de l'article L. 331-9. A cette fin, il ne peut être saisi que par les organisations professionnelles et syndicales représentatives du secteur de la communication audiovisuelle, le Conseil national des langues et cultures régionales, les associations familiales et les associations de défense des droits des femmes ainsi que les associations ayant dans leur objet social la défense des intérêts des téléspectateurs. Autrement dit, seul, le prétendant au bénéfice de l'exception de copie privée n'est pas susceptible de saisir le CSA. Par conséquent, bien que l'exception de copie privée soit censée être directement garantie en raison de l'absence initiale de mesures techniques, en cas de litige, les conditions de la saisine du CSA constituent un obstacle non négligeable pour le bénéficiaire de l'exception. De ce point de vue, la saisine de l'HADOPI paraît bien moins contraignante.

512. Sanctions en cas d'inobservation de l'interdiction - En principe, dans l'hypothèse où le destinataire de la mise en demeure ne donne pas une suite satisfaisante, le CSA peut prononcer la suspension de l'édition, la diffusion ou la distribution du service, de même que des sanctions pécuniaires. Mais on voit mal en quoi de telles sanctions pourraient satisfaire le prétendant au bénéfice de l'exception de copie privée si celle-ci n'est finalement pas rendue effective. Le législateur aurait mieux fait d'instaurer une sanction spécifique plutôt que d'opérer un renvoi hasardeux¹³⁹⁵ aux dispositions de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

513. Zones d'ombre du dispositif – Bien qu'elle leur assure le maintien du bénéfice de la rémunération pour copie privée, la solution de l'article L. 331-9 du CPI est, à plusieurs titres, source d'inquiétude aux yeux des titulaires de droits. D'abord, elle ouvre une brèche vers une reproduction numérique des programmes télévisés n'offrant aucune garantie contre les reproductions illicites subséquentes. Ensuite, elle occulte totalement les rapports entre les

¹³⁹⁴ Il est permis de douter de la conformité au droit européen du dispositif de l'article L. 331-9 du CPI, lequel remet en cause *ab initio* la primauté des mesures techniques par rapport aux exceptions au droit d'auteur alors que la directive du 22 mai 2001 prévoit en son article 4 paragraphe 4 un mécanisme correctif. En ce sens, V.-L. Benabou, *op. cit.*, *PI*, octobre 2007, p. 432 et 433.

¹³⁹⁵ On observera cependant que l'article L. 331-9 du CPI ne renvoie pas explicitement aux dispositions relatives aux sanctions que le CSA est à même de prendre. Il s'agit certainement d'un oubli.

titulaires de droits et les éditeurs ou distributeurs de services. D'une part, les dispositifs de protection peuvent être le fait des titulaires de droits qui les auront déployés en amont sur les supports destinés à la télédiffusion¹³⁹⁶. Pourtant, lors de l'élaboration du projet de loi, fut présenté au Sénat un sous-amendement prévoyant que « *les éditeurs et distributeurs de services de télévision doivent s'assurer et garantir au public que leurs programmes ne contiennent pas de mesures techniques privant le public du bénéfice de l'exception pour copie privée, y compris sur un support et dans un format numérique* »¹³⁹⁷. Proposant une solution trop rigide pour les éditeurs et les distributeurs, le sous-amendement fut finalement rejeté. D'autre part, nombre de contrats liant les éditeurs ou distributeurs de services de télévision aux titulaires de droits imposent aux premiers de restreindre la transmission du signal aux terminaux qui ne disposent pas d'une fonction de copie. Au regard du dispositif de l'article L. 331-9 du CPI, de tels contrats sont certainement voués à être renégociés¹³⁹⁸.

B. Les modalités d'intervention de l'HADOPI

514. Un décret du 10 novembre 2010¹³⁹⁹ est intervenu, précisant la procédure relative à l'articulation des mesures techniques et des exceptions au droit d'auteur. Ainsi, une sous-section IV intitulée « *Mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés* » fut introduite dans la partie réglementaire du CPI. Plus précisément, il s'agit des articles R. 331-55 à R. 331-84.

515. Saisine - Au regard de l'article L. 331-33 du CPI, toute personne prétendant au bénéfice d'une exception privilégiée peut saisir l'HADOPI en cas de restrictions causées par les mesures de protection telles que définies à l'article L. 331-5 du CPI. Cette faculté est étendue à la personne morale agréée représentant le personne bénéficiaire de l'exception. Il peut s'agir d'une association de défense des consommateurs agréée au sens de l'article L. 411-1 du Code de la consommation. Sont également concernées les associations auxquelles le ministre en charge de la culture a délivré un agrément pour une durée renouvelable de 5 ans mais à condition qu'elles justifient au moins de trois ans d'existence, d'une activité effective et publique en vue de la

¹³⁹⁶ V.-L. Benabou, *op. cit.*, p. 432.

¹³⁹⁷ Sous-amendement n° 251 à l'amendement n° 20 rectifié *bis* de la Commission des affaires culturelles présenté par MM Ralite, Renar, Voguet et Mme David et les membres du Groupe communiste républicain et citoyen.

¹³⁹⁸ G. Vercken, « Quel est le nouveau rôle des mesures techniques ? », in *Rencontres Lamy du droit de l'immatériel – Loi "DADVSI" du 1^{er} août 2006*, RLDI, octobre 2006, supplément au n° 20, p. 19.

¹³⁹⁹ Décret n° 2010-1366 du 10 novembre 2010, préc. – V. aussi, décret n° 2009-1773 du 29 décembre 2009 relatif à l'organisation de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, JO n° 0303 du 31 décembre 2009, p. 23348. Ce décret pose les règles d'organisation de l'autorité.

défense des intérêts des bénéficiaires des exceptions privilégiées et qu'elles réunissent au moins cinquante membres cotisant individuellement¹⁴⁰⁰. De telles associations peuvent saisir l'HADOPI dans l'intérêt collectif d'une ou plusieurs catégories de bénéficiaires des exceptions privilégiées comme elles peuvent intervenir en vertu d'un mandat d'une ou plusieurs personnes physiques ou morales¹⁴⁰¹.

De la même manière qu'il est difficile d'imaginer un seul individu faire la démarche de négocier les mesures volontaires avec les titulaires de droits, il paraît peu probable, au regard des frais susceptibles d'être engagés, qu'une personne prétendant au bénéfice d'une exception saisisse individuellement l'autorité de régulation. Et la Haute Autorité ne peut pas se saisir elle-même. Cela serait contraire à la *ratio legis*. Le rôle de l'autorité de régulation est subsidiaire, ce qui signifie que son intervention ne doit pas être systématique. L'admission d'une auto-saisine l'inciterait à rechercher les points de blocages, à ouvrir des dossiers et, par conséquent, à accroître le contentieux.

L'HADOPI est saisie par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Toutefois, une saisine par voie électronique n'est pas exclue à condition de suivre les modalités fixées par l'autorité indépendante¹⁴⁰². Le demandeur y indique ses nom et adresse et, le cas échéant, les statuts et le mandat donné à son représentant ou conseil. Le nom des parties qu'il met en cause doit aussi être mentionné, si possible avec leur adresse. Le demandeur précise également l'objet de la saisine, motive celle-ci et fournit les pièces utiles à sa cause. Il y joint les pièces justifiant qu'il relève bien de l'une des catégories de personnes autorisées à saisir l'autorité. Surtout, le demandeur doit justifier « *qu'il a demandé au titulaire des droits qui recourt à la mesure technique de protection de prendre les mesures propres à permettre l'exercice effectif d'une exception au droit d'auteur [...] mentionnée à l'article L. 331-31* »¹⁴⁰³.

¹⁴⁰⁰ En vertu de l'article R. 331-57 du CPI, l'agrément mentionné à l'article L. 331-33 et à l'article L. 331-36 du CPI est accordé par le ministre de la culture, pour une période de cinq ans renouvelable, aux associations qui, au jour de la demande d'agrément, justifient d'au moins trois années d'existence durant lesquelles elles ont eu une activité effective et publique en vue de la défense des intérêts des bénéficiaires des exceptions privilégiées. Par ailleurs, ces associations doivent réunir au moins cinquante membres cotisant individuellement.

¹⁴⁰¹ Article R. 331-57 II du CPI.

¹⁴⁰² Article R. 331-56 I du CPI.

¹⁴⁰³ Article R. 331-56 IV du CPI. Avant le décret n° 2010-1366 du 10 novembre 2010, la loi n'imposait pas au demandeur qu'il ait préalablement sollicité le titulaire de droits qui recourt à la mesure technique de protection. Pourtant, en matière d'interopérabilité, dès l'adoption de la loi du 1^{er} août 2006, il fut requis de l'auteur de la saisine qu'il ait demandé au titulaire de droits de lui fournir les informations nécessaires à l'interopérabilité : v. l'article L. 331-32 du CPI, ancien article L. 331-7.

516. Irrecevabilité de la demande - La Haute Autorité peut rejeter la demande dont elle a été saisie pour irrecevabilité¹⁴⁰⁴. Le CPI recense trois hypothèses d'irrecevabilité.

En premier lieu, la Haute Autorité peut déclarer irrecevable la demande lorsque l'objet de celle-ci ne relève pas de sa compétence. Dans la mesure où l'article L. 331-33 du CPI vise les mesures techniques de protection telles que définies à l'article L. 331-5 du CPI, la Haute Autorité n'est pas compétente dès lors que les mesures techniques de protection n'ont pas été déployées par les titulaires de droits ou avec leur consentement. La compétence de l'autorité de régulation n'est pas plus admise dans l'hypothèse où les mesures techniques n'ont pas pour finalité la protection d'un objet protégé par le droit d'auteur ou un droit voisin. Mais sa compétence doit encore être exclue lorsque celle-ci est saisie par un titulaire de droits souhaitant faire sanctionner le contournement d'une mesure technique efficace, la compétence revenant au juge judiciaire. En effet, seul le bénéficiaire d'une exception est admis à mettre en œuvre l'article L. 331-33 du CPI.

En second lieu, la demande qui n'observe pas les formalités de la saisine prescrites par l'article R. 331-56 sera déclarée irrecevable si dans le délai d'un mois après l'invitation à régulariser, ces formalités ne sont toujours pas dûment remplies.

En troisième lieu, la demande de l'auteur de la saisine qui n'a pas de qualité à agir ou d'intérêt à agir doit être considérée comme irrecevable. Cette solution laisse perplexe. A l'instar de l'autorité judiciaire, la Haute Autorité est admise à vérifier l'intérêt à agir de celui qui se prétend bénéficiaire d'une exception. Que l'autorité de régulation recherche l'existence d'un tel intérêt, ce n'est pas cela qui inquiète. Cela permet même d'instaurer un filtre refoulant les revendications les plus farfelues. Ce qui préoccupe davantage est que, selon la Cour de cassation, les bénéficiaires des exceptions au droit d'auteur n'ont pas d'intérêts juridiquement protégés¹⁴⁰⁵. Dès lors, on est bien curieux de voir ce qu'il peut en être devant la Haute Autorité.

517. Solution prioritaire : la conciliation – Lorsqu'elle n'est pas simplement sollicitée pour avis¹⁴⁰⁶, la Haute Autorité « favorise ou suscite une solution de conciliation »¹⁴⁰⁷. Un rapporteur désigné par le président de l'HADOPI¹⁴⁰⁸ est chargé de l'instruction du dossier et doit veiller à ce que

¹⁴⁰⁴ Article R. 331-59 du CPI.

¹⁴⁰⁵ *Infra* n° 640.

¹⁴⁰⁶ Article L. 331-36 du CPI.

¹⁴⁰⁷ Article L. 331-35 du CPI.

¹⁴⁰⁸ Article R. 331-61 du CPI : « Les rapporteurs chargés de l'instruction de dossiers auprès de la Haute Autorité sont nommés par le président de la Haute Autorité parmi les agents publics de catégorie A ou assimilés, en

celle-ci « *s'effectue dans des conditions qui garantissent le respect du principe du contradictoire de la procédure* »¹⁴⁰⁹. La partie mise en cause peut être entendue à sa demande ou celle du rapporteur. Ce dernier peut également auditionner toute autre personne s'il le juge utile, notamment lorsqu'il est sollicité en ce sens par un tiers. Le rapporteur verse au dossier le procès-verbal des auditions ainsi que toutes pièces produites par des tiers.

518. Recours éventuel à un expert – Un expert peut être sollicité à la demande d'une des parties ou sur proposition du rapporteur. En tout état de cause, l'expertise doit être acceptée par le président de l'HADOPI. Les frais d'expertise sont à la charge de la partie qui en a fait la demande ou à celle de l'HADOPI dès lors que l'expertise a été ordonnée d'office par le président sur proposition du rapporteur¹⁴¹⁰. Une fois achevé, le rapport d'expertise est remis au rapporteur qui le verse au dossier.

519. Séance confidentielle, secret professionnel – Même si le collège de la Haute Autorité peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information, il n'en reste pas moins que les séances sont tenues à huis clos¹⁴¹¹. D'ailleurs, les membres et agents de la Haute Autorité, ou plus généralement, les personnes ayant eu connaissance du dossier en raison de leur fonction, sont astreints au secret professionnel¹⁴¹².

520. Succès de la conciliation – Dès lors que le rapporteur estime qu'une conciliation entre les parties est possible, comme le prévoit l'article L. 331-35 du CPI, il établit un projet de procès-verbal constatant la conciliation¹⁴¹³. Ce projet de procès-verbal de conciliation doit préciser les mesures à prendre pour mettre un terme au litige et doit fixer un délai pour l'exécution de ces mesures. Ainsi, le titulaire de droits peut s'engager à transmettre l'œuvre de façon à permettre la mise en œuvre de l'exception en cause. En contrepartie, l'auteur de la saisine peut s'engager à ne pas communiquer l'œuvre aux tiers.

activité ou ayant fait valoir leurs droits à la retraite, et les personnes pouvant justifier d'une expérience d'au moins cinq ans dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle ou dans celui des mesures techniques et titulaires d'un des diplômes permettant d'accéder à un corps de catégorie A. Peuvent également être nommés rapporteurs les magistrats de l'ordre judiciaire détachés ou mis à disposition de la Haute Autorité en application des dispositions de l'article R. 331-15 ».

¹⁴⁰⁹ Article R. 331-62 du CPI.

¹⁴¹⁰ Article R. 331-63 du CPI.

¹⁴¹¹ Art. R. 331-3 du CPI.

¹⁴¹² Art. L. 331-22 du CPI.

¹⁴¹³ Article R. 331-72 du CPI.

Une fois le projet de procès-verbal signé par les parties en cause, il est présenté à la Haute Autorité qui doit donner son accord afin de le rendre définitif et exécutoire. Le procès-verbal définitif de conciliation est déposé au greffe du ou des tribunaux d'instance dans le ressort duquel ou desquels les parties ont leur domicile ou siège social.

521. De l'échec de la conciliation à la solution ultime : la décision de l'HADOPI – En revanche, lorsqu'aucun terrain d'entente n'a été trouvé entre les parties, la Haute Autorité peut, par une décision motivée, « *soit rejeter la demande dont elle a été saisie, soit enjoindre à la personne mise en cause de prendre les mesures propres à assurer le bénéfice effectif de l'exception au droit d'auteur* »¹⁴¹⁴ dont la mise en oeuvre est restreinte par un dispositif technique. Dans cette hypothèse, l'autorité dispose d'un véritable pouvoir de règlement des litiges assorti d'un pouvoir de sanction. Sa mission n'est donc pas seulement « quasi-normative », elle est aussi « quasi-juridictionnelle »¹⁴¹⁵. D'ailleurs, ce pouvoir « quasi-juridictionnel » des autorités de régulation est admis par le Conseil constitutionnel depuis longtemps¹⁴¹⁶.

522. Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁴¹⁷, le rapporteur ne devrait pas participer aux délibérations dans le cadre des décisions de la Haute Autorité. En effet, il faut veiller à ce que les délibérations soient rendues en toute objectivité. Le principe de séparation des fonctions, bien connu de la procédure pénale, est donc de mise et commande que le rapporteur ayant instruit le dossier ne prenne pas part aux décisions. Le cas échéant, la décision de l'autorité

¹⁴¹⁴ Article R. 331-73 alinéa 1 du CPI.

¹⁴¹⁵ En ce sens, L. Rapp, *op. cit.*, p. 65 – P.-Y. Gautier, « L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le test des trois étapes », *CCE*, novembre 2006, étude 26, p. 10 – Aussi, S. Carre, « Le vertige de l'irrecevabilité (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2008) », *RIDA*, juillet 2009, n° 221, p. 169 : l'auteur relève que l'autorité administrative indépendante instituée par la loi du 1^{er} août 2006 constitue un tribunal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁴¹⁶ Cons. const., décision du 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, « Loi relative à la sécurité et à la transparence des marchés financiers », *JO* du 1^{er} août 1989, p. 9676, considérant 6 : « Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'expérience du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis » – Également, Cons. const., décision du 23 juillet 1996, n° 96-378 DC, « Loi de réglementation des télécommunications », *JO* du 27 juillet 1996, p. 11400, considérant 15 : « Considérant que la loi peut sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter une autorité administrative indépendante des pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission ; qu'il appartient toutefois au législateur d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de sanction de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier une sanction administrative pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale ».

¹⁴¹⁷ Cass. Ass. Plén., 5 février 1999, *Bull. civ.*, n° 1 – Cass. com., 5 octobre 1999, *Bull. civ.* IV, n° 159.

de régulation pourrait être annulée sans que la validité de l'instruction soit pour autant remise en cause¹⁴¹⁸.

523. Au cas où la Haute Autorité rejette la demande dont elle a été saisie, elle peut faire supporter à l'auteur de la saisine tout ou partie des frais de procédure, en ce compris le coût de l'expertise. Dans l'hypothèse où la Haute Autorité accède à la demande de l'auteur de la saisine, elle peut mettre à la charge de la personne mise en cause ces frais de procédure¹⁴¹⁹.

524. Au travers de l'injonction visant à garantir le bénéfice effectif d'une exception au droit d'auteur, la Haute Autorité définit ses modalités d'exercice. Lorsqu'il est question de l'exception de copie privée, elle peut déterminer le nombre minimal de copies autorisées en fonction du type d'œuvre, des différents modes de communication au public et des possibilités offertes par les dispositifs de protection. En contrepartie, l'autorité indépendante peut imposer certaines obligations au bénéficiaire de l'exception afin de garantir le maintien des conditions d'accès et d'utilisation de l'objet protégé ainsi que l'efficacité et l'intégrité des mesures techniques¹⁴²⁰.

525. L'injonction émise par la Haute Autorité peut être assortie d'une astreinte¹⁴²¹. Elle en fixe le montant et la date de prise d'effet. Dans l'hypothèse où elle constate, d'elle-même ou saisie par une partie intéressée, que les mesures qu'elle a prescrites n'ont pas été suivies, elle ordonne la liquidation de l'astreinte. Cette astreinte est considérée comme provisoire tant que la Haute Autorité n'a pas expressément indiqué son caractère définitif. On observera que le régime de sanction est plus sévère en matière d'interopérabilité. En effet, non seulement le CPI prévoit que peut être assortie d'une astreinte l'injonction adressée au titulaire de droits de prendre les mesures propres à assurer l'accès du demandeur aux informations essentielles à l'interopérabilité¹⁴²² mais il instaure également une sanction pécuniaire en cas d'inexécution des injonctions ou de non-respect des engagements pris devant elle¹⁴²³. La sanction pécuniaire est évaluée en proportion de l'ampleur du préjudice causé aux intéressés, à la situation de l'entité sanctionnée et à l'éventuel caractère répétitif des pratiques contraires à l'interopérabilité. Toutefois, le montant de la sanction

¹⁴¹⁸ Cass. com., 13 juillet 2004, *Bull. civ.* IV, n° 163.

¹⁴¹⁹ Article R. 331-75 alinéa 4 du CPI.

¹⁴²⁰ Articles L. 331-31 et R. 331-73 alinéa 3 du CPI. On observera qu'un dispositif similaire existe en matière d'interopérabilité : v. l'article R. 331-68 alinéa 3 du CPI.

¹⁴²¹ Articles R. 331-68 II et R. 331-73 alinéa 4 du CPI.

¹⁴²² Article L 331-32 et R. 331-68 du CPI.

¹⁴²³ Article L. 331-32 du CPI.

pécuniaire ne peut pas dépasser cinq pour cent du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes s'il s'agit d'une entreprise ou à 1,5 millions d'euros dans les autres cas.

526. Les décisions de la Haute Autorité sont notifiées aux parties par lettre recommandée avec avis de réception et sont susceptibles d'être rendues publiques par tous moyens¹⁴²⁴. Les procès verbaux et les avis peuvent également faire l'objet d'une publicité. Seules les décisions sont obligatoirement publiées au Bulletin officiel du ministère de la culture et de la communication. Dès lors qu'un secret protégé par la loi est en jeu, la Haute Autorité peut demander une publication *a minima* afin que certains éléments sensibles ne soient pas divulgués. Une copie de la décision est transmise au ministre de la culture.

527. Comme en matière de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, la règle du triple test s'impose. Si le triple test a vocation à être appliqué par l'autorité judiciaire, il semble logique que, en vue d'arbitrer un litige concernant le bénéfice d'une exception, l'autorité administrative ait aussi à en tenir compte. Ainsi, l'article R. 331-64 du CPI prévoit que « *les décisions prises par la Haute Autorité (...) ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale d'une œuvre ou d'un objet protégé par un droit de propriété intellectuelle, ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits de propriété intellectuelle* ».

Cependant, on restera circonspect devant le libellé de cette disposition. Faut-il comprendre ici que ce ne sont pas les exceptions au droit d'auteur qui sont soumises aux exigences du triple test mais les décisions de la Haute Autorité ? Mais l'idée de « décisions soumises au triple test » n'a pas vraiment de sens. La rédaction est maladroite. Le test en trois étapes n'a pas d'autre objet que les exceptions au droit d'auteur. Ce sont les exceptions qui lui sont subordonnées et non les décisions de l'autorité administrative.

En tout état de cause, la présence du triple test dans le carquois de l'autorité de régulation n'est pas forcément un atout. Cela a été précédemment relevé¹⁴²⁵, le test n'est pas conçu pour jouer en faveur des utilisateurs. Son application par la Haute Autorité suscite alors les mêmes craintes que son application judiciaire.

¹⁴²⁴ Articles R. 331-74 et R. 331-75 alinéa 3 du CPI.

¹⁴²⁵ *Supra* n° 185.

528. Recours devant la Cour d'appel de Paris – Dans le délai d'un mois suivant la notification de la décision, les parties peuvent introduire un recours en réformation devant la Cour d'appel de Paris¹⁴²⁶. Très logiquement, ce recours produit un effet suspensif. La lettre de notification doit préciser ce délai de recours et les modalités de son exercice. Elle doit également comporter une annexe dans laquelle sont indiqués les noms, qualités et adresses des parties. Si l'une de ces précisions fait défaut, les délais ne sont pas opposables à l'auteur du recours. Les décisions de la Cour d'appel de Paris sont notifiées aux parties par lettre recommandée avec avis de réception. Par ailleurs, elles sont transmises au président de la Haute Autorité et au Ministre de la culture par lettre simple.

De façon singulière, et même si les parties peuvent se faire représenter par un avocat conformément à l'article 931 du code de procédure civile, les recours exercés contre une décision de la Haute Autorité devant la Cour d'appel de Paris obéissent à la procédure applicable devant l'autorité administrative¹⁴²⁷. Cela conduit à s'interroger sur la compétence de la Cour d'appel de Paris. Il eût été logique que les décisions de l'HADOPI, en tant qu'autorité administrative indépendante, fassent l'objet de recours devant une juridiction administrative. Mais le Conseil constitutionnel a considéré que « *lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ; [...] une telle unification peut être opérée tant en fonction de l'autorité dont les décisions sont contestées, qu'au regard de la matière concernée* »¹⁴²⁸. En l'occurrence, il est évident que les litiges relatifs au bénéfice des exceptions impliquent la législation sur propriété littéraire et artistique, matière de droit privé ressortissant par principe à l'ordre judiciaire. D'ailleurs, la même logique est appliquée à d'autres autorités de régulation, telles que l'autorité de la concurrence ou l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes, dont les décisions sont susceptibles de recours devant la cour d'appel de Paris. Et naturellement, les décisions rendues par celle-ci peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation.

¹⁴²⁶ Cependant, les prolongations de délais bénéficiant aux personnes domiciliées à l'étranger ou dans les départements et collectivités d'outre-mer ne sont pas applicables (article R. 331-75 du CPI).

¹⁴²⁷ Article R. 331-76 du CPI.

¹⁴²⁸ Cons. const., décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, « Loi de réglementation des télécommunications », préc. : considérant 22.

Conclusion de la Section

529. Le moins que l'on puisse dire est que le régime de préservation des exceptions n'est pas véritablement contraignant à l'égard des titulaires de droit. Dans un premier temps, ils sont simplement invités à prendre toutes mesures utiles pour ne pas priver les utilisateurs du bénéfice effectif des exceptions privilégiées. Ce n'est que dans l'hypothèse d'un refus des titulaires de droit que les bénéficiaires des exceptions sont susceptibles de saisir la Haute Autorité. Le législateur national a, en effet, fait le choix d'une autorité administrative indépendante pour se substituer aux ayants droit et prendre les mesures nécessaires à la conciliation entre les exceptions et les mesures techniques. Si l'instauration d'une telle institution est gage d'expertise et de rapidité, elle peut également inspirer une certaine défiance. La Haute Autorité n'est pas l'autorité judiciaire, laquelle est censée être gardienne de la liberté individuelle.

Conclusion du Chapitre I

530. La présence de dispositifs de protection accompagnant les supports ou vecteurs des œuvres ne scelle pas définitivement le sort des exceptions au droit d'auteur. Il existe un régime de sauvegarde mais celui-ci ne bénéficie qu'à des dérogations limitativement énumérées. L'accession de ces exceptions à ce statut privilégié est tout de même le signe qu'elles ne peuvent pas être écartées car elles ont une valeur impérative. Cependant, on regrettera que la distinction opérée entre les exceptions élues et celles non élues sème la confusion en donnant à penser que certaines d'entre elles ne sont pas d'ordre public. En effet, la courte citation et la parodie ne sont pas moins impératives que l'exception en faveur des personnes handicapées ou que l'exception de copie privée.

531. La complexité du mécanisme de préservation est aussi à déplorer. Malgré les apparences, les titulaires de droits ne sont pas vraiment incités à prendre en amont des mesures permettant de concilier l'exercice effectif des exceptions avec les technologies de protection. On ne voit pas comment ils prendraient de telles mesures si rien ne les y oblige vraiment. Partant, l'articulation entre les exceptions au droit d'auteur et les systèmes interviendra la plupart du temps *a posteriori*. Mais l'utilisateur ne peut saisir la Haute Autorité qu'après le refus des titulaires de droit de prendre les mesures nécessaires à l'exercice de l'exception. Or, il peut se passer beaucoup de temps entre le moment où le bénéficiaire de l'exception formule sa demande auprès des ayants droit et le moment où la Haute Autorité finit par apporter une solution au litige. Au regard de l'enjeu que représente le bénéfice d'une exception, le temps à investir et les démarches à accomplir dissuadent certainement les utilisateurs de saisir l'autorité de régulation. Il n'en reste pas moins que les exceptions sont d'ordre public. Ce n'est donc pas à l'utilisateur de supporter les effets négatifs que produisent les dispositifs techniques sur elles. Cela est à la limite de l'acceptable. Même si la mission des verrous techniques est noble en ce qu'elle vise la protection des œuvres, le caractère d'ordre public des exceptions implique que le trouble causé à l'utilisateur soit rapidement levé. N'aurait-il pas été plus simple d'établir un véritable lien entre la protection juridique des œuvres et la protection juridique des mesures techniques en exonérant de toute responsabilité tout utilisateur commettant un contournement en vue de mettre en œuvre une exception ? D'aucuns affirment que cela aurait contribué à fragiliser la protection des œuvres dans l'environnement numérique. Quoi qu'il en soit, à partir du moment où le législateur

européen faisait le choix de la primauté des mesures techniques, il était évident que l'indispensable préservation des exceptions susciterait une solution complexe.

Chapitre II – L'exclusion de la régulation entre les exceptions au droit d'auteur et les mesures techniques de protection

532. Exclusion dans le cadre des services interactifs à la demande – Transposant l'article 6 paragraphe 4 alinéa 4 de la directive du 22 mai 2001, l'article L. 331-8 du CPI énonce que les titulaires de droits¹⁴²⁹ ne sont pas tenus de garantir le bénéfice des exceptions lorsque l'œuvre ou un autre objet protégé « *est mis à disposition du public selon des dispositions contractuelles convenues entre les parties, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit* »¹⁴³⁰. Autrement dit, dès lors qu'une œuvre est mise à disposition dans le cadre de ce que l'on nomme un « service interactif à la demande », les titulaires de droits n'ont aucune obligation de garantir le bénéfice effectif des exceptions. Il ne peut leur être imposé aucune conciliation ni aucune régulation et cela vaut tant pour les exceptions non garanties que pour les exceptions privilégiées. Toujours est-il que rien n'interdit aux titulaires de droits de prendre des mesures susceptibles d'assurer la mise en œuvre des exceptions dans le cadre des services à la demande.

533. Justification de l'exclusion – La finalité de la mesure est de garantir la viabilité de l'économie des services interactifs à la demande en empêchant la copie privée¹⁴³¹. Comme l'a souligné le rapporteur à l'Assemblée nationale du projet de loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : il s'agit de favoriser « *le développement de nouvelles offres commerciales, le plus souvent payantes, qui seront progressivement mises en œuvres sur les réseaux, dans le contexte de la gestion électronique des droits* »¹⁴³². Le modèle économique de ces services repose sur leur caractère temporaire. Ainsi, après s'être acquitté du paiement facturé par le prestataire, l'utilisateur ne peut visionner un film qu'une seule fois ou plusieurs fois pendant une durée déterminée. Il

¹⁴²⁹ Il ne peut s'agir ici que des titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin.

¹⁴³⁰ V. 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, 10 décembre 1997, p. 28 : « 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 [l'article 3 de la directive] 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 ».

¹⁴³¹ V. le considérant 10 de la directive du 22 mai 2001: « Les auteurs ou les interprètes ou exécutants, pour pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique, doivent obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, de même que les producteurs pour financer ce travail. L'investissement nécessaire pour créer des produits, tels que les services à la demande, est considérable. Une protection juridique appropriée des droits de propriété intellectuelle est nécessaire pour garantir une telle rémunération et permettre un rendement satisfaisant de l'investissement ».

¹⁴³² Rapport VANNESTE, p. 89

importe alors qu'il ne puisse pas être en mesure d'effectuer de copie de l'œuvre mise temporairement à sa disposition. D'une part, cela permet d'éviter toute communication du contenu à des tiers. D'autre part, cela oblige l'utilisateur qui souhaiterait regarder encore une fois le film à solliciter de nouveau le service et, par conséquent, à payer un « nouveau ticket ». En tout état de cause, l'absence de garantie de l'exception de copie de privée dans le cadre des services à la demande influe nécessairement sur la rémunération pour copie privée. A cet égard, la Commission sur la rémunération pour copie privée estime que « *pour les DRMS qui mettent en œuvre une mise à disposition de contenus à la demande (telle que, par exemple, la VOD – vidéo à la demande – pour l'audiovisuel), les copies correspondantes doivent être exclues des bases de calcul de la rémunération pour copie privée* »¹⁴³³.

534. Les services interactifs à la demande, une notion à préciser – Les services de mise à disposition des œuvres sont divers et les frontières entre les uns et les autres peuvent apparaître bien floues. Or, il convient de bien identifier l'hypothèse envisagée¹⁴³⁴ car, malheureusement, la directive du 22 mai 2001 ne précise pas grand-chose sur les services interactifs à la demande, si ce n'est, par exemple, qu'ils relèvent du droit de communication au public des titulaires de droits : « *le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil 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* »¹⁴³⁵.

En regard, l'acquis communautaire est une source riche en informations permettant de préciser la notion de service interactif à la demande (Section I). Mais les services interactifs à la demande ne sont exclus du champ d'application du régime de préservation des exceptions qu'à condition qu'ils soient régis par des dispositions contractuelles (Section II).

¹⁴³³ Rapport annuel 2006-2007 de la Commission sur la rémunération pour copie privée, publié en mars 2008, p. 20. Ce document est disponible à l'adresse internet ci-dessous :

<http://www.copieprivee.culture.gouv.fr/spip.php?article13> (page consultée le 14 octobre 2012).

¹⁴³⁴ V. P. Chantepie, « Les tâches aveugles de la directive n° 2001/29 : copie privée numérique à la demande et compensation équitable », *RLDI*, février 2005, p. 57.

¹⁴³⁵ Article 3 de la directive du 22 mai 2001 – V. les articles 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et 14 du Traité de l'OMPI sur les droits voisins.

Section I – La notion de service interactif à la demande

535. La notion de service interactif à la demande peut être précisée à la lumière de deux autres notions : celle de « service de la société de l'information » (Paragraphe I) et celle de « service quasi à la demande » (Paragraphe II).

Paragraphe I - Le service à la demande à l'aune du service de la société de l'information

536. **Le service de la société de l'information dans la directive du 22 juin 1998** – Si la directive du 22 mai 2001 n'est pas très bavarde sur la question des services interactifs à la demande, il est possible de trouver des réponses dans l'acquis du droit de l'Union européenne. En effet, les services interactifs à la demande sont avant tout des services de la société de l'information tels que les présente la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 dite directive. Même si les services à la demande ne représentent pas tous les services de la société de l'information, il convient d'éclairer leur définition à la lumière de cette directive.

537. **Définition du service de la société de l'information** – Au regard de l'article 1^{er} point 2) point a) de la directive du 22 juin 1998, est un service de la société de l'information « *tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services* ». A partir de cette définition, il est possible de discerner quatre critères cumulatifs.

538. **Service rémunéré** – Tout d'abord, conformément à l'article 50 du Traité CE, pour être qualifiée de service, la prestation doit être fournie « *normalement contre rémunération* ». *A contrario*, si la prestation est fournie à titre gracieux, elle ne peut être qualifiée de service et encore moins de « service de la société de l'information ». La source de la rémunération n'est pas obligatoirement le destinataire du service¹⁴³⁶. En effet, si le service peut être rémunéré directement par le bénéficiaire du service au travers d'un paiement à l'acte ou d'un abonnement, il peut tout autant être rémunéré de manière indirecte au travers des revenus de la publicité.

¹⁴³⁶ CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders c/État néerlandais*, aff. n° 352/85, Rec. p. 2085 : considérant 16.

539. Service à distance – Ensuite, il doit s’agir d’un service fourni « à distance ». Cette caractéristique concorde avec la description que donne la directive du 22 mai 2001 des services interactifs à la demande permettant de mettre à disposition des œuvres « de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement »¹⁴³⁷. Ne sont donc pas couverts les services fournis par le prestataire en présence du destinataire. Une distance physique est nécessaire¹⁴³⁸. L’annexe V de la directive du 22 juin 1998 va même jusqu’à préciser que les « services prestés en présence physique du prestataire et du destinataire, même s’ils impliquent l’utilisation de dispositifs électroniques » ne constituent pas des services fournis à distance. Il en est ainsi de la consultation d’un catalogue électronique dans une boutique ou de la réservation électronique d’un billet d’avion dans une agence de voyage en présence du client.

540. Service électronique – En outre, la prestation doit être accomplie « par voie électronique ». La directive du 22 juin 1998 précise que le service est « envoyé à l’origine et reçu à destination au moyen d’équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et [...] est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d’autres moyens électromagnétiques ». En vérité, la technique de transmission importe peu. Il ne s’agit là que d’une liste indicative car en la matière le principe de neutralité technique prévaut.

A titre d’exemples, l’annexe V du texte européen indique que ne sont pas des services fournis par voie électronique les « les services dont le contenu est matériel même s’ils impliquent l’utilisation de dispositifs électroniques » tels que la « distribution automatique de billets (billets de banque, billets de trains) », de même que les accès aux réseaux routiers ou parkings payants au travers de dispositifs électroniques de contrôle. Ne sont pas plus des services fournis par voie électronique, les services dits « off-line » de distribution de CD-ROM ou de logiciels sur disquette ni les « services qui ne sont pas fournis au moyen de systèmes électroniques de stockage et de traitement de données » tels que les services de téléphonie vocale ou les services de télécopieurs¹⁴³⁹.

541. Service sur demande individuelle – Enfin, le service doit être presté « à la demande individuelle » du destinataire. Dans ces circonstances, la formule « donneur d’ordres » usitée pour désigner celui qui demande l’exécution d’une prestation de service prend tout son sens. Sur la

¹⁴³⁷ Articles 3 paragraphe 2 et 6 paragraphe 4 alinéa 4 de la directive du 22 mai 2001.

¹⁴³⁸ Sur ce point, v. les considérants 23 et 24 de la directive du 22 mai 2001.

¹⁴³⁹ On observera cependant que les smartphones, fonctionnant comme de véritables ordinateurs, peuvent être utilisés pour accéder à un service interactif à la demande tel qu’un service de vidéo à la demande ou un service de distribution de musique en ligne. Dans une telle hypothèse, il est évident que la qualification de service fourni par voie électronique s’impose.

base d'un appel individuel, le destinataire du service sollicite le service, de sorte que la prestation fournie est considérée comme personnalisée.

542. Compatibilité avec la notion de service interactif à la demande – Il est possible d'inscrire les services interactifs à la demande parmi les services de la société de l'information. Le cinquante-troisième considérant de la directive du 22 mai 2001 indique que « *la protection des mesures techniques devrait garantir un environnement sûr pour la fourniture de services interactifs à la demande, et ce de telle manière que le public puisse avoir accès à des œuvres ou à d'autres objets dans un endroit et à un moment choisis par lui* », « *les formes non interactives d'utilisation en ligne* » restant soumises au régime de préservation des exceptions¹⁴⁴⁰. On retrouve ici les critères du service de la société de l'information. Tout d'abord, la notion de « *services* » interactifs à la demande renvoie bien à une prestation fournie contre rémunération. Ensuite, l'expression « *de telle manière que le public puisse avoir à des œuvres [...] dans un endroit et à un moment choisis par lui* » fait référence à un service presté à distance et sur demande individuelle, ce qui recouvre deux autres critères de la notion de service de la société de l'information. Enfin, un dernier critère est observé en ce que le service interactif à la demande est assurément un service fourni par voie électronique. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter au vingt-cinquième considérant de la directive du 22 mai 2001 en vertu duquel « *les actes de transmission à la demande* » sont effectués au moyen de réseaux électroniques.

Paragraphe II - Le service interactif à la demande à l'aune du service quasi à la demande

543. On s'est beaucoup interrogé sur la distinction entre les services à la demande et les services quasi à la demande, ainsi que sur la différence entre les services de la société de l'information et les services de radiodiffusion télévisuelle. La jurisprudence « *Mediakabel* » apporte des précisions importantes sur ces sujets.

544. Faits du litige - Par un arrêt *Mediakabel BV c/ Commissariat voor de Media* rendu le 2 juin 2005¹⁴⁴¹, la Cour de justice est venue clarifier les choses. Dans cette affaire, la société *Mediakabel*, prestataire de service néerlandais, offrait à ses abonnés d'accéder à certaines vidéos moyennant

¹⁴⁴⁰ V. aussi, le considérant 25 de la directive du 22 mai 2001 selon lequel les transmissions interactives à la demande sont « caractérisées par le fait que chacun peut avoir accès aux œuvres de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

¹⁴⁴¹ CJCE, 2 juin 2005, *Mediakabel c/ Commissariaat voor de Media*, aff. n° C-89/04, *Rec.* p. 4891.

rémunération au travers d'un service nommé « Filmtime ». Les modalités étaient simples : une fois le paiement effectué, une clé de décryptage était délivrée à l'abonné afin qu'il puisse regarder la vidéo à l'heure prévue de la diffusion. Le *Commissariat voor de Media* - que l'on peut rapprocher du Conseil supérieur de l'audiovisuel - classa ce service parmi les services de radiodiffusion télévisuelle et, par suite, reprocha au prestataire de ne pas avoir sollicité d'autorisation ni respecté les quotas de diffusion d'œuvres européennes¹⁴⁴². Mediakabel réfuta la décision de l'autorité de régulation, arguant que sa prestation devait être qualifiée de « service de la société de l'information » et non de « service de radiodiffusion télévisuelle »¹⁴⁴³, contestant par là la légitimité du contrôle opéré par le commissariat.

545. Position de la Cour de justice – Après le refus du tribunal de Rotterdam de lui donner gain de cause, le prestataire fit un recours auprès du Conseil d'État néerlandais, lequel posa une question préjudicielle à la Cour de justice¹⁴⁴⁴. Il s'agissait de distinguer les « services de radiodiffusion télévisuelle » et les « services de la société de l'information » afin de déterminer si la prestation de Mediakabel relevait de l'une ou l'autre des catégories.

La réponse de la Cour de justice fut très claire : le service fourni par Mediakabel est bien un service de radiodiffusion télévisuelle. Selon elle, il ne s'agit aucunement d'un « service de la société de l'information » dans la mesure où celui-ci doit être caractérisé par la demande individuelle du destinataire du service. La Cour va même plus loin puisqu'elle précise que l'on est en présence d'un service « quasi à la demande » de radiodiffusion télévisuelle¹⁴⁴⁵.

546. Distinction entre service de la société de l'information et service de radiodiffusion télévisuelle – L'expression « quasi à la demande » est très énigmatique. Pour l'éclairer, la directive du 3 octobre 1989¹⁴⁴⁶ et la directive du 22 juin 1998¹⁴⁴⁷ n'apportent qu'une aide minimale¹⁴⁴⁸. L'une

¹⁴⁴² Article 4 de la directive 89/552/CE du Conseil, du 3 octobre 1989 : *infra* n° 546.

¹⁴⁴³ Dits aussi « services linéaires ».

¹⁴⁴⁴ Raad van State, 18 février 2004, *JOCE* n° C 94 du 17 avril 2004, p. 26.

¹⁴⁴⁵ Considérant 39 de l'arrêt : « Un tel service n'est donc pas commandé individuellement par un destinataire isolé qui aurait le libre choix de ses programmes dans un cadre interactif. Il doit être regardé comme un service de quasi vidéo à la demande, fourni sur une base « point à multipoint » et non « à la demande individuelle d'un destinataire de services ».

¹⁴⁴⁶ Directive n° 89/552/CE du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *JOCE* n° L 298/23 du 17 octobre 1989, p. 23. Elle fut par modifiée par la directive n° 97/36/CE du 30 juin 1997, *JOCE* n° L 202/60 du 30 juillet 1997.

¹⁴⁴⁷ Directive n° 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *JOCE* n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 37, directive qui fut modifiée par la directive n° 98/48/CE du 20 juillet 1998, *JOCE* n° L 217 du 5 août 1998, p. 18.

comme l'autre ne livrent aucune définition des « services quasi à la demande ». En revanche, ces instruments européens donnent de précieuses indications quant aux notions de « services de radiodiffusion télévisuelle » et « services de la société de l'information »¹⁴⁴⁹. C'est à travers l'analyse de ces notions que la Cour de justice a pu préciser la nature des « services quasi à la demande ».

Les instruments européens opèrent une distinction entre les « services de radiodiffusion télévisuelle » et les « services de la société de l'information ». Ainsi, l'article 1 paragraphe a) de la directive du 3 octobre 1989 définit la « radiodiffusion télévisuelle » comme « l'émission primaire, avec ou sans fil, terrestre destinés au public. Est visée la communication de programmes entre entreprises en vue d'une rediffusion à l'intention du public. Ne sont pas visés les services de communications fournissant, sur appel individuel, des éléments d'information ou d'autres prestations, tels que les services de télécopie, les banques de données électroniques et autres services similaires ». Au regard de l'article 1 point 2) point a) de la directive du 22 juin 1998, un « service de la société de l'information » correspond à « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ». Dès lors sont exclus les services de radiodiffusion télévisuelle¹⁴⁵⁰.

547. La directive du 22 juin 1998 apporte des précisions utiles en établissant une liste de services ne répondant pas à la définition des « services de la société de l'information ». Notamment, l'annexe V de l'instrument européen indique que les services de vidéo « quasi à la demande » font partie des « services de radiodiffusion télévisuelle », eux-mêmes considérés comme des « services non fournis " à la demande individuelle d'un destinataire de services" », c'est-à-dire des « services fournis par l'envoi de données sans appel individuel et destinés à la réception simultanée d'un nombre illimité de destinataires (transmission "point à multi-point") »¹⁴⁵¹.

On serait tenté de croire que la directive du 22 juin 1998 renouvelle ici la définition des « services de radiodiffusion télévisuelle » par rapport à celle livrée par la directive du 3 octobre 1989. Mais selon la Cour de justice, il n'en est rien. Le juge européen rappelle que « *le champ*

¹⁴⁴⁸ V. notamment le point 3 de l'annexe V de la directive du 22 juin 1998 qui ne fait qu'inclure la « quasi vidéo à la demande » parmi les services non fournis à la demande individuelle d'un destinataire de services.

¹⁴⁴⁹ Opérant aussi la distinction, directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à des aspects juridiques des services de la société de l'informaton, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *JOCE* n° L 178 17 juillet 2000, p. 1.

¹⁴⁵⁰ Article 1 paragraphe 2) alinéa 4 de la directive du 22 juin 1998.

¹⁴⁵¹ Point 3) de l'annexe.

d'application de la notion de "service de radiodiffusion télévisuelle" est déterminé de façon autonome » par la directive du 3 octobre 1989 « *qui comporte tous les éléments pertinents à cet effet* »¹⁴⁵². Surtout, il fait remarquer que la directive du 20 juillet 1998, modifiant la directive du 22 juin 1998, énonce que celle-ci « *est sans préjudice du champ d'application* »¹⁴⁵³ de la directive du 3 octobre 1989 et qu'il n'a jamais été « *dans les intentions du législateur communautaire* » de la modifier¹⁴⁵⁴.

Par ailleurs, la Cour de justice relève que l'annexe V de la directive du 22 juin 1998 « n'a qu'une valeur indicative et ne vise qu'à définir par exclusion la notion de "service de l'information". Elle n'a donc ni pour objet ni pour effet de préciser les contours de la notion de "service de la société de radiodiffusion télévisuelle", dont la définition repose sur les seuls critères fixés » par la directive du 3 octobre 1989. Or, selon le juge européen, il faut se garder de déterminer le domaine d'application de la notion de « radiodiffusion télévisuelle » par exclusion de celui de la notion de « service de la société de l'information ». Prenant l'exemple des services de radiodiffusion sonore, la Cour de justice montre que la directive du 22 juin 1998, en son article 1^{er} point 2), comme en son annexe V, vise des services ne correspondant ni à des « services de la société de l'information » ni à des « services de radiodiffusion télévisuelle »¹⁴⁵⁵.

548. Rejetant la méthode qui consiste à déduire le périmètre de la notion de services de radiodiffusion télévisuelle par exclusion de celui de la notion de services de la société de l'information, le juge européen opte pour une autre démarche. Afin de déterminer la qualification du service en cause, il suffit de se référer aux critères contenus dans chaque définition : celle des « services de radiodiffusion télévisuelle » et celle des « services de la société de l'information ». Seule la réunion en l'espèce de l'ensemble des critères posés par la définition de référence emporte qualification.

549. Notion de service de radiodiffusion télévisuelle – En matière de service de radiodiffusion télévisuelle, la définition de référence est celle que livre la directive du 3 octobre 1989 : « émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes télévisés, destinés au public ». La Cour de justice en tire la conséquence suivante : « *un service relève de la notion de "radiodiffusion télévisuelle" s'il consiste en l'émission primaire de programmes*

¹⁴⁵² CJCE, 2 juin 2005, préc., considérant 18.

¹⁴⁵³ Considérant 20 de la directive du 20 juillet 1998.

¹⁴⁵⁴ CJCE, 2 juin 2005, préc., considérant 23.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, considérant 22.

télévisés, destinés au public»¹⁴⁵⁶. Deux critères essentiels sont donc dégagés de cette définition. L'un concerne l'émission des programmes télévisés, l'autre s'agit de leur réception par un public.

550. L'émission des programmes télévisés – Il doit y avoir émission primaire d'un programme télévisé. En vertu du principe de neutralité technique prôné par le droit de l'Union européenne¹⁴⁵⁷ ainsi que le Conseil d'État¹⁴⁵⁸, les considérations techniques relatives au support ou au mode de transmission restent indifférentes. La Cour de justice adopte cette approche en soulignant que « *la technique de transmission des images n'est pas un élément déterminant [...] ainsi que l'atteste l'emploi, à l'article 1^{er}, sous a), de la directive 89/552, des termes "avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non"*. La Cour a ainsi jugé que la télédistribution par câble entre dans le champ d'application de ladite directive, alors même que cette technique était peu répandue au moment de l'adoption de cette directive »¹⁴⁵⁹. Par exemple, peu importe qu'il s'agisse de télévision analogique ou de télévision numérique. Seulement, l'émission primaire d'un programme télévisé ne suffit pas à caractériser la radiodiffusion télévisuelle. Encore faut-il que le programme soit reçu simultanément par un public.

551. La réception simultanée des programmes télévisés par un public – Le service de radiodiffusion consiste en l'émission de programmes télévisés destinés à un public, c'est-à-dire à un nombre indéterminé de personnes potentielles qui reçoivent simultanément les mêmes images¹⁴⁶⁰. La prestation fournie n'est donc pas personnalisée. Cette acception inclut sans nul doute l'émission « point à multipoint », c'est-à-dire une émission reçue simultanément par plusieurs destinataires, mais cela n'exclut pas nécessairement la transmission « point à point » dès lors que celle-ci ne répond pas à une demande individuelle¹⁴⁶¹. En tout état de cause, l'émission du programme à destination d'un nombre indéterminé de téléspectateurs exclut les services fournis sur appel individuel¹⁴⁶². Aussi, ce n'est que dans l'hypothèse où le service ne répond pas à

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, considérant 28.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*, considérant 18 ; et article 8 paragraphe 1 de la directive n° 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *JOCE* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33.

¹⁴⁵⁸ Rapport du Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, La Documentation française, 1998, p. 223.

¹⁴⁵⁹ CJCE, 2 juin 2005, préc., considérant 29. La Cour de justice fait référence à un arrêt du 10 septembre 1996, *Commission des Communautés européennes c/Royaume de Belgique*, aff. n° C-11/95, *Rec.* p. 4115, considérants 15 à 25.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, considérant 30 – V. CJCE, 7 décembre 2006, aff. n° C-306/05, *SGAE c/Rafael Hoteles*, préc.

¹⁴⁶¹ Une émission « point à point » n'implique pas nécessairement une demande individuelle mais peut correspondre à un service proposé par le prestataire et non sollicité par le destinataire. De plus au regard, des nombreuses possibilités qu'offre les nouvelles techniques, il n'est pas impossible qu'un prestataire transmette un contenu en même temps à plusieurs destinataires suivant la méthode « point à point ».

¹⁴⁶² CJCE, 2 juin 2005, préc., considérant 31.

une demande individuelle qu'il sera susceptible¹⁴⁶³ de compter parmi les services de radiodiffusion télévisuelle.

On observera qu'il n'est pas indispensable que le public soit réel mais qu'il suffit qu'il soit éventuel pour être en présence d'un « service de radiodiffusion télévisuelle ». Par ailleurs, ni la qualité des destinataires – abonnés ou non - ni leur nombre ne sont pris en considération. Il suffit qu'ils soient plusieurs à pouvoir recevoir simultanément le programme télévisé. A ce propos, le juge européen soutient que la notion de « services de radiodiffusion télévisuelle » ne saurait être enfermée dans une acception étroite telle que celle adoptée dans l'annexe V de la directive du 22 juin 1998¹⁴⁶⁴. Selon lui, retenir une telle interprétation reviendrait, sans raison valable, à exclure de la catégorie des « services de radiodiffusion télévisuelle » les services de télévision sur abonnement diffusés auprès d'un public limité¹⁴⁶⁵, parmi lesquels figure le service fourni par Mediakabel.

Lorsqu'un service satisfait à une demande personnalisée, il ne peut s'agir d'un service de radiodiffusion télévisuelle. En revanche, il remplit l'un des critères posés par la définition des « services de la société de l'information ». Néanmoins, ce n'est pas parce que le service en cause ne présente pas les caractéristiques du « service de radiodiffusion télévisuelle » et qu'il répond à une demande individuelle qu'il doit être qualifié de « service de la société de l'information ». Il importe en effet que soient réunies toutes les conditions posées par la définition des « services de la société de l'information ». Dans l'hypothèse où au moins l'une de ces caractéristiques fait défaut, il n'est pas permis pour autant de qualifier le service de « service de radiodiffusion audiovisuelle ».

D'ailleurs, le juge européen donne des précisions sur les caractéristiques de la demande individuelle : celle-ci est effectuée par « un destinataire isolé » disposant du « libre choix de ses programmes dans un cadre interactif »¹⁴⁶⁶. La transmission du programme est donc nécessairement effectuée de « point à point ». Tel n'est pas le cas dans le cadre des services « quasi à la demande ».

¹⁴⁶³ Sous réserve de remplir tous les critères de la définition des « services de radiodiffusion télévisuelle ».

¹⁴⁶⁴ Suivant l'annexe V, les services de radiodiffusion télévisuelle seraient destinés à un nombre « illimité » de destinataires.

¹⁴⁶⁵ CJCE, 2 juin 2005, préc., considérant 22.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, Considérant 39.

552. Notion de service quasi à la demande – Les services quasi à la demande ne sont pas des services de la société de l'information. Selon le juge européen, ils relèvent de la catégorie des services de radiodiffusion télévisuelle parmi lesquels la Cour de justice inclut Filmtime. Ce service « doit être regardé comme un service de quasi vidéo à la demande, fourni sur une base « point à multipoint » et non « à la demande individuelle d'un destinataire de services »¹⁴⁶⁷. Ainsi, les services quasi à la demande ne répondent pas à une demande individuelle et se distinguent par le fait que les destinataires des programmes y ont accès simultanément¹⁴⁶⁸ aux horaires de diffusion fixés par le prestataire. Le destinataire n'a donc pas accès au programme au moment qu'il choisit.

553. Erosion de la distinction entre les services radiodiffusion télévisuelle et les services de la société de l'information – Malgré l'effort de clarification accompli par le juge européen, force est d'admettre que la distinction opérée entre les services radiodiffusion télévisuelle et les services de la société de l'information a montré ses faiblesses face au phénomène de convergence des médias. Le développement rapide des technologies numériques a permis de développer considérablement la diffusion des programmes audiovisuels sur l'Internet. Il suffit d'observer l'essor qu'a connu le *streaming* ces dernières années pour s'en convaincre. Aujourd'hui, nombreux sont les acteurs du secteur audiovisuel qui se sont emparés des réseaux numériques pour y offrir des services en adéquation avec les nouveaux modes de consommation. De sorte qu'il est devenu peu aisé de faire le départ entre les fournisseurs de services de radiodiffusion télévisuelle et ceux de services de la société de l'information¹⁴⁶⁹. D'ailleurs, ce flou est considérablement accentué par l'évolutivité des modes de transmission voire leur hybridation¹⁴⁷⁰, rendant ainsi désuets les critères de distinction établis par le juge européen dans l'arrêt « Mediakabel ». En 2003 déjà, dans une communication¹⁴⁷¹, la Commission européenne avait pris la mesure de ce que la convergence des médias appelait une nouvelle réflexion : « la Commission estime [...] qu'une révision approfondie de la directive [du 3 octobre 1989] pourrait être nécessaire afin de prendre en compte les développements technologiques et les changements intervenus dans la structure du marché de l'audiovisuel. Par conséquent, la Commission

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, Considérant 39.

¹⁴⁶⁸ La transmission est effectuée « point à multipoint ».

¹⁴⁶⁹ C. Pouillet et P. Reynaud, « Service de la société de l'information et service de radiodiffusion télévisuelle : une frontière virtuelle au regard de la convergence des médias ? », *RLDI*, septembre 2005, p. 61.

¹⁴⁷⁰ C. Pouillet et P. Reynaud, *op. cit.*, p. 62. Les auteurs relèvent que « rien n'empêche un prestataire d'envoyer de "point à point" un contenu identique à divers destinataires au même instant » – Aussi, A.-C. Lorrain, « La vidéo "quasi à la demande" : plutôt "pas à la demande" qu'"à la demande" », document disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.juriscom.net/uni/visu.php?ID=780> (page consultée le 14 octobre 2012). L'auteur relève que « ces services regroupent diverses caractéristiques techniques venant tant du domaine de la télévision que celui d'Internet. Aussi n'est-il pas toujours aisé de désigner le régime juridique applicable à ces services caractérisés par tant de mixité ».

¹⁴⁷¹ Communication de la Commission européenne du 15 décembre 2003 sur l'avenir de la politique de réglementation européenne dans le domaine de l'audiovisuel, COM(2003) 784 final, p. 16.

examinera, avec l'aide d'experts (dans des groupes de réflexion), la question de savoir si la réglementation du contenu devrait être modifiée au niveau communautaire pour les différents canaux de distribution du contenu audiovisuel afin de prendre en compte la convergence des médias au niveau technique ».

554. Révision de la directive du 3 octobre 1989 – La réflexion porta ses fruits puisque le 11 décembre 2007 fut adoptée la directive 2007/65 dite directive « services de médias audiovisuels » révisant la directive du 3 octobre 1989¹⁴⁷², le but étant d'étendre l'application de cette dernière au services fournissant des programmes audiovisuels en ligne. Autrement dit, quelle que soit la technique de transmission employée, dès lors qu'un prestataire fournit un service de médias audiovisuels, la directive modifiée du 3 octobre 1989 a vocation à être appliquée.

555. Notion de service de média audiovisuel – En vertu de l'article 1^{er} point a) de la directive du 11 décembre 2007, le service de médias audiovisuels est un « un service tel que définit aux articles 49 et 50 du traité, qui relève de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias et dont l'objet principal est la fourniture de programmes dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public, par des réseaux de communications électroniques au sens de l'article 2 point a), de la directive 2002/21/CE. Un service de médias audiovisuels est soit une émission télévisée au sens du point e) du présent article, soit un service de médias audiovisuels à la demande au sens du point g) du présent article (...) ».

La directive du 11 décembre 2007 livre ici une définition large des services de médias audiovisuels. Tout d'abord, il est question de tout service à vocation économique ou commerciale. Comme le souligne le seizième considérant du texte européen, le champ d'application de la directive du 3 octobre 1989 « ne devrait couvrir que les services tels que définis par le traité, et donc englober toutes les formes d'activité économique, y compris l'activité économique des entreprises de service public, mais exclure les activités dont la vocation première n'est pas économique et qui ne sont pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle, comme les sites web privés et les services qui consistent à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêt »¹⁴⁷³.

¹⁴⁷² Directive n° 2007/65/CE, 11 décembre 2007, modifiant la directive n° 89/552/CE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion, JOCE n° L 332, 18 décembre 2007, p. 27.

¹⁴⁷³ V. les considérants 18 et 21 de la directive du 11 décembre 2007.

La notion de service de médias audiovisuels recouvre tant les services de radiodiffusion télévisuelle que les services de médias audiovisuels à la demande. Mais alors que le service de radiodiffusion télévisuelle – ou service de médias audiovisuels linéaires ¹⁴⁷⁴ – est presté « *par un fournisseur de services de médias pour le visionnage simultané de programmes sur la base d'une grille de programmes* »¹⁴⁷⁵, le service de médias audiovisuels à la demande – ou service de médias audiovisuels non linéaires – est apporté par « *un fournisseur de services de médias pour le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur demande individuelle sur la base d'un catalogue de programmes sélectionnés par le fournisseur de services de médias* »¹⁴⁷⁶. Aussi, le seul véritable critère distinguant les services linéaires des services non linéaires consiste dans la marge de manoeuvre du destinataire du service dans le choix du programme. Au regard de la convergence des médias, ni la technique ni les modalités de transmission¹⁴⁷⁷ ne sont prises en considération. Il suffit que le service soit acheminé par les réseaux de communications électroniques largement définis¹⁴⁷⁸. Par ailleurs, les services de vidéo quasi à la demande restent clairement identifiés aux services de radiodiffusion télévisuelle. En témoigne le considérant 20 de la directive du 11 décembre 2007, suivant lequel « *la radiodiffusion télévisuelle comprend [...] la télévision analogique et numérique, la diffusion en flux, la télévision sur le web et la quasi vidéo à la demande* ».

¹⁴⁷⁴ V. le considérant 7 de la directive du 11 décembre 2007 distinguant les services linéaires des services non linéaires.

¹⁴⁷⁵ Article 1^{er} e) de la directive du 11 décembre 2007.

¹⁴⁷⁶ Article 1^{er} g) de la directive du 11 décembre 2007.

¹⁴⁷⁷ On songe ici au modes « point à point » et « point à multipoint ».

¹⁴⁷⁸ V. l'article 2 point a) de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, dite directive « cadre », JOCE n° L 108, 24 avril 2002, p. 33. Les réseaux de communications électroniques sont constitués par les « systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision quel que soit le type d'information transmise ».

Conclusion de la Section I

556. Les services interactifs à la demande sont des services de la société de l'information dont l'objet est de mettre à disposition des œuvres. Ces services sont non linéaires en ce qu'ils répondent à la demande individuel de l'utilisateur à un endroit et au moment que celui-ci choisit. Le destinataire du contenu a la possibilité de choisir le contenu ainsi que le moment de l'exécution de la prestation. C'est d'ailleurs en cela que les services interactifs à la demande se distinguent des services quasi à la demande. Ces derniers sont linéaires car ils ne répondent pas à la sollicitation individuelle d'un utilisateur mais sont adressés à un public selon une grille de programme prédéfinie par le fournisseur.

Pour revenir au sujet de l'articulation entre les mesures techniques de protection et les exceptions au droit d'auteur, on peut tirer comme enseignement que, dès lors qu'il s'agit de services linéaires tels que la radiodiffusion télévisuelle, le bénéfice des exceptions doit être garanti. C'est uniquement dans l'hypothèse de services non linéaires qu'il n'est pas obligatoire de le garantir. C'est le cas, par exemple, des services à la demande mettant à disposition des utilisateurs des films ou de la musique. Force est de constater que le dispositif transposé à l'article L . 331-8 du CPI rogne considérablement la portée du régime de préservation des exceptions tant les services à la demande sont monnaie courante dans l'environnement numérique¹⁴⁷⁹. Néanmoins, pour que le régime de préservation soit exclu, il faut encore que le service interactif à la demande soit régi par des dispositions contractuelles.

¹⁴⁷⁹ J. de Werra, « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les Traités de l'OMPI, le Digital Millenium Copyright Act, les directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie) », *RIDA*, juillet 2001, n° 189, p. 151.

Section II – La convention de service interactif à la demande

557. L'exclusion de la préservation des exceptions dans le cadre des services en ligne à la demande ne peut prendre effet qu'à condition que la mise à disposition de l'objet protégé soit effectuée « *selon des dispositions contractuelles convenues entre les parties* »¹⁴⁸⁰. On ne voit pas bien l'utilité de la précision si ce n'est pour insister sur le fait que les parties – surtout le bénéficiaire du service – doivent s'engager en connaissance de cause. Et cela est bien normal dans la mesure où le contrat de service à la demande est élaboré suivant le *modus operandi* propre au contrat d'adhésion (Paragraphe I). Le destinataire du service doit être d'autant alerte que le contrat recèle de dispositions instaurant des limitations d'usage (Paragraphe II).

Paragraphe I – L'élaboration du contrat : un contrat d'adhésion

558. **Contrat non négocié** – Il ne faudrait pas voir dans la formulation « *dispositions contractuelles convenues entre les parties* » l'évocation d'un contrat véritablement négocié. Chacun sait que le contexte des réseaux n'est pas propice à la négociation de conventions mais plutôt à la conclusion de contrats d'adhésion. Qu'il s'agisse de distribution de musique en ligne ou de vidéo à la demande, le contenu du contrat adressé par le prestataire n'est pas susceptible d'être discuté par l'utilisateur. Ce dernier n'a que la liberté d'accepter ou de refuser la conclusion de la convention. Après avoir été invité par le prestataire à lire les clauses contractuelles stipulées unilatéralement par le prestataire, l'utilisateur doit manifester son accord de volonté en cliquant sur un élément ou en cochant une case de la page-écran. Mais « accord de volonté » ne signifie pas forcément « négociation ». D'ailleurs, il a été relevé que la version anglaise de la directive du 22 mai 2001 « *parle d'"agreed contractual terms", terminologie plus large que "negotiated contractual terms"* »¹⁴⁸¹. Le texte européen semble donc bien désigner la conclusion de contrats d'adhésion plutôt que celle de contrats de gré à gré.

Il est fort douteux que la condition des « *dispositions contractuelles convenues* » permette de limiter considérablement le champ d'application de l'exclusion de la préservation des exceptions dans la mesure où les prestataires de services prennent bien soin de subordonner l'exécution de

¹⁴⁸⁰ Article L. 331-8 du CPI – Aussi, le considérant 53 de la directive du 22 mai 2001.

¹⁴⁸¹ S. Dusollier, Thèse préc., p. 176, n° 222.

leur prestation à l'adhésion préalable de l'utilisateur au contrat ; adhésion d'autant plus importante pour les prestataires qu'elle est l'occasion de recueillir des informations utiles sur leurs clients¹⁴⁸².

559. Contrat électronique – Néanmoins, parce qu'il s'agit justement de contrats d'adhésion dont le contenu est unilatéralement déterminé par le prestataire, il importe de s'assurer que l'entière des termes de la convention ait été portée à la connaissance du bénéficiaire du service. L'utilisateur ne pourra pas contester s'être engagé en connaissance de cause dès lors que le prestataire lui aura présenté avant la conclusion de la convention une version numérique, idéalement imprimable, du contrat de service et des conditions générales d'utilisation. A cet égard, l'article 1369-4 du Code civil énonce que « *quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait* ». Reste à déterminer si les dispositions contractuelles peuvent avoir pour objet la limitation des exceptions au droit d'auteur.

Paragraphe II – Les dispositions du contrat : les limitations d'utilisation

560. Contrat et limitation d'utilisation – Le contrat de service a pour objet la mise à disposition en ligne d'objets protégés auprès de l'utilisateur final. Cette mise à disposition est effectuée au moyen de vecteurs de communication au travers desquels sont déployées des mesures techniques pouvant restreindre l'usage des objets protégés. Partant, il ne fait aucun doute que le contrat doit stipuler les restrictions d'usage traduites techniquement grâce à l'action des dispositifs de protection. Mais toute la question est de savoir si ces limitations d'utilisation peuvent avoir pour objet de restreindre voire anéantir la portée des exceptions au droit d'auteur.

561. Contrat et limitation des exceptions – En principe, la volonté contractuelle ne saurait aménager la portée des exceptions dans la mesure où celles-ci devraient être considérées comme ayant une valeur impérative. D'ailleurs, il semble bien que le législateur européen ait érigé au rang d'exceptions privilégiées celles qu'il estime placées sous l'égide de l'ordre public¹⁴⁸³. Par conséquent, il serait incohérent de permettre à la volonté contractuelle de déroger aux exceptions,

¹⁴⁸² L'adresse mail pour envoyer des publicités par exemple.

¹⁴⁸³ Considérant 51 de la directive du 22 mai 2001.

privilégiées du moins ¹⁴⁸⁴. Mais le mécanisme d'exclusion des exceptions garanties ne contredit pas l'éventualité d'une « contractualisation des exceptions »¹⁴⁸⁵. Si, dès lors qu'il est question d'un service en ligne à la demande, aucune exception n'est garantie, les titulaires de droits peuvent se sentir invités à déterminer contractuellement et techniquement leur portée.

562. On n'est pas loin d'assister à ce que Mme Dusollier appelle la « *privatisation des modes de réservation* » consistant en ce que « *les normes qui fondent la réservation sont générées par les personnes privées qui en bénéficient* »¹⁴⁸⁶. La somme de l'absence de garantie des exceptions et du nouveau pouvoir d'exclure des titulaires de droits incite ces derniers à déterminer eux-mêmes l'étendue de leurs prérogatives ainsi que le périmètre des exceptions au droit d'auteur. De sorte que pour exercer une maîtrise sur l'utilisation de l'œuvre, les titulaires de droits peuvent être amenés à aménager voire à entraver la mise en œuvre desdites exceptions. Or, en matière de droit d'auteur, il revient normalement au législateur de définir le contenu des prérogatives des uns et des autres¹⁴⁸⁷. D'ailleurs, il n'est pas exclu qu'une clause restreignant le bénéfice d'une exception au droit d'auteur soit constitutive d'un abus de droit ou tombe sous le coup de la prohibition des clauses abusives¹⁴⁸⁸. En tout état de cause, dans l'hypothèse malheureuse où la « contractualisation » des dérogations au droit d'auteur serait admise, pour éviter toute confusion, il serait préférable que l'inobservation d'une stipulation restreignant l'exercice d'une exception soit considérée comme une faute contractuelle et non comme une contrefaçon¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸⁴ En ce sens, S. Dusollier, Thèse préc., p. 178, n° 224.

¹⁴⁸⁵ *Contra* T. Maillard, Thèse préc., p. 252, n° 446, soutenant qu'il est inapproprié de parler de contractualisation des exceptions dans la mesure où l'article 6 paragraphe 4 alinéa 4 de la directive du 22 mai 2001 se limite à exclure la préservation des exceptions – V. cependant, A. Bensamoun, « La copie privée : victoire ou défaite du droit d'auteur ? » *RLDI*, mai 2009, supplément au n° 49, p. 25.

¹⁴⁸⁶ S. Dusollier, Thèse préc., p. 208, n° 269, évoquant ce qu'en anglais on nomme *private ordering*.

¹⁴⁸⁷ S. Dusollier, Thèse préc., n° 670 – A. LUCAS et *alii*, p. 382, n° 412.

¹⁴⁸⁸ V. Nisato, *Le consommateur et les droits de propriété intellectuelle*, Thèse Avignon, 2005, p. 398, n° 698.

¹⁴⁸⁹ En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 388, note 6.

Conclusion de la Section II

563. L'exclusion du régime de préservation des exceptions est possible sous réserve que le service à la demande soit régi par des dispositions contractuelles établies par le prestataire et consenties par le destinataire. *A contrario*, en l'absence de contrat, la sauvegarde des exceptions ne peut pas être écartée. Néanmoins, l'hypothèse d'un service fourni sans que le bénéficiaire n'ait eu à approuver des stipulations contractuelles est rare voire inexistante. Sur ce point, les prestataires sont scrupuleux tant la limitation de la pratique de la copie privée – pour ne citer qu'elle – est une condition *sine qua non* de la pérennité de leur commerce. Dans la mesure où la convention conclue entre les parties est un contrat d'adhésion, il faut s'inquiéter de ce que les dispositions contractuelles puissent être trop défavorables à l'utilisateur. Ce dernier n'a aucun pouvoir de négociation, de sorte que des limitations d'utilisation sont susceptibles de lui être imposées qui concernent également la mise en œuvre des exceptions au droit d'auteur. Le cas échéant, les restrictions apportées aux exceptions au droit d'auteur devraient au moins pouvoir être combattues sur le terrain de l'abus de droit ou celui des clauses abusives.

Conclusion du Chapitre II

564. Il est difficile de comprendre pourquoi certaines dérogations légales sont élevées au rang d'exceptions privilégiées tandis que d'autres restent des exceptions ordinaires qu'il n'est pas obligatoire de garantir. On a l'impression que les exceptions préservées sont les seules à revêtir un caractère d'ordre public, ce qui n'est pas vrai. Le mécanisme d'exclusion du régime de préservation ne fait qu'ajouter à la complexité dans la mesure où même les exceptions élues – dont il est implicitement reconnu, semble-t-il, qu'elles sont impératives – sont susceptibles d'être évincées dans le cadre des services à la demande. Cela ne rend que plus floues les limites du droit d'auteur désormais mouvantes. Les frontières se déplacent selon que l'on est en présence d'exceptions privilégiées ou non, ou encore, selon qu'il s'agit d'un service interactif à la demande ou d'un service linéaire. L'instabilité des limites du droit exclusif n'est pas très saine si l'on veut bien reconnaître que les exceptions sont des points d'équilibre qu'il faut éviter de perturber afin que le droit d'auteur ne soit pas remis en cause.

Conclusion du Titre I

565. L'articulation entre les exceptions au droit d'auteur et les mesures techniques de protection par la Haute Autorité présente à la fois des avantages et des inconvénients.

Il ne fait aucun doute que l'instauration d'une autorité de régulation spécifique en vue de l'articulation des exceptions avec les mesures techniques devrait être gage de simplicité. Les problématiques complexes suscitées par la rencontre entre le droit d'auteur et le progrès technique nécessitent une expertise, ainsi qu'un dialogue entre les différents acteurs, certainement facilités par l'intervention d'une autorité *ad hoc*. Affranchies des lourdeurs d'une procédure judiciaire, l'HADOPI est censée répondre rapidement aux questions les plus pointues.

Toutefois, seules certaines exceptions sont garanties et les critères de sélection demeurent obscurs. En tous les cas, la consécration d'exceptions élues montre que la primauté des mesures techniques est relative. N'y a-t-il pas là une reconnaissance implicite de la valeur impérative des dérogations au droit d'auteur ?

Surtout, finalement, la mise en œuvre du régime de préservation s'avère complexe. Dans le cas où un verrou technique l'empêche d'exercer une exception, l'utilisateur doit d'abord solliciter la bienveillance des titulaires de droits avant de saisir la Haute Autorité. Les titulaires de droits n'ont au préalable aucune obligation d'assurer la conciliation des systèmes de protection avec les exceptions et peuvent refuser à l'utilisateur de prendre les mesures utiles. Il revient alors à l'autorité de régulation de se substituer aux ayants droit et de trancher le litige. Mais, entre la sollicitation des titulaires de droits, leur refus éventuel et la saisine de l'autorité de régulation, la procédure pourra paraître bien fastidieuse à l'utilisateur qui ne cherche qu'à bénéficier d'une exception censée être garantie. L'exclusion du régime de préservation ne fait qu'ajouter à la complexité puisque même les exceptions élues sont susceptibles d'être écartées dans le cadre d'un service à la demande. Autrement dit, leur valeur impérative serait variable et dépendrait du type de prestation fournie à l'utilisateur, ce qui est tout de même un comble.

TITRE II – UNE MISSION RÉVOLUE DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE

566. Dans la mesure où les exceptions au droit d'auteur sont, pour la plupart, des manifestations de droits et libertés fondamentaux, il était naturel que l'autorité judiciaire – gardienne des libertés individuelles – intervienne sur la question de leur articulation avec les mesures techniques de protection (Chapitre I). Cependant, suite à l'instauration de l'autorité de régulation, le juge judiciaire s'est démis de cette lourde tâche en usant de subterfuges procéduraux (Chapitre II).

Chapitre I – L'intervention de l'autorité judiciaire

567. Bien avant l'instauration de la Haute Autorité en charge de la régulation des mesures techniques, l'autorité judiciaire fut saisie à plusieurs reprises de la question de l'articulation des exceptions – plus précisément, l'exception de copie privée – avec les dispositifs de protection. Les différents litiges ont été tranchés sur le terrain du défaut (Section I) ainsi que sur celui du triple test (Section II).

Section I – L'intervention de l'autorité judiciaire sur le terrain du défaut

568. Défaut caché et défaut d'information – Les utilisateurs n'aiment pas être pris au dépourvu. C'est pourtant le cas lorsqu'ils découvrent de manière fâcheuse qu'un dispositif technique est apposé sur le support de l'œuvre qu'ils ont acquise. Or, on sait combien l'information des utilisateurs est cruciale. Le législateur français l'a bien compris en instaurant à la charge des titulaires de droit une obligation d'information alors qu'aucun instrument international ni européen ne l'imposait. A la faveur de la loi de transposition du 1^{er} août 2006 fut inséré dans le CPI un article L. 331-10 du CPI. Celui-ci énonce que « *les conditions d'accès à la lecture d'une œuvre, d'un vidéogramme, d'un programme ou d'un phonogramme, et les limites susceptibles d'être apportées au bénéfice de l'exception pour copie privée [...] par la mise en œuvre d'une mesure technique de protection doivent être portées à la connaissance de l'utilisateur* ». Bien que le texte ne précise pas de sanction particulière, l'apposition de mesures techniques est susceptible d'être sanctionnée sur le terrain du droit civil comme sur le terrain du droit de la consommation. En effet, ce qui peut constituer un défaut indécélable du support, un vice caché le rendant impropre à l'usage auquel l'utilisateur le destinait (Paragraphe I), peut aussi résulter d'un défaut d'information préalable (Paragraphe II).

Paragraphe I – Le vice caché

569. Définition du vice caché – Suivant l'article 1641 du Code civil, les vices cachés sont des « *défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* ».

570. Dispositif de protection, entrave à la lecture du support et défaut caché – La personne qui achète un CD ou un DVD ne s'attend pas à ce que le support ne soit lisible que sur certains appareils. Auparavant, l'utilisateur ne craignait pas l'incompatibilité des supports achetés avec ses équipements de lecture. L'action des systèmes techniques dans l'environnement analogique était limitée et il n'était pas possible de restreindre à certains matériels la lecture des cassettes audio ou vidéo. La technologie numérique a changé la donne puisque les mesures techniques permettent d'empêcher la lecture du support sur un équipement particulier.

571. Faisant partie intégrante du support de l'œuvre, les mesures techniques sont susceptibles de rendre le bien acheté impropre à l'usage auquel il est destiné ou de diminuer fortement cet usage. Si bien que s'il avait eu connaissance de ce défaut, l'utilisateur n'aurait pas acheté l'exemplaire. C'est pourquoi, bien avant la transposition de la directive du 22 mai 2001, il fut jugé que l'acquéreur d'un CD illisible sur son autoradio pouvait réclamer du vendeur la garantie contre les vices cachés sur le terrain de l'article 1641 du Code civil. On observera que les débats ne sont pas cantonnés à la seule question de l'articulation des mesures techniques et des exceptions au droit d'auteur. Ils vont au-delà et peuvent concerner le thème plus général de l'usage des œuvres. Il ne s'agit donc pas toujours de se plaindre d'un dispositif technique empêchant d'effectuer une copie privée. Il arrive aussi qu'un utilisateur déplore la présence d'un verrou restreignant les possibilités de lecture de l'œuvre.

572. Ce fut le cas dans l'affaire « Françoise M. contre EMI France »¹⁴⁹⁰. Françoise M. achète un CD d'Alain Souchon dans un hypermarché. L'exemplaire fonctionne parfaitement sur ses appareils de salon alors que le lecteur CD du véhicule ne parvient pas à le lire. Or, il est évident que « *l'impossibilité de lire un CD sur un autoradio constitue une impossibilité à l'usage normal d'un tel bien* »¹⁴⁹¹. L'acheteuse en fait part à l'association de consommateurs UFC « Que choisir ». Toutes deux assignent conjointement l'éditeur des CD¹⁴⁹², la société EMI France, en invoquant la garantie contre les vices cachés.

En effet, d'autres CD sont lus correctement par l'autoradio. Cela fait présumer que l'état de fonctionnement de l'appareil ne peut pas être remis en cause et que c'est bien l'exemplaire qui souffre d'un défaut. De surcroît, rien n'indique à l'acheteur qu'il y a des restrictions d'usage par rapport aux lecteurs. Il est seulement mentionné sur la jaquette que le « *CD contient un dispositif technique limitant les possibilités de copie* ». Or, cela ne renseigne en rien sur d'éventuelles restrictions aux « possibilités de lecture ».

573. Condamnation sur le terrain des vices cachés – C'est donc à bon droit que le tribunal juge que, le CD n'étant pas audible sur tous les supports, « *cette anomalie restreint son utilisation et constitue un vice caché au sens de l'article 1641 du Code civil* ». Il condamne alors la société EMI France à

¹⁴⁹⁰ TGI Nanterre, 2 septembre 2003, *PI*, octobre 2003, p. 389, obs. P. Sirinelli et p. 464, obs. J.-M. Bruguière et M. Vivant ; *CCE*, novembre 2003, comm. 108, p. 33, note L. Grynbaum ; *D.* 2003, p. 2824, note C. Le Stanc ; *Expertises* 2003, p. 358.

¹⁴⁹¹ L. Grynbaum, note sous TGI Nanterre, 2 septembre 2003, *CCE* 2003, comm. n° 108, p. 34.

¹⁴⁹² Le Tribunal a déclaré irrecevable l'action de l'association de consommateurs au motif que la demande de celle-ci ne pouvait être formée que par voie d'intervention et non par voie d'action principale. Sur la question de la recevabilité de l'action des associations de consommateurs : *infra* n° 638.

restituer la somme de 9,50 euros correspondant au prix d'achat de l'exemplaire. En revanche, on est surpris par le rejet de la demande de dommages et intérêts formulée par la demanderesse au motif qu'il n'est pas démontré que la société EMI France avait connaissance que le support ne pouvait s'écouter sur tous les appareils. Le tribunal s'appuie ici sur l'article 1646 du Code civil énonçant que « *si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente* ». Sur ce point, le juge donne raison à l'éditeur qui avait avancé cet argument. Mais cet argument n'en reste pas moins spécieux car il est difficile de croire qu'une maison de disques puisse ignorer la possibilité que les dispositifs techniques entraînent des restrictions d'usage liées aux lecteurs¹⁴⁹³.

574. Incidence de la qualité de professionnel du vendeur – C'est d'ailleurs l'avis de la Cour d'appel de Versailles¹⁴⁹⁴ qui, sur l'appel formé par Françoise M., retient que la société EMI France est « *un vendeur professionnel, tenu de connaître les vices de ce qu'il vend* » et la condamne à verser 50 euros à l'acheteuse à titre de dommages et intérêts. En outre, 10 000 euros doivent être versés à l'association UFC « Que choisir » en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs.

575. Licéité des mesures techniques de protection entravant la copie – Par ailleurs, l'association de consommateurs réclamait l'interdiction générale de recourir aux dispositifs anti-copie car elle estimait qu'il s'agissait d'un agissement illicite. Cependant, la Cour de Versailles, prudente, ne répond pas favorablement à l'invitation de l'association et considère que rien ne démontre « *l'illicéité d'une mesure technique de protection contre la copie* ». Surtout, elle précise que rien n'interdit de « *commercialiser un CD avec une mesure de protection dont le fonctionnement serait normal à condition que l'acheteur en soit prévenu* »¹⁴⁹⁵. A raison, la Cour rappelle ici que la garantie contre les vices cachés ne peut être demandée qu'à condition que le défaut soit bel et bien indécélable par l'acheteur. Dès lors qu'une mention suffisante accompagnant l'exemplaire permet de lui indiquer toutes les restrictions d'usage causées par un système de protection, l'acheteur ne peut plus invoquer les vices cachés. Ainsi, lorsqu'il est indiqué qu'une mesure technique empêche toute

¹⁴⁹³ P. Sirinelli, obs. sous TGI Nanterre, 2 septembre 2003, *PI*, octobre 2003, p. 389.

¹⁴⁹⁴ CA Versailles, 15 avril 2005, *Juris-Data* n° 2005-268185, *PI*, juillet 2005, p. 340, obs. A. Lucas et P. Sirinelli ; *CCE*, novembre 2005, comm. 173, note C. Chabert ; *JCP G* 2005, IV, 2522, obs. P. Catala ; *RLDI*, juin 2005, p. 16.

¹⁴⁹⁵ Comp. TGI Paris, 10 janvier 2006, *CCE*, mars 2006, comm. 41, p. 29, note C. Caron ; *PI*, avril 2006, p. 179, obs. A. Lucas ; *RLDI*, février 2006, p. 2, interdisant à l'éditeur de recourir aux mesures techniques de protection ; infirmé par CA Paris, 20 juin 2007, *Juris-Data* n° 2007-337236 ; *CCE*, octobre 2007, comm. 120, p. 43, obs. C. Caron.

reproduction de l'œuvre, l'utilisateur souhaitant effectuer une copie privée ne peut pas exercer l'action rédhibitoire.

576. Nécessité de mentions claires – Mais encore faut-il que les mentions soient claires, précises et non équivoques. Or, en l'espèce, les caractères étaient, selon la Cour, « à peine lisibles ». Et il n'est pas sûr que la formule « *ce CD contient un dispositif technique limitant les possibilités de copie* » soit non équivoque. Elle peut certes signifier que toute copie est impossible. Cependant, elle peut exprimer le fait que le nombre de copies est limité, ou encore que seules des reproductions partielles sont possibles.

Aussi, lorsque les mentions sont illisibles, imprécises ou équivoques, la garantie contre les vices cachés doit continuer de jouer. Le jugement rendu le 10 janvier 2006 par le Tribunal de grande instance de Paris¹⁴⁹⁶ le confirme. En l'espèce, l'acquéreur d'un CD de Phil Collins acheté à la Fnac ne parvient pas à l'écouter avec son ordinateur portable. Par ailleurs, il ne réussit à en faire une copie ni sur le disque dur ni sur un support d'enregistrement vierge. Au recto de l'emballage de l'album figure la mention « *Copy Protected* », tandis qu'au verso il est imprimé en très petits caractères, presque illisibles, « *ce CD contient une protection contre la copie numérique. Il peut être lu sur la plupart des lecteurs CD audio, ainsi que sur les lecteurs CD-ROM d'ordinateurs via fichiers musicaux compressés inclus dans le CD* ». Le Tribunal a jugé que « *le consommateur d'attention moyenne prenant connaissance de l'avertissement reproduit ci-dessus tel que libellé peut comprendre que le disque qu'il s'apprête à acheter est lisible sur tous les lecteurs de CD-ROM d'ordinateurs* ». Par conséquent, le dispositif technique rend le disque impropre à l'usage auquel l'acheteur le destinait, c'est-à-dire sa lecture sur tous les lecteurs et non sur les seuls lecteurs de CD audio. Constatant en cela l'existence d'un vice caché, le Tribunal accueille l'action rédhibitoire de l'acheteur et condamne solidairement Warner Music France, éditeur de l'album, et la Fnac à payer des dommages et intérêts¹⁴⁹⁷.

577. Existence certaine du vice – Il faut encore que celui qui exerce l'action rédhibitoire établisse l'existence certaine du vice inhérent au produit. C'est ce que la Cour d'appel de Paris¹⁴⁹⁸ décide en infirmant le jugement du 10 janvier 2006. La Cour estime que le vice caché du support n'est pas démontré dans la mesure où l'huissier n'a procédé à aucune opération permettant de vérifier que l'ordinateur personnel de l'acheteur n'était pas lui-même affecté d'un

¹⁴⁹⁶ TGI Paris, 10 janvier 2006, préc.

¹⁴⁹⁷ L'UFC « Que Choisir » et l'acheteur du CD ont assigné conjointement l'éditeur de l'album et la FNAC. C'est pourquoi le Tribunal condamne solidairement les défenderesses à payer 5000 euros de dommages et intérêts.

¹⁴⁹⁸ CA Paris, 20 juin 2007, préc.

dysfonctionnement technique. Dans ces conditions, même si la lecture d'autres CD que le CD litigieux a été possible sur l'équipement de l'acheteur, la preuve n'est pas apportée de l'existence certaine d'un vice inhérent au support et du lien de causalité entre ce vice et les difficultés d'usage invoquées¹⁴⁹⁹.

578. Aujourd'hui, ceux qui commercialisent les supports ont appris à éviter le piège des vices cachés et mentionnent désormais clairement les restrictions d'utilisation causées par les dispositifs¹⁵⁰⁰. Ils ont bien conscience que l'information de l'acheteur ne doit pas être négligée. Cette information est importante sur le terrain du droit civil car elle permet au vendeur d'éviter la sanction de la garantie contre les vices cachés mais elle joue un rôle tout autant considérable sur le terrain du droit de la consommation. En effet, dans ce domaine, le défaut d'information a été sanctionné à plusieurs reprises par les juges.

Paragraphe II – Le défaut d'information

579. L'apposition de mesures techniques sur le support de l'œuvre fut sanctionné par les juges autant sur le terrain de la tromperie (A) que sur le terrain du défaut d'information relatif aux caractéristiques essentielles du bien ou du service (B).

A. Le défaut d'information constitutif d'une tromperie

580. Définition de la tromperie – L'apposition de mesures techniques sur le support de l'œuvre peut être sanctionné sur le fondement de l'article L. 213-1 du Code de la consommation relatif à la tromperie qui correspond au fait de tromper ou de tenter de tromper le cocontractant par quelque moyen que ce soit notamment sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, l'aptitude à l'emploi du produit.

¹⁴⁹⁹ Sur l'importance de démontrer le lien de causalité entre le dispositif technique et la restriction de lecture : P. Stoffel-Munck, note sous TGI Nanterre, 24 juin 2003, *CLCV c/EMI Music France, CCE*, septembre 2003, comm. 86, p. 33.

¹⁵⁰⁰ Néanmoins, le consommateur bénéficie aussi de la garantie légale prévue à l'article L. 211-4 du Code de la consommation qui oblige le vendeur à livrer un bien conforme au contrat. Sur ce point, F. Labarthe et C. Noblot, « Le contrat d'entreprise à l'épreuve des articles L. 211-1 et suivants du Code de la consommation », *JCP G* 2005, I, 168 – Aussi, J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^e éd., 2010, p. 289, n° 233.

581. Application à la vente – Dans une première espèce¹⁵⁰¹, l'association Consommation Logement Cadre de Vie « CLCV » saisit le Tribunal de grande instance de Nanterre car elle a reçu les doléances de consommateurs se plaignant de l'impossibilité d'écouter un album CD de Liane Foly avec des lecteurs d'ordinateurs ou des autoradios. La pochette du support indique seulement que « *ce CD contient un dispositif technique limitant les possibilités de copie* ». Estimant que cette mention revêt un caractère trompeur, l'association accuse l'éditeur des CD, la société EMI Music France, de tromperie sur les qualités substantielles et l'aptitude à l'emploi du support. De son côté, la défenderesse rétorque que le constat d'huissier¹⁵⁰² et les témoignages dont dispose l'association ne suffisent pas à prouver que le défaut d'aptitude à l'emploi des supports est généralisé et l'intention de tromper les consommateurs sur les qualités substantielles du disque n'est pas démontrée.

582. Le jugement du Tribunal de Nanterre, confirmé en appel¹⁵⁰³, donne raison à l'association car les éléments constitutifs de la tromperie seraient réunis. Le jugement précise même les caractères du délit pénal : l'élément matériel est caractérisé par un fait de nature à induire en erreur portant sur l'aptitude à l'emploi du produit alors que l'élément intentionnel est caractérisé par la conscience que l'auteur a du fait que la chose ne présente pas les qualités qu'elle devrait avoir.

583. Partant, le Tribunal estime que l'élément matériel de la tromperie est caractérisé en ce que le libellé de la mention ne permet pas au consommateur de savoir que le dispositif anti-copie est susceptible de restreindre l'écoute du CD sur un lecteur d'ordinateur ou un autoradio alors que l'aptitude à l'emploi d'un CD est bien d'être lu au moyen de tous équipements de lecture CD

¹⁵⁰¹ TGI Nanterre, 24 juin 2003, *CLCV c/EMI Music France*, *CCE*, septembre 2003, comm. 86, p. 32, note P. Stoffel-Munck ; *D.* 2003, p. 2824, obs. C. Le Stanc

¹⁵⁰² Dans une autre affaire, l'association « CLCV » a également fait procéder à un constat d'huissier concluant que le CD ne pouvait pas être lu sur un autoradio. Cependant, le tribunal ne fut pas convaincu car l'éditeur demanda également un constat dont il ressortit que le CD pouvait être lu sur d'autres autoradios : TGI Paris, 2 octobre 2003, *CCE*, 2003, décembre 2003, comm. 120, p. 32, note L. Grynbaum.

¹⁵⁰³ CA Versailles, 30 septembre 2004, *PI*, janvier 2005, p. 60, obs A. Lucas ; *CCE*, décembre 2004, comm. 163, note L. Grynbaum. La Cour de Versailles juge que « non seulement l'élément matériel de la tromperie est établi mais également l'élément intentionnel dès lors que la société EMI Music France professionnel de l'édition phonographique dont la bonne foi est invoquée dès lors de façon inopérante, devait veiller à la compatibilité et l'aptitude à l'emploi du CD litigieux qu'elle dotait d'un système de protection dont elle devait vérifier l'absence de conséquence sur l'écoute pour tous supports et en tout cas informer les acheteurs, non seulement de la présence du système de protection sur le produit vendu mais aussi des risques de restriction à l'écoute sur tous les supports à raison de ce système de protection étant relevé que l'aptitude d'un CD est bien d'être lu sur tous supports sauf mention explicite informant l'acheteur du risque pris en achetant ce produit ».

confondus¹⁵⁰⁴. Les indications renseignent bien quant aux possibilités de copie limitées mais pas quant aux restrictions de lecture sur certains appareils. En cela, il y a bien un défaut d'information, « *un silence* » dit le Tribunal, « *de nature à induire le consommateur en erreur* ». C'est pourquoi les premiers juges vont enjoindre l'éditeur – en sus d'une condamnation au paiement de dommages et intérêts – à faire figurer sur l'emballage du CD la mention « *Attention, ne peut être lu sur tout lecteur ou autoradio* ».

584. En ce qui concerne l'élément intentionnel, il résiderait dans le fait que l'éditeur de l'album soit un « *professionnel averti* » sur lequel pèse une obligation de vérifier l'aptitude à l'emploi des produits qu'il commercialise, et qui, par conséquent, ne pouvait ignorer « *la possible inaptitude à l'emploi* » de certains CD¹⁵⁰⁵. Certes, il est permis de penser que le Tribunal conclut un peu vite à l'existence de l'élément intentionnel et l'appel à la notion de « *professionnel averti* » – notion relevant davantage du droit civil – pour aider à la caractérisation du délit pénal peut paraître dangereux eu égard aux sanctions encourues¹⁵⁰⁶. Néanmoins, ce n'est pas la première fois que les juges du fond déduisent l'élément intentionnel du fait que les vérifications nécessaires n'ont pas été effectuées¹⁵⁰⁷.

585. On observera qu'il paraît bien plus aisé de faire sanctionner l'apposition de mesures techniques sur le terrain des vices cachés que sur celui de la tromperie. En effet, la caractérisation de la tromperie nécessite l'existence d'un élément intentionnel qu'il est difficile de prouver. Cependant, la preuve de la tromperie est facilitée dans la mesure où les juges n'hésitent pas à déduire l'élément moral du simple défaut d'information comme c'est le cas en l'espèce et dans d'autres contentieux¹⁵⁰⁸. Surtout, invoquer la tromperie permet aux associations de consommateurs de se substituer à la partie civile conformément à l'article L. 421-1 du Code de la consommation au moment où les juges montrent quelques réticences à recevoir leurs actions¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁴ C'est pourquoi le Tribunal condamne l'éditeur à faire figurer la mention « attention, il ne peut être lu sur tout lecteur ou autoradio ».

¹⁵⁰⁵ La position retenue par le TGI de Nanterre jure avec celle qu'il prendra quelques mois plus tard dans le jugement du 2 septembre 2003 intervenant sur le terrain du vice caché (préc.). On rappellera simplement que dans cette décision, le Tribunal a refusé d'accorder des dommages et intérêts à l'acheteur au motif que l'éditeur ne pouvait pas savoir que le CD ne fonctionnerait pas sur certains appareils.

¹⁵⁰⁶ P. Stoffel-Munck, note préc. – Dans le même sens, F. Sardain, « Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres », *CCE*, mai 2004, étude 12, p. 16.

¹⁵⁰⁷ Cass. crim. 12 avril 1976, *D.* 1977, Jurispr. p. 239, note J.-C. Fourgoux.

¹⁵⁰⁸ D'autres décisions assimilent le défaut d'information à une tromperie : Cass. crim., 27 janvier 1987, *D.* 1988, Jurispr. p. 156, note C. Carreau ; 20 décembre 1988, *D.* 1990, somm. p. 361, obs. Roujou de Boubée ; 13 décembre 1993, *JCP E* 1994, pan. p. 468.

¹⁵⁰⁹ V., par exemple, en matière de vice caché, TGI Nanterre, 2 septembre 2003, préc.

586. Extension aux services – Dans une autre affaire¹⁵¹⁰ fut posée la question de l'application du délit de tromperie aux services. L'association de consommateurs UFC « Que choisir » attire devant le Tribunal de grande instance de Nanterre, les sociétés Sony France et Sony United Kingdom. La raison en est que, d'une part, la société Sony France commercialise des baladeurs numériques qui ne permettent pas l'écoute de fichiers musicaux téléchargés à partir de n'importe quel site de téléchargement ; et d'autre part, les fichiers musicaux commercialisés sur le site Internet www.connect-europe.com par la société Sony United Kingdom sont accompagnés de dispositifs techniques les rendant incompatibles avec les baladeurs numériques autres que ceux de la marque Sony. Or, ces sociétés n'informent à aucun endroit les consommateurs de ces restrictions d'usage. Aux yeux de l'UFC « Que choisir », cela est constitutif d'une tromperie sur les qualités substantielles et l'aptitude à l'emploi du produit vendu et d'un manquement à l'obligation d'information sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service¹⁵¹¹.

587. Les défenderesses arguent que l'article L. 213-1 du Code de la consommation est inapplicable car les faits reprochés ne portent pas sur des marchandises, « *biens mobiliers corporels susceptibles de préhension* », mais sur « *la concession d'une licence sur un droit incorporel – une œuvre musicale* ». Elles ajoutent que le consommateur est dûment informé des conditions d'utilisation du fichier musical qu'il reçoit puisque le site de téléchargement fournit à cet effet un document intitulé « *Conditions générales et contrat de licence utilisateur final de Connect* ». Surtout, les sociétés affirment que, « *sous couvert d'une meilleure information du consommateur* », l'association souhaite obtenir en justice la reconnaissance d'une « *obligation d'interopérabilité entre les plates-formes musicales et les lecteurs de musique* » que le législateur n'a pas consacrée.

Cette remarque n'empêche pas le Tribunal de retenir que le contrat conclu entre le consommateur et la société Sony United Kingdom n'est pas une licence de droits intellectuels mais une prestation de services ayant pour objet « *la fourniture d'un fichier musical conférant un droit strict d'usage au contractant* ». Or, le Tribunal relève que le délit de tromperie est applicable aux prestations de services par application combinée de l'article L. 216-1 et de l'article L. 213-1 du Code de la consommation¹⁵¹². Ce qui lui permet de montrer en quoi les éléments constitutifs de la tromperie sont réunis. L'élément matériel réside dans le fait pour Sony United Kingdom de ne

¹⁵¹⁰ TGI Nanterre, 15 décembre 2006, *PI*, avril 2007, p. 222, obs. J.-M. Bruguière ; *RLDI*, février 2007, p. 30, obs. O. Pignatari.

¹⁵¹¹ Par ailleurs, l'association de consommateurs allègue que les agissements des sociétés sont constitutifs de vente liée ou subordination de vente au sens de l'article L. 122-1 du Code de la consommation. Le Tribunal jugera que l'incrimination de subordination de vente est effectivement établie.

¹⁵¹² L'article L. 216-1 du Code de la consommation étend l'application de l'article L. 213-1 du même Code aux prestations de services.

pas indiquer clairement dans son contrat que les fichiers musicaux téléchargés ne peuvent être lus que par les baladeurs numériques de marque Sony et dans le fait pour Sony France de ne pas clairement informer le consommateur que les baladeurs numériques commercialisés ne peuvent lire que les fichiers musicaux téléchargés sur le site dédié. Selon les propres mots du Tribunal, il y a matérialisation « *du délit de tromperie sur une caractéristique essentielle de la prestation fournie ou du produit acheté et subséquentement sur l'aptitude à l'emploi de ces différents vecteurs* ». Quant à l'élément intentionnel, le Tribunal estime qu'il se déduit de la qualité de « *professionnels avertis* » des sociétés dont « *la réticence dolosive est révélatrice de leur mauvaise foi* ».

588. Nécessité d'informer sur les restrictions à l'interopérabilité – En revanche, le Tribunal confirme qu'aucune « *disposition légale ou réglementaire n'impose une interopérabilité totale entre les fichiers musicaux et les baladeurs numériques* ». Mais bien qu'il ne reconnaisse pas l'existence d'un droit à l'interopérabilité, le juge estime que le professionnel qui commercialise des fichiers musicaux ou des baladeurs accompagnés de systèmes de protection doit informer le consommateur des restrictions à l'interopérabilité que ces dispositifs engendrent.

589. Licéité des mesures techniques de protection entravant l'interopérabilité – En outre, l'association de consommateurs avait demandé l'interdiction des dispositifs techniques incompatibles avec des baladeurs numériques autres que la marque Sony. Mais le Tribunal estime qu'il n'est pas « *juge de la licéité des mesures techniques* » entravant l'interopérabilité. Au regard du droit de l'Union européenne et du droit interne, il est vrai que le juge peut difficilement remettre en cause le recours aux systèmes techniques.

590. Jurisdiction compétente en matière d'interopérabilité – La solution du Tribunal s'accorde avec l'ancien article L. 331-7 du CPI, devenu l'article L. 331-32, confiant à l'autorité de régulation le soin de trancher les litiges liés aux mesures techniques et à l'interopérabilité. Toutefois, il serait regrettable de reconnaître une compétence exclusive à cette autorité alors que juge de droit commun comme l'autorité de la concurrence sont à même de s'intéresser à la question. D'autant plus que seuls les éditeurs de logiciels, les fabricants de systèmes techniques et les exploitants de services, à l'exclusion des consommateurs, sont admis à saisir l'autorité de régulation. Pourtant, les consommateurs sont concernés par l'interopérabilité autant que les industriels¹⁵¹³.

¹⁵¹³ C. Rojinsky, « Quelle finalité pour l'interopérabilité ? », *RLDI*, octobre 2006, supplément au n° 20, p. 13 : « une saisine aussi limitée est malgré tout regrettable, alors que ces questions se posent le plus souvent au niveau de l'utilisateur final ».

591. Le Conseil Constitutionnel a livré son point de vue sur le sujet. S'il relève qu'au coeur de l'interopérabilité se trouvent des informations complexes, sensibles susceptibles de relever du secret industriel et justifiant une saisine restreinte de l'autorité de régulation¹⁵¹⁴, il n'en exclut pas pour autant la possibilité pour les consommateurs ou les associations qui les représentent d'exercer « *les actions nécessaires à la défense de leurs intérêts devant les juridictions compétentes* »¹⁵¹⁵. Ainsi, à raison de la qualité du demandeur, deux juridictions distinctes sont susceptibles d'intervenir. Les industriels peuvent saisir l'autorité de régulation¹⁵¹⁶ et les consommateurs peuvent saisir l'autorité judiciaire. Au premier abord, cela peut surprendre. Mais il faut bien saisir que ce qu'obtiennent les industriels de l'autorité de régulation¹⁵¹⁷ est différent de ce que demandent les consommateurs au juge. Les industriels requièrent les moyens nécessaires à l'interopérabilité, c'est-à-dire les informations sensibles et complexes, qu'eux seuls peuvent être autorisés à obtenir afin de concevoir des systèmes compatibles. Il serait, en effet, inapproprié d'élargir aux consommateurs la diffusion de données aussi délicates qui, de toute façon, ne leur seraient pas d'une grande utilité dans la mesure où ils ne disposent pas des compétences nécessaires pour les exploiter.

Par ailleurs, il ne faudrait pas voir dans la possibilité reconnue aux consommateurs de saisir le juge de droit commun la reconnaissance d'un droit à l'interopérabilité. En affirmant que les consommateurs peuvent exercer les actions utiles à la défense de leurs intérêts devant les juridictions compétentes, le Conseil constitutionnel semble indiquer que l'entrave à l'interopérabilité ne peut être sanctionnée qu'indirectement, sur les fondements du droit civil ou du droit de la consommation. Ainsi, le professionnel qui commercialise, sans informer clairement l'utilisateur, des équipements de lecture, des supports, ou fournit des services accompagnés de mesures techniques restreignant l'interopérabilité, est susceptible d'être poursuivi sur les terrains du vice caché et du défaut d'information

¹⁵¹⁴ Cons. const., décision du 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, préc. : considérants 43 et 44.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*, considérant 44.

¹⁵¹⁶ Cependant, rien n'empêche les industriels de saisir directement l'autorité de concurrence de pratiques restrictives. En ce sens, J.-M. Bruguière, obs. sous TGI Nanterre, 15 décembre 2006, *PI*, avril 2007, p. 223 – Cela risque d'ailleurs de poser des problèmes de concordance jurisprudentielle. En ce sens, J.-M. Bruguière, « Le droit à l'interopérabilité », *CCE*, février 2007, étude 3, p. 12, n° 20 – C. Bernault, « La loi du 1^{er} août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI*, septembre 2006, p. 63 – L. Costes, « La mise en œuvre de la loi DADVSI par les médias », *in Forum Legipresse*, *RLDI*, octobre 2006, p. 89.

¹⁵¹⁷ Non sans payer une indemnisation. C'est ce qu'a décidé le Conseil constitutionnel : Cons. const., décision du 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, préc. : considérant 41.

B. Le défaut d'information relatif aux caractéristiques essentielles du bien ou du service

592. En vertu de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, « *tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ». Si la possibilité de lire ou d'écouter l'œuvre apparaît comme une caractéristique essentielle du support (1), cela a paru moins évident en ce qui concerne la possibilité de reproduire l'œuvre en vue d'un usage privé (2).

1. La lisibilité de l'œuvre comme caractéristique essentielle

593. **Nécessité d'informer le consommateur des restrictions de lecture** – On se rappelle que, dans l'affaire « Phil Collins », l'acheteur d'un CD du chanteur ne parvenait pas à le faire fonctionner sur son ordinateur portable alors que ni l'éditeur ni le distributeur de l'album n'avaient apposé de mention claire relative à la restriction de lecture. On se souvient aussi qu'il fut jugé qu'un vice caché était caractérisé. Mais le manquement à l'obligation d'information sur les caractéristiques essentielles du CD fut également retenu par les juges. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris considéra que « *la lecture sur support numérique constitue aujourd'hui une caractéristique essentielle d'un disque compact compte tenu de la multiplicité des systèmes de lecture et du nombre croissant de consommateurs disposant d'ordinateurs* »¹⁵¹⁸. Par conséquent, il incombait à l'éditeur et au distributeur d'informer l'acheteur des restrictions de lecture relatives aux ordinateurs.

La solution est on ne peut plus logique. Il ne fait aucun doute que la lisibilité de l'œuvre est une, si ce n'est la caractéristique essentielle du support qui la véhicule. Et s'il est envisageable que le support ne permette pas la lecture de l'œuvre sur tous appareils, il est néanmoins normal que le professionnel qui le commercialise en informe clairement le consommateur.

594. **Interprétation fluctuante des mentions** – On regrettera cependant que la Cour de Paris¹⁵¹⁹ ait infirmé le jugement du Tribunal en retenant que la mention accompagnant le CD satisfaisait à l'obligation d'information. Il était indiqué que le « *CD contient une protection contre la copie numérique. Il peut être lu sur la plupart des lecteurs CD audio, ainsi que sur les lecteurs CD-ROM d'ordinateurs via fichiers musicaux compressés inclus dans le CD* ». Or, nul ne peut contester que le libellé est équivoque. Le consommateur pouvait comprendre que le CD serait lisible sur tous les lecteurs

¹⁵¹⁸ TGI Paris, 10 janvier 2006, préc.

¹⁵¹⁹ CA Paris, 20 juin 2007, préc.

CD-ROM et non sur la plupart. On voit combien la caractérisation du défaut d'information peut être dépendante de l'interprétation des mentions par les juges.

En tout état de cause, l'arrêt de la Cour de Paris ne remet pas en cause le fait que la lisibilité de l'œuvre soit une caractéristique essentielle du support qui la véhicule et tout défaut d'information relatif aux restrictions de lecture causées par des mesures techniques est susceptible d'être sanctionné sur le fondement de l'article L. 111-1 du Code de la consommation.

S'il paraît évident que la lisibilité de l'œuvre constitue une caractéristique essentielle du support ou du service, il est permis de se demander s'il en est de même en ce qui concerne sa reproductibilité.

2. La reproductibilité de l'œuvre comme caractéristique essentielle ?

595. Problématique – Les utilisateurs attendent du support de l'œuvre ou du service qui la leur communiquent qu'ils permettent de la lire, de l'écouter, de la visionner. Parmi eux, nombreux sont ceux qui escomptent aussi pouvoir reproduire l'œuvre, certains pour en faire un usage légitime, d'autres pour en faire un usage illicite. Toute la question est de savoir si la reproductibilité de l'œuvre est susceptible de constituer une caractéristique essentielle du support ou du service.

596. Affaire « Mulholland Drive » – La question fut posée dans la désormais célèbre affaire « Mulholland Drive ». L'acquéreur d'un DVD du film, écrit et réalisé par David Lynch, est surpris de ne pouvoir effectuer une copie de l'œuvre sur une vidéocassette à cause d'une mesure technique de protection adjointe au support. Sa stupéfaction est d'autant plus grande que la jaquette du DVD ne porte aucune mention claire indiquant la présence d'un dispositif technique. En effet, le DVD était simplement frappé de la mention « CP ». Contrarié de ne pouvoir utiliser une copie du film afin de le regarder au domicile parental dépourvu de lecteur DVD, l'acquéreur s'en émeut auprès de l'UFC « Que choisir ». Tous deux assignent en justice les producteurs ainsi que le distributeur du film, réclamant l'interdiction de recourir à un dispositif technique au nom d'un « droit à [...] faire une copie privée » qui découlerait de l'article L. 122-5 du CPI. Ils soutiennent par ailleurs qu'a été violé l'article L. 111-1 du Code de la consommation suivant lequel le vendeur est obligé d'informer le consommateur des caractéristiques essentielles du produit.

597. Position du TGI de Paris : la copie privée, caractéristique essentielle ? non – Sur ce point, le Tribunal de grande instance de Paris¹⁵²⁰ juge assez lapidairement que « *si une information précise du consommateur sur l'impossibilité de réaliser une copie privée du DVD litigieux aurait pu figurer sur la jaquette de celui-ci, il ne demeure pas moins que ne constitue pas une caractéristique essentielle d'un [DVD] la possibilité de le reproduire alors surtout qu'il ne peut bénéficier de l'exception de copie privée* ». Ne disposant pas d'un droit à la copie privée¹⁵²¹, l'entrave à la réalisation des copies privées ne constituerait pas une restriction d'usage.

Pour autant, la formule employée par le Tribunal ne laisse pas d'interroger. L'information « *aurait pu figurer* », dit le Tribunal. Or, soit la possibilité de faire une copie privée est une caractéristique essentielle et alors l'impossibilité d'en réaliser doit être indiquée au consommateur ; soit il ne s'agit pas d'une caractéristique essentielle et aucune mention ne doit être requise. Cet entre-deux trahirait-il une hésitation du Tribunal à dénier à la copie privée la qualité de caractéristique essentielle ? On comprendrait qu'il ait hésité dans la mesure où les utilisateurs ont été habitués à pouvoir copier les œuvres à partir d'audiocassettes, de vidéocassettes ou encore de CD.

598. Position de la Cour de Paris : la copie privée, caractéristique essentielle ? oui – L'arrêt rendu le 22 avril 2005 par la Cour d'appel de Paris¹⁵²² se situe aux antipodes du jugement rendu en première instance. La Cour précise que la copie privée étant autorisée, « *en n'indiquant pas clairement l'impossibilité de réaliser une copie à des fins privées, le vendeur n'a pas informé de manière exacte le consommateur ; que contrairement à ce qu'a dit le Tribunal, la faculté de copie privée est une des caractéristiques essentielles du support* » au sens de l'article L. 111-1 du Code de la consommation. Ainsi, les juges du second degré retiennent qu'en l'absence de mention claire indiquant l'impossibilité d'effectuer une copie privée, le vendeur a manqué à son devoir d'information. Il ne fait aucun doute que, dûment informé de l'impossibilité de réaliser une copie privée, le consommateur « *aurait pu être dissuadé d'acquérir le DVD* ». En tout état de cause, il était insuffisant d'apposer sur le support le sigle « CP », signifiant « *Copy Prohibited* » selon les dires des producteurs et du distributeur du film.

¹⁵²⁰ TGI Paris 30 avril 2004, *JCP G* 2004, II, 10135, note C. Geiger ; *JCP E* 2004, 1101, note T. Maillard ; *CCE*, juillet-août 2004, comm. 85, p. 24, note C. Caron ; *RTD com.* 2004, p. 486, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹⁵²¹ *Infra* n° 604.

¹⁵²² CA Paris 22 avril 2005, *Perquin et UFC Que choisir c/ Universal Pictures et autres*, *CCE*, juin 2005, comm. 98, p. 26, note C. Caron ; *RIDA*, janvier 2006, n° 207, p. 374, obs. A. Kéréver ; *JCP G* 2005, II, 10126, note C. Geiger ; *PI*, juillet 2005, p. 340, obs. A. Lucas et P. Sirinelli ; *D.* 2005, p. 1573, note C. Castets-Renard ; *RLDI*, mai 2005, p. 14, obs. D. Melison ; *JCP E* 2005, 1052, note C. Vilmart ; *Legipresse* 2005, III, p. 233, note M. Vivant ; F. Goldsmith « Ombres et lumières de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 avril 2005 », *CCE*, juillet-août 2005, étude 26, p. 16.

En effet, cette abréviation peut recevoir d'autres interprétations. La solution adoptée par la Cour préfigure le dispositif instauré par le législateur à l'occasion de la loi de transposition de la directive du 22 mai 2001 alors que celle-ci n'imposait rien à cet égard¹⁵²³.

599. Certes, comme certains auteurs¹⁵²⁴, on peut craindre qu'en présentant l'exception de copie privée comme une caractéristique essentielle du support de l'œuvre, la Cour d'appel contribue à la confusion entre propriété intellectuelle et propriété matérielle au mépris de l'article L. 111-3 du CPI. Si l'exception de copie privée constitue bien un tempérament à la propriété intellectuelle, elle n'est pas censée être un attribut dérivant de la propriété matérielle du support¹⁵²⁵. Néanmoins – cela a été relevé¹⁵²⁶ – dans la mesure où l'œuvre ne peut se passer d'un d'un substrat, les interférences entre la propriété incorporelle et la propriété corporelle sont inévitables. Et il est évident qu'au fil du temps, la possibilité de reproduire l'œuvre est apparue comme une fonctionnalité essentielle des supports.

600. Position de la Cour de cassation : la copie privée, caractéristique essentielle ? peut-être – Les suites de l'affaire « Mulholland Drive » montrent que les juges restent tout de même hostiles à voir dans la copie privée une caractéristique essentielle du support. Si le 28 février 2006, intervenant sur le pourvoi attaquant l'arrêt de la Cour de Paris, la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question du défaut d'information, la Cour de renvoi juge que « *l'impossibilité de réaliser une copie privée ne saurait constituer une caractéristique essentielle* » du DVD¹⁵²⁷. La Cour de Paris, autrement composée, fait d'ailleurs observer que l'obligation d'informer le consommateur des restrictions apportées au bénéfice de l'exception de copie privée au moyen de mesures techniques de protection a été instaurée par la loi du 1^{er} août 2006 inapplicable aux faits de l'espèce qui lui sont antérieurs.

On sera plus perplexe devant l'« épilogue définitif »¹⁵²⁸ de l'affaire. La Haute juridiction affirme que « *statuant au regard des dispositions antérieures à la loi du 1^{er} août 2006, applicables en l'espèce, la cour d'appel a retenu à bon droit que l'impossibilité de réaliser une copie privée d'un disque DVD sur lequel est*

¹⁵²³ V. l'article L. 331-10 du CPI.

¹⁵²⁴ V.-L. Benabou, « Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques...A propos de l'arrêt Mulholland Drive », *op. cit.*, p. 4.

¹⁵²⁵ *Ibid.*

¹⁵²⁶ *Supra* n° 367.

¹⁵²⁷ CA Paris, 4 avril 2007, *Perquin et UFC Que choisir ? c/ Universal Pictures et autres*, CCE, mai 2007, comm. 68, p. 34, note C. Caron ; *PI*, juillet 2007, p. 320, obs. A. Lucas, et p. 369, obs. M. Vivant ; *RIDA*, juillet 2007, n° 213, p. 379, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2007, p. 357, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RLDI*, mai 2007, p. 18, obs. O. Pignatari.

¹⁵²⁸ C. Caron, note sous Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, CCE, septembre 2008, comm. 102, p. 38.

reproduite l'œuvre ne constituait pas une caractéristique essentielle ». Certes, l'arrêt de la Cour de renvoi est approuvé. Cependant, la portée de la décision rendue par la Cour de cassation paraît tout autre. La Haute juridiction laisse entendre que la possibilité de réaliser une copie privée ne peut pas constituer une caractéristique essentielle car la loi du 1^{er} août 2006 n'était pas encore intervenue pour instaurer une obligation d'information. Autrement dit, maintenant qu'une obligation est faite à ceux qui commercialisent les supports d'informer l'utilisateur, la reproductibilité de l'œuvre serait susceptible d'être une caractéristique essentielle. C'est une chose de préciser que la loi du 1^{er} août 2006, n'était pas encore intervenue sans établir d'incidence sur la qualification de caractéristique essentielle, ce que fait raisonnablement la Cour de renvoi. Mais c'est autre chose de soutenir que la qualité de caractéristique essentielle ne pouvait être attribuée en raison de l'absence de l'obligation d'information spécifique prévue par la loi de transposition. Cela revient à admettre à demi-mot que la possibilité d'effectuer une copie privée peut constituer une caractéristique essentielle.

A ce compte-là, pourquoi ne pas avoir accepté de puiser dans les ressources de l'article L. 111-1 du Code de la consommation comme le fit la Cour de Paris ?¹⁵²⁹ Au risque de se répéter, avant l'essor du DVD, les utilisateurs se sont accoutumés aux supports permettant la reproductibilité des œuvres si bien que cette fonctionnalité peut être regardée comme une caractéristique essentielle du bien ou du service. Ce ne serait donc pas une hérésie que tout défaut d'information relatif à la limitation totale ou partielle de la copie privée soit sanctionné sur le fondement de l'article L. 111-1 du Code de la consommation. Une frange de la doctrine semble être de cet avis¹⁵³⁰. En tout état de cause, aujourd'hui, l'obligation d'informer les utilisateurs de la présence de dispositifs techniques instaurée à l'article L. 331-10 du CPI va dans le sens d'une assimilation de la possibilité de réaliser une copie privée à une caractéristique essentielle du produit.

¹⁵²⁹ En ce sens, S. Carre, « Le vertige de l'irrecevabilité (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2008) », *RIDA*, juillet 2009, n° 221, p. 139.

¹⁵³⁰ A. Lucas et P. Sirinelli, obs. sous CA Paris, 22 avril 2005, *PI*, juillet 2005, p. 340 : « il va de soi que le consommateur a le droit de savoir ce qu'il achète et qu'il doit être averti de la présence de ces dispositifs techniques afin de mieux mesurer les possibilités qui s'offrent ensuite à lui » – S. Carre, *op. cit.*, p. 139 – Aussi, C. CARON, p. 304, n° 360, relevant que l'obligation d'information instaurée par la loi du 1^{er} août 2006 est une « réitération » de l'article L. 111-1 du Code de la consommation.

Conclusion de la Section I

601. D'un côté, le droit civil comme le droit de la consommation sont susceptibles de venir en aide aux utilisateurs en sanctionnant sur le terrain du défaut l'adjonction de dispositifs techniques au support ou vecteur de l'œuvre. En matière de droit civil, il peut s'agir d'un défaut caché au sens de l'article 1641 en raison de la présence de mesures de protection sur le bien que l'utilisateur a acquis sans en être dûment informé. Dans pareille hypothèse, l'acquéreur peut faire valoir qu'il n'aurait jamais acheté le support s'il avait su que des verrous techniques viendraient en diminuer l'utilité. En matière de droit de la consommation, il peut s'agir d'un défaut d'information constitutif d'une tromperie au sens de l'article L. 213-1 du Code de la consommation ou d'un défaut d'information relatif aux caractéristiques essentielles du produit au sens de l'article L. 111-1 du même Code. Et, si la lisibilité de l'œuvre apparaît incontestablement comme une caractéristique essentielle, il ne faut pas non plus exclure que sa reproductibilité en soit une également. L'article L. 331-10 du CPI semble le confirmer.

De l'autre côté, la protection des intérêts des utilisateurs ou consommateurs peut paraître bien illusoire dans la mesure où il suffit que le vendeur ou professionnel l'informe dûment de la présence de mesures de protection et des restrictions d'usage que celles-ci entraînent pour échapper à toute sanction.

Section II – L'intervention de l'autorité judiciaire par le jeu du triple test

602. Comme il fallait s'y attendre l'interprétation du triple test par les juges du fond est inconstante, erratique (Paragraphe I). Les critères flous qui le caractérisent conduisent à des appréciations aléatoires défiant les lois de la casuistique judiciaire. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a souhaité éclairer le sujet et livrer, tel un guide, sa propre conception du test des trois étapes. En cela, sa jurisprudence est didactique (II).

Paragraphe I – L'interprétation erratique du triple test par les juges du fond

603. **Affaire « Mulholland Drive »** – Face aux mesures techniques de protection, l'exception de copie privée a toujours peiné à obtenir les faveurs des juges, malgré les valse-hésitations de ces derniers. L'exception a pourtant joué les premiers rôles dans l'affaire « Mulholland Drive » précitée.

604. **Position du TGI de Paris : inexistence d'un droit de copie privée** – C'est sur le fondement de l'article L. 122-5 du CPI que l'acquéreur du DVD « Mulholland Drive » invoque « *un droit à [...] faire une copie privée* ». Le jugement du Tribunal de grande instance de Paris¹⁵³¹ est pourtant une véritable déception pour les demandeurs. Les juges retiennent que le législateur n'a jamais « *entendu investir quiconque d'un droit de réaliser une copie privée de toute œuvre* ». Autrement dit, l'exception de copie privée ne saurait être assimilée à un droit subjectif contrairement à ce que semblent prétendre les demandeurs.

On observera que, de l'aveu même du Tribunal, le législateur a cependant « *organisé les conditions dans lesquelles la copie d'une œuvre échappe (s'agissant notamment de l'article L. 122-5) au monopole détenu par les auteurs* »¹⁵³². D'ailleurs, si l'exception de copie privée ne paraît pas constituer un droit subjectif, elle n'en reste pas moins placée sous l'égide de l'ordre public. En atteste la lettre de l'article L. 122-5 du CPI suivant lequel « *l'auteur ne peut interdire* » les reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste. L'argumentaire du Tribunal n'est pas très convaincant. Pour

¹⁵³¹ TGI Paris 30 avril 2004, préc.

¹⁵³² On remarquera également que les juges n'ont alors tiré aucune conclusion de leur refus de qualifier l'exception de copie privée en droit subjectif. Sur le terrain de la recevabilité, l'exception de copie privée ne semble pas exclure une action en justice à titre principal. D'ailleurs, si le Tribunal avait pensé le contraire, il n'aurait pas pris la peine de procéder au triple test.

lui dénier toute valeur impérative, celui-ci souligne le caractère facultatif de l'exception de copie privée dans la directive du 22 mai 2001. Or la question de l'adoption facultative ou obligatoire d'une exception est sans rapport aucun avec la question de sa valeur impérative ou supplétive¹⁵³³. Au regard de la force contraignante de l'ordre intimé à l'auteur à travers l'article L. 122-5 du CPI, l'exception de copie privée semble bien relever de l'ordre public¹⁵³⁴. Par conséquent, il est normal que les demandeurs se soient servis de cette disposition comme fer de lance contre les restrictions techniques. C'était toutefois compter sans l'application du triple test par le juge.

605. Première application du triple test par le juge – Très logiquement, même si la directive du 22 mai 2001 n'était pas encore transposée, il s'imposait au juge d'interpréter le droit interne et de trancher le litige à la lumière des dispositions européennes¹⁵³⁵. Or, l'article 5 paragraphe 5 de l'instrument européen prescrit l'application du triple test en vertu duquel les exceptions au droit d'auteur « *ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre [...] ni ne causent de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ». Fort de ce nouvel arsenal juridique, le Tribunal estime que « *la copie d'une œuvre filmographique éditée sur support numérique ne peut [...] que porter atteinte* » à l'exploitation normale de l'œuvre que constitue l'exploitation commerciale d'un film sous forme de DVD, laquelle est « *indispensable à l'amortissement de ses coûts de production* ».

C'est là la première application judiciaire du test en trois étapes mais celle-ci laisse une impression d'inachevé. D'un côté, le raisonnement du Tribunal tend bien vers une analyse économique de l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre telle que préconisée par le panel de l'OMC¹⁵³⁶. Ce dernier recommande de rechercher l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre dans « *une concurrence aux moyens économiques dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique [...] et les privent de ce fait de gains commerciaux significatifs ou tangibles* »¹⁵³⁷. Mais, de l'autre côté, les juges se livrent à une application *a minima* du test, éludant les deux autres obstacles de l'épreuve¹⁵³⁸ et menant une analyse économique très évasive, ce qui n'étonne guère de la part de magistrats dont la vocation se borne en principe à dire le droit. Affirmer que l'exploitation

¹⁵³³ En ce sens, T. Maillard, note sous TGI Paris 30 avril 2004, *JCP E* 2004, 1101, p. 1206.

¹⁵³⁴ En ce sens, TGI Paris, 10 janvier 2006, *CCE*, mars 2006, p. 29, note C. Caron ; *PI*, avril 2006, p. 179, obs. A. Lucas.

¹⁵³⁵ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann c/Land Nordrhein-Westfalen*, aff. n° C-14/83, *Rec.* p. 1891 – Aussi, CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. n° C-106/89, *Rec.* p. 4163, *JCP G* 1991, II, 21658, note P. Level.

¹⁵³⁶ *Infra* n° 175.

¹⁵³⁷ Paragraphe 6.183 du Rapport du groupe spécial de l'OMC, préc.

¹⁵³⁸ Cela pouvait se justifier en ce qui concerne la condition du « cas spécial » (d'ailleurs la loi DADVSI a par la suite directement reconnu un caractère spécial aux exceptions de l'article L. 122-5), mais beaucoup moins en ce qui concerne la condition de l'absence de « préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ».

commerciale d'un film sous forme de DVD est nécessaire à l'amortissement des coûts de production ne donne aucune information sur ce en quoi l'exception de copie privée porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Pourtant, il semble que la condition « *de ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre* » appelle un examen économique plus poussé. Par exemple, pour commencer, il aurait été utile de rechercher si la copie privée désirée se serait substituée à l'acquisition d'un DVD supplémentaire. Il est permis d'en douter sérieusement.

En tout état de cause, l'article 6 paragraphe 4 de la directive, qui instaure un régime de préservation en faveur des exceptions privilégiées, n'aurait pas été d'un grand secours pour les demandeurs puisque lui aussi impose de soumettre au triple test l'exception de copie privée dans le cadre des mesures appropriées prises par les États membres.

Quoi qu'il en soit, il est clairement apparu aux juges que ne peut être tenu pour illicite le déploiement du dispositif technique sur le support de l'œuvre dès lors que l'exception dont se prévalent les demandeurs ne satisfait pas aux exigences du test des trois étapes. On serait mal inspiré de comprendre par là que le succès de l'exception au triple test aurait suffi à justifier la suppression des mesures techniques. Il est vrai qu'une telle lecture présente quelques vertus. Ainsi, le déploiement des barrières techniques serait subordonné à une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou à un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, ce qui « *permettrait une certaine balance des intérêts entre nécessité de protection des titulaires et liberté d'usage* »¹⁵³⁹. Toutefois, la directive du 22 mai 2001 pose le principe de la primauté des mesures techniques sur les exceptions et ne subordonne aucunement la licéité des obstacles technologiques au constat de l'échec d'une exception au triple test. Surtout, le test des trois étapes ne sert qu'à déterminer l'applicabilité d'une exception et non la résistance de celle-ci face aux dispositifs techniques¹⁵⁴⁰.

Manifestement, comme on pouvait s'y attendre, ce test suscite de sérieuses difficultés d'interprétation et projette plus d'ombre que de lumière sur la résolution du conflit entre exceptions et mesures techniques par l'autorité judiciaire.

¹⁵³⁹ V.-L. Benabou, « Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée », *Legipresse*, mai 2006, 231, III, p. 79.

¹⁵⁴⁰ En ce sens, A. Lucas et P. Sirinelli, obs. sous CA Versailles, 15 avril 2005 et CA Paris, 22 avril 2005, *PI*, juillet 2005, p. 342 – Aussi, D. Melison, obs. sous Cass. 1^{re} civ, 28 février 2006, *RLDI*, avril 2006, p. 20.

606. Position de la Cour de Paris : impossibilité de limiter la copie privée – La Cour d’appel de Paris¹⁵⁴¹ s’est montrée bien plus disposée à répondre favorablement aux demandes de l’acquéreur du DVD et de l’association. En effet, elle juge que l’acquéreur d’un exemplaire de l’œuvre doit être en mesure de reproduire celle-ci à partir de ce même exemplaire. Plus encore, elle considère que l’usage de la copie ne peut être restreint au seul copiste et doit être étendu au cercle de famille. L’arrêt de la Cour d’appel de Paris s’illustre non seulement par sa position très nettement favorable à l’exception de copie privée mais aussi par son argumentaire.

607. Tout d’abord, les juges du second degré estiment que si, effectivement, les appelants pensent à tort invoquer un « droit à la copie privée », « *l’exception légale ne peut être limitée qu’aux conditions précisées par les textes* ». C’est pourquoi la Cour refuse la position des premiers juges affirmant que l’exception de copie privée n’est pas applicable dans l’environnement numérique au motif que le législateur « *ne pouvait prendre en considération la démultiplication des supports permettant la reproduction des œuvres pour copie privée et les procédés techniques susceptibles de faire obstacle à leur reproduction* ». A juste titre, la Cour retient que l’exception de copie privée n’est « *pas limitée, dans la législation interne, à une reproduction de l’œuvre sur un support déterminé, ni à partir duquel une copie privée peut être effectuée* » et qu’il n’y a pas « *lieu d’opérer de distinction là où la loi ne distingue pas* »¹⁵⁴². La solution s’imposait dans la mesure où l’article 5 paragraphe 2 b) de la directive du 22 mai 2001 vise « *les reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé* ». En outre, comme le souligne la Cour, la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 a inséré un alinéa 2 à l’article L. 311-1 du CPI énonçant que la rémunération pour copie privée est également due au titre des reproductions réalisées sur support d’enregistrement numérique.

En première instance, le Tribunal avait jugé qu’il importait peu que l’acquéreur du DVD ait contribué à la perception d’une rémunération pour copie privée « *car l’assiette de cette rémunération ne détermine pas la portée de l’exception de copie privée* ». L’argument de la rémunération pour affirmer l’existence d’un « droit à la copie privée » paraît en effet fragile. La rémunération est surtout un moyen de « mutualiser » la compensation financière du préjudice subi en raison de la pratique de la copie privée. Il ne faut pas perdre de vue que l’achat d’un support d’enregistrement donne lieu au paiement de la rémunération pour copie privée quand bien même le support acheté n’est pas utilisé afin de réaliser une copie privée en tant que telle : « *tout le monde paye (entreprises, contrefacteurs,*

¹⁵⁴¹ CA Paris, 22 avril 2005, préc.

¹⁵⁴² La Cour d’appel se montre très défavorable à la théorie du « trou analogique » qui justifierait que les dispositifs techniques ne permettent qu’une copie analogique, de qualité médiocre par rapport au format numérique, peu importe la difficulté des modalités de réalisation de la reproduction.

personnes qui copient leurs propres œuvres ou des données non protégées, voire des œuvres tombées dans le domaine public, etc.) pour les copies privées licites que certains vont pouvoir réaliser »¹⁵⁴³.

608. Néanmoins, la Cour d'appel tire du paiement de la rémunération pour copie privée une conclusion bien différente de celle des premiers juges. Sans aller jusqu'à reconnaître un « droit à la copie privée », la juridiction du second degré considère que le paiement de cette rémunération, même indirect, est bien la contrepartie de l'exercice de la copie privée. Ainsi, le législateur aurait prévu « *le principe d'une rémunération particulière, s'appliquant sur tous les supports vierges se trouvant dans le commerce, versée indirectement par le consommateur qui acquiert un support vierge à des fins de reproduction, puisque le coût de la rémunération équitable est inclus dans le prix de vente et que cette rémunération est destinée à rétablir l'équilibre entre le droit d'auteur et l'exception, à condition de faire un usage autorisé de la copie* ». Par un tel raisonnement, on affleure tout de même le « droit à la copie privée ».

609. Application du triple test par la Cour de Paris – De la même manière que cela s'imposait au Tribunal, afin d'éclairer sa lecture du droit interne, la Cour d'appel de Paris se livre à une interprétation de la directive du 22 mai 2001 et notamment du triple test énoncé à l'article 5 paragraphe 5. Si la méthode est identique, le résultat est néanmoins bien différent. D'ailleurs, l'état d'esprit des juges du second degré est saillant lorsqu'ils affirment que « *la loi interne n'est pas en contradiction avec la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 [...] qui, dans son considérant 31, met l'accent sur la nécessité de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés* ». Pointant du doigt le retard pris par le législateur par rapport à la transposition de la directive, la Cour d'appel saisit à bras-le-corps le triple test, s'estimant totalement compétente pour « *examiner si, en l'espèce, l'exception pour copie privée actuellement inscrite sans limitation de support dans le droit interne est conforme aux prescriptions de l'article 5.5 de la directive* »¹⁵⁴⁴.

610. Plus encore, contrairement au Tribunal, la Cour d'appel s'astreint à un examen entier du triple test, retenant tout d'abord que « *la première condition exigeant un cas spécial* » avait été respectée. En première instance, il n'a pas été contesté qu'il s'agissait en l'espèce d'un cas spécial. Les juges ne se sont d'ailleurs prononcés que sur la question de l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre après avoir pourtant rappelé dans son intégralité le principe du triple test contenu,

¹⁵⁴³ C. Caron, note sous TGI Paris, 30 avril 2004, *CCE*, juillet-août 2004, comm. 85, p. 24 – Dans le même sens, F. Pollaud-Dulian, obs. sous TGI Paris, 30 avril 2004, *RTD com.* 2004, p. 486.

¹⁵⁴⁴ Par ailleurs, elle a considéré qu'il n'y avait pas « d'ambiguïté dans les textes qui nécessiterait, comme sollicité à titre subsidiaire, de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des communautés européennes ».

entre autres, dans l'article 9 paragraphe 2 de la Convention de Berne et l'article 5 paragraphe 5 de la directive du 22 mai 2001. La Cour d'appel se distingue en retenant que l'acquéreur du DVD « n'a pas outrepassé l'exception de copie privée, le projet de copie étant effectué par lui-même, pour être utilisé, certes à l'extérieur de son domicile, mais dans un cercle familial restreint ». La Cour entretient ici une interprétation « *audacieuse* »¹⁵⁴⁵ mais lucide de l'article L. 122-5 2° du CPI. Si, selon la loi interne, la copie est strictement réservée à l'usage privé du copiste et non destinée à une utilisation collective, l'utilisation privée ne saurait être cantonnée à l'usage « *strictement personnel* » du copiste¹⁵⁴⁶. Il ne serait certainement pas raisonnable d'interdire au copiste de faire profiter ses intimes de la copie qu'il a réalisée¹⁵⁴⁷. D'autant que, dans la pratique, opérer une vérification de l'usage strictement personnel, si cela devient possible, impliquerait une invasion dans la sphère privée plus que discutable. L'interprétation, selon laquelle copiste et usager de la copie ne sont pas nécessairement la même personne, s'écarte de la lettre de l'article L. 122-5 2° du CPI, nul ne le contestera. Mais elle fait aussi preuve de pragmatisme. La copie peut bénéficier au copiste lui-même mais également à son cercle familial restreint, lequel est assurément étendu aux amis. Quant aux « copains »¹⁵⁴⁸, il est permis d'émettre quelques réserves¹⁵⁴⁹. En tous cas, il est dommage que le législateur n'ait pas été davantage interpellé par cette actualité jurisprudentielle et n'ait pas profité de l'occasion de la transposition pour apporter quelques précisions dans la rédaction de l'article L. 122-5 2° du CPI.

A un autre niveau, la directive du 22 mai 2001 n'interdit aucunement que l'usager de la copie soit un autre que le copiste lui-même puisque l'article 5 paragraphe 2 b) ne fait rien d'autre qu'affirmer que les États membres ont la faculté de prévoir une exception « *lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé* ».

611. Déroulant le fil du triple test, la Cour d'appel de Paris s'intéresse à la condition de l'absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Prenant à contre-pied les juges de

¹⁵⁴⁵ A. Lucas et P. Sirinelli, obs. sous CA Versailles, 15 avril 2005 et CA Paris, 22 avril 2005, *PI*, juillet 2005, p. 341.

¹⁵⁴⁶ A. Latreille, « La copie privée démythifiée, *RTD com.* 2004, p. 408 – P.-Y. GAUTIER, p. 343, n° 338 : « Il nous semble que la reproduction "dans un cercle de famille" (photocopie pour le camarade et lui seul, envoi d'e-mail à un cercle très limité d'internautes etc.), même si elle n'est pas "strictement personnelle", devrait échapper au droit exclusif. Il ne serait pas raisonnable que les exceptions au droit de reproduction aient un sort différent, plus sévère, des exceptions au droit de représentation ».

¹⁵⁴⁷ P. Sirinelli et M. Vivant, obs. sous CA Montpellier, 10 mars 2005, *RLDI*, mai 2005, p. 7

¹⁵⁴⁸ CA Montpellier, 10 mars 2005, *CCE*, mai 2005, comm. 77, p. 33, note C. Caron ; *PI*, 2005, avril 2005, p. 168, obs. P. Sirinelli ; *RLDI*, mai 2005, p. 6, obs. P. Sirinelli et M. Vivant ; *D.* 2005, jurispr. p. 1294, note G. Kessler – La Cour d'appel de Montpellier a en effet considéré que regarder des « copies en présence d'un ou deux copains et avoir prêté des CD gravés à quelques copains » ne caractérisait « aucun usage à titre collectif » - Aussi, TGI Paris, 28 janvier 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 1, p. 240.

¹⁵⁴⁹ En ce sens, A. Lucas et P. Sirinelli, obs. préc., p. 341.

première instance, elle refuse catégoriquement de suivre le tribunal « *quand il a jugé que "la copie d'une œuvre filmographique éditée sur support numérique ne peut que porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et que cette atteinte sera nécessairement grave car elle affectera un mode d'exploitation essentielle de ladite œuvre indispensable à l'amortissement de ses coûts de production"* ». Les juges du second degré estiment que le Tribunal n'a pas « *expliqué en quoi l'existence d'une copie privée, qui, en son principe et en l'absence de dévoiement répréhensible, ne fait pas échec à une exploitation commerciale normale, caractérise l'atteinte illégitime, ce d'autant plus qu'est prise en compte [1] exigence de rentabilité par la fixation d'une rémunération en fonction de la qualité d'une reproduction numérique et que l'auteur ou ses ayants droit ne subit pas obligatoirement de manque à gagner, l'impossibilité de réaliser une copie n'impliquant pas nécessairement pour le consommateur une nouvelle acquisition du même produit* ».

C'est là une critique de la pauvreté de la motivation rendue en première instance. Aux yeux de la Cour, les choses sont claires. Jusqu'à preuve du contraire, dès lors que les conditions de l'exception sont respectées et qu'une rémunération pour copie privée est versée afin de compenser le préjudice que pourraient subir les titulaires de droits, il ne peut y avoir d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. On remarquera que, examinant la deuxième condition du triple test, la Cour s'intéresse à l'existence d'une compensation alors que la doctrine recommande de prendre cela en considération au moment de l'examen de la troisième condition concernant l'absence de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur¹⁵⁵⁰. Cependant, aux balbutiements de l'application judiciaire du test en trois étapes, on évitera de reprocher aux juges la recherche de l'existence d'une rémunération à ce stade. On ne le dira jamais assez, les deuxième et troisième conditions du triple test reposent sur des critères passablement flous et équivoques susceptibles de mener à des interprétations biens fluctuantes¹⁵⁵¹ et il n'est pas étonnant que l'autorité judiciaire éprouve quelques difficultés à les manier¹⁵⁵². Les divergences quant à l'interprétation du test entre les juges du premier degré et ceux du second degré en sont un parfait exemple. C'est la preuve que le test des trois étapes devrait rester l'apanage du législateur.

¹⁵⁵⁰ M. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, *Kluwer Law International*, 2004, p. 130 – C. Geiger, note sous CA Paris, 22 avril 2005, *JCP G* 2005, II, 10126, p. 1757. A. Lucas et P. Sirinelli, obs. préc., p. 342 : « Ce qui peut permettre de franchir la troisième étape n'est pas que le copiste ait acheté l'original mais qu'il réalise la copie sur un support ayant acquitté la rémunération pour copie privée » – C'est aussi l'analyse de la Cour de justice : CJUE, 16 juin 2011, aff. n° C-462/09, *Stichting de Thuiscopie c/ Opus supllies Deutschland GmbH*, D. 2011, p. 1816, *PI*, juillet 2011, p. 216, obs. V.-L. Benabou ; *RTD com.* 2011, p. 551, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹⁵⁵¹ A. Lucas, note sous Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *JCP G* 2006, II, 10084, p. 1067 – A. Lucas, obs. sous CA Paris, 22 avril 2005, et TGI Paris, 10 janvier 2006, *PI*, avril 2006, p. 181.

¹⁵⁵² C. Caron, note sous Cass. 1^{re} civ. 28 février 2006, *CCE*, avril 2006, p. 24, n° 2.

612. Les juges du second degré ont considéré qu'il « *n'est pas davantage démontré que l'exception de copie privée aurait été, en l'espèce, à l'origine d'un préjudice injustifié causé aux intérêts légitimes des titulaires de droits* » car en « *acquérant le DVD, M. P. a au moins pour partie, payé la rémunération destinée aux auteurs en contrepartie de l'éventuelle reproduction* ». On observera quelques malfaçons dans le raisonnement juridique de la Cour. Par le terme « DVD », celle-ci vise forcément le support d'acquisition puisque l'appelant souhaitait réaliser une copie sur un support VHS. Or, seuls les supports d'enregistrement font partie de l'assiette de la rémunération pour copie privée¹⁵⁵³. Par ailleurs, la Haute juridiction donne à penser que l'exception de copie privée ne doit bénéficier qu'à celui qui a acquis un support de commercialisation de l'œuvre alors que l'article L. 122-5 du CPI ne pose pas cette condition. Il est largement admis que la copie privée puisse profiter, par exemple, à l'emprunteur du support.

613. **Illicéité des mesures techniques de protection** – Enfin, ayant constaté la licéité de l'exception mise en œuvre, c'est très naturellement que la Cour d'appel se prononce ensuite sur la question de la licéité des mesures techniques déployées. Les intimés ont avancé l'argument que, en l'espèce, l'exception de copie privée ne pouvait être mise en œuvre dans la mesure où l'article 6 paragraphe 4 alinéa 2 de la directive énonce qu'un État membre peut prendre des mesures de préservation à l'égard d'une exception prévue conformément à l'article 5 paragraphe 2, point b), « *à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ou de la limitation concernée et conformément aux dispositions de l'article 5 paragraphe 2, point b), et de l'article 5, paragraphe 5, sans empêcher les titulaires de droits d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions conformément à ces dispositions* ». Les titulaires de droits ont cru pouvoir tirer avantage de la disposition européenne, relevant notamment que l'acquéreur du DVD était en mesure de réaliser une copie lors de la télédiffusion du film ou à partir des cassettes VHS commercialisées.

614. Très logiquement, la bienveillance exprimée par la Cour à l'endroit de l'exception de copie privée ne se retrouve pas à l'égard des dispositifs techniques. Alors qu'elle vient de se livrer à l'examen du triple test¹⁵⁵⁴, pas encore transposé, et retient une conception large de l'exception de copie privée, la Cour d'appel refuse de « *se substituer au législateur pour déterminer les mesures de*

¹⁵⁵³ A. Lucas et P. Sirinelli, obs. sous CA Versailles, 15 avril 2005 et CA Paris, 22 avril 2005, *PI*, juillet 2005, p. 342.

¹⁵⁵⁴ La Cour d'appel de Paris a toutefois rappelé que les conditions du triple test telles que fixées à l'article 9 paragraphe 2 de la Convention de Berne n'avaient pas à être vérifiées par le juge national et ce n'est que par le truchement de l'article 5 paragraphe 5 de la directive du 22 mai 2001 que ce dernier est contraint, en l'absence de transposition, d'interpréter l'article L. 122-5 DU CPI à la lumière du triple test.

protection applicables, en l'état de la technique, à la copie privée opérée à partir du support numérique vers un autre support numérique ». Plus précisément, elle estime que « l'article 6 paragraphe 4 alinéa 2 de la directive n'a pas de caractère obligatoire puisqu'il est seulement prévu que l'État membre a la faculté de prendre des mesures sous certaines conditions » et que « son contenu ne s'impose pas aux juridictions nationales dès lors que la loi interne ne comporte pas de disposition semblable ». En raison du caractère facultatif de l'article 6 paragraphe 4 alinéa 2 de la directive du 22 mai 2001, le juge national ne peut interpréter le droit interne à la lumière de cette disposition pas plus qu'il ne peut pallier la défaillance du législateur qui n'a pas transposé l'article 6 paragraphe 4 de l'instrument européen et, par conséquent, n'a pas encore défini la protection juridique des dispositifs techniques qu'il considère appropriée.

La Cour d'appel de Paris en a donc conclu à l'illicéité des mesures techniques de protection¹⁵⁵⁵. Elle estime que, « en l'état actuel du droit applicable, qui ne prévoit aucune limite à l'exception de copie privée si ce n'est qu'elle doit être effectivement réalisée pour un usage privé et doit respecter les conditions de l'article 5.5 de la directive », l'acquéreur du DVD « a subi un préjudice du fait du comportement fautif des sociétés qui ont "verrouillé" totalement par des moyens techniques le DVD en cause ».

615. La conclusion est quelque peu hâtive. Il est incontestable que l'échec d'une exception au triple test anéantit toute possibilité de demander sur le fondement de celle-ci l'interdiction d'un dispositif technique. Pour autant, cela ne signifie pas que son succès au test des trois étapes est susceptible de justifier la suppression des mesures techniques de protection. Certes, l'article 6 paragraphe 4, alinéa 2, de la directive est facultatif. Mais, les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 6 posent le principe de la licéité des mesures techniques et imposent aux États membres de prévoir une protection juridique appropriée de ces technologies. Par conséquent, il n'est pas du tout certain qu'une interprétation conforme aux dispositions européennes conduise à une réprobation des verrous techniques quand bien même l'exception franchirait le test des trois étapes.

616. Interdiction générale d'apposer des dispositifs sur un DVD du film – Finalement, la Cour d'appel de Paris fait interdiction aux titulaires de droits, sous la menace d'une astreinte, de recourir à une mesure technique de protection incompatible avec l'exception de copie privée sur le DVD « Mulholland Drive ». Elle les condamne, par ailleurs, à indemniser l'acquéreur du DVD ainsi que l'association de consommateurs au titre du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs. Dès lors, on ne peut pas vraiment douter de la portée générale de l'arrêt.

¹⁵⁵⁵ Comp. CA Versailles, 15 avril 2005, préc., qui refuse la suppression d'une mesure technique de protection car le demandeur n'a pas rapporté la preuve de l'illicéité du dispositif technique, mais relevant le défaut d'information de l'acquéreur du CD, condamne le vendeur sur le terrain du vice caché.

L'interdiction d'apposer des mesures techniques sur le DVD « Mulholland Drive » s'étend au-delà du support acquis par l'appelant. Elle a vocation à jouer pour l'ensemble des supports commercialisés sous forme de DVD du film. Il ne faut pas oublier que l'UFC « Que choisir » est partie prenante notamment pour défendre l'intérêt collectif des consommateurs.

617. L'exception de copie privée revigorée – Comme le jugement du Tribunal, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris a ses défauts. Il est permis de mettre cela sur le compte de la situation délicate dans laquelle se trouvaient les juges en l'absence de transposition de la directive du 22 mai 2001. En outre, ce qui peut apparaître comme des défauts aux yeux des titulaires de droits apparaîtra comme des qualités aux yeux des utilisateurs. Notamment, la Cour envoie un signal fort en contribuant à la sanctuarisation de l'exception de copie privée alors que la directive du 22 mai 2001 pose clairement un principe de licéité des mesures techniques et même un principe de primauté de celles-ci par rapport aux exceptions au droit d'auteur. Dans le souci de mettre au centre du débat la question de l'équilibre entre les divers intérêts en cause, la Cour refuse l'application des mesures de protection vouées à porter secours au droit d'auteur. En tout cas, on ne minorera pas l'importance de cet arrêt, lequel, en prenant le franc contre-pied de la décision rendue en première instance, n'a pas souhaité donner le sentiment que l'exception de copie privée était condamnée à disparaître face aux dispositifs techniques, bien au contraire.

618. Affaire « Phil Collins » – On trouvera moins de défauts au jugement du Tribunal de Paris rendu le 10 janvier 2006 dans l'affaire « Phil Collins ». Tirant un enseignement des erreurs passées, le Tribunal tente de soigner son application du triple test.

619. L'exception de copie privée : d'ordre public – Avant toute chose, si le Tribunal ne s'écarte pas du principe selon lequel il n'existe pas un « *droit à la copie privée* », c'est pour mieux affirmer par la suite que l'exception de copie privée est une « *exception d'ordre public* » qui « *s'impose* » aux titulaires de droits « *quel que soit le support utilisé dès lors que le législateur ne distingue pas entre les différents supports existant qu'ils soient analogiques ou numériques* ». Le Tribunal épouse la conviction – déjà exprimée par la Cour de Paris¹⁵⁵⁶ – qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas. Il n'y a pas lieu d'exclure la pratique de la copie privée de l'environnement binaire dans la mesure où la loi n'établit aucune discrimination entre les reproductions analogiques et celles numériques. Surtout, le juge estime que l'exception de copie privée est « *d'ordre public* », ce qui semble conforme à la lettre de l'article L. 122-5 du CPI. Dès lors, on voit mal comment les

¹⁵⁵⁶ CA Paris, 22 avril 2005, préc.

titulaires de droits pourraient apporter des restrictions à une exception dont la valeur impérative est reconnue par le juge, si ce n'est que la validité d'une exception est désormais subordonnée au franchissement du triple test.

620. Applicabilité du triple test – A cet égard, le Tribunal rappelle que le juge n'a pas à vérifier si l'article L. 122-5 du CPI répond aux conditions posées à l'article 9 paragraphe 2 de la Convention de Berne car les dispositions de celles-ci s'adressent aux États signataires. Le Tribunal d'ajouter que le législateur a admis l'exception de copie privée en 1957 alors que la Convention de Berne ne l'imposait pas et il n'a pu le faire qu'après avoir examiné si elle franchissait le triple test. Cette dernière justification est moins convaincante. En pratique, la mise en œuvre d'une exception évolue en fonction du progrès technique et, de la même manière, son incidence sur l'exploitation normale de l'œuvre peut prendre d'autres proportions. D'ailleurs, c'est là tout l'enjeu que suscite la copie privée numérique. Dès lors l'exception de copie privée, bien qu'elle fut reconnue en 1957 comme victorieuse au triple test, peut ne plus l'être quelques décennies plus tard¹⁵⁵⁷. En vérité, il est suffisant de retenir que la Convention de Berne n'est pas applicable car les États en sont les États destinataires. Et si des doutes persistent, il est permis de souligner, avec M. Lucas, qu'en l'absence d'élément d'extranéité les dispositions de l'instrument national ne sont pas susceptibles d'être invoquées¹⁵⁵⁸. En tout état de cause, ce n'est qu'en vertu d'une interprétation conforme de l'article 5 paragraphe 5 de la directive du 22 mai 2001 dont la transposition aurait dû intervenir « *au plus tard le 22 décembre 2002* », dit-il, que le Tribunal accepte de se prêter au triple test.

621. Application du triple test – En premier lieu, le Tribunal considère que la première étape du test, la présence d'un « cas spécial », est franchie. En l'occurrence, il était bien question d'une reproduction « strictement réservée à l'usage privé du copiste » excluant toute « utilisation collective ».

En second lieu, le Tribunal estime que la deuxième condition est également observée. Selon lui, si l'exploitation d'une œuvre musicale sous forme de CD constitue bien un mode d'exploitation normale, les titulaires de droits ne démontrent pas en quoi la copie privée porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, dès lors qu'elle correspond à un usage strictement privé permis par la loi. Et l'analyse économique ne saurait être réduite à une comparaison du marché des CD avec celui des DVD ou celui des logiciels. C'est la raison pour laquelle le Tribunal

¹⁵⁵⁷ A. Lucas, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006 et TGI Paris, 10 janvier 2006, *PI*, avril 2006, p. 180.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*

incite les titulaires de droits à mener une étude qui permette de faire « ressortir les effets sur le marché du disque de la réalisation de copies privées ». Mais le Tribunal précise qu'il n'est pas certain que l'impossibilité pour l'acquéreur d'un CD d'effectuer une copie privée pousse ce dernier à acheter un autre exemplaire. Par conséquent, la pratique de la copie privée pourrait n'avoir aucune influence nuisible sur le marché des CD.

En troisième lieu, le Tribunal vérifie le respect de la troisième condition du test. Comme le préconise la doctrine, le juge prend en considération l'existence d'une rémunération pour copie privée pour constater qu'il n'y a pas de préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits. L'approche est différente de celle de la Cour de Paris dans l'affaire « Mulholland Drive ». On se souvient que les juges du second degré avaient considéré que l'acquittement de la rémunération pour copie privée légitimait la mise en œuvre de l'exception si bien que la solution confinait à la reconnaissance d'un « droit à la copie privée ». Le Tribunal, lui, n'affirme rien de tel. Il ne fait que tenir compte du versement d'une rémunération pour copie privée permettant de compenser le préjudice susceptible d'être causé par l'exercice de l'exception afin de montrer que la troisième condition du triple test est remplie.

622. Nécessité de rendre les dispositifs licites compatibles avec l'exception de copie privée – Par ailleurs, le Tribunal retient que si les dispositifs de protection ne sont pas interdits par la loi, ces derniers doivent être « compatibles avec l'exception de copie privée » conformément à l'article 6 paragraphe 4 de la directive du 22 mai 2001. Par conséquent, l'exception étant valide au regard du triple test, « il appartenait au producteur de mettre en place un dispositif de protection technique permettant de préserver les droits de ces derniers tout en ne faisant pas obstacle à la réalisation d'une copie privée sur tout support ». Or, dans la mesure où le verrou technique installé ne permet pas de réaliser une copie privée, le producteur « fait disparaître la limite fixée par le législateur au droit exclusif » et cause un préjudice à l'acquéreur du CD auquel il doit réparation. En conséquence, le Tribunal interdit à la société Warner Music France d'apposer des dispositifs anti-copie sur les exemplaires de l'album de Phil Collins.

Contrairement à la Cour de Paris¹⁵⁵⁹, le Tribunal n'ignore pas la licéité de principe des mesures techniques de protection mais exige simplement que de tels dispositifs n'entravent pas la mise en œuvre de l'exception de copie privée admise en droit interne, et sur le sort de laquelle le législateur ne s'est pas prononcé, faute de transposition.

¹⁵⁵⁹ CA Paris, 22 avril 2005, préc.

Paragraphe II – L’interprétation didactique du triple test par la Cour de cassation

623. Affaire « Mulholland Drive », premier arrêt de la Cour de cassation – Pour l’exception de copie privée, l’embellie judiciaire aura duré moins d’un an¹⁵⁶⁰. Par un arrêt du 28 février 2006, la Cour de Cassation est venue casser l’arrêt rendu en appel. La Haute juridiction a en effet estimé que « *l’exception de copie privée prévue aux articles L. 122-5 et L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle, tels qu’ils doivent être interprétés à la lumière de la directive susvisée, ne peut faire obstacle à l’insertion dans les supports sur lesquels est reproduite une œuvre protégée, de mesures techniques de protection destinées à en empêcher la copie, lorsque celle-ci aurait pour effet de porter atteinte à l’exploitation normale de l’œuvre, laquelle doit s’apprécier en tenant compte de l’incidence économique qu’une telle copie peut avoir dans le contexte de l’environnement numérique* ». Le cheminement du raisonnement est le même que dans les décisions précédentes.

624. Inexistence d’un « droit à la copie privée » – D’abord, la Cour de cassation constate que la copie privée ne constitue « *qu’une exception légale aux droits d’auteur et non un droit reconnu de manière absolue à l’usager* ».

625. Première application du triple test par la Cour de cassation – Puis, elle interprète l’article L. 122-5 du CPI à la lumière de la directive du 22 mai 2001. De façon surprenante, elle vise le triple test non pas au titre de l’article 5 paragraphe 5 de la directive mais au titre de l’article 9 paragraphe 2 de la Convention de Berne. Pourtant, on se souvient des réserves émises par la Cour d’appel de Paris rappelant que « *le juge national n’avait pas à dire si les conditions* » fixées par l’article 9 paragraphe 2 de la Convention de Berne étaient remplies car cette disposition n’a pour destinataires que les États. La référence à cette disposition plutôt qu’à l’article 5 paragraphe 5 est maladroite car si le triple test peut être invoqué en l’espèce, ce ne peut être que sur la base de l’instrument européen¹⁵⁶¹.

626. Interprétation du triple test selon la Cour de cassation – En outre, la méthode d’interprétation que préconise la Haute juridiction se démarque fortement de celle empruntée par la juridiction de réformation. Ainsi, rejetant la position de la Cour d’appel qui a estimé que le juge ne devait pas distinguer là où la loi ne distingue pas ou établir de différence entre la copie privée analogique et la copie privée numérique, la Cour de cassation considère que l’atteinte à

¹⁵⁶⁰ S’inscrivant dans le cadre de cette embellie : TGI Paris, 10 janvier 2006, préc.

¹⁵⁶¹ En ce sens, A. Lucas, note sous Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *JCP G* 2006, II, 10084, p. 1066, relevant que la Convention de Berne ne peut pas jouer dans la mesure où aucun élément d’extranéité n’est caractérisé.

L'exploitation normale aurait dû être appréciée en « *tenant compte de l'incidence économique qu'une telle copie peut avoir dans le contexte de l'environnement numérique* ». L'ambiguïté de la formule appelle un questionnement. Fait-on allusion à la copie privée convoitée en l'espèce ou à la pratique de la copie privée en général ? Dans l'hypothèse où la Cour de cassation aurait invité les juges du fond à rechercher si la copie privée convoitée se serait substituée à l'acquisition d'un autre support de commercialisation, on aurait pu déduire que l'atteinte à l'exploitation normale devait être évaluée en fonction de l'incidence économique que la copie, en l'espèce, peut avoir dans l'environnement numérique¹⁵⁶². Mais, en ne précisant pas son propos, il semble bien que la Cour de cassation évoque la pratique de la copie privée en général. *In fine*, la Haute juridiction inciterait à apprécier l'incidence économique de la pratique généralisée de la copie privée dans l'environnement numérique. Ce qui a conduit certains auteurs à craindre que les juges rendent des sortes d'arrêts de règlement, se prononçant par voie de disposition générale au-delà du cas d'espèce¹⁵⁶³.

Par ailleurs, la Cour de cassation ne s'est pas privée de prescrire les axes de recherche intégrés à sa méthode d'interprétation. Elle affirme en effet que « *l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, propre à faire écarter l'exception de copie privée [doit être appréciée] au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre, sous forme de DVD, représente pour l'amortissement des coûts de production cinématographique* ». La Haute juridiction réproouve ainsi la Cour d'appel qui n'a pas procédé à un examen suffisant de la deuxième étape du triple test et prescrit elle-même les critères de recherche nécessaires à une bonne analyse.

En premier lieu, le juge devrait tenir compte « *des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur* ». La généralité des termes laisse une grande marge de manœuvre au juge qui peut être amené à se poser des questions très diverses¹⁵⁶⁴. L'interdiction des dispositifs techniques ne favorise-t-elle pas la contrefaçon dans le contexte numérique ? La mise en œuvre de l'exception de copie privée dans l'environnement numérique constitue-t-elle un risque au regard des intérêts des titulaires de droits ? Ce qui revient à remettre en cause la mise en œuvre de l'exception de copie privée dans le monde binaire sur la base d'une simple menace potentielle pour l'exploitation normale de l'œuvre. Or, comme cela a été observé, la deuxième condition du triple test vise une « atteinte » concrète à l'exploitation normale de l'œuvre et non un

¹⁵⁶² Les juges du fond ont procédé à cette recherche en appel – Aussi, TGI Paris, 10 janvier 2006, préc.

¹⁵⁶³ Notamment, C. Caron, note sous Cass. 1^{re} civ. 28 février 2006, *CCE*, avril 2006, p. 25 – V.-L. Benabou, « Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée », *Legipresse* 2006, III, p. 75 – *Contra* F. Pollaud-Dulian, note sous Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *RTD com.* 2006, p. 374.

¹⁵⁶⁴ Livrant un florilège de questions susceptibles de se poser au juge : V.-L. Benabou, *op. cit.*, p. 78.

« risque »¹⁵⁶⁵. En outre, la pratique de la copie privée diffère selon les types d'œuvres, les supports, les États, et les époques, si bien que l'analyse des « risques inhérents » paraît bien compliquée.

En second lieu, le juge devrait s'attacher à évaluer « *l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre, sous forme de DVD, représente pour l'amortissement des coûts de production cinématographique* ». En d'autres termes, le juge devrait rechercher si la commercialisation sous forme de DVD constitue un mode principal d'exploitation par lequel les coûts de production sont amortis. Cette démarche s'inscrit parfaitement dans la logique mise en exergue par le *panel* de l'OMC considérant qu'il « *faut réserver aux auteurs toutes les formes d'utilisation qui possèdent, ou qui sont susceptibles de revêtir, une importance économique ou pratique considérable* »¹⁵⁶⁶. Surtout, il importe de déterminer si la mise en œuvre de l'exception de copie privée est susceptible de perturber le mode principal d'exploitation. Or, cela implique nécessairement une analyse économique poussée et coûteuse.

627. Dangers de l'interprétation du triple test selon la Cour de cassation – On savait déjà que, dans les mains du juge, le test risquerait de constituer un outil d'interprétation uniquement favorable aux titulaires de droits. Mais lorsqu'il fonctionne à plein régime, le triple test implique de rechercher l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, non pas au regard des agissements de l'utilisateur, mais au regard de la mise en œuvre généralisée de l'exception¹⁵⁶⁷. Or, il est permis de douter de la subtilité de la deuxième condition du test tant l'issue diffère selon les méthodes d'interprétation suivies mais est invariable dès lors que la même méthode est appliquée. Pour être plus précis, il ne fait aucun doute que l'examen du triple test à l'aune du comportement d'un seul utilisateur respectant les conditions de l'exception de copie privée ne peut jamais conclure à l'atteinte normale à l'exploitation de l'œuvre¹⁵⁶⁸. En revanche, une analyse du test à l'aune de la pratique générale de l'exception devrait bien souvent conclure à une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶⁵ En ce sens, A. Lucas, note sous Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *JCP G* 2006, II, 10084, p. 1067. Par ailleurs, l'auteur remarque que le triple test n'a pour but que d'encadrer les exceptions et n'a pas vocation à mesurer les conséquences d'activités contrefaisantes périphériques.

¹⁵⁶⁶ Paragraphe 6.179 du rapport du groupe spécial de l'OMC, préc. – V. aussi, paragraphe 6.187 de ce même rapport : le panel indique qu'il faut aussi tenir compte des « effets réels et potentiels sur les conditions commerciales et technologiques qui règnent actuellement sur le marché ou qui y régneront dans un proche avenir ».

¹⁵⁶⁷ En ce sens, F. Pollaud-Dulian, note préc., p. 370, affirmant que « l'exploitation normale de l'œuvre est une notion qui a une portée générale ».

¹⁵⁶⁸ En ce sens, C. Caron, note préc., p. 25, n° 2.

¹⁵⁶⁹ En ce sens, V.-L. Benabou, *op. cit.*, p. 76 : « On serait tenté de croire que la Cour de cassation conseille aux juges du fond d'interdire la copie privée numérique des DVD de films cinématographiques, en raison des

628. Licéité des mesures techniques de protection – Finalement, la Haute Cour ne se prononce pas sur la question de la licéité des mesures techniques de protection. Elle estime simplement que, dès lors que l'exception de copie privée échoue au triple test, on ne saurait faire obstacle à l'apposition de dispositifs techniques sur les supports véhiculant une œuvre protégée. Une fois de plus, les juges laissent à penser que le succès de l'exception au triple test impliquerait l'interdiction des verrous techniques.

629. Rôle didactique de la Cour de cassation – Bien que lapidaire¹⁵⁷⁰, l'arrêt de la première chambre civile se veut surtout didactique à l'heure où l'élaboration de la loi de transposition de la directive du 22 mai 2001 entre dans la phase des derniers ajustements. C'est pourtant un paradoxe. En principe, le rôle du juge se limite à l'application des lois mais le retard accusé par le législateur eu égard à la transposition de l'instrument européen l'a poussée à prendre les devants et orienter les solutions. Ainsi, la Cour de cassation sort sans nul doute de son rôle. Cela aurait été un moindre mal si sa décision donnait le sentiment d'établir un équilibre entre les intérêts des titulaires de droits et ceux des utilisateurs. Or, l'arrêt du 28 février 2006 fait nettement pencher la balance du côté des premiers. Si la Haute juridiction a souhaité faire œuvre de pédagogie à l'égard des décisions à venir, l'arrêt de la Cour de renvoi démontre la volonté des juges du fond de ne pas s'embarrasser du triple test.

risques pour l'amortissement des coûts de production ces derniers et surtout sans se limiter à l'impact économique de la simple copie privée réalisée par l'individu partie au procès ».

¹⁵⁷⁰ La Cour de cassation ne s'est prononcée que sur la deuxième condition du triple test. Elle s'est désintéressée de la troisième condition dans la mesure où l'exception a échoué dès la deuxième étape.

Conclusion de la Section II

630. Dans la mesure où il figurait à l'article 5 paragraphe 5 de la directive du 22 mai 2001, le législateur ne pouvait faire autrement que de transposer le triple test, en faisant ainsi un instrument d'appréciation des exceptions dans les mains du juge. Avant la loi de transposition, la doctrine n'a cessé de pointer du doigt les dangers d'une application judiciaire du test des trois étapes. Au regard des espèces aux travers desquelles les juges ont mis en œuvre cet outil d'interprétation, force est de reconnaître que les craintes exprimées étaient bien justifiées.

Le triple test est source d'insécurité juridique. D'abord, il est susceptible de remettre en cause les exceptions alors qu'elles sont censées être accordées – en vertu de l'article L. 122-5 du CPI – à leurs bénéficiaires. Les utilisateurs n'ont aucun moyen de savoir si l'usage qu'ils font des dérogations légales est en conformité avec le triple test ou non. Ils devraient alors se priver de les mettre en œuvre pour éviter tout risque de sanction. Ensuite, les critères flous du test conduisent à des interprétations bien fluctuantes et la jurisprudence « Mulholland Drive » en fournit un parfait exemple. Quant à l'interprétation didactique de la Cour de cassation, en proposant de rechercher l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre au regard de la pratique généralisée de l'exception de copie privée, elle risque d'aboutir à une interdiction générale de mettre en œuvre celle-ci dans l'environnement numérique. D'ailleurs, un tel raisonnement aurait pu être étendu aux autres exceptions.

Conclusion du Chapitre I

631. Le juge judiciaire s'est montré apte à répondre aux questions suscitées par la rencontre des exceptions au droit d'auteur avec les mesures techniques de protection. Il a pu puiser des ressources dans le droit civil comme dans le droit de consommation et il ne fait aucun doute qu'il aurait pu en trouver ailleurs. La seule ombre au tableau reste son intervention sur le terrain du triple test mais il faut bien concéder que le problème vient du test lui-même et non du juge en particulier. D'un certain point de vue, il est permis de se réjouir du fait que l'autorité judiciaire se soit démise de la tâche ingrate de l'articulation des exceptions avec les mesures techniques, écartant ainsi les risques de l'application judiciaire du triple test. Néanmoins, en agissant de la sorte, elle prive les bénéficiaires des exceptions de leur juge naturel.

Chapitre II – La démission de l'autorité judiciaire

632. Avant de rechercher les raisons de la démission de l'autorité judiciaire (Section II), il convient d'en préciser les circonstances (Section I).

Section I - Les circonstances de la démission de l'autorité judiciaire

633. Ce sont les juges du fond, les premiers, qui se sont démis de la tâche de l'articulation entre les exceptions au droit d'auteur et les mesures techniques de protection (Paragraphe I). Cette démission fut approuvée par la Cour de cassation (Paragraphe II).

Paragraphe I - Une démission amorcée par les juges du fond

634. Le triple test éludé – L'affaire « Mulholland Drive » a connu jusqu'ici bien des rebondissements. Mais, statuant sur renvoi le 4 avril 2007, la Cour d'appel de Paris, autrement composée, amorce un nouveau virage. Après l'arrêt didactique du 28 février 2006, on s'attendait à ce que la juridiction de renvoi suive la méthode préconisée par la Cour de cassation. D'autant que, entre temps, la loi de transposition de la directive du 22 mai 2001 a introduit la deuxième et la troisième condition du triple test dans l'article L. 122-5 du CPI, dissipant ainsi tous les doutes quant à son application judiciaire. Pourtant, les choses se sont passées autrement. La Cour de Paris n'a même pas eu à se prononcer sur la validité de l'exception de copie privée au regard du test des trois étapes. En effet, elle a décidé que ni l'acquéreur du DVD ni l'association de consommateurs n'étaient recevables à agir. Depuis, l'exercice effectif de l'exception de copie privée ne peut plus être réclamé devant les juges.

635. Irrecevabilité de l'action de l'association – En premier lieu, la Cour d'appel juge l'association UFC « Que choisir » irrecevable à agir. Il est vrai qu'une association de consommateurs ne peut engager une action que sous certaines conditions. En principe, selon l'article L. 421-1 du Code de la consommation, une association de consommateurs agréée peut « *exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* ». Autrement dit, l'action civile d'une association de consommateurs agréée n'est recevable que lorsque celle-ci agit en réparation d'un préjudice causé

à l'intérêt collectif des consommateurs au travers d'une infraction pénale¹⁵⁷¹. *A contrario*, l'action engagée par une association de consommateurs n'est pas recevable lorsque aucune infraction pénale n'est commise.

C'est au visa de l'article L. 421-7 du Code de la consommation que la Cour d'appel donne gain de cause aux titulaires de droits qui arguaient déjà de l'irrecevabilité de l'action engagée par l'association en première instance. Suivant la disposition précitée, « *les associations mentionnées à l'article L. 421-1 peuvent intervenir devant les juridictions civiles et demander notamment l'application des mesures prévues à l'article L. 421-2, lorsque la demande initiale a pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale* ». Par ailleurs, l'article 66 du Code de procédure civile précise que « *constitue une intervention la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires* ».

636. Interprétation restrictive de l'intervention – Une interprétation stricte de l'article L. 421-7 du Code de la consommation voudrait qu'une association de consommateurs agréée ne puisse intervenir qu'au cours du procès et non se joindre à l'acte introductif d'instance, lequel serait réservé au consommateur ayant subi le préjudice. C'est la conception retenue par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 21 février 2006¹⁵⁷², quelques jours à peine avant qu'elle ne statue sur l'affaire « Mulholland Drive ». Néanmoins, une telle interprétation ne semble pas conforme à l'esprit du texte¹⁵⁷³. En effet, l'intention du législateur n'a pas été d'empêcher toute association de consommateurs agréée de se joindre à la demande introductive d'instance mais seulement de lui refuser d'engager seule une action en justice ayant pour objectif la réparation du préjudice subi par un consommateur¹⁵⁷⁴. Surtout, on ne voit pas bien quel est l'intérêt d'attendre que le consommateur, seul, ait introduit l'instance dès lors qu'il est certain que l'association interviendra par la suite.

¹⁵⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 16 janvier 1985, *D.* 1985, Jurispr. p. 317, note J.-L. Aubert ; *JCP* 1985, II, 20484, note J. Calais-Auloy.

¹⁵⁷² Cass. 1^{re} civ., 21 février 2006, *Bull. civ.* I, n° 95 ; *D.* 2006, p. 781, obs. C. Rondey ; *RTD com.* 2006, p. 906, obs. Boulou. *JCP E* 2006, p. 621 – Auparavant, dans le même sens, TGI Nanterre, 2 septembre 2003, préc.

¹⁵⁷³ En ce sens, G. Raymond, note sous Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2008, *CCC*, mars 2009, comm. 84.

¹⁵⁷⁴ CA Versailles, 15 avril 2005, *CCC*, 2005, préc. La Cour de Versailles relève qu'une association de consommateurs agréée peut se joindre au demandeur principal dès l'acte introductif d'instance ; infirmant, TGI Nanterre, 2 septembre 2003, préc. – TGI Paris, 30 avril 2004, préc., jugeant que l'on ne saurait tirer argument du verbe « intervenir » utilisé dans l'article L. 421-7 du Code de la consommation pour soutenir que les associations de consommateurs agréées sont recevables à agir que dans le cadre de l'intervention définie à l'article 66 du Code de procédure civile – CA Paris, 22 avril 2005, préc., et TGI Paris, 10 janvier 2006, préc., estimant que le terme « intervenir » doit être entendu dans son sens commun et que les demandes des associations de consommateurs agréées sont recevables aussi bien sous forme d'une intervention volontaire que d'une action engagée aux côtés d'un consommateur.

Cependant, après l'arrêt rendu par la Cour régulatrice le 21 février 2006, la lecture restrictive de l'article L. 421-7 du Code de la consommation s'est imposée à la Cour de Paris. Les juges du second degré retiennent que « *l'UFC a, en l'espèce, agi en qualité de partie principale dès lors que l'exploit introductif d'instance [...], l'a été à sa requête et que, aux termes de cet acte, elle a formulé des prétentions principales distinctes* » de celles de l'acquéreur du DVD. En l'occurrence, aucune infraction pénale causant un préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs n'a été relevée¹⁵⁷⁵. Par conséquent, la Cour en conclut que l'association de consommateurs ne pouvait agir à titre principal. Elle n'était susceptible que de formuler une demande incidente au travers d'une « intervention » au sens de l'article L. 421-7 du Code de consommation et de l'article 66 du Code de procédure civile. C'est donc sur cette base que la Cour de Paris déclare irrecevable l'action entreprise par l'association de consommateurs.

637. Irrecevabilité de l'action de l'acquéreur – En second lieu, la Cour de renvoi s'intéresse à la recevabilité de l'action de l'acquéreur du DVD fondée sur l'exception de copie privée. On se souvient que le Tribunal de grande instance et la Cour de Paris avaient rejeté la fin de non-recevoir soulevée par les titulaires de droits au motif que la discussion relative à la portée des articles L. 122-5 et L. 211-3 du CPI n'avait pas de conséquence sur la recevabilité de l'action mais était liée à l'appréciation du bien-fondé de l'action. La Cour de cassation, elle, ne s'est pas prononcée sur le point de la recevabilité. Pour sa part, si la Cour de renvoi maintient la position, déjà défendue¹⁵⁷⁶, que « *l'usage privé ne saurait être réduit à un usage strictement solitaire de sorte qu'il doit bénéficier au cercle de proches, entendu comme un groupe restreint de personnes qui ont entre elles des liens de famille ou d'amitié* », elle rappelle également que la copie privée ne constitue pas un « *droit mais une exception légale au principe de la prohibition de toute reproduction intégrale ou partielle d'une œuvre protégée faite sans le consentement du titulaire de droits d'auteur* ». La formule confère une portée large à l'arrêt puisque, au-delà de l'exception de copie privée, c'est bien toutes les « exceptions légales » qui semblent ne pas constituer des droits.

638. « Pas de droit, pas d'action » – Mettant à l'honneur le principe classique « *Pas de droit, pas d'action* », les juges du fond estiment que l'exception de copie privée n'est qu'un moyen de défense qui peut être utile au défendeur dans l'hypothèse d'une action en contrefaçon exercée à son encontre. En revanche, dans la mesure où l'exception de copie ne constitue pas un droit, « *elle ne saurait être invoquée, [...], au soutien d'une action formée à titre principal, peu important [...], l'existence*

¹⁵⁷⁵ V. TGI Nanterre, 24 juin 2003, préc. Le juge déclare l'action de l'association recevable car les faits allégués caractérisaient une tromperie, infraction pénale.

¹⁵⁷⁶ CA Paris, 22 avril 2005, préc.

d'une rémunération pour copie privée acquittée par les consommateurs ». En refusant de déduire un « droit à la copie privée » du paiement de la rémunération pour copie privée par l'acquéreur du DVD, la Cour de renvoi suit la même ligne que les premiers juges. Surtout, l'utilisateur ne peut pas intenter un procès contre les titulaires de droits en invoquant à titre principal l'exception de copie privée. Et si l'utilisateur n'est pas susceptible d'introduire une instance sur la base d'une exception légale alors l'intervention d'une association de consommateurs au cours du procès n'est plus possible.

Dans l'affaire « Phil Collins », la Cour d'appel de Paris tient exactement les mêmes positions que dans l'arrêt rendu deux mois auparavant dans l'affaire « Mulholland Drive ». Les actions de l'acquéreur du CD du célèbre musicien ainsi que de l'UFC « Que Choisir » sont déclarées irrecevables pour des motifs identiques, à savoir que l'acquéreur du CD ne bénéficie que d'une exception légale insusceptible d'être invoquée au soutien d'une action formée à titre principal et l'association de consommateurs n'est pas admise à agir à titre principal. Celle-ci aurait pu « intervenir » au sens de l'article L. 421-7 du Code de la consommation et de l'article 66 du Code de procédure civile¹⁵⁷⁷. En revanche, les juges du fond ont déclaré recevable l'acquéreur du CD en ses demandes formulées tant au titre des vices cachés que du défaut d'information.

Paragraphe II - Une démission approuvée par la Cour de cassation

639. Pourvois en cassation – Contestant l'irrecevabilité de leurs actions décidée par les juges du fond, l'UFC « Que choisir » ainsi que les acquéreurs malheureux des supports litigieux n'ont pas hésité à se pourvoir en cassation¹⁵⁷⁸. Toutefois, dans l'affaire « Mulholland Drive » comme dans l'affaire « Phil Collins », la première chambre civile confirme la décision rendue en appel.

640. Affaire « Mulholland Drive », deuxième arrêt de la Cour de cassation : « Pas d'intérêt, pas d'action » – Dans la première espèce, la Cour unificatrice reprend à son compte l'argumentaire de la Cour de Paris en affirmant que la copie privée ne constitue pas un droit mais une exception légale. Mais la Haute juridiction précise que l'exception de copie privée ne saurait être invoquée au soutien d'une action formée à titre principal car elle ne correspondrait pas à un

¹⁵⁷⁷ CA Paris, 20 juin 2007, préc.

¹⁵⁷⁸ Cependant, il faut noter que l'UFC « Que choisir » s'est par la suite désistée de son pourvoi dans l'affaire « Mulholland Drive ».

« *intérêt légitime juridiquement protégé* »¹⁵⁷⁹. Cette précision est de taille car elle vient compléter le travail de qualification accompli jusqu'alors quant à la nature de l'exception de copie privée. Cette dernière ne constituant pas un droit, la Cour de cassation estime que l'acquéreur du DVD n'a pas d'intérêt juridiquement protégé. De sorte que l'adage « Pas d'intérêt, pas d'action » – qui correspond bien plus à la réalité que celui devenu désuet « Pas de droit, pas d'action » – semble susceptible de frapper toute personne qui voudrait former une action à titre principal en invoquant l'exception de copie privée. La Cour de cassation réitère l'affirmation que le bénéficiaire d'une dérogation légale au droit d'auteur ne peut l'opposer que comme un moyen de défense en cas de poursuites, notamment dans le cadre d'une action en contrefaçon formée à son encontre.

641. Demande reconventionnelle – Est-ce à dire que le bénéficiaire de l'exception aurait pu réclamer la suppression des mesures techniques de protection par voie de demande reconventionnelle ? Rien n'est moins sûr. La solution choisie par les juges de retenir l'irrecevabilité de l'action par voie principale témoigne d'une volonté silencieuse de ne pas débattre au fond¹⁵⁸⁰ du conflit entre les exceptions au droit d'auteur et les mesures techniques. Leur dessein est sans doute resté secret de préserver les dispositifs techniques et avec eux l'esprit du dispositif législatif instauré au travers de la loi du 1^{er} août 2006. Néanmoins, même dans l'hypothèse d'une action en contrefaçon engagée à son encontre, le défendeur pourrait arguer d'une dérogation légale au droit d'auteur entravée par un dispositif technique, si bien que le juge aurait tout de même à débattre au fond des rapports entre les exceptions et les mesures de protection¹⁵⁸¹.

Dans la seconde espèce, la Haute Cour exclut la recevabilité de l'action de l'UFC « Que choisir » pour les mêmes motifs que ceux mis en exergue en appel. Quant à la recevabilité de l'action de l'acquéreur du CD, la Cour reprend presque mot pour mot l'argumentation développée dans l'affaire « Mulholland Drive » en affirmant qu'il ne peut se « *prévaloir d'un intérêt légalement protégé* ».

¹⁵⁷⁹ La solution est très discutable : *infra* n° 693.

¹⁵⁸⁰ V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé - Introduction, Notions fondamentales, Organisation judiciaire*, t. 1, Sirey, 1961, p. 196, n° 221.

¹⁵⁸¹ V.-L. Benabou, « De l'effectivité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques », *PI*, octobre 2007, p. 435. Selon l'auteur, le juge pourrait conserver la possibilité de départager les intérêts antagonistes dans le cadre d'une action en contrefaçon et le défendeur pourrait exciper d'une exception comme moyen de défense.

Conclusion de la Section I

642. Les juges du fond ont estimé que le bénéficiaire d'une exception légale, ne disposant pas de droit subjectif, n'était pas admis à agir en justice pour en réclamer l'exercice effectif. Leurs décisions sont critiquables en ce que l'existence d'un droit subjectif n'est pas une condition de la recevabilité de l'action en justice. Il n'est requis que l'existence d'un *intérêt légitime*. On aurait donc pu s'attendre à ce que la Cour de cassation censure les arrêts d'appel. Mais, de façon très surprenante, elle s'est rangée à l'avis des juges du second degré en apportant une petite rectification dont l'importance est en réalité considérable : les exceptions légales ne seraient pas des droits subjectifs, mais pire encore, elles ne seraient pas des intérêts légitimes juridiquement protégés. La solution est assurément erronée. Nul ne peut croire que le législateur aurait pris la peine d'ériger des dérogations légales au droit d'auteur sans vouloir protéger juridiquement des intérêts. En vérité, les raisons d'une telle position sont bien moins juridiques que pratiques voire politiques.

Section II – Les justifications de la démission de l'autorité judiciaire

643. La démission de l'autorité judiciaire quant à l'articulation des exceptions et des dispositifs techniques est certainement motivée par des considérations pratiques (Paragraphe I). Pourtant, sur le plan juridique, elle n'est absolument pas justifiée (Paragraphe II).

Paragraphe I - Une démission motivée par des considérations pratiques

644. L'embarrassant triple test – Tout d'abord, la démission du juge judiciaire lui permet d'éviter l'interprétation du test des trois étapes. L'application du triple test selon la méthode de la Cour de cassation était pourtant attendue. Cependant, même si l'effet inverse était escompté, les axes de recherche livrés par le juge du droit ajoutaient à la complexité déjà bien marquée de l'examen. Les critères dégagés par la Haute juridiction auraient certainement rendu encore plus erratique l'appréciation du test. Face aux difficultés inextricables qui s'annonçaient, il semble que les juges du fond se soient rendus à l'évidence.

L'irrecevabilité de l'action du bénéficiaire d'une exception signe l'aveu implicite que les juges sont mal à l'aise avec le maniement du test. Afin d'éviter la mise en œuvre de celui-ci¹⁵⁸², les juges ont préféré nier aux « exceptions légales » toute appartenance à la catégorie des droits subjectifs¹⁵⁸³ mais encore à celle des intérêts juridiquement protégés. Ainsi, le juge judiciaire ferme la porte à celui qui – contrarié par un dispositif technique – réclame l'exercice effectif d'une dérogation au droit d'auteur.

¹⁵⁸² En ce sens, V.-L. Benabou, « Lettre de France », *RIDA*, janvier 2008, n° 215, p. 225 – C. Caron, note sous CA Paris, 4 avril 2007, *CCE*, mai 2007, comm. 68, p. 34 – O. Pignatari, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2008, *RLDI*, février 2009, p. 12.

¹⁵⁸³ Il ne faut cependant pas oublier que de nombreuses exceptions au droit d'auteur traduisent la prise en considération de droits et libertés fondamentaux.

645. Compétence d'attribution – Ensuite, la démission du juge judiciaire n'est pas sans conséquence du point de vue de la compétence « juridictionnelle »¹⁵⁸⁴. Dans la mesure où il n'est plus possible d'intenter un procès en invoquant à titre principal une exception légale, il ne reste plus que la voie de l'HADOPI. Bien que la loi du 1^{er} août 2006 n'exclut pas formellement la sollicitation de l'autorité judiciaire, cela tend à conférer une compétence exclusive¹⁵⁸⁵ à l'autorité administrative indépendante dès lors qu'il est réclamé le bénéfice effectif d'une exception.

Toutefois, il faut garder à l'esprit que la saisine de la Haute Autorité reste circonscrite à des hypothèses bien particulières. Conformément à l'article L. 331-33 du CPI, seules les personnes bénéficiaires d'une exception préservée sont autorisées à saisir l'autorité de régulation. Et encore faut-il que le différend soit lié à l'usage de mesures techniques de protection. En tout état de cause, la démission de l'autorité judiciaire ne fait pas totalement disparaître la mise en œuvre du test puisqu'il incombe à l'autorité administrative indépendante de le prendre en compte dans le cadre de ses décisions¹⁵⁸⁶. De surcroît, le juge judiciaire reste compétent en cas d'appel des décisions de l'HADOPI. Par conséquent, il peut toujours être conduit à veiller au respect des conditions du test au second degré juridiction¹⁵⁸⁷.

646. Évitement du contentieux – Enfin, considérer les dérogations au droit d'auteur comme de simples moyens de défense et cantonner le contentieux à des saisines restreintes de l'autorité de régulation contribue aussi à éviter les « coups de bélier des exceptions »¹⁵⁸⁸ susceptibles de fragiliser le droit d'auteur.

647. Critiques – Mais c'est peut-être cher payé pour des exceptions dont on a montré qu'elles revêtent une valeur impérative et traduisent souvent des droits et libertés fondamentaux. C'est justement pour éviter que le juge soit contraint de procéder à un arbitrage intempestif entre les intérêts de l'auteur et ceux des utilisateurs que le législateur érige limitativement des règles dérogatoires faisant échapper aux monopoles juridiques certains usages des œuvres. L'ordre public qui leur est attaché doit permettre de préserver leur effectivité. Il importe donc que les titulaires de droits ne leur apportent aucune restriction et ne portent pas eux-mêmes atteintes aux intérêts

¹⁵⁸⁴ Si l'on veut bien reconnaître que l'HADOPI est dotée d'un pouvoir quasi-juridictionnel.

¹⁵⁸⁵ En ce sens, C. Caron, note sous CA Paris, 4 avril 2007, *CCE*, mai 2007, comm. 68, p. 35.

¹⁵⁸⁶ Article R. 331-64 du CPI.

¹⁵⁸⁷ Et au-delà, la Cour de cassation.

¹⁵⁸⁸ C. Caron, note préc., p. 36.

des utilisateurs. Faute de quoi, une demande introductive d'instance devant l'autorité judiciaire – gardienne des libertés individuelles – serait un minimum.

Paragraphe II - Une démission injustifiée sur le plan juridique

648. Recherche de la véritable nature des exceptions – La démission du juge judiciaire par rapport à l'articulation des exceptions et des dispositifs techniques n'est pas justifiée car elle résulte d'une méprise quant à la nature des intérêts que les dérogations au droit d'auteur préservent (A). Or, prendre en considération la nature de ces intérêts devrait conduire à reconnaître la recevabilité de l'action au soutien de laquelle les exceptions sont invoquées (B).

A. La qualification des exceptions au droit d'auteur

649. On ne saurait réduire les exceptions au droit d'auteur à de banales tolérances (1) comme le fait parfois la doctrine. L'attention toute particulière que leur porte le législateur au travers de l'article L. 122-5 du CPI devrait dissiper tous les doutes. Certes, cela ne signifie pas forcément que les intérêts qui les sous-tendent constituent des droits subjectifs (2). Mais dans la mesure où de nombreuses exceptions reflètent des libertés (3), il est difficile de leur nier la qualité d'intérêts juridiquement protégés (4).

1. L'exclusion de la qualification de tolérance

650. Définition de la tolérance – Le terme « tolérance » est parfois associé par la doctrine aux exceptions au droit d'auteur¹⁵⁸⁹. La tolérance est définie comme « *le fait, pour l'autorité publique*

¹⁵⁸⁹ COLOMBET, p. 183, n° 223 : « L'auteur doit tolérer une négation de son droit de reproduction » - P. Sirinelli, « Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins », in *Atelier sur la mise en œuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)*, Genève, 6-7 décembre 1999, p. 25 et 48 ; du même auteur, « L'étendue de l'interdiction de contourner les mesures techniques protégeant l'accès aux œuvres et les droits des auteurs : exceptions et limitations – Rapport général », in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, New-York, ALAI-USA, 2002, p. 445 ; du même auteur, obs. sous TGI Nanterre, 2 septembre 2003, *PI*, octobre 2003, p. 389 – J.-L. Goutal, « L'environnement de la directive "droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information" en droit international et comparé », *CCE*, février 2002, chron. 4, p. 11 – A propos de l'exception

ou le titulaire d'un droit, de supporter une activité franchement illicite [...] ou un agissement sans droit (et, en général, de portée limitée) », en précisant qu'il s'agit, de la part des sujets de droit, « de l'abstention de combattre [...] les atteintes que des tiers portent à leurs droits »¹⁵⁹⁰.

Pourtant, les tolérances ne constituent pas une catégorie juridique particulière et cela s'explique sans doute par le fait qu'elles correspondent davantage à des hypothèses de non-droit¹⁵⁹¹ qu'à des domaines donnant prise à la règle juridique. Il ne peut y avoir de tolérances là où le droit s'exprime, édicte, ordonne. La règle de droit peut être généreuse ou stricte à l'égard des individus. Mais elle ne tolère jamais, elle encadre des situations. Autrement dit, la tolérance ne saurait trouver sa source dans la loi. En revanche, bien qu'elle soit un espace abandonné par lui, la tolérance existe par rapport au droit. Ainsi, pour que l'on considère un agissement comme « toléré », encore faut-il qu'il soit comparé à un modèle de comportement. Mais cela implique nécessairement que ce modèle de conduite soit défini par la norme. En vérité, la tolérance est le fait de ceux auxquels la loi s'impose et non le fait de la loi elle-même. Il est donc effectivement permis de parler de tolérance lorsque les pouvoirs publics chargés de l'application de la loi ou les sujets de droits auxquels celle-ci s'applique restent passifs face à un agissement sans droit ou un comportement illicite.

651. Refus de la qualification de tolérance – Partant, ce serait une erreur de penser que l'article L. 122-5 du CPI instaure des tolérances.

Il est vrai que certaines exceptions peuvent être expliquées par une défaillance du marché, plus précisément, une impossibilité de contrôler certains actes. C'est l'exemple de la copie privée dont la mise en œuvre dans l'environnement analogique ne peut être contrôlée pour des raisons matérielles ou d'opportunité. Mais, désormais, les technologies numériques permettent d'effectuer un contrôle efficace et imperceptible pour les utilisateurs, si bien que certains, réduisant l'exception de copie privée à une simple tolérance, ont envisagé sa suppression.

de copie privée : F. Pollaud-Dulian, obs. sous TGI Paris, 30 avril 2004, *RTD com.* 2004, p. 488, soutenant que l'exception de copie privée est un « pis-aller ».

¹⁵⁹⁰ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 9^e éd., 2011, pp. 1019-1020.

¹⁵⁹¹ En ce sens, J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, pp. 25-26 : « Le non-droit [...], est l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent. Ce n'est pas, bien entendu, l'anti-droit, le droit injuste, qui est un phénomène positif. Ce n'est pas non plus le sous-droit, tel qu'il peut se produire dans la sous-culture de certains groupement particuliers » ; du même auteur, *Doit civil – Les biens – Les obligations*, PUF/Quadrige, 2004, p. 1780, n° 826, selon lequel la tolérance reste « dans la zone des relations amicales, du non-droit ».

Mais ce n'est pas parce qu'une exception au droit d'auteur s'explique par une défaillance du marché qu'elle constitue une tolérance. Au risque de se répéter, les tolérances ne jaillissent pas de la loi mais de ceux qui doivent l'appliquer¹⁵⁹². Or, les exceptions au droit d'auteur sont bien établies par la loi¹⁵⁹³ et ne constituent en aucun cas des hypothèses de non-droit. Bien au contraire, il s'agit d'hypothèses que le législateur a considérées en vue de la délimitation du monopole juridique des titulaires de droits. Dans le souci de l'équilibre et de la satisfaction de certains intérêts, il a décidé de soustraire ces hypothèses au droit exclusif de l'auteur. Les exceptions au droit d'auteur sont donc des situations juridiques prévues par le législateur censées produire des effets juridiques à l'égard des sujets de droit. Ce qui est à l'extrême opposé d'une tolérance. Ne dit-on pas que la tolérance n'a aucun effet juridique¹⁵⁹⁴, signe manifeste qu'elle relève du non-droit ? La tolérance ne saurait créer ni des obligations à la charge de l'auteur ni des prérogatives en faveur de l'utilisateur alors que, bien évidemment, la loi confère des effets juridiques aux exceptions. Celles-ci expriment l'ordre intimé à l'auteur de ne pas empêcher le public d'accomplir certains actes et ce commandement résonne comme une obligation, véritable effet juridique. Quant aux utilisateurs, ils ont au moins la faculté permanente et non temporaire¹⁵⁹⁵ d'accomplir certains actes dans les espaces de liberté qui leur sont mesurément attribués par la loi.

Si les exceptions étaient vraiment de banales tolérances, l'auteur pourrait revenir dessus notamment au moyen du contrat ou de dispositifs techniques¹⁵⁹⁶. Mais dans la formule « l'auteur ne peut interdire », il ne faut pas comprendre que, en temps normal, le titulaire de droits a la

¹⁵⁹² A la rigueur, à la suite de Desbois (DESBOIS, p. 323, n° 255), on pourrait, classer parmi les tolérances la reproduction ou la représentation accessoire des œuvres car les juges, en charge de l'application de la loi, tolèrent certains types de reproductions ou de représentations en raison de leur caractère insignifiant. Mais il semble plutôt que ce l'on appelle aussi l'« exception prétorienne » soit en vérité une limite interne au droit d'auteur dans la mesure où la reproduction ou la représentation incidente d'un objet ayant un caractère accessoire par rapport à l'objet principal ne peut être regardée comme un véritable acte d'exploitation.

¹⁵⁹³ En ce sens, M. Vivant, « Autre regard... », *PI*, juillet 2007, p. 369 : « Que l'on dise que le législateur ait « toléré » l'exception en particulier sur l'observation qu'on ne saurait combattre l'usage en cause, est une chose. Mais la règle passée dans la loi, il ne peut s'agir de tolérance. Le titulaire des droits n'est pas invité à tolérer. Il est obligé d'accepter. La tolérance étant par nature précaire, quel sens pourrait bien avoir une règle dont la teneur serait de dire que ce titulaire des droits ne peut interdire...sauf s'il décide de le faire ? Ce serait proprement ubuesque ».

¹⁵⁹⁴ F. POLLAUD-DULIAN p. 771, n° 1307 – POUILLET, *op. cit.*, n° 201 – P.-Y. GAUTIER, p. 205, n° 198 et p. 486, n° 468.

¹⁵⁹⁵ V. S. Dusollier, Thèse préc., p. 479, n° 618, se demandant si finalement le triple test ne donne pas un caractère provisoire aux exceptions. Il est évident que l'application judiciaire du triple test rend précaire la légitimité de la mise en œuvre des dérogations légales. Peut-on parler dans ce cas de tolérance ? La réponse est négative car le triple test est une règle légale qui s'impose tant à l'auteur qu'aux utilisateurs. Ce n'est pas le créateur qui décide du contenu et de la portée du triple test.

¹⁵⁹⁶ V. C. Caron, note sous CA Paris, 4 avril 2007, *CCE*, mai 2007, comm. 68, p. 35 : « Il faut exclure la qualification de tolérance. En effet, le titulaire des droits ne peut pas discrétionnairement revenir sur une tolérance de réaliser des copies privées ».

possibilité d'interdire les dérogations légales, mais plutôt qu'il n'est jamais investi du pouvoir d'interdire dans la mesure où son monopole, par effet de la loi, ne s'étend pas aux actes couverts par les exceptions¹⁵⁹⁷. D'ailleurs, en théorie, dès lors qu'un acte de reproduction ou de représentation s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre d'une dérogation, il n'est pas censé être considéré comme une violation d'un monopole. Or, on ne peut parler de tolérance que dans l'hypothèse où le titulaire de droits ne prendrait pas la peine de combattre une véritable violation de son droit exclusif.

2. L'exclusion de la qualification de droit subjectif

652. Revendications de droits subjectifs – Les dérogations légales au droit d'auteur confèrent-elle des droits subjectifs en faveur des utilisateurs ? Avec l'avènement des réseaux numériques, les revendications des utilisateurs se sont accrues face à un droit d'auteur de moins en moins bien reçu¹⁵⁹⁸, si bien que le public en a appelé à la reconnaissance de véritables « droits » en sa faveur et, plus particulièrement, d'un « droit » à la copie privée. Ainsi, « *la tendance à la demande de droits nouveaux ne se ralentit* »¹⁵⁹⁹ jamais.

On ne reviendra pas ici sur la distinction entre les droits subjectifs et les situations juridiques objectives¹⁶⁰⁰. En revanche, la question posée implique de rechercher si les caractéristiques des droits subjectifs se retrouvent dans les prérogatives nées des exceptions au droit d'auteur. Il existe des droits subjectifs qui trouvent leur source dans la volonté légale (1), tandis que d'autres la trouvent dans la volonté privée (2). Or, les prérogatives résultant des exceptions au droit d'auteur ne semblent relever d'aucune de ces catégories.

a. L'exclusion de la qualification de droit subjectif légal

653. Caractéristiques des droits subjectifs – Si les exceptions au droit d'auteur sont des droits subjectifs, elles doivent alors en présenter toutes les caractéristiques. Avant tout autre chose, il convient donc de rappeler les caractéristiques des droits subjectifs, lesquelles ont été suffisamment dégagées par d'éminents juristes.

¹⁵⁹⁷ En ce sens, C. Colin, Thèse préc., p. 486, n° 842.

¹⁵⁹⁸ En ce sens, C. CARON, p. 300, n° 357 – M. Buydens et S. Dusollier, « Les exceptions au droit d'auteur : évolutions dangereuses », *CCE*, septembre 2001, chron. 22., p. 16.

¹⁵⁹⁹ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, réédité par Dalloz, 2005, p. 49.

¹⁶⁰⁰ *Supra* n° 273.

654. Prérogative préconstituée – En premier lieu, le droit subjectif est une prérogative conforme au droit objectif et susceptible d'être établie soit par la volonté légale soit par la volonté privée¹⁶⁰¹. Le droit subjectif est dit « préconstitué » car, plus qu'une simple réaction de l'ordre juridique par rapport à un fait ou un acte juridique, il correspond à une situation préétablie ayant vocation à garantir à l'intéressé les effets juridiques qu'elle doit produire¹⁶⁰². Dans la mesure où la situation juridique est préétablie, le droit subjectif est précisément conditionné par le droit objectif. Celui-ci détermine le contenu et la portée du droit¹⁶⁰³. Cela le distingue quelque peu de la liberté qui est moins « fonctionnalisée »¹⁶⁰⁴ par le droit objectif et confère davantage d'autonomie à son bénéficiaire¹⁶⁰⁵.

655. Avantage – En second lieu, le droit subjectif correspond à un avantage¹⁶⁰⁶ pour son titulaire. Certes, il est vrai que les choses sont plus subtiles que cela et que le droit subjectif constitue plutôt un complexe de prérogatives et de charges. Néanmoins, les prérogatives accordées au titulaire du droit subjectif sont sans commune mesure avec les charges qui en découlent¹⁶⁰⁷. Envisagé comme un avantage susceptible d'appropriation¹⁶⁰⁸, le droit subjectif est en principe disponible¹⁶⁰⁹. Ce qui signifie qu'il peut être transféré dans le patrimoine d'autrui ou encore que l'on peut y renoncer¹⁶¹⁰.

¹⁶⁰¹ P. Roubier, *op. cit.*, p. 73, définit les droits subjectifs comme « des situations régulièrement établies, soit par acte volontaire, soit par la loi (...) » – Aussi, J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, réédité en 2008, p. 105, selon lequel le droit subjectif est une « prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû ».

¹⁶⁰² P. Roubier, *op. cit.*, p. 72.

¹⁶⁰³ T. Léonard, Thèse préc., p. 144, n° 92.

¹⁶⁰⁴ V. L. Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus de droit*, Dalloz, 2^e éd. 1939, réédité en 2006, p. 7, affirmant que les droits subjectifs sont des « prérogatives causées ».

¹⁶⁰⁵ F. Edel, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits* 2009, n° 49, p. 238, selon lequel la liberté « implique que l'État limite juridiquement sa puissance et abandonne à l'individu une sphère d'autonomie où ce dernier se détermine et agit selon les fins qu'il s'est fixées ».

¹⁶⁰⁶ P. Roubier, *op. cit.*, p. 73, selon lequel le droit subjectif « découlent principalement des prérogatives qui sont à l'avantage de leurs bénéficiaires, et auxquelles ils peuvent d'ailleurs en principe renoncer ».

¹⁶⁰⁷ En ce sens, F. Ost, *op. cit.*, p. 38, relevant que dans « le droit subjectif, il y a priorité du droit sur l'obligation, tandis que dans le cas de l'intérêt légitime, le rapport s'inverse, le devoir bénéficiant de la prévalence, dont l'intérêt apparaît le reflet. Dans l'un et l'autre cas, il y a bien un complexe de prérogatives et de charges, mais de l'un à l'autre se modifie le poids respectif et la priorité de ces éléments » – Également, P. Roubier, *op. cit.*, p. 129.

¹⁶⁰⁸ P. Roubier, *op. cit.*, p. 73 : « La prérogative qui est enclose dans certaines conditions auxquelles la loi a subordonné l'existence du droit subjectif, constitue un véritable bien qui est à la disposition de son titulaire [...] ; ce droit est assimilé à un bien, et c'est ce que l'on entend dire, lorsque le titulaire du droit déclare : "c'est mon droit" ; il exprime ainsi cette appropriation d'un bien, bien incorporel créé par l'organisation juridique » – Aussi, J. Dabin, *op. cit.*, p. 80 : « le droit subjectif est essentiellement appartenance-maîtrise ».

¹⁶⁰⁹ En réalité, tous les droits subjectifs ne sont pas disponibles. On pense ici aux droits subjectifs extrapatrimoniaux. Roubier dénie pourtant aux droits de la personnalité toute qualité de droits subjectifs : P. Roubier, *op. cit.*, p. 49.

¹⁶¹⁰ P. Roubier, *op. cit.*, p. 73.

656. Action spécifique – En troisième lieu, le titulaire du droit subjectif peut en exiger le respect par les tiers¹⁶¹¹, même en dehors de tout procès. Ainsi peut-il – par ses propres moyens mais à condition que lui-même respecte les droits d'autrui – empêcher la transgression de son droit ou exiger un certain comportement de celui qui ne l'a pas respecté. Et dans l'hypothèse où le titulaire du droit subjectif décide de le faire sanctionner par l'autorité judiciaire, ce ne peut être que sur le fondement de celui-ci. En cela, il dispose d'une action spécifique telle que l'action en revendication pour le propriétaire classique ou l'action en contrefaçon pour l'auteur.

657. Exclusivité – En quatrième lieu, la doctrine a très bien montré le rapport d'exclusivité liant le droit subjectif à son titulaire. Un droit subjectif précis n'est pas accordé à tous les sujets de droit en général mais à un sujet de droit en particulier¹⁶¹². Ainsi, cette prérogative « *exclut autrui du pouvoir sur la chose qui en fait l'objet* »¹⁶¹³. D'ailleurs, ce rapport d'exclusivité reste présent sur le terrain de l'action en justice. A cet égard, Roubier relève que « *dans le cas d'un droit subjectif préexistant, l'action est tout naturellement accordée au titulaire de ce droit, et normalement à lui seul* »¹⁶¹⁴. Quand à Dabin, il souligne que le « *sujet de ce droit d'action est sans doute le sujet même du droit protégé et, en principe, lui seul* »¹⁶¹⁵. L'auteur d'ajouter que « *l'instrument de protection est simplement mis à la disposition du sujet, qui est libre d'en user ou non, toujours en vertu du principe de maîtrise constitutif du droit : maître du droit lui-même et de son exigibilité, le titulaire doit rester, en principe, maître de l'utilisation de la protection* »¹⁶¹⁶.

658. Voici en quatre points ce qui constitue l'essence même des droits subjectifs. Or au regard de ces caractéristiques intrinsèques, il semble que l'on ne puisse pas leur assimiler les exceptions au droit d'auteur. Il est temps de confronter celles-ci à ces caractères.

659. Confrontation des exceptions aux caractéristiques des droits subjectifs – Premièrement, un droit subjectif correspond à une situation préétablie par le droit objectif. Sur ce point, les exceptions au droit d'auteur ne montrent aucune différence. Comme le remarque Mme Colin¹⁶¹⁷, le droit objectif, à travers l'article L. 122-5 du CPI, règle par anticipation une situation juridique donnée susceptible de produire des effets à l'égard des intéressés. Ce qui signifie que le

¹⁶¹¹ A. Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et "intérêts" », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Dalloz-Sirey, 1961, p. 242.

¹⁶¹² *Ibid.* Selon M. Gervais, un droit est une prérogative ou en ensemble de prérogatives défini par l'autorité sociale et attribué « à une personne déterminée ».

¹⁶¹³ S. Dusollier, Thèse préc., p. 482, n° 622 – Aussi, T. Léonard, Thèse préc., p. 82.

¹⁶¹⁴ P. Roubier, *op. cit.*, p. 131 (aussi, p. 55 et p. 300).

¹⁶¹⁵ J. Dabin, *op. cit.*, p. 101.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*, pp. 99-100.

¹⁶¹⁷ C. Colin, Thèse préc., p. 473, n° 812.

contenu et la portée des prérogatives issues des exceptions au droit d'auteur sont définis à l'avance.

Deuxièmement, le droit subjectif est considéré comme un avantage et une prérogative disponible en ce sens qu'il peut être aliéné. Or, sur ce point déjà, les exceptions au droit d'auteur sont défailtantes. Il est vrai que les exceptions au droit d'auteur constituent des avantages¹⁶¹⁸ pour leurs bénéficiaires car elles leur permettent de satisfaire certains intérêts et, plus précisément, de profiter d'espaces de libre usage des œuvres dans les limites légalement définies, et sans en être empêchés par quiconque. Toutefois, force est de constater que les dérogations légales au droit d'auteur ne sont pas disponibles¹⁶¹⁹. Elles ne sont ni transmissibles aux tiers ni susceptibles de renoncement par leurs bénéficiaires. Ce n'est pas parce que des actes de reproduction ou de représentation des œuvres échappent par effet de la loi au monopole juridique de l'auteur au profit de l'utilisateur que le patrimoine de ce dernier est enrichi de droits subjectifs portant sur l'œuvre¹⁶²⁰.

Troisièmement, la question est de savoir si le bénéficiaire d'une exception peut en exiger le respect par l'auteur. Chacun sait que le titulaire d'un droit subjectif peut exiger, en dehors de tout procès, un certain comportement des tiers afin que son droit ne soit pas ignoré. Et lorsqu'il est porté atteinte à son droit, le titulaire du droit subjectif dispose de voies spécifiques pour faire cesser la violation du droit. Au regard du droit positif, en matière d'exception au droit d'auteur, la situation est tout autre puisque le bénéficiaire de la dérogation n'est admis, ni en dehors ni dans le cadre du procès, à exiger un certain comportement de l'auteur et quand bien même ce dernier aurait enfreint « son devoir de ne pas interdire » les exceptions. Tout au plus, le bénéficiaire peut brandir l'exception comme moyen de défense à l'occasion d'une action en contrefaçon menée à son encontre. Toutefois, la situation n'est pas satisfaisante car si, en l'état actuel, le bénéficiaire d'une exception ne peut rien exiger de l'auteur, c'est justement parce que les juges dénie la qualité d'intérêts juridiquement protégés aux exceptions et refusent ainsi toute action en justice. Or, la démonstration n'a pas été faite que les exceptions au droit d'auteur ne sont pas des intérêts juridiquement protégés¹⁶²¹.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 474, n° 814.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*

¹⁶²⁰ En ce sens, C. CARON, p. 293, n° 349.

¹⁶²¹ En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 380, n° 569 – Aussi, M. Vivant, « Autre regard... », *PI*, juillet 2007, p. 369.

Ce qui emporte la conviction que la troisième caractéristique fait défaut est que le bénéficiaire d'une exception ne dispose pas d'action spécifique en vue de la faire respecter contrairement à l'auteur qui peut agir en contrefaçon en cas d'atteinte à son droit de propriété intellectuelle. Et, la procédure devant l'HADOPI ne doit pas faire illusion. Certes, on peut y voir une voie de droit spécifique accordée à l'utilisateur lui permettant de demander le bénéfice effectif d'une exception dont la mise en œuvre est entravée par des dispositifs techniques. L'existence de ce recours incite alors à reconnaître un droit subjectif – en devenir, du moins¹⁶²² – au profit de l'utilisateur¹⁶²³. Mais plusieurs éléments montrent que l'on n'en est pas encore là. D'une part, cette procédure ne concerne que la mise en œuvre de certaines exceptions dans le contexte particulier du numérique et, d'autre part, elle est totalement exclue dès lors qu'il est question de services en ligne à la demande¹⁶²⁴. Ces discriminations ont de quoi semer le doute et invitent à rester prudent.

Quatrièmement, les utilisateurs ne disposent d'aucun droit substantiel sur l'œuvre qui serait sanctionné par une action spécifique. L'œuvre étant la propriété de l'auteur, l'exclusivité juridique qui en découle à son profit exclut tout autre maîtrise par les simples tiers. Et ces derniers ne peuvent rien « revendiquer » à l'égard de ce qui fait la propriété exclusive de l'auteur, par quelque action spécifique que ce soit. Une exception au droit d'auteur n'est pas l'objet d'une exclusivité juridique. Elle ne permet pas à l'utilisateur d'empêcher les autres de faire le même usage de l'œuvre. Au contraire, l'exception peut être exercée par tous sous réserve du respect de ses conditions. C'est, en quelque sorte, une chose qui « appartient » à tout le monde. En forçant le trait, on pourrait y voir des « choses communes ».

Et quel utilisateur pourrait priver un autre de réaliser une copie privée ? Puisque l'auteur ne le peut pas lui-même – si l'on s'en tient à l'idée que les exceptions au droit d'auteur sont forgées dans l'ordre public – on voit mal comment un simple utilisateur le pourrait. Comme le

¹⁶²² V. Pierre-Yves Gautier, « La copie privée et le droit d'auteur en général depuis la loi du 1^{er} août 2006 », *in* *Le nouveau droit d'auteur au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006*, D. 2006, p. 2156, affirmant que l'on « est tout de même pas loin d'un véritable droit subjectif ».

¹⁶²³ En ce sens, C. Geiger, Thèse préc., p. 192, n°218, note 1, selon lequel on pourrait reconnaître un droit subjectif à l'utilisateur dans la mesure où celui-ci peut exiger de l'État une intervention en l'absence de mesures volontaires des titulaires de droits – Également, J.-L. Goutal, « L'environnement de la directive "droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information" en droit international et comparé », *CCE*, février 2002, chron. 4., pp. 10-11, soutenant que le mécanisme de préservation des exceptions instauré par la directive du 22 mai 2001 est pernicieux car il tend à reconnaître aux utilisateurs « le droit d'exiger l'exception ».

¹⁶²⁴ En ce sens, C. Colin, Thèse préc., pp. 478-479, n° 826.

souligne Mme Dusollier, dans l'absence d'exclusivité « réside la principale objection à la qualification de l'exception en droit subjectif »¹⁶²⁵.

b. L'exclusion de la qualification de droit subjectif contractuel

660. Droits subjectifs dont la source est le contrat – Malgré le fait que la qualification de droits subjectifs légaux soit exclue, il est permis de se demander si, par le moyen du contrat, les exceptions au droit d'auteur sont susceptibles de se muer en droits subjectifs contractuels. Cependant, les droits subjectifs légaux et les droits subjectifs contractuels ne diffèrent que par leur source, leurs caractéristiques intrinsèques restent les mêmes. Dès lors, puisqu'il vient d'être constaté qu'elles ne peuvent pas être assimilées à des droits subjectifs légaux, on voit mal comment les exceptions pourraient, par ailleurs, être considérées comme des droits subjectifs contractuels. Simplement, il existe des situations ambiguës qu'il convient tout de même d'envisager.

661. Utilisateur légitime et exclusivité – Il vient d'être observé qu'il existait un rapport très étroit, un rapport d'exclusivité entre le droit subjectif et son titulaire mais que les exceptions ne donnaient pas lieu à un tel lien avec leurs bénéficiaires. Or l'introduction de la notion d'« utilisateur légitime » semble perturber la logique des exceptions en ce sens qu'elle paraît les soumettre à un régime de titularité comme en matière de droits subjectifs.

662. La notion d'« utilisateur légitime » a été introduite par la directive du 14 mai 1991¹⁶²⁶ et reprise dans la directive du 11 mars 1996. Le droit interne a intégré le concept, si bien que les exceptions relatives aux logiciels ne peuvent être mises en œuvre que par « la personne ayant le droit d'utiliser le logiciel »¹⁶²⁷. Quant aux actes nécessaires à l'accès à la base de données électronique, ils ne peuvent être accomplis que dans « les limites de l'utilisation prévue au contrat »¹⁶²⁸. Il s'agit là d'une formule assez vague qui sous-entend néanmoins que seul l'utilisateur, désigné par le contrat comme ayant le droit d'utiliser le logiciel, est susceptible de mettre en œuvre l'exception en cause. La directive du 22 mai 2001 ne s'écarte pas de cette approche puisqu'elle pose la condition d'un « accès licite » à l'œuvre pour que les États membres assurent aux utilisateurs le bénéfice effectif

¹⁶²⁵ S. Dusollier, Thèse préc., p. 483, n° 623.

¹⁶²⁶ Il y est question plus précisément d'un acquéreur légitime. La notion d'« utilisateur légitime » est plus heureuse car on acquiert rien d'autre que le support de l'œuvre et la notion d'utilisateur permet de couvrir les actes d'accès aux œuvres en ligne indépendamment de tout support.

¹⁶²⁷ Art. L. 122-6-1 du CPI.

¹⁶²⁸ Art. L. 122-5 5° du CPI.

des exceptions préservées. Il en résulte en droit interne un article L. 331-7 alinéa 2 du CPI énonçant que les titulaires de droits « *peuvent, dans la mesure où la technique le permet, subordonner le bénéfice [des exceptions privilégiées] à un accès licite à une œuvre ou à un phonogramme, à un vidéogramme ou à un programme* ».

663. D'ailleurs, certains auteurs voient au travers des exceptions relatives aux logiciels et aux bases de données de véritables droits accordés aux utilisateurs¹⁶²⁹. M. Huet, le premier, fait référence à un droit de copie de sauvegarde¹⁶³⁰ ou encore un droit de décompilation¹⁶³¹. Linant de Bellefonds est aussi de ceux qui considèrent que l'exception d'analyse comme l'exception de décompilation sont des droits : « *les droits d'analyse /décompilation prennent en compte les intérêts des utilisateurs, non comme des exceptions (comme le voudrait le texte) mais davantage comme la définition d'un usage normal (comme l'atteste l'esprit du texte) en définissant soigneusement un profil d'utilisateur qui n'est plus le bénéficiaire d'une tolérance, comme le public en général, mais d'un véritable droit* »¹⁶³².

664. On ne reviendra pas sur la qualification de tolérance. Pour l'heure, on doit envisager l'hypothèse dans laquelle les exceptions ne pourraient être mises en œuvre que par des personnes contractuellement déterminées. C'est d'ailleurs ce qu'exprime Linant de Bellefonds lorsqu'il soutient que « *le profil est précisément déterminé : nous ne sommes pas dans le "public" du droit d'auteur avec ses contours imprécis pour ne pas dire nébuleux* »¹⁶³³. La logique est que seul l'utilisateur final du logiciel¹⁶³⁴ – légitime car il a acquis un exemplaire du logiciel ou bénéficie d'une licence d'utilisation¹⁶³⁵ – est en « droit » de mettre en œuvre les exceptions y afférentes. Pour ces

¹⁶²⁹ Par exemple, V.-L. Benabou, Thèse préc., p. 258, n° 428.

¹⁶³⁰ Affirmant également que la copie de sauvegarde est un droit car l'article L. 122-6-1 V du CPI interdit toute disposition contraire : A. LUCAS et *alii*, p. 382, n° 413 – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 405, n° 597. Cependant, il ne faudrait pas confondre la nature de l'intérêt en cause avec la valeur de la règle juridique qui le concerne. En ce sens, S. Dusollier, Thèse préc., p. 484, n° 624 : « ce n'est pas parce qu'une disposition légale est impérative ou d'ordre public qu'elle crée forcément un droit au profit du bénéficiaire de l'intérêt protégé ». Surtout, il faudrait alors considérer que toutes les exceptions sont des droits car elles semblent toutes placées sous l'égide de l'ordre public.

¹⁶³¹ J. Huet, « L'Europe des logiciels : les droits des utilisateurs (directive communautaire du 14 mai 1991), *D.* 1992, p. 315.

¹⁶³² X. Linant de Bellefonds, « Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine pour les cloneurs ? », *JCP G* 1998, I, 118, p. 483, n° 23.

¹⁶³³ *Ibid.*, p. 483, n° 24.

¹⁶³⁴ *Ibid.*

¹⁶³⁵ Il ne faut pas la confondre avec la licence dite d'exploitation qui est « le contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle concède à un tiers, en tout ou en partie, la jouissance de son droit d'exploitation, moyennant le paiement d'une redevance » (A. Abello, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, Thèse Paris-Dauphine, LGDJ, 2008, p. 135, n° 267). La « licence d'utilisation », elle, consiste en un contrat par lequel une personne est autorisée à utiliser une œuvre mise à sa disposition. Ce contrat peut apparaître sous la forme d'un papier fourni avec l'exemplaire du logiciel vendu ou directement sur l'écran d'ordinateur de l'utilisateur lorsque celui-ci s'apprête à installer le programme, à charge pour lui de le lire avant d'exprimer son consentement en cliquant sur un élément de la page-écran. Cette pratique contractuelle s'est

exceptions, le rapport d'exclusivité, qui faisait défaut tout à l'heure, semble plus apparent¹⁶³⁶. Selon Mme Dusollier, « *il existe, dans ce type d'exception, un rapport bien plus étroit et exclusif entre une personne et l'objet de son droit. Il ne s'agit plus du public, sujet indéterminé, mais de l'utilisateur légitime individualisé et défini par rapport au support de l'œuvre ou au contrat de licence* »¹⁶³⁷.

665. Néanmoins, s'il existe bien un rapport d'exclusivité entre le support de l'œuvre et l'utilisateur, lequel dispose d'un droit réel à son égard, il n'y en a pas entre l'utilisateur et l'œuvre ou l'utilisation qui en est faite. Certes, en vertu du contrat, l'utilisateur est le seul à pouvoir faire usage du support de l'œuvre ou bénéficiaire de tel accès à l'œuvre. Mais en aucun cas il est le seul à pouvoir utiliser l'œuvre. Dans les mêmes conditions, tout autre personne est susceptible de faire le même usage de l'œuvre et de mettre en œuvre une exception au droit d'auteur¹⁶³⁸. Cette constatation devrait éloigner la qualification de droit subjectif même contractuel.

666. Droit subjectif contractuel et licence d'utilisation – Si l'utilisateur dispose d'un droit subjectif contractuel, celui-ci trouve sa source dans la licence d'utilisation de l'œuvre. Mais il faut garder à l'esprit que le cocontractant de l'utilisateur n'est pas nécessairement le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre¹⁶³⁹. L'utilisateur n'est lié contractuellement qu'au prestataire de service qui met l'œuvre à sa disposition et détermine de manière unilatérale les conditions de la prestation fournie¹⁶⁴⁰. L'objet de la prestation de services consiste non seulement à mettre l'œuvre à disposition de l'utilisateur mais aussi à l'autoriser à en faire usage. C'est bien le prestataire de services qui définit unilatéralement dans le contrat les conditions d'utilisation de l'œuvre et non le titulaire de droits sur l'œuvre. Si l'on convient que les conditions d'utilisation définies dans le

d'abord répandue dans le domaine de la distribution de logiciels. Mais, aujourd'hui, la « licence d'utilisation » accompagne la diffusion sur le réseau d'œuvres en tous genres, qu'il s'agisse de fournir des supports dématérialisés ou d'offrir un accès en ligne à l'utilisateur.

¹⁶³⁶ S. Dusollier, Thèse préc., p. 484, n° 625.

¹⁶³⁷ *Ibid.*

¹⁶³⁸ *Ibid.*, p. 485, n° 625 : « L'exception reconnue à tel utilisateur légitime n'exclut pas tout autre utilisateur légitime de l'œuvre du bénéfice de la même utilisation. L'absence de rivalité subsiste donc ».

¹⁶³⁹ En ce sens, F. Sardain, « Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres », *CCE*, mai 2004, étude 12, p. 17.

¹⁶⁴⁰ La licence d'utilisation est une prestation fournie dans le cadre d'un contrat d'entreprise. En ce sens, A. LUCAS *et alii*, p. 704, n° 844 – Aussi, S. Dusollier, Thèse préc., p. 413, n° 530, relevant que les choses sont très subtiles car il est possible de distinguer deux contrats : « d'une part, le contrat de vente relatif au support, ou de prestation de services s'il s'agit d'un téléchargement ou d'une utilisation à distance et, d'autre part, le contrat de licence relatif aux droits de l'auteur sur l'œuvre incorporée sur le support ou transmise par le vecteur informatique ». L'auteur en déduit que l'épuisement du droit de distribution joue en tout état de cause car il y a bien vente du support de l'œuvre, peu importe la qualification que les parties ont attribuée au contrat régissant les conditions d'utilisation de l'œuvre ou les conditions de fourniture du bien – Comp. C. CARON, p. 246, n° 297, comparant la licence d'utilisation à une location lorsqu'elle est conclue à titre onéreux et un prêt lorsqu'elle est conclue à titre gracieux.

contrat sont, en général, en adéquation avec la volonté du titulaire de droits¹⁶⁴¹, le prestataire n'en reste pas moins le seul cocontractant de l'utilisateur, lequel ne dispose que d'un droit personnel à son encontre¹⁶⁴².

667. Droit subjectif contractuel et « contractualisation des exceptions » – On pourrait envisager que des stipulations contractuelles régissent l'exercice d'une exception au droit d'auteur, de sorte que celle-ci serait mise en œuvre par l'utilisateur dans les conditions définies par la convention. Il en résulterait nécessairement une obligation pour le prestataire de s'assurer que son service permet à l'utilisateur d'accomplir les actes couverts par l'exception. Dès lors, celle-ci prendrait l'apparence d'un droit subjectif contractuel – droit personnel – au profit de l'utilisateur.

Mais l'idée est gênante car ce n'est pas à la volonté privée de définir les conditions de mise en œuvre des exceptions. Il importe en effet que la portée des exceptions soit définie par la loi et non par les cocontractants. Il est inimaginable que des aménagements contractuels soient apportés aux exceptions dans la mesure où celles-ci revêtent une valeur impérative.

Lorsque l'on songe à la contractualisation des exceptions, on pense inévitablement au fait de leur déroger et d'instaurer des arrangements particuliers qui viendraient en réduire voire en anéantir la portée, ce qui, en violation de l'article 6 du Code civil, contrarierait nécessairement leur caractère d'ordre public. D'autant que, suivant l'article 1128 du Code civil, « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions* ». Or, il est permis de douter sérieusement que les exceptions au droit d'auteur soient des choses susceptibles de circuler dans le commerce juridique. D'une part, l'exclusion des exceptions de la catégorie des droits subjectifs éloigne l'idée qu'elles puissent faire l'objet de conventions. Comme l'affirment MM. Vivant et Bruguière, la contractualisation « *se fait beaucoup plus facilement sur des droits* »¹⁶⁴³ car ces derniers sont disponibles¹⁶⁴⁴. D'autre part, un bon nombre d'exceptions, y compris l'exception d'analyse et l'exception de décompilation, traduisent l'expression de droits et libertés fondamentaux dont on sait qu'ils ne sont pas susceptibles de marchandage¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴¹ En ce sens, S. Dusollier, Thèse préc., p. 412, n° 528.

¹⁶⁴² En ce sens, C. CARON, p. 246, n° 297 – S. Dusollier, Thèse préc., p. 409, n° 523.

¹⁶⁴³ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 380, n° 569.

¹⁶⁴⁴ A l'exclusion des droits subjectifs extrapatrimoniaux tels que les droits de la personnalité dont fait partie le droit moral de l'auteur.

¹⁶⁴⁵ *Supra* n° 209 – Dans le même sens, M. VIVANT et J.M. BRUGUIÈRE, p. 380, note 3 et p. 388, n° 578 – C. Geiger, Thèse préc., p. 203, n° 228 – M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, 2004, p. 333, n° 130 – Cependant, du même auteur, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 2012, 3^e éd., p. 391 : l'auteur relève que les juges procèdent à un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte à un droit fondamental et l'intérêt invoqué au soutien de la clause attentatoire.

Même s'il apparaît que les exceptions au droit d'auteur ne peuvent pas leur être assimilées, il ne faudrait pas que « *l'exaltation obsessionnelle des droits subjectifs* »¹⁶⁴⁶ occulte d'autres qualifications utiles. A cet égard, les droits et libertés fondamentaux sont susceptibles de jouer un rôle important.

3. L'interposition des droits et libertés fondamentaux

668. La plupart des exceptions au droit d'auteur sont des manifestations de droits et libertés fondamentaux (a). Au travers de dérogations, le droit d'auteur intègre parfaitement ces intérêts fondamentaux. Cela participe sans nul doute de sa fonction sociale et de la tendance à l'équilibre qui l'anime¹⁶⁴⁷. Cette « internalisation »¹⁶⁴⁸ est essentielle car elle assure « *une réception efficace du droit d'auteur dans le corps social* »¹⁶⁴⁹. Partant, il devrait être admis que les droits et libertés fondamentaux soient invoqués devant l'autorité judiciaire en vue de combattre les entraves techniques faites aux exceptions (b).

a. La prise en considération de droits et libertés fondamentaux

669. Droits et libertés fondamentaux sous-jacents – Au début de cette étude¹⁶⁵⁰, il a été constaté que bon nombre d'exceptions sont sous-tendues par des droits et libertés fondamentales. Il en est ainsi de l'exception de courte citation, l'exception d'analyse et l'exception de parodie qui sont des émanations de la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Il en est de même de l'exception de revue de presse, de l'exception couvrant la diffusion de discours public et l'exception aux fins d'information immédiate du public qui sont des manifestations de la liberté d'information découlant elle-même de la liberté d'expression. Bien que le sujet prête à controverse, d'aucuns n'hésitent pas à rattacher l'exception de copie privée au droit à la vie privée¹⁶⁵¹. D'autres

¹⁶⁴⁶ G. Cornu, « Regard d'un civiliste », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 21.

¹⁶⁴⁷ P. Torremans, « Le droit d'auteur en tant que droit de l'Homme », *PI*, avril 2007, p. 176, selon lequel cette « recherche d'équilibre est inhérente au droit d'auteur dans sa vocation à être aussi un droit de l'Homme ».

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 179.

¹⁶⁴⁹ C. Caron, note sous CA Paris, 30 mai 2001, *D.* 2001, p. 2506.

¹⁶⁵⁰ *Supra* n° 36.

¹⁶⁵¹ Y. Gaubiac, « France », rapport national in *Les frontières du Droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 septembre 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 228

exceptions encore sont les vecteurs de la liberté d'enseignement et la liberté de la recherche. C'est le cas de l'exception aux fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, ainsi que de l'exception d'analyse et l'exception de décompilation en matière de logiciel. Même les exceptions suscitées par des besoins sectoriels recèleraient des libertés sous-jacentes. Ainsi, MM. Vivant et Bruguière voient dans l'exception en faveur des personnes handicapées et les exceptions de reproduction aux fins de conservation et de consultation des expressions de l'article 27 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948¹⁶⁵². En effet, celui-ci énonce que « toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer à la vie scientifique et aux bienfaits qui en résultent »¹⁶⁵³. Lui fait sensiblement écho l'article 15 du Pacte international de 1966¹⁶⁵⁴, relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et dont l'objectif est de donner force obligatoire aux principes que la déclaration universelle proclame¹⁶⁵⁵ : « les États parties au présent pacte reconnaissent à chacun le droit de participer à la vie culturelle, de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ». Quant à l'exception couvrant les actes nécessaires à une procédure et l'exception couvrant les actes nécessaires à des fins de sécurité publique, la première intéresserait le droit au procès équitable¹⁶⁵⁶ et la seconde l'article 12 de la

– Rappr. A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, 1999, pp. 237 et 238 – Aussi, COLOMBET, p. 167, n° 197, selon lequel le contrôle de la copie privée « violerait l'intimité des foyers » – P. Gaudrat et F. Sardain, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *CCE*, novembre 2005, p. 14.

¹⁶⁵² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 426, n° 622 – Aussi, P.-Y. Gautier, note sous Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1999, *JCP G* 1999, II, 10078, n° 17, suivant lequel l'utilisateur « a lui aussi des droits, relevant de la culture et de son libre accès, dont il ne jouira pleinement que lorsque le droit subjectif de l'auteur s'éteindra » – V. C. Alleaume, « À la croisée des sources de la propriété intellectuelle. L'article 27 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 7, 2009, p. 143.

¹⁶⁵³ Mais l'accès à la culture fait peut-être partie de ces « droits-créances » dont l'opposabilité, contrairement aux « droits-libertés », est encore très discutée.

¹⁶⁵⁴ Ce Pacte est un traité international qui, contrairement à la Déclaration universelle de 1948, a une véritable valeur juridique. Les États parties ont donc l'obligation de le mettre en application sur leur territoire national.

¹⁶⁵⁵ Cette Déclaration a une valeur incitative mais qui reste symbolique. V. M.-C. Dock, « Les conventions internationales sur le droit d'auteur et la Déclaration des droits de l'homme », in *Droit d'auteur et droits de l'homme*, Actes du colloque des 16 et 17 juin 1989, Paris, INPI, 1990, p. 90 : « la Déclaration universelle une fois proclamée, le plus difficile restait à faire, à savoir de faire passer son contenu dans la réalité. En effet, la Déclaration se limite à poser des principes généraux ayant une valeur morale. Il était donc nécessaire de reprendre sous forme juridique obligatoire les droits y étant proclamés. C'est l'objet des deux pactes adoptés à l'unanimité le 16 décembre 1966 » – Cependant, certains auteurs estiment que l'article 27 de la Déclaration appartient à la coutume internationale. En ce sens, J. Humphrey, « L'élaboration de l'article 27 », in *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, Actes du colloque des 16 et 17 juin 1989, Paris, INPI, 1990, p. 34 – Dans le même sens, M.-C. Dock, *op. cit.*, p. 90, affirmant que « sa valeur juridique peut reposer sur un fondement autre que conventionnel. On peut en effet légitimement estimer que les principes généraux énoncés par la Déclaration lient les États en vertu de la coutume, conformément à l'article 38 (1) (b) du statut de la Cour internationale de justice [ou les] principes généraux du droit, reconnus par les nations civilisées » – Aussi, P. Torremans, *op. cit.*, p. 176 – En outre, les juridictions nationales ont parfois appliqué directement la Déclaration universelle : TGI Paris 29 avril 1959, *RIDA*, juillet 1960, n° 28, p. 133 – TGI Paris, 23 novembre 1988, *RIDA*, janvier 1989, n° 139, p. 205 – CA Paris, 1^{er} février 1989, *Anne Bragance c/Olivier Orban et Michel de Grèce*, *RIDA*, octobre 1989, p. 301, note P. Sirinelli.

¹⁶⁵⁶ Article 6 paragraphe 1 de la CESDH.

Déclaration de 1789 selon lequel « *la garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique...* ».

670. Néanmoins, l'intégration de ces droits et libertés fondamentaux appelle deux questions essentielles. Une première interrogation consiste à savoir si le droit d'auteur et ces droits ou libertés fondamentaux peuvent être mis sur un pied d'égalité, ou si, au contraire, il existe une hiérarchie entre eux. Une seconde interrogation revient à se demander si ces droits et libertés fondamentaux sont susceptibles d'être directement invoqués par les utilisateurs, non pas en lieu et place des exceptions, mais en renfort de celles-ci.

671. **Hiérarchie entre le droit d'auteur et les autres droits fondamentaux ?** – En face des droits et libertés fondamentaux qui sous-tendent les exceptions au droit d'auteur se trouve un droit d'auteur lui-même élevé au rang de droit fondamental¹⁶⁵⁷ en vertu de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶⁵⁸ et de l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000¹⁶⁵⁹. Au regard du premier protocole additionnel, « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi* ». La généralité de la formule permet d'inclure sans aucun doute les biens incorporels¹⁶⁶⁰. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme l'admet depuis près de trente ans¹⁶⁶¹. Puisque les biens incorporels sont susceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété, on ne peut que conclure à la sauvegarde du droit patrimonial de l'auteur par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel.

¹⁶⁵⁷ Pour une étude générale, A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, Thèse Poitiers, LGDJ, 2008 – Également, P. Torremans (dir.), *Intellectual Property and Humans Rights – Enhanced Edition of Copyright and Human rights*, Kluwer law international, 2008 – Aussi, M. Vivant, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme », *RIDA*, 1997, n° 174, p. 61 – C. Caron, « La Convention européenne des droits de l'Homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ? », *CCE*, octobre 1999, chron. 1, p. 9.

¹⁶⁵⁸ CEDH, 11 octobre 2005, *Anbeuser-Busch Inc. c/ Portugal*, *Rev. Dr. Rural*, mars 2006, p. 22, note D. Szymczak. La Cour « observe d'emblée que la propriété intellectuelle en tant que telle bénéficie sans conteste de la protection de l'article 1 du Protocole n° 1 » – CEDH, 11 janvier 2007, *Anbeuser-Busch Inc. c/ Portugal*, *CCE*, mai 2007, comm. 67, p. 31, note C. Caron ; *JCP E* 2007, 1409, note A. Zollinger. La Cour affirme que l'article 1 du 1^{er} protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme énonçant que « chacun a droit au respect de ses biens », est applicable « à la propriété intellectuelle en tant que telle » (§ 72).

¹⁶⁵⁹ Cette Charte ne fait pas partie des traités de l'Union européenne et n'a donc qu'une valeur symbolique. L'établissement d'une constitution européenne devrait lui donner une valeur juridique – V. C. Caron, « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », *CCE*, juin 2001, comm. 55, p. 25.

¹⁶⁶⁰ F. Sudre, « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 1996, I, 3910, n° 38 : « la notion de bien (droit au respect de ses biens) a une portée autonome et ne se réduit pas aux biens incorporels » ; du même auteur, « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 1995, I, 3823, n° 40. Selon l'auteur, sont concernés « tous les biens à valeur patrimoniale, ce qui inclut les biens incorporels ».

¹⁶⁶¹ CEDH, 26 juin 1986, *Van Marle et autres*, Série A, n° 101, § 41. La Cour reconnaît que l'article 1^{er} du premier protocole concerne tout droit privé correspondant à une « valeur patrimoniale » et que, à ce titre, la clientèle fait partie des biens qui doivent être respectés – A propos de cet arrêt, F. Sudre, « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 1988, chron. p. 72, évoquant les « riches potentialités » de la solution dans le champ de la propriété intellectuelle.

672. Dans la mesure où le droit d'auteur est lui aussi un droit fondamental, on ne saurait établir de hiérarchie entre lui et les autres droits et libertés fondamentaux sur lesquels reposent les exceptions. Comme le relève M. Geiger, « *ces droits ont le même rang* »¹⁶⁶². D'ailleurs, la résolution 60/251 de l'Assemblée générale des Nations Unies précise que « *tous les droits de l'homme sont universels, indivisibles, indissociables et interdépendants et se renforcent mutuellement, que tous les droits de l'homme doivent être considérés comme d'égale importance, et qu'il faut se garder de les hiérarchiser ou d'en privilégier certains* »¹⁶⁶³.

On retrouve cet esprit non seulement dans les textes consacrant des droits fondamentaux mais aussi dans les textes spécifiques au droit d'auteur.

673. **Équilibre dans les textes relatifs aux droits fondamentaux** – Ainsi, si l'article 27 de la Déclaration universelle de 1948 proclame en son alinéa premier un « droit d'accès à la culture », son deuxième alinéa ajoute que « *chacun a le droit à la protection des intérêts moraux ou matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* ». L'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, fait de même en reconnaissant à chacun le droit de participer à la vie culturelle et de profiter des bienfaits du progrès scientifique tout en garantissant le droit « *de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* ». La recherche de l'équilibre est d'autant plus saillante que le but majeur des instruments internationaux consacrant des droits fondamentaux est la protection universelle de l'ensemble de ces droits¹⁶⁶⁴. Quant à l'article 5 du

¹⁶⁶² C. Geiger, Thèse préc, p. 51 – Aussi, P. Torremans, *op. cit.*, p. 182 : « Intuitivement, on sent déjà que chaque droit de l'Homme doit avoir la même valeur et qu'aucun droit ne peut simplement dominer ou abroger un autre » – V.-L. Benabou, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, avril 2002, n° 192, p. 81 : « le droit d'auteur – droit de l'homme doit composer avec d'autres droits de l'homme de valeur égale » – C. Caron, note sous CA Paris, 26 février 2003, *CCE*, avril 2003, comm. 38, p. 24, relevant que le droit privatif et la liberté d'expression s'affrontent « à armes égales » - L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 1999, n° 1247 – H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc en ciel) », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 312, 2005, p. 410, selon laquelle il est « curieux de parler de hiérarchie des droits de l'homme : si ces droits sont essentiels, ne doivent-ils pas être mis sur un pied d'égalité ? ».

¹⁶⁶³ Résolution 60/251 du 15 mars 2006 de l'Assemblée générale des Nations unies substituant à la Commission des droits de l'homme le Conseil des droits de l'homme.

¹⁶⁶⁴ En ce sens P. Torremans, *op. cit.*, p. 182 : « L'équilibre entre ces intérêts doit être établi de manière telle que l'objectif primordial de tout ce exercice est la promotion et la protection de tous les droits de l'Homme. C'est le but final de tous les instruments internationaux qui contiennent une clause octroyant le statut de droit de l'Homme au droit d'auteur » – Également, M.-L. Niboyet, « De la spécificité de la protection internationale des droits de l'homme en matière économique », *RTD com.* 1999, p. 353, selon laquelle la garantie « des droits de l'homme est en effet une extraordinaire source de renouvellement des droits nationaux. Sollicitée dans les domaines les plus divers et confrontée à un grand nombre de systèmes juridiques, la Cour de Strasbourg est amenée à forger un véritable *jus commune* ».

Pacte international, il est ferme sur la question des restrictions apportées aux droits fondamentaux. Il postule en effet que les dispositions du Pacte ne sauraient être interprétées comme « *impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus [...] ou à des limitations plus amples que celles prévues* »¹⁶⁶⁵. Par ailleurs, « *il ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout pays en vertu de lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré* »¹⁶⁶⁶.

674. Dans la recherche de l'équilibre, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme n'est pas en reste. Son article 10 en est la démonstration. Certes, ce texte consacre dans un alinéa 1^{er} la liberté d'expression et la liberté d'information. Mais, par un deuxième alinéa, il en tempère la mise en œuvre. En effet, il énonce que « *l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, [...] à la protection de la réputation ou des droits d'autrui* ». Ainsi, la liberté d'expression est susceptible d'être limitée en vue de faire respecter les droits d'autrui, y compris le droit d'auteur.

675. Équilibre dans les textes spécifiques au droit d'auteur – On retrouve la quête de l'équilibre dans les instruments internationaux et européens spécifiques au droit d'auteur. Par exemple, le Préambule du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur reconnaît « *la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information, telle qu'elle ressort de la Convention de Berne* »¹⁶⁶⁷. Quant à la directive du 22 mai 2001, elle précise en son considérant 31 qu'il « *convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés* ». Ces lignes donnent à penser que les utilisateurs comme les titulaires de droits sont pourvus de droits¹⁶⁶⁸. Il convient certainement de rapprocher un arrêt de la Cour de justice

¹⁶⁶⁵ Article 5 alinéa 1 du Pacte.

¹⁶⁶⁶ Article 5 alinéa 2 du Pacte.

¹⁶⁶⁷ J.-L. Goutal, « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », *RIDA*, janvier 2001, n° 187, p. 101, selon lequel « la recherche d'un "équilibre" avec les droits des auteurs laisse entendre que les lecteurs, chercheurs, ... auraient eux aussi des droits ».

¹⁶⁶⁸ En ce sens, A. Latreille, « La protection des dispositifs techniques – Entre suspicion et sacralisation », *PI* 2002, n° 2, p. 51, selon lequel la directive du 22 mai 2001 « opère une "balance des intérêts" et aboutit à la reconnaissance de droits concurrents » – Aussi, M. Vivant, « Rapport de synthèse », in *La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information – Bilan et perspectives*, colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris le 25 octobre 2001, *PI*, janvier 2002, p. 74, qui retient l'effet bénéfique de la promotion de la balance des intérêts – Également, M. Buydens, « La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : le régime des exceptions », *Auteurs et média* 2002, p. 432. L'auteur relève que « dans

du 29 janvier 2008¹⁶⁶⁹ dans lequel elle affirme que les États doivent veiller à interpréter les directives européennes de façon à assurer « *un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire [et à ne pas être en contradiction avec les] droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité* »¹⁶⁷⁰.

676. Les exceptions au droit d'auteur : solutions d'un arbitrage entre des droits fondamentaux – L'équilibre prôné par les textes montre bien qu'il n'est pas permis d'établir *a priori* de hiérarchie entre le droit d'auteur et les autres droits fondamentaux susceptibles d'entrer en conflit avec lui. Pourtant, chacun sait que le droit d'auteur français est marqué par la place centrale qu'occupe l'auteur au sein du dispositif. Cela devrait lui garantir la préséance en cas de conflit avec les tiers. Néanmoins, il faut revenir à la logique des exceptions. Si les intérêts de l'auteur prévalent par principe, ils s'effacent exceptionnellement devant d'autres intérêts estimés supérieurs par le législateur. Autrement dit, lorsque ce dernier érige des exceptions en considération de droits et libertés fondamentaux, c'est qu'il considère que, dans des hypothèses strictement déterminées, ceux-ci doivent être préférés au droit fondamental de l'auteur. L'arbitrage entre les droits fondamentaux des utilisateurs et le droit fondamental de l'auteur est donc opéré en amont par l'érection des exceptions légales.

b. L'invocation des droits et libertés fondamentaux

677. Droits et libertés fondamentaux en renfort des exceptions ? – Reste la question de savoir si les droits et libertés fondamentaux sous-jacents sont susceptibles d'être directement invoqués en renfort des exceptions. Selon Mme Colin, « *ce n'est pas parce qu'une exception est fondée sur une "liberté", qu'elle devient elle-même une "liberté"* »¹⁶⁷¹. Et l'auteur d'ajouter que « *la liberté d'expression, la liberté de la presse font partie de la catégorie des libertés civiles, et même des libertés fondamentales, mais cela ne préjuge pas de la qualification des exceptions qui les empruntent comme justifications* »¹⁶⁷². Pour autant, cela condamne-t-il la démarche consistant à invoquer un droit ou une liberté fondamentale en renfort d'une exception au droit d'auteur ?

cette optique, les exceptions apparaissent, non comme de simples dérogations contractuellement résiliables, mais comme de véritables droits appartenant aux utilisateurs » – C. Geiger, Thèse préc., p. 189, n° 217, soulignant qu'il n'est pas précisé qui, du public ou de l'auteur, est titulaire de droits ou d'intérêts.

¹⁶⁶⁹ CJCE, 29 janvier 2008, *Productores de Musica Espanac c/ Telefonica de Espana*, Rec. p. 271 ; *Legipresse* 2008, III, p. 57.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, considérant 68.

¹⁶⁷¹ C. Colin, Thèse préc., p. 482, n° 835.

¹⁶⁷² *Ibid.*

678. Effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme – Avant toute chose, il n'est pas inutile de rappeler que les droits fondamentaux édictés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme doivent être garantis par les législateurs nationaux, si bien que lorsque la violation du droit fondamental est commise par un État, celui-ci est susceptible d'être condamné par la Cour européenne. Il s'agit là de l'effet vertical de la Convention européenne des droits de l'homme. De plus, par un effet horizontal de la Convention¹⁶⁷³, les juridictions nationales sont tout de même appelées à appliquer ses dispositions dans les relations entre particuliers¹⁶⁷⁴. En effet, les États n'ont pas seulement l'obligation positive de garantir les droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne, ils doivent encore s'assurer que les particuliers les respectent¹⁶⁷⁵. Par conséquent, les dispositions de la Convention européenne sont susceptibles d'être directement invoquées devant les juridictions nationales à l'occasion de litiges entre particuliers¹⁶⁷⁶.

679. Risques de l'invocation des droits et libertés fondamentaux – Le droit d'auteur français est caractérisé par une liste limitative d'exceptions qui obéissent à de strictes conditions d'application. Dès lors, faire appel aux droits et libertés fondamentaux comporterait le risque de sortir complètement des limites étroites dans lesquelles elles sont enserrées, et même, le risque de l'insécurité juridique pour les titulaires de droits alors tributaires de la casuistique judiciaire. Les droits fondamentaux pourraient également servir à mauvais escient des corporations désirant qu'une dérogation légale leur soit accordée pour faciliter leur activité commerciale au détriment

¹⁶⁷³ Sur l'effet horizontal : A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Thèse Paris II, Dalloz, 2002 – B. Moutel, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit privé français – Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse Limoges, 2006 – D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'Homme entre personnes privées*, Bruylant, Nemesis, 1998.

¹⁶⁷⁴ CEDH, 21 novembre 1995, *Francisco Velosa c/ Portugal*, *Revue universelle des droits de l'Homme* 1996, p. 64 : « si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir la personne humaine contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives et notamment de veiller au respect de la vie privée et familiale jusque dans les relations interpersonnelles » – P.-Y. GAUTIER, p. 327, n° 323 – L. Guibault, *Copyright limitations and contracts*, p. 160 – A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Thèse Paris II, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, n° 97.

¹⁶⁷⁵ G. Cohen-Jonathan, « Commentaire de l'article 10 », in *La convention européenne des droits de l'Homme*, sous la direction de L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, Economica, 1999, p. 369 : « l'article 10 nous paraît également devoir être applicable dans les relations entre personnes privées sous peine d'être dénué de véritable effectivité. C'est pourquoi, il nous semble que l'État a l'obligation de prendre des mesures nécessaires pour éviter que la liberté d'opinion et de communication soit menacée par l'ingérence de tiers ».

¹⁶⁷⁶ Par exemple : Cass. 6 juillet 2000, *CCE*, octobre 2000, comm. 98, p. 23, note C. Caron – CA Paris, 30 mai 2001, *D.* 2001, p. 2504, note C. Caron – CA Toulouse, 17 avril 2003, *JCP E* 2004, 152, note C. Caron.

de l'auteur. A cet égard, certaines exceptions catégorielles peuvent faire l'objet de vives critiques¹⁶⁷⁷.

Mieux vaut rester prudent et se ranger à l'avis de M. Lucas selon lequel « *la méthode serait détestable, qui reviendrait à introduire subrepticement dans les systèmes de droit d'auteur une sorte de fair use, c'est-à-dire un système d'exception ouvert dans lequel il reviendrait au juge de dire, au vu des circonstances de l'espèce, si la prétention de l'utilisateur d'échapper au droit exclusif est raisonnable* ». L'auteur ajoute qu'il ne serait pas admissible, au regard de la tradition du droit d'auteur français, « *d'utiliser la Convention européenne des droits de l'Homme pour aller au-delà de ce que permet l'exception prévue par la loi ou pour en consacrer une nouvelle* »¹⁶⁷⁸. En tout état de cause, la directive du 22 mai 2001 fixe elle-même une liste exhaustive d'exceptions qui empêche les États membres d'en adopter de nouvelles tant que l'instrument européen n'est pas modifié en ce sens. *A fortiori*, il ne peut être reconnu au juge le pouvoir de créer de nouvelles dérogations.

680. Intérêt de l'invocation des droits et libertés fondamentaux – Les États doivent garantir la sauvegarde de tous les droits fondamentaux. Et l'on sait aussi que la Cour de justice considère que les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme font partie intégrante de l'ordre juridique européen et prévalent sur les directives¹⁶⁷⁹. Dès lors, on ne voit pas en quoi il serait malsain d'en appeler aux droits fondamentaux lorsque l'exercice des exceptions est entravé car l'idée n'est pas tant de créer des dérogations légales totalement inédites que de défendre des exceptions malmenées. Plutôt que de leviers employés à renverser le droit d'auteur, les droits et libertés fondamentaux doivent servir de simples soutiens aux exceptions. On concèdera que ce ne fut pourtant pas le cas dans la fameuse affaire « *Fabris c/ France 2* ».

681. Affaire « Fabris c/ France 2 » – Découlant de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, le droit du public à l'information fut brandi à l'encontre du droit d'auteur dans l'affaire « *Fabris c/ France 2* ». Cependant, il s'agissait moins

¹⁶⁷⁷ C'est le cas de l'exception couvrant la reproduction d'œuvres d'art dans les catalogues de vente. Une licence obligatoire aurait permis de satisfaire les intérêts de l'auteur tout comme ceux des commissaires qui vendent leurs catalogues et ne les distribuent pas gratuitement : v. C. Caron, « Reproduction d'œuvres dans les catalogues de ventes aux enchères : décadence d'une exception catégorielle illégitime », *CCE*, mai 2003, comm. n° 45 – Aussi, P.-Y. GAUTIER, p. 367, n° 360 – On remarquera cependant que le catalogue fait tout de même la promotion de l'œuvre d'art et de son auteur.

¹⁶⁷⁸ A. Lucas, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2003, *PI*, janvier 2004, pp. 551-552.

¹⁶⁷⁹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. n° C- 11/70, *Rec.* p. 1125 – V. C. Geiger, « The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2006, n° 6, p. 697.

d'invoquer les droits fondamentaux au soutien de la stricte application d'une exception au droit d'auteur que de faire reconnaître par le juge de nouveaux espaces de libre usage des œuvres. Dès lors faut-il se réjouir que les juges n'aient pas cédé devant des revendications ayant pour dessein l'élargissement prétorien de la liste des exceptions.

682. Faits – Alors qu'une exposition des peintures d'Utrillo faisait l'actualité, la chaîne de télévision France 2 réalisa puis diffusa un reportage dans lequel quelques toiles du célèbre peintre étaient représentées dans leur intégralité. Son héritier, M. Fabris, se manifesta à la chaîne, lui réclamant une rémunération au titre de la représentation non autorisée des œuvres. Essuyant un refus, l'ayant droit assigna la chaîne en contrefaçon. La société France 2 invoqua plusieurs moyens de défense¹⁶⁸⁰ parmi lesquels l'exception de citation et le droit du public à l'information émanant de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

683. Position du TGI de Paris – Le Tribunal de grande instance de Paris¹⁶⁸¹ s'est montré très clément à l'égard de la défenderesse. Il est vrai que, dans un premier temps, le Tribunal a refusé l'excuse de la courte citation en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui affirme que « *la représentation intégrale d'une œuvre d'art, quel que soit son format, ne peut en aucun cas s'analyser comme une courte citation* »¹⁶⁸². La Haute juridiction a par ailleurs précisé qu'il était indifférent que l'œuvre citante soit une œuvre d'information¹⁶⁸³. Aussi, par crainte que son jugement soit annulé, le Tribunal a préféré suivre cette solution.

Mais, dans un second temps, le Tribunal a donné gain de cause à la chaîne de télévision au titre du droit du public à l'information. En effet, il a estimé que « *le droit du public à l'information doit être compris non seulement comme le droit de savoir mais aussi comme le droit de voir ; qu'il en résulte qu'un fait dont le public doit être informé peut ainsi être traduit par des images qui sont nécessaires dans la mesure où elles*

¹⁶⁸⁰ Outre le droit du public à l'information, la chaîne de télévision invoquait l'exception de citation ainsi que les usages. En effet, la SPADDEM, dissoute en 1995, pratiquait des barèmes excluant la perception de droits de l'utilisation d'œuvres d'art dans le cadre des journaux télévisés en liaison immédiate avec une actualité concernant directement l'œuvre ou son auteur.

¹⁶⁸¹ TGI Paris, 23 février 1999, *D.* 1999, jurispr. p. 580, note P. Kamina ; *D.* 2000, chron. p. 455, note B. Edelman ; *RTD com.* 2000, p. 96, note A. Françon ; *RIDA*, avril 2000, n° 208, p. 374, obs. A. Kéréver.

¹⁶⁸² Cass. 1^{re} civ., 22 janvier 1991, *JCP G* 1991, II, 21680, note L. Bochurberg – Cass. Ass. Plén., 5 novembre 1993, *JCP G* 1994, II, 22201, obs. A. Françon ; *D.* 1994, p. 481, note T. Foyard ; sur renvoi CA Orléans, 22 juin 1995, *RIDA*, janvier 1996, n° 167, p. 201, obs. A. Kéréver ; et sur nouveau pourvoi, Cass. 1^{re} civ., 10 février 1998, *JCP G* 1998, IV, 1718 – Aussi, Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1995, *D.* 1996, jurispr. p. 4, note B. Edelman ; *JCP G* 1995, II, n° 22486, note J.-C. Galloux ; *Legicom* 1995, n° 8, p. 159, obs. C. Caron ; *RIDA*, janvier 1996, n° 167, p. 199, obs. A. Kéréver – CA Paris, 7 juillet 1992, *D.* 1993, somm. p. 91, obs. C. Colombet – Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2006, *PI*, janvier 2007, p. 91, obs. J.-M. Bruguière.

¹⁶⁸³ Cass. 1^{re} civ., 22 janvier 1991, *Sotheby's France c/Fabris*, *JCP G* 1991, II, 21680, note Bochurberg ; *Bull. civ.* I, n° 29.

fournissent un élément de connaissance ». Ce droit consiste notamment « à être informé rapidement et de manière appropriée d'un événement culturel constituant une actualité immédiate en relation avec l'œuvre et son auteur ».

684. Critiques – Ce jugement suscita de vives critiques de la part de la doctrine¹⁶⁸⁴, non sans raison. Il faut admettre que cette première application de l'article 10 de la Convention européenne¹⁶⁸⁵ n'est pas exempte de défauts. En retenant que le droit du public à l'information dispense une chaîne de télévision de solliciter l'autorisation de représenter intégralement les œuvres dans un but d'information, le Tribunal établit les bases d'une exception inédite en dehors de la liste fermée des dérogations légales¹⁶⁸⁶. Le droit du public à l'information semble même prévaloir sur le droit d'auteur puisque le public peut réclamer que soit porté à sa connaissance tout élément dont il doit être informé, l'interférence d'un droit d'auteur restant indifférente. Le problème est que cette décision procède davantage de la pétition de principe que d'un véritable raisonnement juridique. Comme cela a été constaté¹⁶⁸⁷, les droits fondamentaux sont *a priori* sur un pied d'égalité et les premiers juges auraient dû considérer que le droit d'auteur est lui aussi un droit fondamental. Surtout, le Tribunal n'a pas tiré toutes les conséquences des dispositions de l'article 10 de la Convention européenne. Il ne faut pas oublier que celui-ci énonce en son deuxième alinéa que des restrictions sont susceptibles d'être apportées lorsqu'elles sont nécessaires au respect des droits d'autrui.

685. L'argument de la courte citation était certainement plus acceptable pourvu que l'on n'en eût pas une vision trop étreinte. En l'espèce, l'apparition des toiles dans le reportage était très brève et le nom de l'auteur était mentionné. Le problème est que la Cour de cassation cantonne la mise en œuvre de la citation au domaine littéraire¹⁶⁸⁸. Or, l'approche de la courte

¹⁶⁸⁴ Dont B. Edelman, « Du mauvais usage des droits de l'Homme », *D.* 2000, chron. p. 455 – C. Caron, note sous Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2003, *CCE*, janvier 2004, comm. 2, p. 25 ; du même auteur, note sous CA Paris, 30 mai 2001, préc. – *Contra* C. Geiger, note sous Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2003, *JCP G* 2004, II, 10080.

¹⁶⁸⁵ Cependant, v. Comm. EDH, 15 janvier 1997, *France 2 c/France*, requête n° 30262/96.

¹⁶⁸⁶ Comp. P. Kamina, « Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur ? », *D.* 1999, jurispr. p. 584, affirmant qu'« un arbitrage favorable au droit du public à l'information ne résulte pas nécessairement d'une "exception", c'est-à-dire une "disparition" de la prérogative considérée. L'application du principe fondamental se traduit plutôt par une impossibilité d'exercer cette prérogative, dont l'étendue peut varier compte tenu des circonstances. Il nous paraît donc inexact de parler ici d'une exception au droit d'auteur, dont la portée est plus générale, et qui n'obéit pas aux mêmes règles d'interprétation et d'application ».

¹⁶⁸⁷ *Infra* n° 671.

¹⁶⁸⁸ Pourtant, la Cour de cassation a admis auparavant la citation d'œuvre d'art. Il s'agissait de vignettes photographiques microscopiques sur lesquelles étaient reproduites des sculptures de Rodin : Cass. crim. 19 mars 1926, *DP* 1927, 1, 25, note M. Nast.

citation devrait être modulée suivant le contexte dans lequel celle-ci est mise en œuvre¹⁶⁸⁹. Il est évident que la représentation éphémère même intégrale de l'œuvre dans le cadre d'une communication audiovisuelle devrait aussi bénéficier du régime de la courte citation. La citation en matière artistique n'est pas plus nocive que la citation en matière littéraire¹⁶⁹⁰. D'ailleurs, en l'occurrence, le Tribunal n'a constaté aucune concurrence à « *l'exploitation normale de l'œuvre* ».

686. Position de la Cour de Paris – En appel, la Cour de Paris¹⁶⁹¹, comme les premiers juges, rejeta l'argument de la courte citation. En revanche, son application de l'article 10 de la Convention européenne aboutit à tout autre chose. Contrairement au Tribunal, elle n'oublia pas de mener l'examen proposé par l'alinéa 2 de cet article relatif aux restrictions à l'exercice du droit du public à l'information.

D'abord, la Cour relèva que « *la restriction au droit du public à l'information, qui procède du droit reconnu aux auteurs d'autoriser ou d'interdire la reproduction et la représentation de leurs œuvres, a bien pour vocation de protéger les droits que ces auteurs avaient sur leurs créations* ». La Cour reconnaissait bien là que le droit d'auteur était de ces « *droits d'autrui* » justifiant une restriction au droit du public à l'information et que cette restriction était « *proportionnée* » au sens de la Convention puisqu'il est possible de la sanctionner sur le terrain de l'abus de droit.

Surtout, la Cour n'omit pas de souligner que le droit d'auteur devait être rattaché au droit fondamental de propriété. Elle retint en effet que la protection du droit de propriété intellectuelle était « *conforme aux dispositions de l'article 1^{er} premier du protocole additionnel* ».

En condamnant la chaîne de télévision à payer des dommages-intérêts au titre de la contrefaçon, la juridiction du second degré renouait avec un courant jurisprudentiel déjà bien ancré¹⁶⁹².

¹⁶⁸⁹ En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 411, n° 605 – C. Caron, note sous CA Paris, 30 mai 2001, *D.* 2001, p. 2507 : « la fugacité de la communication au public, même très rapide, devrait être à l'audiovisuel ce que la brièveté de la citation est au domaine des œuvres littéraires ».

¹⁶⁹⁰ M. Vivant, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E* 1993, I, 251, p. 277, selon lequel, que « les courtes citations ne soient dans le système français reçues qu'en matière littéraire n'est, d'ailleurs, certainement pas étranger à une considération économique bien simple qui est que « le prix » de quelques minutes de film ou de musique synthétique est sans commune mesure avec celui que peuvent représenter deux ou trois lignes glanées ici ou là ».

¹⁶⁹¹ CA Paris, 30 mai 2001, *D.* 2001, jurispr. p. 2504, note C. Caron ; *Legipresse* 2001, III, p. 137, note V. Varet ; *JCP E* 2003, 278, n° 12, obs. A. Zollinger ; *PI*, octobre 2001, p. 66, obs. A. Lucas.

¹⁶⁹² T. com. Lille, 15 juin 1955, *RIDA*, 1956, n° 10, p. 82 – TGI Paris, 12 juillet 1990, *RIDA*, 1991, n° 147, p. 359 – TGI Paris, 20 novembre 1991, *RIDA*, 1992, n° 151, p. 340, note A. Kéréver – TGI Paris, 15 janvier

687. Position de la Cour de cassation – La décision de la Cour de cassation¹⁶⁹³ ne contredit pas l'arrêt rendu en appel. Comme la Cour de Paris et les premiers juges, la Haute juridiction n'admetta pas le moyen de la courte citation en relevant que n'en est pas une « *la représentation intégrale d'une œuvre, quelle qu'en soit la forme ou la durée* ». Elle rejeta également l'idée d'une prévalence du droit du public à l'information et affirma que « *le monopole légal de l'auteur sur son œuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique et morale au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées, tant par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même code* ». C'est là une décision raisonnable qui permet d'éviter que l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne devienne un instrument pernicieux dans les mains de tiers souhaitant se soustraire au droit exclusif.

688. Critiques – Pour abonder dans le sens de la décision, on retiendra le plus pertinent consistant à relever que l'œuvre ne se réduit pas à une banale information. Il faut en effet se garder des assimilations simplistes. Une information est « *un élément de connaissance existant indépendamment d'une éventuelle mise en forme donnant prise en droit d'auteur* »¹⁶⁹⁴. Ce n'est pas parce que l'œuvre est susceptible d'être une information aux yeux du public que quiconque est automatiquement autorisé à la reproduire ou à la représenter pour la lui faire connaître. L'œuvre fait l'objet d'un droit privatif qui, indirectement, par le contrôle de la représentation et de la reproduction, « *va permettre de contrôler la diffusion de cette information* »¹⁶⁹⁵.

1997, *RIDA*, 1997, n° 173, p. 359 – Le rétablissement de cette mouvance jurisprudentielle n'a pourtant pas dissuadé le Tribunal de grande instance de Toulouse de considérer que le droit du public à l'information pouvait justifier la reproduction intégrale d'un éditorial : TGI Toulouse, 26 septembre 2001, *La Dépêche du Midi* c/ *J. Besset*, *Legipresse* 2001, I, p. 149 ; *PI*, avril 2002, p. 58, obs. A. Lucas. Ce jugement fut réformé par la CA Toulouse, 13 juin 2002, *PI*, octobre 2003, p. 384, obs. A. Lucas. La Cour retient que « le droit à l'information n'est pas en situation de prévaloir, de manière absolue, sur le droit d'auteur, lequel impose à la liberté d'expression un minimum de restrictions proportionnées à la protection ».

¹⁶⁹³ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2003, *CCE*, janvier 2004, comm. 2, p. 25, note C. Caron ; *JCP G* 2004, II, 10080, note C. Geiger ; *JCP E* 2004, 1898, n° 13, obs. A. Zollinger ; *D.* 2004, jurispr. p. 200, note N. Bouche ; *Prop. industr.*, janvier 2004, comm. 8, p. 26, note P. Kamina ; *Legipresse* 2004, III, p. 23, note V. Varet ; *JCP G* 2004, IV, 1006.

¹⁶⁹⁴ J. Passa, « La propriété de l'information, un malentendu ? », *Dr. et patrimoine*, mars 2001, p. 64 ; du même auteur, « Internet et droit d'auteur », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1970, 2001, p. 4, n° 4 – Aussi, P. Catala, « La propriété de l'information », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 99, n° 6, selon lequel une information est « un message quelconque exprimé dans une forme qui le rend communicable à autrui ».

¹⁶⁹⁵ C. Caron, « La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ? », *CCE*, octobre 1999, chron. 1, p. 10.

Toutefois, il est aussi permis de considérer que la représentation intégrale d'une œuvre dans un reportage contribue à une diffusion plus efficace de l'information¹⁶⁹⁶ et permet de promouvoir les œuvres de l'auteur en particulier, et la culture en général. Or, la diffusion de la culture est susceptible d'être un objectif politique poursuivi par le législateur. Mais lorsque cet objectif se révèle impérieux, il en résulte des exceptions au droit d'auteur¹⁶⁹⁷. C'est d'ailleurs ce qu'a constaté la Cour de cassation. La Haute juridiction a en effet estimé que la loi avait déjà réglé la question au moyen des dérogations. Par conséquent, le juge n'était pas autorisé à apporter des tempéraments supplémentaires au droit d'auteur. Dès lors, le problème viendrait plutôt de ce que les équilibres établis en amont par le législateur au travers des dérogations légales sont insuffisants ou bien que l'interprétation de celles-ci par les juges ne permet pas de leur donner « *toute la mesure de leur raison d'être* »¹⁶⁹⁸. Il est vrai que si les juges entretenaient une conception moins stricte de la courte citation, la libre utilisation des œuvres du peintre au cœur du reportage n'aurait posé aucune difficulté. L'exclusion de la citation en matière artistique n'a pas de sens car elle conduit les titulaires de droits à exercer leur droit exclusif à l'égard d'utilisations insignifiantes ne mettant pas nécessairement en péril leur situation économique et même susceptibles de les servir¹⁶⁹⁹.

689. Invocation des droits et libertés fondamentaux face aux dispositifs techniques – Il faut se féliciter de la solution choisie par la Cour de Paris et la Cour d'unification dans la mesure où la tentation des droits fondamentaux comme moyens de créations des exceptions a été repoussée. Pour autant, cette jurisprudence condamne-t-elle l'invocation des droits fondamentaux ayant pour but de réfréner les ardeurs des titulaires de droits notamment lorsque ceux-ci les expriment par l'intermédiaire de protections techniques liberticides ?

On pourrait craindre que les droits fondamentaux soient facteurs de bouleversement des équilibres établis jusqu'ici¹⁷⁰⁰. Néanmoins, aujourd'hui, si ces équilibres sont menacés, ce n'est pas

¹⁶⁹⁶ C. Geiger, Thèse préc., p. 399, n° 466 : « il est difficile d'imaginer comment une chaîne de télévision, qui travaille exclusivement avec l'image, puisse informer efficacement sur l'ouverture d'une exposition sans filmer quelques-unes des œuvres exposées ».

¹⁶⁹⁷ Par exemple, l'exception en faveur des personnes handicapées ou les exceptions couvrant les actes de reproduction aux fins de conservation.

¹⁶⁹⁸ Pour reprendre la formule de la Cour de cassation : Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, *SPPF c/Multiradio*, préc.

¹⁶⁹⁹ En ce sens, C. Colombet, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde – Approche de droit comparé*, Litec, Unesco, 1990, p. 65, qui relève, au sujet des catalogues d'exposition, que les auteurs sont davantage susceptibles de profiter de la « publicité gratuite qui leur est offerte » que de subir un préjudice – Aussi, CA Paris, 3 juillet 1989, *Fabris c/Sotbeby's et autres*, D. 1990, somm. p. 51, obs. Colombet, ayant condamné la reproduction intégrale des œuvres dans un catalogue de vente tout en modérant le montant de la réparation accordée en première instance au motif que les reproductions « participent de façon non négligeable à la promotion de l'ensemble de l'œuvre de l'artiste ».

¹⁷⁰⁰ A. Lucas, obs. sous CA Paris, 30 mai 2001, *PI*, octobre 2001, p. 66, affirmant que « c'était tout le système d'exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins qui était ainsi menacé ».

le fait des droits fondamentaux ou des exceptions mais plutôt celui des dispositifs techniques. Il faut bien admettre que « *l'extension exponentielle qu'ont connue les droits exclusifs, doublée depuis peu d'une protection des mesures techniques des œuvres, [...] a clairement déstabilisé la balance des intérêts* »¹⁷⁰¹. Certains objecteront certainement que la loi du 1^{er} août 2006 a rétabli l'équilibre en multipliant les dérogations au droit d'auteur. Mais cet équilibre paraît bien précaire dans l'environnement numérique.

Dans la mesure où les exceptions au droit d'auteur traduisent des droits et libertés fondamentaux susceptibles d'être bridés par des dispositifs techniques, il n'y a aucune raison que l'on refuse aux utilisateurs le droit d'agir en invoquant de telles prérogatives. Il est sain que des droits fondamentaux s'interposent et viennent questionner le droit d'auteur. Les droits fondamentaux ne viendraient pas remettre en cause le monopole mais ils le rendraient plus cohérent¹⁷⁰² en l'invitant à l'autocritique.

690. D'ailleurs, une frange de la doctrine préconise le recours aux droits fondamentaux afin de préserver l'harmonie du droit d'auteur.

Ainsi, M. Geiger estime que l'intervention des droits fondamentaux permettrait de rendre compte de sa fonction sociale et de corriger les excès. Selon lui, il n'est pas question d'évincer les exceptions préétablies car les solutions choisies par le législateur doivent être suivies par le juge. Simplement, il importerait de manier avec davantage de flexibilité les exceptions et le juge serait autorisé à traiter à l'aune des droits fondamentaux une situation que le législateur n'a pas pu prévoir¹⁷⁰³. Les droits fondamentaux accompliraient alors une « *mission pacificatrice* »¹⁷⁰⁴.

Pour sa part, M. Zollinger relève que l'interposition des droits fondamentaux permet une réévaluation permanente des équilibres au sein du dispositif légal. Suivant cet auteur, « *la liste légale des exceptions n'est donc pas figée, puisqu'elle peut être révisée dès lors qu'un déséquilibre est avéré. Et c'est à ce titre précisément que les droits de l'Homme jouent un rôle essentiel : leur mise en oeuvre permet, [...], de vérifier que la balance des intérêts a été effectuée de manière conforme aux valeurs primordiales de la société* »¹⁷⁰⁵.

¹⁷⁰¹ C. Geiger, Thèse préc., p. 397, n° 464.

¹⁷⁰² *Ibid.*, p. 399, n° 465. L'auteur fait remarquer que le droit d'auteur entend promouvoir la diffusion des œuvres et des idées au sein de la société et que l'application des droits fondamentaux permet de revenir à la cohérence dont il se détourne lorsqu'il n'accomplit plus sa mission sociale.

¹⁷⁰³ *Ibid.*, p. 398, n° 465.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 396.

¹⁷⁰⁵ A. Zollinger, *Droit d'auteur et droits fondamentaux*, Thèse Poitiers, LGDJ, 2008, p. 348, n° 978.

D'ailleurs, comme le remarque M. Zollinger, il existe un exemple de ce rééquilibrage législatif. C'est justement afin d'apporter une solution légale aux contentieux dans lesquels des sociétés de presse se prévalaient du droit au public à l'information, indépendamment de la liste fermée des exceptions, que le législateur, à l'occasion de la loi du 1^{er} août 2006, a adopté une exception nouvelle couvrant la reproduction et la représentation intégrales des œuvres graphiques, plastiques ou architecturales aux fins d'information immédiate du public. L'exception de l'article L. 122-5 9^o du CPI est la preuve que les droits fondamentaux sont souvent la source des exceptions au droit d'auteur.

691. Pour revenir au conflit opposant les exceptions aux mesures techniques, on tirera plusieurs enseignements de ce qui précède. D'abord, rien n'empêche les particuliers d'invoquer les droits et libertés fondamentaux au soutien d'une exception au droit d'auteur. Dans l'affaire qui vient d'être examinée, l'arbitrage a été rendu à juste titre en faveur de l'ayant droit car le droit du public à l'information a été invoqué en vue de légitimer des actes ne figurant pas dans la liste fermée des exceptions légales. Or, « *solliciter trop largement de nouvelles libertés est [une] chose qui risquerait de [...] déstabiliser* »¹⁷⁰⁶ le droit d'auteur.

Néanmoins, rien n'interdit d'appeler un droit fondamental en renfort d'une exception lors d'un litige. Cela ne devrait guère choquer dans la mesure où les dérogations légales sont le résultat de l'intégration de droits et libertés fondamentaux dans la législation sur le droit d'auteur. Au fond, ce qui compte dans l'arbitrage des intérêts en présence, c'est bien le droit fondamental lui-même et non son expression formelle dans le dispositif légal. Ainsi, à considérer que l'exception de copie privée préserve le droit à la vie privée, il serait possible de poursuivre devant le juge interne les titulaires de droits déployant des dispositifs de protection empêchant toute copie privée en invoquant ce droit fondamental¹⁷⁰⁷. De même, il serait permis de faire appel au droit du public à l'information dans l'hypothèse où les mesures techniques empêcheraient l'accès à des informations nécessaires¹⁷⁰⁸ à celui qui souhaiterait analyser un logiciel par exemple. En tout état

¹⁷⁰⁶ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, p. 407, n^o 600.

¹⁷⁰⁷ P.-Y. Gautier, « De la transposition des exceptions : à propos de la directive "Droit d'auteur dans la société de l'information", CCE, novembre 2001, chron. 25, p. 12, relevant que la copie privée pourrait être un « droit de l'Internaute de l'effectuer, sans immixtion dans sa vie privée (l'art. 8 CEDH et la Cour de Strasbourg pourraient un jour s'en mêler) » – *Contra* A. Lucas, obs. sous TGI Toulouse, 26 septembre 2001, *PI*, avril 2002, p. 58, affirmant que « les nécessités d'un accès à l'information justifient à coup sûr que des limites soient apportées au droit d'auteur. Mais l'arbitrage est fait par la loi sur le droit d'auteur, pas ailleurs ».

¹⁷⁰⁸ En ce sens, V.-L. Benabou, « De l'effectivité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques, *PI*, octobre 2007, p. 434.

de cause, les entraves aux exceptions sous-tendues par des droits ou libertés fondamentaux devraient aussi pouvoir être combattues sur le terrain de l'abus de droit¹⁷⁰⁹.

692. Tout bien considéré, il ne faudrait pas négliger l'importance des droits fondamentaux en regard du droit d'auteur, lui-même fondamental, et par là même, le rôle essentiel que jouent les dérogations légales au sein de celui-ci. Selon Villey, « *chacun des prétendus droits de l'homme est la négation d'autres droits de l'homme* »¹⁷¹⁰. Mais il arrive aussi qu'un droit fondamental soit « l'affirmation » d'autres droits fondamentaux. C'est justement le cas du droit d'auteur lorsqu'il comprend des exceptions. Et, dans la mesure où des dérogations légales reflètent la prise en considération de droits et libertés fondamentaux, il paraît injuste de leur refuser la qualification d'« intérêts juridiquement protégés »¹⁷¹¹.

4. Pour la qualification d'intérêt juridiquement protégé

693. **Situation juridique objective et action en justice** – Selon Roubier, on a souvent cru « *pouvoir donner le nom de droit à toute une série de prérogatives, qui permettent par des moyens divers d'obtenir tel ou tel avantage. Cependant on a perdu de vue que le droit objectif peut protéger tel ou tel bien qui lui paraît précieux par des moyens qui ne consistent pas dans la création d'un droit* »¹⁷¹².

On aurait souhaité que la Cour de cassation soit du même avis car, en effet, l'ordre juridique a aussi vocation à placer sous sa protection des situations juridiques dont ne relève aucun droit subjectif. Il est vrai qu'à tout droit subjectif correspond une action spécifique. Mais il serait très réducteur de penser que toutes les actions tendent à sanctionner un droit substantiel préconstitué. Il existe des situations « *qui sont munies d'action par l'ordre juridique, alors qu'il n'existe aucun droit sous-jacent* »¹⁷¹³. Ces situations sont les situations juridiques objectives dans lesquelles le droit objectif vient sanctionner, non pas la transgression d'un droit subjectif, mais la transgression

¹⁷⁰⁹ En ce sens, A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, p. 625, n° 904.

¹⁷¹⁰ M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Quadrige/PUF, 2008, p. 13 : « Chacun des prétendus droits de l'homme est la négation d'autres droits de l'homme ».

¹⁷¹¹ D'autant plus que les spécialistes tiennent les droits et libertés fondamentaux pour des droits subjectifs : L. Favoreu et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5^e éd., 2009, p. 73, n° 69 – Nuançant le propos, X. Dupré de Boulois, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010, p. 42, faisant remarquer que les droits et libertés fondamentaux ne sont pas des droits subjectifs tels que ces derniers sont communément compris car le titulaire d'un droit fondamental n'a qu'une maîtrise relative de ce droit, la justiciabilité de ce droit est inégale et sa finalité n'est pas nécessairement « égoïste » – Aussi, P. Gaudrat et F. Sardain, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *CCE*, novembre 2005, étude 37, p. 14, selon lesquels les droits de l'Homme ne sont pas des droits subjectifs mais des « directives données aux législateurs ».

¹⁷¹² P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, réédité par Dalloz, 2005, p. 49.

¹⁷¹³ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, 1952, p. 307.

d'un devoir. Ainsi, toute personne ayant enfreint son devoir de ne pas causer un dommage à autrui peut être poursuivie au moyen de l'action en responsabilité de droit commun. De même, le commerçant ayant transgressé son devoir de loyauté à l'égard de l'un de ses pairs peut être attiré en justice au moyen de l'action en concurrence déloyale. Or, c'est bien un devoir que l'article L. 122-5 CPI met à la charge de l'auteur : celui de ne pas interdire aux tiers l'accomplissement de certains actes soustraits à son monopole juridique. Ce devoir de l'auteur est essentiel, autant que ses droits, car il participe d'une alchimie délicate préservant les intérêts du public tout en renforçant la légitimité du monopole juridique.

694. Situation juridique objective, exception et intérêt juridiquement protégé – L'imposition légale de ce devoir a une signification importante. Puisqu'elle montre que, à travers les exceptions au droit d'auteur, l'ordre juridique prend en considération les intérêts des membres du public en vue de les préserver, comment peut-on raisonnablement soutenir que les exceptions ne sont pas des intérêts juridiquement protégés ? Cela serait permis si l'on s'en tenait à la stricte équation entre « droits subjectifs » et « intérêts juridiquement protégés » que formule Ihering¹⁷¹⁴. Mais la doctrine a mis en avant que certains intérêts sont légitimes et juridiquement protégés sans pour autant constituer des droits subjectifs¹⁷¹⁵.

Certes, il est des intérêts que le droit objectif n'entend pas protéger et dont la satisfaction est illicite. Au contraire de les protéger, l'ordre juridique les sanctionne, les condamne. Et, aux antipodes, il est des intérêts auxquels le droit objectif accorde une protection maximale en investissant les intéressés d'un droit subjectif¹⁷¹⁶ dont le respect peut être exigé en dehors comme dans le cadre d'un procès. Cependant, entre ces deux types d'intérêts, il en est dont la protection par l'ordre juridique ne consiste pas en la reconnaissance d'un droit subjectif mais seulement en l'interdiction faite aux tiers de les méconnaître. Et si les exceptions au droit d'auteur n'appartiennent pas à la catégorie des intérêts auxquels l'ordre juridique confère la protection la plus forte, toutes relèvent de la catégorie des intérêts auxquels le droit objectif apporte une protection en imposant des devoirs à autrui.

¹⁷¹⁴ R. von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 4, trad. O. de Meulenaere, Paris, 1880, 2^e éd., p. 337, § 71. L'auteur a été très influencé par le droit romain en vertu duquel les droits n'apparaissent que sous la forme d'actions et non de prérogatives préconstituées.

¹⁷¹⁵ A. Gervais, *op. cit.*, pp. 243-244 – Également, F. Ost, *op. cit.*, p. 36.

¹⁷¹⁶ V. T. Azzi, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p. 238 : « La consécration légale d'un droit subjectif répond à certaines finalités. L'une, d'ordre symbolique, consiste en la reconnaissance officielle d'un intérêt dont l'existence était auparavant voilée, car fondée exclusivement sur l'application par la jurisprudence des mécanismes de la responsabilité. Le législateur marque ainsi sa sollicitude pour certaines personnes qu'il entend défendre de manière particulièrement solennelle. Une autre finalité, d'ordre pratique, réside dans le renforcement des sanctions liées à l'intérêt en cause ».

695. On pourrait expliquer en partie le jugement péjoratif porté sur les exceptions au droit d'auteur par l'apparence qu'elles ont de ne pas faire naître de véritables prérogatives. C'est l'héritage des situations juridiques objectives dont la teneur est bien floue avant que le devoir ne soit transgressé et qu'il résulte de cette transgression un préjudice¹⁷¹⁷. Comme le remarque M. Gervais, les prérogatives issues d'une règle de droit objectif qui ne sont pas érigées en droit subjectif « *correspondent à la protection de toute une série d'intérêts variés sans qu'un résultat concret très précis soit défini d'avance* »¹⁷¹⁸. La seule prérogative qui apparaît alors de manière évidente sur la scène juridique est un droit subjectif processuel¹⁷¹⁹, le droit d'agir en réparation du préjudice causé par la violation du devoir.

En tout cas, selon M. Desdevises, « *bien qu'indéterminés, ces pouvoirs, n'en font pas moins partie de l'ensemble des éléments qui contribuent à situer juridiquement des individus dans une situation bénéfique. C'est en cela qu'ils ne peuvent être totalement dissociés des droits communément appelés subjectifs* ». On peut donc se demander si ce n'est pas déjà un « droit », tel qu'on l'entend au sens commun, que de bénéficier de la bienveillance d'une règle de droit objectif¹⁷²⁰ dont la simple énonciation est censée garantir la sanction de l'autorité.

696. Il y a donc, d'un côté, l'auteur, titulaire d'un droit subjectif, un droit de propriété sur son œuvre. De l'autre côté, il y a le public composé d'un nombre indéterminé d'utilisateurs ne disposant d'aucun droit substantiel sur l'œuvre mais dont les intérêts sont tout de même protégés par une règle de droit objectif. En cas de conflit, on pourrait penser que devrait prévaloir l'intérêt que l'ordre juridique a élevé au rang de droit subjectif par rapport à l'intérêt qui n'est protégé qu'à travers l'imposition d'un devoir par une règle de droit objectif. Le droit substantiel de l'auteur devrait donc primer les intérêts des bénéficiaires des exceptions¹⁷²¹. Néanmoins, il ne faut jamais perdre de vue que la question des exceptions au droit d'auteur doit toujours « *être envisagée à la*

¹⁷¹⁷ F. Ost, *op. cit.*, 1990, p. 39 : « Alors que les droits subjectifs apparaissent préconstitués avant tout litige, les intérêts, en revanche, ne prennent vraiment consistance qu'à l'occasion du litige que suscite la mise en cause de la règle ou de l'obligation dont ils sont la contrepartie ».

¹⁷¹⁸ A. Gervais, *op. cit.*, p. 247.

¹⁷¹⁹ H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif en question, Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1964, p. 215 - Ce même article est reproduit in H. Motulsky, *Écrits et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973 réédité en 2010, p. 85.

¹⁷²⁰ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, réédité par Dalloz, 2005, p. 128, soulignant que l'expression « avoir un droit » est approximative et désigne « aussi bien celui qui a, par exemple, un droit de propriété, que celui qui est admis à intenter une action en responsabilité, ou encore celui qui, en dehors même de tout moyen judiciaire, est en situation de se prévaloir d'une règle de droit ».

¹⁷²¹ A. Gervais, *op. cit.*, p. 248.

lumière de nombreux paramètres »¹⁷²². Il ne suffit pas d'affirmer que le droit d'auteur est un droit subjectif et que les exceptions ne sont que des intérêts légitimes préservés par une règle de droit objectif pour trancher le conflit. Si la nature des intérêts préservés au travers des exceptions joue certainement un rôle, ce n'est pas sur le terrain de la résolution au fond du conflit. On incline même à penser que la nature des prérogatives accordées aux uns et aux autres reste indifférente par rapport à la solution. D'autres éléments sont à prendre en compte comme l'intention du législateur ou la valeur impérative des dérogations légales. A cet égard, l'intention du législateur était claire à l'origine. Il a érigé des exceptions au droit d'auteur justement afin qu'elles produisent l'effet que l'on attend d'elles, c'est-à-dire qu'elles dérogent au principe, qu'elles supplantent le droit subjectif de l'auteur, peu importe la nature des intérêts qu'elles traduisent. L'arbitrage est, en principe, effectué en amont par le législateur. Par conséquent, si ce n'est pour déterminer la recevabilité de l'action, il ne sert à rien d'invoquer la nature des intérêts en cause puisque les exceptions au droit d'auteur – règles impératives – sont censées résoudre les conflits par anticipation¹⁷²³. Et pour s'assurer que les dérogations légales ne soient jamais entravées, elles seraient marquées du sceau de l'ordre public. Malheureusement, le triple test et les mesures techniques de protection font disparaître les vertus des exceptions.

697. Si les exceptions au droit d'auteur sont des intérêts juridiquement protégés, il semble erroné de les réduire à de simples moyens de défense. Elles apparaissent certainement comme des moyens défensifs dans la cadre d'une action en contrefaçon mais, en tant qu'intérêt juridiquement protégés, elles sont forcément plus que cela et peuvent sans doute constituer des moyens offensifs d'exiger de l'auteur qu'il n'entrave pas leur mise en œuvre.

B. Les conséquences de la qualification des exceptions au droit d'auteur

698. Exception au droit d'auteur et moyen de défense – La Cour de cassation a approuvé la solution des juges du fond qui refusaient d'attribuer la qualification de droits subjectifs aux

¹⁷²² P. Sirinelli, « Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins », in *Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)*, Genève, 6-7 décembre 1999, p. 48. Ce document est disponible à l'adresse internet suivante : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf (page consultée le 14 octobre 2012).

¹⁷²³ En ce sens, C. Colin, Thèse préc., p. 488 : « La seule solution a consisté à consacrer une règle de droit objectif donnant l'issue du conflit. Dans la mesure où le règlement d'un conflit entre le droit de l'auteur et l'intérêt légitime de l'utilisateur aurait nécessairement penché du côté de l'auteur, le législateur a élaboré une disposition pour que la solution s'oriente autrement. Ce faisant, il n'érige pas l'intérêt de l'utilisateur en droit subjectif, mais il se contente de faire primer cet intérêt légitime sur le droit subjectif de l'auteur dans les hypothèses déterminées »

exceptions au droit d'auteur. La Haute juridiction a même précisé que les exceptions légales ne constituaient pas des *intérêts juridiquement protégés*, excluant par là la possibilité d'une action en justice, conformément à l'adage « *Pas d'intérêt, pas d'action* ». Les exceptions au droit d'auteur ne constitueraient alors que des moyens de défense¹⁷²⁴ à une action en contrefaçon.

699. Moyen de défense : une qualification insuffisante – Certes, la formule « exception au droit d'auteur » donne l'impression qu'il ne peut être question que de moyen de défense. En matière de procédure civile, plusieurs expressions contribuent à cet effet. C'est le cas lorsque l'on énonce le principe classique que « *le juge de l'action est le juge de l'exception* » qui signifie que le juge saisi de la demande initiale peut connaître des moyens de défense relevant de matières qui, normalement, ne relèvent pas de sa compétence d'attribution¹⁷²⁵. C'est encore le cas lorsque l'on évoque « l'exception de procédure » qui constitue le moyen par lequel le défendeur « *tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours* ». Dans cette hypothèse, il ne peut s'agir que de contester la procédure et non le fond de la prétention de l'adversaire. Mais ces rapprochements lexicaux n'impliquent pas une similitude des régimes. La formule « exception au droit d'auteur » désigne uniquement la technique juridique qui consiste à créer des dérogations à un principe. En l'occurrence, les exceptions dérogent à la règle du droit exclusif de l'auteur. D'ailleurs, on parle aussi de « dérogation légale au droit d'auteur ». Le vocable employé n'a aucune incidence sur le plan procédural. Par conséquent, il serait erroné de déduire de l'expression « exception au droit d'auteur » qu'il n'est question que de moyen de défense¹⁷²⁶.

700. Exception au droit d'auteur, intérêt juridiquement protégé et action en justice – Au contraire, il vient d'être démontré que les exceptions au droit d'auteur sont au moins des intérêts juridiquement protégés, des intérêts légitimes. Or, chacun sait que le Code de procédure civile

¹⁷²⁴ En ce sens, J.-L. Goutal, « L'environnement de la directive "droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information" en droit international et comparé », *CCE*, février 2002, p. 11, soutenant que les exceptions au droit d'auteur « offrent aux usagers des moyens de défense » d – Aussi, J. Lesueur, *Conflits de droits – Illustration dans le champ des propriétés incorporelles*, Thèse Paris II, PUAM, 2009, p. 180, n° 285 et p. 196, n° 307 – A propos de l'exception de copie privée : F. Pollaud-Dulian, obs. sous TGI Paris, 30 avril 2004, *RTD com.* 2004, p. 489 ; A propos de l'exception de courte citation, L. Bochorberg, *Le droit de citation*, Masson, 1994, p. 12, n° 13, affirmant que le droit de citation ne serait qu'une « exception en défense ».

¹⁷²⁵ V. l'article 49 du Code de procédure civile selon lequel « toute juridiction saisie d'une demande de sa compétence connaît, même s'ils exigent l'interprétation d'un contrat, de tous les moyens de défense à l'exception de ceux qui soulèvent une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction ».

¹⁷²⁶ En ce sens, S. Carre, « Le vertige de l'irrecevabilité (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2008) », *RIDA*, juillet 2009, n° 221, p. 119 : « Cela ne signifie pas pour autant que le bénéfice de l'exception de copie privée ne peut être invoquée que par "voie d'exception", en défense. Un tel régime "procédural" suppose une qualification de moyen de défense au fond. Or, si effectivement les exceptions n'ont été invoquées, jusqu'à une très récente période, qu'en défense à une action, généralement en contrefaçon, c'est parce qu'il était quasiment impossible pour le titulaire des droits d'empêcher la réalisation de ces exceptions ».

subordonne la recevabilité d'une action en justice à l'existence d'un intérêt légitime et pas nécessairement d'un droit subjectif¹⁷²⁷. Le droit subjectif est un intérêt légitime mais l'action est aussi ouverte aux autres intérêts légitimes qui ne sont pas érigés en droits substantiels préconstitués. Comment pourrait-il en être autrement ? Pourrait-on dénier le concours de la justice à ceux dont les intérêts sont pris en considération par le droit objectif mais méconnus par les tiers ? Ces intérêts légitimes ne sont pas des droits subjectifs dont le respect peut être exigé par leurs titulaires en dehors comme dans le cadre d'un procès. Le respect de ces intérêts légitimes ne peut justement être réclamé que devant le juge¹⁷²⁸.

701. D'autant que l'action en elle-même n'est pas le lieu de préjuger le bien-fondé des prétentions de la partie qui l'a engagée. Comment peut-on, au moment de l'introduction de l'instance, exiger du demandeur qu'il dispose d'un droit alors que l'existence de ce droit ne sera justement vérifiée que s'il y a procès ? La recevabilité de l'action ne saurait dépendre de la preuve d'un droit subjectif puisque cette preuve ne peut être apportée que si l'instance est ouverte. D'ailleurs, il peut arriver que celui qui se prétend titulaire d'un droit subjectif au moment de la demande introductive d'instance soit finalement reconnu comme dépourvu d'un tel droit. C'est pourquoi il a été jugé que « l'existence du droit invoqué par le demandeur n'est pas une condition de recevabilité de sa demande »¹⁷²⁹ et que « l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action »¹⁷³⁰.

702. Aussi est-il primordial de ne pas continuer dans la voie qui consiste à déclarer irrecevable toute action introduite sur la base d'une exception au droit d'auteur. Dans la mesure où elles sont « légales », les dérogations au droit d'auteur sont bien le signe d'intérêts légitimes placés sous la protection du droit objectif. Le juge ne doit pas se soucier de « l'intensité de cette protection juridique ; elle est peut-être faible, floue, nouvelle, peu importe ; ce qui compte c'est son existence »¹⁷³¹. Quand bien même la protection accordée aux intérêts des utilisateurs uniquement par le moyen

¹⁷²⁷ Article 31 du Code de procédure civile : « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention ou pour défendre un intérêt déterminé » - V. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, réédité par Dalloz, 2005, p. 312 : « il est bon de rappeler que la loi n'exige pas ici, pour la mise en mouvement de l'action, un droit subjectif proprement dit, elle réclame au moins un intérêt légitime ».

¹⁷²⁸ En ce sens, S. Carre, *op. cit.*, p. 95 : « L'action est parfois le seul moyen pour faire reconnaître la légitimité et obtenir la garantie du respect d'un intérêt en l'absence de droit subjectif ».

¹⁷²⁹ Cass. 3^e civ., 27 janvier 1999, *Bull. civ.* III, n° 19 – Cass. 3^e civ., 5 février 1997, *Procédures* 1997, comm. 87, obs. R. Perrot.

¹⁷³⁰ Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1993, *Bull. civ.* I, n° 169 – Cass. 2^e civ., 6 mai 2004, *Bull. civ.* II, n° 205 – Cass. 2^e civ., 13 janvier 2005, *Bull. civ.* II, n° 3 – Cass. 1^{re} civ., 2 novembre 2005, *Juris-Data* n° 2005-030526.

¹⁷³¹ Y. Desdevises, *Le contrôle de l'intérêt légitime : essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action*, Thèse Nantes, 1973, p. 186.

d'une règle de droit objectif n'est pas maximale, l'atteinte à une situation juridique objective « *est toujours suffisante* »¹⁷³² à la recevabilité de l'action. Partant, celui qui prétend au bénéfice effectif d'une exception au droit d'auteur entravée par la technique devrait pouvoir agir en justice¹⁷³³ et on ne voit pas bien les raisons qui poussent les juges à réfuter l'existence d'intérêts juridiquement protégés.

703. Contrôle moral et politique des exceptions au droit d'auteur – On remarquera que l'évocation de l'intérêt juridiquement protégé par la Cour de cassation dans l'arrêt « Mulholland Drive » du 19 juin 2008 et dans l'arrêt « Phil Collins » du 27 novembre 2008 rappelle la jurisprudence bien connue relative à la réparation du préjudice subi par la concubine qui prévalut jusqu'en 1970¹⁷³⁴. Dans un arrêt du 27 février 1937, la Cour de cassation avait décidé que la victime d'un délit ou d'un quasi-délit devait justifier non d'un dommage quelconque mais de « *la lésion d'un intérêt juridiquement protégé* »¹⁷³⁵. Or, à l'époque, cette formule était encore synonyme de droit subjectif. D'ailleurs, la Cour de cassation souhaitait être en accord avec la jurisprudence du Conseil d'État, lequel avait refusé la réparation du dommage subi par une concubine du fait de la mort de celui qui était son compagnon depuis plus d'une dizaine d'années. Le motif en était que la concubine ne justifiait pas d'un « *droit lésé* »¹⁷³⁶ contrairement à l'épouse qui disposait d'un droit de pension alimentaire en vertu des articles 212 et 214 du Code civil. Mais il faut souligner que le contrôle de l'intérêt juridiquement protégé était alors accompagné d'un contrôle de moralité certain¹⁷³⁷.

704. Partant, il est permis de se demander si la « *diplomatie du refus* »¹⁷³⁸ dont fait preuve la Cour de cassation à l'égard des bénéficiaires des exceptions ne cache pas en réalité un contrôle de moralité¹⁷³⁹. On est en droit de le penser dans la mesure où sa position relève plus du préjugé que de l'argumentation juridique. Il ne faut pas oublier que la Haute juridiction intervient alors sur la

¹⁷³² *Ibid.*, p. 187.

¹⁷³³ En ce sens, A. Lucas, obs. sous CA Paris, 4 avril 2007, *PI*, juillet 2007, p. 321, selon lequel le fait que « le consommateur ne puisse tirer de l'article L. 122-5-2° un droit subjectif ne l'empêche aucunement d'agir en justice lorsque le titulaire des droits le prive, en apposant une mesure technique de protection, de la possibilité de réaliser la copie privée que l'article L. 122-5-2° empêche expressément l'auteur d'interdire ».

¹⁷³⁴ Cass. ch. Mixte, 27 février 1970, *JCP* 1970, II, 16305, note P. Parlange.

¹⁷³⁵ Cass. civ. 27 février 1937, *JCP* 1937, II, p. 466, note Dallant ; *Sirey*, 1938, I, p. 321, note Marty ; *DP*, 1938, I, p. 7, note R. Savatier – Cass. civ. 22 février 1944, *D.* 1945, p. 293, note Flour – Cass. 1^{re} civ., 21 octobre 1952, *JCP* 1953, II, 7592, note R. Rodière.

¹⁷³⁶ C.E., 11 mai 1928, affaire dite « Demoiselle Rucheton », *Sirey* 1928, III, p. 97, note M. Hauriou.

¹⁷³⁷ G. Morange, « La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative », *D.* 1953, chron. p. 29 – Aussi, Y. Desdevises, Thèse préc., p. 55.

¹⁷³⁸ J. Carbonnier, « La protection des droits de l'homme de lettres et de l'artiste devant la Cour de cassation », *RIDA*, octobre 1991, n° 150, p. 97.

¹⁷³⁹ S. Carre, *op. cit.*, p. 103.

question des exceptions au droit d'auteur et des dispositifs techniques que l'on a du mal à dissocier du thème de la contrefaçon sur Internet et, plus particulièrement, du téléchargement illicite. Or, ces sujets brûlants, à l'époque comme aujourd'hui, ont certainement semé la confusion et influencé les juges. En dépit de la séparation des pouvoirs, le volontarisme du gouvernement, parti à la traque des « pirates », a certainement joué un rôle dans la conviction de la Cour¹⁷⁴⁰. En refusant la qualification d'intérêts juridiquement protégés aux exceptions au droit d'auteur, la Haute juridiction range ces dernières parmi les intérêts non légitimes, ce qui n'est pas loin des intérêts illicites.

705. En tout état de cause, la Cour de cassation commet un non-sens puisqu'elle dit des exceptions qu'elles ne sont pas des intérêts juridiquement protégés alors que pour une partie d'entre elles le régime de préservation instauré par l'article L. 331-31 du CPI à vocation à les garantir. Nul ne peut contester que ce régime de sauvegarde est le signe qu'elles sont des intérêts juridiquement protégés susceptibles de donner lieu à une demande introductive d'instance¹⁷⁴¹. De plus, outre qu'il soit difficile de dire clairement quels ont été les critères de sélection des exceptions privilégiées, on relèvera que la saisine de l'autorité chargée de les garantir n'a qu'un caractère subsidiaire et est soumise à de nombreuses conditions. De sorte que l'on peut se demander si le droit d'accès à la justice, tel que proclamé par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, n'est pas sérieusement limité.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.* : « la décision des juges de la Cour de cassation paraît dans cette perspective très clairement hostile à l'idée qu'une personne puisse revendiquer une exception pour demander que les mesures techniques de protection, destinées justement à empêcher la "piraterie", soient supprimées ou utilisées de manière à permettre le bénéfice des exceptions légales ».

¹⁷⁴¹ En ce sens, A. Lucas, obs. sous CA Paris, 4 avril 2007, *PI*, juillet 2007, p. 321.

Conclusion de la Section II

706. Les exceptions au droit d'auteur préservent assurément des intérêts légitimes juridiquement protégés. Peu importe qu'il ne s'agisse pas de droits subjectifs. L'ordre juridique protège les intérêts des bénéficiaires des exceptions en édictant une règle de droit objectif empêchant l'auteur d'interdire certains usages des œuvres. La qualification d'intérêts légitimes juridiquement protégés n'est pas sans conséquence puisqu'elle ouvre la voie de l'action en justice exercée par le bénéficiaire d'une dérogation légale.

Conclusion du Chapitre II

707. La démission de l'autorité judiciaire par rapport à la question de l'articulation des exceptions avec les dispositifs peut s'expliquer sur le plan pratique. Elle permet d'éviter une application encombrante du triple test par le juge ainsi que de réserver la compétence à la Haute Autorité récemment instituée. Le retrait du juge n'est donc pas dépourvu de logique et peut même paraître rationnel. Cependant, les circonstances de son éclipse sont très critiquables. Celui-ci en est venu à user de subterfuges procéduraux pour ne plus avoir à traiter la question de l'articulation. Il ne convainc aucunement lorsque, à dessein de ne pas recevoir l'action exercée par le bénéficiaire d'une dérogation légale, il affirme que les exceptions au droit d'auteur ne sont pas des intérêts légitimes juridiquement protégés. Certes, les exceptions ne sont peut-être pas des droits subjectifs, mais elles ne sont pas pour autant des tolérances. D'ailleurs, le fait qu'elles soient, pour la plupart, des émanations de droits et libertés fondamentaux est assez persuasif. Si le législateur a érigé des règles dérogatoires afin de prendre en considération ces droits et libertés fondamentaux, c'est bien pour préserver ces derniers. Or, nul ne peut dénier à ces prérogatives la qualification d'intérêts juridiquement protégés. Surtout, il est difficile de croire que les exceptions au droit d'auteur n'ont pas cette qualité dès lors qu'est instauré un régime de préservation garantissant la mise en œuvre de certaines d'entre elles.

Conclusion du Titre II

708. On ne niera pas les avantages d'une autorité de régulation spécifique : expertise, rapidité, dialogue etc... Néanmoins, il est permis de s'interroger quant aux garanties juridictionnelles d'une telle institution.

Surtout, le mécanisme de préservation des exceptions mis en place peut paraître dérisoire. D'abord, toutes les exceptions ne sont pas garanties. Ainsi, l'utilisateur souhaitant mettre en œuvre une exception non élue ne pourra s'en plaindre auprès de la Haute Autorité. Ensuite, les démarches à accomplir pourront lui sembler fastidieuses au regard de l'enjeu. La procédure est en deux temps puisque le bénéficiaire de l'exception doit d'abord solliciter la bienveillance des titulaires de droits avant de saisir l'autorité de régulation. Alors qu'elle est censée être l'une des qualités des autorités administratives indépendantes, la simplicité n'est pas au rendez-vous. Surtout, les exceptions sont nombreuses qui sont sous-tendues par des droits et libertés fondamentaux. Dès lors, il peut paraître étonnant qu'une compétence exclusive soit concédée par le juge à l'HADOPI alors qu'il lui appartient de veiller au respect des libertés individuelles.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

709. La primauté des mesures techniques est atténuée par un régime de préservation en faveur de certaines dérogations légales qui montre bien que celles-ci sont en vérité irréductibles. Le phénomène de multiplication des exceptions, notamment catégorielles, peut prêter le flanc à la critique mais, dans l'ensemble, les dérogations au droit d'auteur participent de l'équilibre de la matière. Par conséquent, il est difficile d'admettre que les bénéficiaires des exceptions aient à subir les contraintes de la technique dans les espaces de libre usage des œuvres que leur accorde formellement la loi. Ces périmètres de libre utilisation sont sanctuarisés dès lors que les conditions des exceptions sont matériellement remplies. Et on ne voit pas quelle prérogative des titulaires de droits pourraient les remettre en cause, si ce n'est le « droit » *sui generis* introduit par le droit européen, il est vrai, mais très critiquable.

Dans la mesure où les exceptions au droit d'auteur sont d'ordre public, elles ne devraient être limitées ni par aucune volonté privée ni par aucune technique. Si l'on pousse le raisonnement, il devrait même être permis de contourner un dispositif technique lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre une exception. Mais, selon certains, cela contribuerait à fragiliser l'efficacité des verrous techniques et *in fine* la protection des œuvres.

Il est à regretter que les intérêts des bénéficiaires des exceptions, non moins considérables que ceux des titulaires de droits, ne puissent être portés devant l'autorité judiciaire, gardienne naturelle de la liberté individuelle. D'ailleurs, malgré les pouvoirs qui lui sont conférés, il n'est pas encore certain que la procédure devant l'autorité administrative indépendante présente des garanties juridictionnelles suffisantes pour les bénéficiaires des exceptions¹⁷⁴². Au préalable, le

¹⁷⁴² En ce sens, O. Pignatari, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2008, *RLDI*, février 2009, p. 13.

caractère restreint et le caractère subsidiaire de la saisine de l'HADOPI limitent fortement « l'accès à la justice ».

Nul n'ignore le brocard latin « *De minimis non curat praetor* » en vertu duquel le juge ne doit pas s'occuper des choses insignifiantes qui pourraient l'encombrer inutilement. La Cour de cassation fait en quelque sorte une application de ce principe lorsqu'elle retient qu'une exception légale au droit d'auteur ne suffit pas à constituer un intérêt juridiquement protégé susceptible d'établir la recevabilité d'une action en justice. Mais le législateur aurait-il pris la peine d'inscrire des exceptions dans la loi si celles-ci étaient négligeables ?¹⁷⁴³ Mieux vaut se ranger à l'avis que l'irrecevabilité « *ne doit pas être un instrument pour limiter l'encombrement des tribunaux ou l'instrument d'une politique judiciaire en présence d'une question de "fond" délicate* »¹⁷⁴⁴.

En tous les cas, à ce jour, il semble que la saisine de l'HADOPI n'ait encore tenté personne. Dans son rapport d'activité annuel, l'autorité de régulation indique qu'elle n'a reçu aucune saisine relative aux mesures techniques¹⁷⁴⁵. Le coût et la complexité de la procédure y sont certainement pour beaucoup¹⁷⁴⁶. L'image malheureusement négative de l'institution auprès du public doit jouer également¹⁷⁴⁷. Quant à l'image des mesures techniques, le marché en a parfois montré des reflets éloquents sur leur impopularité. Ainsi, après s'être rendu compte que les supports dépourvus de verrous séduisaient davantage la clientèle, certains acteurs majeurs de l'industrie musicale¹⁷⁴⁸ ont finalement pris le parti de renoncer aux dispositifs de protection. Il semblerait même que les contrefacteurs aient quelques scrupules à « pirater » des œuvres véhiculées par des supports vierges de toute barrière technique¹⁷⁴⁹. Cela est le signe que même sans l'intervention des pouvoirs publics, une « autorégulation » est possible.

¹⁷⁴³ En ce sens, S. Carre, *op. cit.*, p 127 : « il nous semble que celui à qui la loi permet un acte de reproduction ou de représentation d'une œuvre de l'esprit protégée, en principe soumis à l'autorisation de l'auteur, en interdisant à celui-ci de l'interdire, invite légitimement le juge à discuter du bien-fondé de sa prétention à pouvoir réaliser cet acte lorsque le titulaire des droits le lui interdit par le recours à la technique ».

¹⁷⁴⁴ S. Carre, *op. cit.*, p 127.

¹⁷⁴⁵ Rapport publié le 10 novembre 2010, p. 52.

¹⁷⁴⁶ En ce sens, O. Pignatari, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2008, *RLDI*, février 2009, p. 13.

¹⁷⁴⁷ D'ailleurs, le public connaît beaucoup moins le rôle de l'HADOPI eu égard aux mesures techniques que celui qu'elle joue en matière de téléchargement illégal.

¹⁷⁴⁸ C'est le cas de EMI, Universal, Warner, Sony, mais aussi de sites de distribution comme l'ITunes store, Amazon, Fnac Music et Virgin Mega.

¹⁷⁴⁹ Par exemple, J.-K. Rowling, l'auteur du célèbre roman fantastique Harry Potter a vendu le livre numérique avec un tatouage numérique mais sans dispositif de protection. Il semble que cela ait eu un impact positif sur la communauté des « pirates », lesquels ont décidé de ne pas faire circuler l'œuvre sur les réseaux de téléchargement illégal. Le watermarking leur est apparu comme une solution équilibrée et moins contraignante leur permettant de faire un usage raisonnable de l'œuvre.

CONCLUSION GÉNÉRALE

710. Les rapports entre les exceptions au droit d'auteur et les mesures techniques de protection sont résolument complexes. Le bénéficiaire d'une dérogation légale n'est pas autorisé à contourner un dispositif technique alors même que l'article L. 122-5 du CPI ordonne à l'auteur de ne pas en empêcher la mise en œuvre. La protection juridique des mesures techniques est dissuasive puisqu'elle est assortie de sanctions pénales. De ce point de vue, l'économie des dispositifs de protection contrarie considérablement celle des exceptions.

711. Certaines dérogations au droit d'auteur disposent toutefois d'un statut privilégié dans la mesure où les États doivent en garantir le bénéfice effectif. En France, cette mission est confiée à l'HADOPI. Néanmoins, l'intervention de la Haute Autorité est subsidiaire. Le candidat au bénéfice d'une exception doit d'abord solliciter des mesures volontaires de la part des titulaires de droits et c'est seulement dans l'hypothèse d'un refus ou d'un silence de leur part que l'HADOPI est susceptible d'être saisie. Le mécanisme est compliqué mais il n'en demeure pas moins révélateur de ce que certaines exceptions sont irréductibles.

En effet, il a été constaté que les dérogations au droit d'auteur ne sont pas des règles de deuxième ordre, bien au contraire. L'exégèse des dispositions du Code de la propriété intellectuelle et l'étude des fondements des exceptions ont permis de conclure à la valeur impérative de celles-ci. Pour certaines dérogations, le caractère d'ordre public est exprès. Il en est ainsi de l'exception d'analyse du logiciel, de l'exception de copie de sauvegarde ou encore de l'exception de décompilation. Pour les exceptions figurant à l'article L. 122-5 du CPI, les choses sont moins explicites. Cependant, leur valeur impérative se déduit aisément de leurs fondements :

droits et libertés fondamentaux, nécessité technique, politique publique, intérêt général... En tous les cas, afin de garantir de manière efficace la satisfaction des intérêts primordiaux qu'elles préservent, le caractère d'ordre public des dérogations s'impose.

712. Le constat de la valeur impérative des exceptions concorde avec leur fonction sociale. Lorsque le législateur érige une dérogation au droit exclusif, il choisit de privilégier les intérêts de tiers par rapport à ceux du titulaire de droits. En tant que facteurs d'équilibre indispensables au droit d'auteur pris comme branche du Droit, on imagine mal que les espaces de liberté que constituent les exceptions soient remis en cause par la volonté privée, que ce soit au moyen du contrat ou au moyen de la technique. Les exceptions ne devraient pas plus être mises en doute par une application du test des trois étapes. La pondération des intérêts effectuée *in abstracto* par le législateur est la seule qui devrait compter car un contrôle *a posteriori* de la licéité des exceptions cadre mal avec leur conception analytique. Les mesures de protection et le test des trois étapes semblent se liguer pour ôter toutes leurs vertus aux dérogations au droit d'auteur.

713. L'environnement numérique a contraint les auteurs à appeler la technique en renfort du droit de propriété intellectuelle. Dès lors, il peut être tentant de considérer que le droit d'auteur constitue le fondement des barrières technologiques. Cependant, telles que définies à l'article L. 331-5 du CPI, les mesures techniques de protection dotent les titulaires de droits d'un pouvoir considérable. Il n'est pas seulement question de traduire sur le plan matériel ce que le droit exclusif implique sur le plan juridique. Il s'agit aussi de restreindre des actes qui ne relèvent d'aucun monopole. Cela peut étonner dans la mesure où les systèmes techniques sont protégés pour autant qu'ils visent eux-mêmes à préserver un objet de propriété littéraire et artistique.

Le pouvoir exorbitant que les dispositifs de protection procurent aux titulaires de droit conduit à s'interroger sur leur véritable fondement. On aurait moins de mal à penser que les verrous techniques relèvent du droit d'auteur s'ils traduisaient strictement ce que celui-ci induit sur le plan juridique. D'ailleurs, les dispositifs sont déployés au nom du droit de propriété intellectuelle alors que leur office ne se limite pas à singer celui-ci sur le plan technique. Or il apparaît clairement que le droit exclusif ne justifie aucunement l'interdiction de toutes sortes d'utilisation des œuvres. Ce qui permet aux titulaires de droits de limiter l'accomplissement d'actes ne relevant pas du monopole juridique est en réalité un pouvoir nouveau, un « droit » *sui generis*. En participant à la conquête des espaces de libre usage, les dispositifs introduisent auprès du droit d'auteur des logiques qui lui sont étrangères.

Le pouvoir nouveau conféré par l'article L. 331-5 du CPI affleure le droit subjectif lorsqu'il est concentré dans les mains du seul « producteur ». En vertu de l'article L. 131-9 du CPI, l'exploitant est seul investi de la faculté de recourir aux mesures techniques tandis que l'auteur doit obtenir le consentement des autres titulaires de droit. La solution a de quoi surprendre car elle place l'exploitant au centre de toutes les attentions et relègue l'auteur au second rang. A l'analyse, le régime des mesures techniques semble être spécialement conçu pour celui que la loi nomme le « producteur ». En effet, la possibilité d'empêcher toutes sortes d'utilisations indique que l'objet inavoué de la protection technique ne se limite pas à la simple imitation du droit exclusif sur le plan numérique et qu'il est davantage question de sécuriser les services qu'offre l'exploitant.

714. Sur le plan des principes, il peut paraître urgent de solliciter l'intervention du législateur afin que protection technique et protection juridique des œuvres se superposent parfaitement. Il est difficile d'admettre que la technologie empêche de mettre en œuvre les exceptions alors que celles-ci répondent à des aspirations que la loi entend elle-même satisfaire. La seule contrainte technique légitime est celle qui est subordonnée – véritablement et non superficiellement – au droit d'auteur. Il s'agit de la technologie dont l'action traduit sur le plan matériel ce que le droit exclusif implique sur le plan juridique. Et si la technique est trop rigide pour s'effacer d'elle-même comme le monopole disparaît devant les exceptions, c'est alors vers la protection juridique des dispositifs qu'il faut se tourner. Ne serait-il pas juste d'exonérer de responsabilité l'utilisateur qui contourne un dispositif en vue de mettre en œuvre une exception ? Il ne faudrait tout de même pas oublier que les systèmes de protection ont été sollicités afin de lutter contre la contrefaçon et non pour empiéter sur les espaces de libre usage des œuvres.

715. On concèdera néanmoins que la protestation contre les mesures techniques de protection n'est pas arrivée à un niveau tel qu'il faille immédiatement modifier le donné légal. L'absence de saisine de la Haute Autorité incite à le penser. Certes, on pourrait soupçonner une contestation silencieuse d'internautes qui contourneraient dans l'ombre les dispositifs de protection. On pourrait souhaiter, par ailleurs, que l'articulation des exceptions avec les mesures techniques revienne naturellement au juge judiciaire, gardien des libertés individuelles. Pour autant, le rôle de l'autorité de régulation ne doit pas être sous-estimé. Il faut bien reconnaître que la création de l'HADOPI a eu une influence certaine sur les internautes. La présence d'une autorité de régulation spécifique est un signal fort en direction des utilisateurs dont beaucoup ont

été dissuadés de se livrer à la contrefaçon sur les réseaux. Surtout, on observera que la question de l'articulation entre les exceptions et les mesures techniques de protection n'est pas le cœur de son activité, loin de là. La Haute Autorité a pour autre mission de veiller au développement de l'offre légale dans l'environnement numérique. Or, c'est l'augmentation significative de l'offre légale sur les réseaux qui permettra de concilier, dans le contexte binaire, les intérêts des auteurs et ceux des utilisateurs. Elle contribuera, d'une part, à garantir une rémunération aux créateurs, et d'autre part, à assurer la mise à disposition d'un nombre suffisant d'œuvres au profit des internautes. Là aussi, l'équilibre est un enjeu.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES NON RELATIFS AU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

ARDANT P.

- *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 23^e éd., 2011.

ATIAS C.

- *Droit civil - Les biens*, Litec, 11^e éd., 2011.

AUBRY C. et RAU C.-F.

- *Cours de droit civil français*, t. 2, Marchal et Billard éd., 6^e éd., 1936.
- *Droit civil français - Les biens*, t. 2, Librairies techniques, 7^e éd., par P. Esmein, 1961.

BERGEL J.-L.

- *Méthodologie juridique*, PUF, 2001.

CALAIS-AULOY J. et STEINLETZ F.

- *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^e éd., 2010.

CARBONNIER J.

- *Droit civil - Les biens*, t. 2, PUF, 1^{re} éd., 1957.
- *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001.
- *Droit civil - Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, Quadrige/PUF, 2004.

CORNU G.

- *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^e éd., 2005.
- *Droit civil - Introduction au droit*, Montchrestien, 13^e éd., 2007.

DABIN J.

- *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969.
- *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, réédité en 2008.

DELMAS-MARTY M. et LUCAS de LEYSSAC C.

- *Libertés et droits fondamentaux*, Éditions du Seuil, 2^e éd., 2002.

DEL VECCHIO G.

- *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953, réédité en 2004.

DEMOLOMBE C.

- *Cours de Code Napoléon - Traité de la distinction des biens*, t. 9, A. Durand et L. Hachette, 4^e éd., 1870.

DUGUIT L.

- *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Éditions La mémoire du droit, 2^e éd., 2008.
- FABRE-MAGNAN M.**
- *Les obligations*, PUF, 2004.
 - *Droit des obligations - Contrat et engagement unilatéral*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012.
- FAVOREU L. et *alii*.**
- *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5^e éd., 2009.
- FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E.**
- *Les obligations : l'acte juridique*, Sirey, 2008.
- GHESTIN J.**
- *Traité de droit civil - Les obligations - Le contrat : Formation*, LGDJ, 2^e éd., 1988.
- GOUBEAUX G.**
- *Traité de droit civil : les personnes*, LGDJ, 1989.
- IHERING R. (VON)**
- *La lutte pour le droit*, Librairie Maresq Aîné, 1890, réédité par Dalloz, 2006.
 - *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 4, trad. O. de Meulenaere, Paris, 1886-1888.
- JOSSERAND L.**
- *De l'esprit des droits et de leur relativité - Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^e éd., 1939, réédité en 2006.
 - *Cours de droit civil positif français - Théorie générale du droit et des droits*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1932.
- KELSEN H.**
- *Théorie générale des normes*, PUF, 1996.
- LARROUMET C.**
- *Droit civil - Les biens - Droits réels principaux*, t. 2, Economica, 5^e éd., 2006.
- MAZEAUD H., L. et J. et CHABAS F.**
- *Leçons de droit civil - Obligations*, t. 2, vol. 1, Monchrestien, 9^e éd., par F. Chabas, 1998.
 - *Leçons de droit civil - Introduction à l'étude du droit*, t. 1, vol. 1, Montchrestien, 12^e éd., par F. Chabas, 2000.
- OBERDORFF H.**
- *Droits et libertés fondamentales*, LGDJ, 2010.
- OST F.**
- *Droit et intérêt – Entre droit et non droit : l'intérêt*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1990.
- PARDESSUS J.-M.**
- *Traité des servitudes ou services fonciers*, t.1, Paris, 8^e éd., 1838.
- PERELMAN C.**
- *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2^e éd., 1999.
- RIPERT G.**
- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.
- ROGUIN E.**
- *La règle de droit*, Lausanne, 1889.
- ROUBIER P.**
- *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, réédité par Dalloz, 2005.
- SAVATIER R.**
- *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959.
- SOLUS H. et PERROT R.**
- *Droit judiciaire privé - Introduction, Notions fondamentales, Organisation judiciaire*, t. 1, Sirey, 1961.
- SPIELMANN D.**

- *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'Homme entre personnes privées*, Bruylant, Nemesis, 1995.

TERRÉ F.

- *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^e éd., 2009.

TERRÉ F. et SIMLER P.

- *Droit civil - Les biens*, Dalloz, 8^e éd., 2010.

TERRÉ F., SIMLER P. et LEQUETTE Y.

- *Droit civil - Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009.

TEYSSIÉ B.

- *Droit civil - Les personnes*, Litec, 13^e éd., 2011.

VAN DER EYCKEN P.

- *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Paris, 1907.

VILLEY M.

- *Le droit romain - Son actualité*, PUF, 10^{ème} éd., 2002.
- *Le droit et les droits de l'homme*, Quadrige/PUF, 2008.

ZENATI F. et REVET T.

- *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008.

II. OUVRAGES RELATIFS AU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

BINCTIN N.

- *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010.

CARON C.

- *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 1^{re} éd., 2006.
- *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009.

BURELL R. et COLEMAN A.

- *Copyright - Exceptions - The Digital Impact*, Cambridge University Press, 3^e éd., 2006.

COLOMBET C.

- *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9^e éd., 1999.
- *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde - Approche de droit comparé*, Litec, Unesco, 1990.

DESBOIS H.

- *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978.

FRANCON A.

- *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, 1999.

GAUTIER P.-Y.

- *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6^e éd., 2007.
- *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012.

LUCAS A.

- *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998.

LUCAS A. et H.-J.

- *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Litec, 2001.
- *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Litec, 2006.
- *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Litec, 2012.

PARES P.

- *Histoire du droit de reproduction mécanique*, La Compagnie du Livre, 1953.

PASSA J.

- *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ, 2^e éd., 2009.

POLLAUD-DULIAN F.

- *Le droit d'auteur*, Economica, 2005.
- *La propriété industrielle*, Economica, 2011.

POUILLET E.

- *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal et Billard éd., 3^e éd., par G. Maillard et C. Claro, Paris, 1908.

RENOUARD A.-C.

- *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, 2 tomes, Renouard éd., 1838.

ROUBIER P.

- *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952.

TAFFOREAU P.

- *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, 3^e éd., 2012.

STRÖMHOLM S.

- *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale, étude de droit comparé*, t. 2, Norstedt, Stockholm, 1966.

STROWEL A.

- *Droit d'auteur et copyright - Divergences et convergences - Etude de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 1993.

TORREMANS P. (dir.)

- *Intellectual Property and Humans Rights - Enhanced Edition of Copyright and Human rights*, Kluwer law onternational, 2008.

VIVANT M. (dir.)

- *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004.
- *Propriété intellectuelle et mondialisation - La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?* Dalloz, 2004.
- *Lamy Droit du numérique*, Wolters Kluwer France, 2012.

VIVANT M. et BRUGUIERE J.-M.

- *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009.

III. THÈSES NON RELATIVES AU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

BOST-LAGIER V.

- *L'exceptionnel en droit civil*, Thèse Paris II, 2002.

DANOS F.

- *Propriété, possession et opposabilité*, Thèse Paris I, Economica, 2007.

DEBET A.

- *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Thèse Paris II, Dalloz, 2002.

DESDEVISES Y.

- *Le contrôle de l'intérêt légitime : essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action*, Thèse Nantes, 1973.

DIJOUX R.

- *La contractualisation des droits fondamentaux*, Thèse Université de La Réunion, L'Harmattan, 2012.

FARJAT G.

- *L'ordre public économique*, Thèse Dijon, LGDJ, 1963, p. 110.

GRIDEL J.-P.

- *Le signe et le droit – Les bornes – Les uniformes – La signalisation routière et autres*, Thèse Paris II, LGDJ, 1979.

LEONARD T.

- *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitime – Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Thèse Namur, Larcier, 2005.

MALAURIE P.

- *Les contrats contraires à l'ordre public - Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, Thèse Paris, Matot-Braine éd., 1953.

MEKKI M.

- *L'intérêt général et le contrat - Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Thèse Paris I, LGDJ, 2004.

MOUTEL B.

- *L'"effet horizontal" de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit privé français - Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse Limoges, 2006.

PAVAGEAU S.

- *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, Thèse Poitiers, LGDJ, 2006.

PÉRÈS-DOURDOU C.

- *La règle supplétive*, Thèse Paris I, LGDJ, 2004.

VINCENT-LEGOUX M.-C.

- *L'ordre public - Etude de droit comparé interne*, PUF, 2001.

IV. THÈSES RELATIVES AU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

ABELLO A.

- *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, Thèse Paris-Dauphine, LGDJ, 2008.

ALLEAUME C.

- *Le prêt des œuvres de l'esprit*, Thèse Caen, 1997.

AZZI T.

- *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, Thèse Paris II, LGDJ, 2005.

BENABOU V.-L.

- *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Thèse Paris II, Bruylant, 1997.

BERGÉ J.-S.

- *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur - Essai d'une analyse conflictuelle*, Thèse Paris I, LGDJ, 1996.

BOCHURBERG L.

- *Le droit de citation*, Masson, 1994.

BONNET P.

- *L'application du droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle*, Thèse Caen, 2006.

CARON C.

- *Abus de droit et droit d'auteur*, Thèse Paris II, Litec, 1998.

CARRE S.

- *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse Montpellier I, 2004.

CASTETS-RENARD C.

- *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Thèse Paris XI, 2001.

CHERPILLOD I.

- *L'objet du droit d'auteur*, Thèse Lausanne, Cedidac, 1985.

CHOISY S.

- *Le domaine public en droit d'auteur*, Thèse Paris II, 2001.

COLIN C.

- *Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ?*, Thèse Paris XI, 2008.

CRAIPEAU N.

- *Le droit de reproduction des œuvres de l'esprit dans l'environnement numérique*, Thèse Nantes et Salamanque, 2006.

DOCK M.-C.

- *Contribution à l'étude historique des droits d'auteur*, Thèse Paris, LGDJ, 1962.

DUSOLLIER S.

- *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique - Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Thèse Namur, Larcier, 2^e éd., 2007.

EL KHOURY P.

- *Les exceptions au droit d'auteur - Étude de droit comparé*, Thèse Montpellier I, 2007.

FRESNE B.

- *Les dérogations au droit de reproduction des auteurs en droit français*, Thèse Paris II, 1973.

GALOPIN B.

- *Les exceptions à usage public en droit d'auteur français*, Thèse Paris XI, 2011.

GAVIN G.

- *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation françaises*, Thèse Grenoble, Dalloz, 1960.

GEIGER C.

- *Droit d'auteur et droit du public à l'information - Approche de droit comparé*, Thèse Montpellier I, Litec, 2004.

GOTZEN F.

- *Het bestemmingsrecht van de Auteur : onderzoek van de bevoegdheid van de Auteur om derden een bepaald gebruik van in*, Thèse Louvain, Larcier, 1975.

GUIBAULT L.

- *Copyright limitations and contracts, an analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, Thèse Amsterdam, Kluwer Law International, 2002.

KAMINA P.

- *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, Thèse Poitiers, 1996.

LALIGANT O.

- *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*, Thèse Aix-Marseille III, LGDJ, 1983.

LAPOUSTERLE J.

- *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes - Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Thèse Paris II, Dalloz, 2009.

LEBOIS A.

- *Le droit de location des auteurs et des titulaires de droits voisins*, Thèse Nantes, LGDJ, 2004.

LESUEUR J.

- *Conflits de droits – Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Thèse Paris II, PUAM, 2009.

MAILLARD T.

- *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, Thèse Paris XI, 2009.

MALAPLATE L.

- *Le droit d'auteur – Sa protection dans les rapports franco-étrangers*, Thèse Bordeaux, Sirey, 1931.

MARECHAL C.

- *Concurrence et propriété intellectuelle*, Thèse Paris II, Litec, 2009.

MARKELLOU M.

- *Le contrat d'exploitation d'auteur*, Thèse Montpellier I, Larcier, 2012.

MORE K.

- *Les dérogations au droit d'auteur - L'exception de copie privée*, Thèse Nantes, Presses universitaires de Rennes, 2009.

NGUYEN DUC LONG C.

- *La numérisation des œuvres - Aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Thèse Paris XI, Litec, 2001.

NISATO V.

- *Le consommateur et les droits de propriété intellectuelle*, Thèse Avignon, 2005.

PARANCE B.

- *La possession des biens incorporels*, Thèse Paris I, LGDJ, 2008.

PFISTER L.

- *L'auteur propriétaire de son œuvre ? la formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, Thèse Strasbourg III, 1999.

POLLAUD-DULIAN F.

- *Le droit de destination – Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Thèse Paris II, LGDJ, 1989.

PRADES R.

- *Intérêt public et droit d'auteur – De la conception classique aux exigences actuelles*, Thèse Paris XII, 1999.

RAYNARD J.

- *Droit d'auteur et conflits de lois – Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Thèse Montpellier I, Litec, 1990.

RECHT P.

- *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969.

RIDEAU F.

- *La formation de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne : une convergence oubliée*, Thèse Poitiers, PUAM, 2004.

SENFLEBEN M.

- *Copyright, Limitations and the Three-Step Test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Thèse Amsterdam, Kluwer Law International, 2004.

SIMLER C.

- *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Thèse Strasbourg, Litec, 2010.

SIRINELLI P.

- *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse Paris II, 1985.

WEILLER D.

- *Abus du droit et propriété littéraire et artistique*, Thèse Strasbourg, 1962.

WISTRAND H.

- *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur son œuvre*, Montchrestien, 1968.

ZOLLINGER A.

- *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, Thèse Poitiers, LGDJ, 2008.

ZOLYNSKI C.

- *Méthode de transposition des directives communautaires - Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Thèse Paris II, Dalloz, 2007.

V. ARTICLES NON RELATIFS AU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

BERTRAND E.

- « Le rôle de la dialectique en droit privé positif », *D.* 1951, chron. p. 151.

BOBBIO N.

- « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Les antinomies en droit - Études publiées par Chaïm Perelman*, Bruylant, 1965, p. 237.

BOY L.

- « Régulation et sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, Actes du colloque organisé les 26 et 27 octobre 2006 à la faculté de droit de Sophia Antipolis, Nice, par le CREDECO, sous la direction de L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen, Larcier, 2008, p. 333.

BREDIN J.-D.

- « Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé français », in *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. 13, Dalloz, 1959, p. 376.

BUCH H.

- « Conception dialectique des antinomies juridiques », in *Les antinomies en droit - Études publiées par Chaïm Perelman*, Bruylant, 1965, p. 372.

CATALA P.

- « Rapport de synthèse », in *L'ordre public - Journées libanaises, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 49, LGDJ, 1998, p. 3.

CORNU G.

- « Regard d'un civiliste », in *Études offertes à Pierre Catala - Le droit privé français à la fin du XX^{ème}*, Litec, 2001, p. 21.

EDEL F.

- « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits* 2009, n° 49, p. 213.

EISENMANN C.

- « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *La logique du droit, Archives de philosophie du droit*, t. 11, Sirey, 1966, p. 25.

FORIERS P.

- « Les antinomies en droit », in *Les antinomies en droit - Études publiées par Chaïm Perelman*, Bruylant, 1965, p. 20.

GASSIN R.

- « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91.

GAUDEMET-TALLON H.

- « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc en ciel) », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 312, 2005.

GERVAIS A.

- « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Dalloz, 1961, p. 241.

GROULIER C.

- « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative - Naissance d'un concept*, sous la direction de C. Thibierge, LGDJ, 2009, p. 199.

HAGE-CHAHINE F.

- « Rapport général », in *L'ordre public - Journées libanaises, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 49, LGDJ, 1998, p. 17.

HUBERLANT C.

- « Antinomies et recours aux principes généraux », in *Les antinomies en droit - Études publiées par Chaïm Perelman*, Bruylant, 1965, p. 204.

JEAMMAUD A.

- « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de J. Clam et G. Martin, LGDJ, 1998, p. 47.
- « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit », in *Les principes en droit, Etudes juridiques*, Economica, 2008, p. 49.

JESTAZ P.

- « La qualification en droit civil », *Droits* 1993, n° 18, p. 45.

JOSSERAND J.

- « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, p. 1.

LABARTHE F. et NOBLOT C.

- « Le contrat d'entreprise à l'épreuve des articles L. 211-1 et suivants du Code de la consommation », *JCP G* 2005, I, 168.

LARRIBAU-TEYRNEYRE V.

- « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », in *Etudes offertes à P. Catala - Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Litec, 2001, p. 83.

MALGAUD W.

- « Les antinomies en droit, à propos de l'étude de G. Gavazzi », in *Les antinomies en droit - Etudes publiées par Chaïm Perelman*, Bruylant, 1965, p. 7.

MESTRE J.

- « Rapport français », in *L'ordre public - Journées libanaises, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 49, LGDJ, 1998, p. 125.

MORANGE G.

- « La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative », *D.* 1953, chron. p. 27.

MOTULSKY H.

- « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif en question, Archives de philosophie du droit*, Sirey, t. 9, 1964, p. 215.
- « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Ecrits et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, réédité en 2010, p. 85.

NIBOYET M.-L.

- « De la spécificité de la protection internationale des droits de l'homme en matière économique », *RTD com.* 1999, p. 351.

PICARD E.

- « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 17.

ROUBIER P.

- « Les prérogatives juridiques », in *La théologie chrétienne et le droit, Archives de philosophie du droit*, t. 5, Sirey, 1960, p. 65.
- « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », in *Le droit subjectif en question, Archives de philosophie du droit*, Sirey, t. 9, 1964, p. 83.

SUDRE F.

- « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 1996, I, 3910.
- « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 1988, chron. p. 71.

SZABO. I.

- « Des contradictions entre le droit des différents systèmes sociaux », in *Les antinomies en droit - Etudes publiées par Chaïm Perelman*, Bruylant, 1965, p. 351.

TALLON D.

- « Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 883.

TERRÉ F.

- « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 3.

TIMSIT G.

- « Les deux corps du droit, essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, Avril-Juin 1996, p. 375.

TRUCHET D.

- « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », in *L'intérêt général*, Rapport du Conseil d'Etat, La Documentation française, 1999, p. 361.

VI. ARTICLES RELATIFS AU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

ALLEAUME C.

- « Les exceptions de pédagogie et de recherche », *CCE*, Novembre 2006, étude 27, p. 13.
- « Le rôle du triple test, une nouvelle conception des exceptions ? », *RLDI*, Mars 2007, supplément au n° 25, p. 48.
- « Propriété littéraire et artistique (1^{er} novembre 2007 – 1^{er} novembre 2008) », *Legipresse* 2008, II, p. 194.
- « À la croisée des sources de la propriété intellectuelle. L'article 27 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 7, 2009, p. 143.

ALIX Y.

- « Les exceptions bénéficiant aux bibliothèques, la révolution ? », *RLDI*, mars 2007, supplément au n° 25, p. 25.

ALMA-DELETTRE S.

- « La nature juridique des droits de propriété intellectuelle », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol, A. Robin, PUAM, 2007, p. 25.

AZZI T.

- « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p. 227.
- « La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé », *CCE*, Juillet-Août 2007, étude 16, p. 7.

BECOURT D.

- « La Révolution française et le droit d'auteur : pour un nouvel universalisme », *RIDA*, Janvier 1990, n° 143, p. 231.

BEER-GABEL J. et CHEMAIN R.

- « La décompilation des logiciels : l'industrie européenne face au droit d'auteur », *RTD eur.* 1991, p. 363.

BENABOU V.-L.

- « Le feuillet du droit de location face au droit communautaire ou le principe de l'épuisement revisité », *D. aff.* 1999, p. 238.
- « La directive droit d'auteur, droits voisins, et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *CCE*, Octobre 2001, chron. 23, p. 8.

- « Épuisement des droits, épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », in *Les nouvelles frontières du droit d'auteur*, *Légicom* n° 25, 2001/2, p. 115
- « La directive "société de l'information" et l'acquis communautaire : une anamorphose ? », *PI*, Janvier 2002, p. 58.
- « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, Avril 2002, n° 192, p. 3.
- « La transposition des directives en droit interne : l'exemple du droit d'auteur », *Légicom* n° 30, 2004/1, p. 23.
- « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI*, Janvier 2005, p. 53.
- « Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques...A propos de l'arrêt Mulholland Drive », 30 mai 2005, disponible sur le site : www.juriscom.net.
- « La coexistence entre DRM et l'exception de copie privée. L'expérience française à l'appui de la Belgique ? » in *La nouvelle loi sur le droit d'auteur, Auteurs et Média*, Juin 2005, p. 556.
- « Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée », *Legipresse* 2006, III, p. 71.
- « Patatras ! A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006, *PI*, Juillet 2006, p. 240.
- « De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques », in *Droit d'auteur et numérique - Quelles réponses de la DADVSI ?*, colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris le 9 mars 2007, *PI*, Octobre 2007, p. 423.
- « Lettre de France », *RIDA*, Janvier 2008, n° 215, p. 155.

BENSAMOUN A.

- « La copie privée : victoire ou défaite du droit d'auteur ? » *RLDI*, Mai 2009, supplément au n° 49, p. 21.
- « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, Avril 2010, n° 224, p. 3.

BERGE J.-S.

- « Nature du droit d'auteur – Objet Matériel », *J.-Cl. PLA*, mis à jour au 20 février 2001, Fasc. 1130.
- « Entre autres droits, la propriété intellectuelle », *PI*, Juillet 2002, p. 9.

BERNAULT C.

- « La loi du 1^{er} août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI*, Septembre 2006, p. 61.
- « La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur », *RLDI*, avril 2006, p. 56.

BERNAULT C. et *alii*.

- « DADVSI 2, HADOPI, "Création et Internet"...De bonnes questions ? De mauvaises réponses », *D.* 2008, p. 2290.

BINCTIN N.

- « Pour une application stricte de la rémunération pour copie privée », *CCE*, Novembre 2008, étude 21, p. 7.
- « La rigueur risquée (commentaire CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-467/08) », *CCE*, Janvier 2011, étude 1, p. 7

BITAN H.

- « Mesures techniques, consommateur et Haute Autorité », *RLDI*, Octobre 2007, p. 77.

BOIRON P.

- « Le consumérisme à l'assaut du droit d'auteur », *CCE*, Juillet-Août 2005, Etudes 25, p. 11.

BONET G.

- « L'épuisement des droits de propriété intellectuelle », in *L'avenir de la propriété intellectuelle*, Librairies techniques, Publications de l'IRPI, 1993, p. 89.
- « Propriété industrielle et libre circulation des produits dans la Communauté économique européenne : la règle de l'épuisement des droits de propriété industrielle », *Gaz. Pal.* 1994, 1, doct. p. 345.
- « Le point sur l'épuisement du droit de marque selon la jurisprudence communautaire », *D.* 2000, chron. p. 337.

BOUTET M.

- « Considérations générales », *RIDA*, Avril 1958, n° 19, p. 13.

BOYTHA G.

- « La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique », *RIDA*, Janvier 1992, n° 151, p. 52.

BRUGUIÈRE J.-M.

- « Le droit à l'interopérabilité », *CCE*, Février 2007, étude 3, p. 8.

BUYDENS M.

- « La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : le régime des exceptions », *Auteurs et Média* 2002, p. 432.

BUYDENS M. et DUSOLLIER S.

- « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, Septembre 2001, chron. 22, p. 10.

CAPRIOLI E.

- « Mesures techniques de protection et d'information des droits d'auteur », *CCE*, Novembre 2006, étude 30, p. 25.

CARBONNIER J.

- « La protection des droits de l'homme de lettres et de l'artiste devant la Cour de cassation », *RIDA*, Octobre 1991, n° 150, p. 94.

CARON C.

- « La Convention européenne des droits de l'Homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ? », *CCE*, Octobre 1999, chron. 1, p. 9.
- « La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », *CCE*, Mai 2001, chron. 13, p. 20.
- « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », *CCE*, Juin 2001, comm. 55, p. 25.
- « Les exceptions – L'impact sur le droit français », *PI*, Janvier 2002, p. 25.
- « Brèves observations sur la protection des mesures techniques par le droit civil » in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du Congrès de l'ALAI des 13-17 juin 2001, ALAI-USA, Inc., New-York, 2002, p. 192.
- « Le consommateur en droit d'auteur », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy - Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 245.
- « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 162.
- « Casse-tête ou comment concilier l'inconciliable ? », *CCE*, Juillet-Août 2005, Repère 7, p. 3.

CARRE S.

- « Le vertige de l'irrecevabilité (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2008) », *RIDA*, Juillet 2009, n° 221, p. 64.

CARREAU C.

- « Droit d'auteur et esprit de l'œuvre », *RIDA*, Juillet 2004, n° 201, p. 3.
- CARRIÉ S.**
- « Les bibliothèques à l'heure du numérique », *CCE*, Juin 2006, Etudes 15, p. 13.
- CATALA P.**
- « La "propriété" de l'information », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97.
 - « L'évolution contemporaine du droit des biens - Exposé de synthèse », in *L'évolution contemporaine du droit des biens, Troisièmes journées René Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990)*, Publication de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 19, PUF, 1991, p. 181.
- CHANTEPIE P.**
- « Les tâches aveugles de la directive n° 2001/29 : copie privée numérique à la demande et compensation équitable », *RLDI*, Février 2005, p. 55.
 - « Le dilemme numérique sous l'éclairage de l'analyse économique », *PI*, Avril 2006, p. 136.
- CLARK C.**
- « The answer to the machine is in the machine », in *The future of copyright in a digital environment*, P. B. Hugenholtz (dir.), Kluwer Law International, The Hague, 1996, p. 139.
- CLEMENT-FONTAINE M.**
- « Exceptions : l'émergence du "triple test" », in *Les grands arrêts de la jurisprudence de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.), Dalloz, 2004, p. 169.
- COHEN D.**
- « Art, public et marché », in *Droit et esthétique, Archives de philosophie du droit*, t. 40, Sirey, 1996, p. 220.
- COHEN-JONATHAN G.**
- « Commentaire de l'article 10 », in *La convention européenne des droits de l'Homme*, sous la direction de L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 365.
- COLIN C.**
- « La contractualisation des exceptions en droit d'auteur : oxymore ou pléonasme ? », *CCE*, février 2010, étude 3, p. 6.
- COLLOVA T.**
- « Les interruptions publicitaires lors de la diffusion de films à la télévision », *RIDA*, Octobre 1990, n° 146, p. 124.
- CORNU M.**
- « L'accès aux archives et le droit d'auteur », *RIDA*, Janvier 2003, n° 195, p. 3.
- COSTES L.**
- « La mise en œuvre de la loi "DADVSI" par les médias », in Forum *Legipresse* tenu le 5 octobre 2006, *RLDI*, Octobre 2006, 89.
- DE WERRA J.**
- « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les Traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie) », *RIDA*, Juillet 2001, n° 189, p. 67.
- DÉRIEUX E.**
- « Sciences et techniques et droits de l'homme », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 639.
- DESBOIS H.**
- « La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », *D.* 1957, chron. p. 165.
 - « La conception française du droit moral de l'auteur », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 2, Bruylant-Sirey, 1963, p. 519.
- DESURMONT T.**

- « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels l'œuvre se trouve reproduite », *RIDA*, Octobre 1987, n° 134, p. 3.
- « Qualification juridique de la transmission numérique », *RIDA*, Octobre 1996, n° 170, p. 85.

DEVEZE J.

- « Chronique – Droit pénal des affaires », *JCP E* 1988, II, 15122.

DIETZ A.

- « Mutation du droit d'auteur, changement de paradigme en matière de droit d'auteur », *RIDA*, Octobre 1988, n° 138, p. 23.

DOCK M.-C.

- « Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire », *RIDA*, Janvier 1974, n° 79, p. 127.
- « Les conventions internationales sur le droit d'auteur et la Déclaration des droits de l'homme », in *Droit d'auteur et droits de l'homme*, INPI, 1990, p. 90.

DREIER T. et NEOLT G.

- « La transposition de la directive 2001/29/CE en droit d'auteur allemand : la loi sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft », *PI*, Janvier 2004, p. 576.

DREYER E.

- « La liberté d'expression comme « droit » concurrent, *RLDI*, Mai 2009, supplément au n° 49, p. 29.

DURRANDE S.

- « La parodie, le pastiche, et la caricature », in *Propriétés intellectuelles - Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 133.

DUSOLLIER S.

- « Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès en droit européen », in *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, Cahiers du CRID, n° 18, Bruylant, 2000, p. 25.
- « Les protections techniques vues dans un contexte juridique plus large », in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, New-York, ALAI-USA, p. 155.
- « L'utilisation légitime de l'œuvre : un sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ? », *CCE*, Novembre 2005, étude 38, p. 17.
- « Le droit de destination : une espèce franco-belge vouée à la disparition », *PI*, Juillet 2006, p. 281.
- « L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection », *CCE*, Novembre 2006, étude 29, p. 21.
- « La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge », *PI*, octobre 2007, p. 443.

DUSOLLIER S. et STROWEL A.

- « La protection légale des systèmes techniques - Analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparative », *PI*, Octobre 2001, p. 10.

EDELMAN B.

- « Du mauvais usage des droits de l'Homme (à propos du jugement du TGI de Paris du 23 février 1999) », *D.* 2000, chron. p. 455.

FRANCON A.

- « L'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise-t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait ? », *GRUR Int.*, Juin-Juillet 1973, p. 264.

- « Questions de droit d'auteur relatives aux parodies et productions similaires », *Dr. auteur* 1988, p. 302.
- « Le droit d'auteur au-delà des frontières : une comparaison des conceptions civiliste et de common law », *RIDA*, Juillet 1991, n° 149, p. 3.
- « Chronique de législation et de jurisprudence française - Propriété littéraire et artistique », *RTD com.* 2001, p. 701.

GALLOUX J.-C.

- « Exceptions et limitations au droit d'auteur : exception française ou paradoxe français », *in Rencontres franco-allemandes - Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007, p. 329.

GAUBIAC Y.

- « France », rapport national *in Les frontières du Droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 septembre 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 226.
- « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir ? », *CCE*, Juin 2001, p. 12.
- « Les exceptions – La méthode suivie et les résultats obtenus », *PI*, Janvier 2002, p. 17.
- « Logiciels de distribution de musique peer-to-peer. Affaire *RLAA c/ Verizon* », *CCE*, Mars 2004, chron. 7, p. 11.
- « Droit d'auteur et intérêt général », *PI*, Juillet 2010, p. 814.

GAUDRAT P.

- « A la poursuite de l'œuvre multimédia », *in Les créations multimédias, Droit des technologies avancées*, vol. 8, n°2/2001, sous la direction de F. Sardain, Hermès, 2001, p. 19.
- « Droit des auteurs - Droits moraux - Théorie générale du droit moral (CPI, art. L. 121-1 à L. 121-9) », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1210, 2001.
- « Droits des auteurs - Règles générales - Droit de représentation », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1242, 2003.
- « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la société de l'information », *RTD com.* 2003, p. 87.
- « Sombre actualité...Projet de loi sur le droit d'auteur, les droits voisins et la société de l'information et la copie privée empêchée (Cour de cassation, 1^{re} civ., 26 février 2006) », *RTD com.* 2006, p. 386.
- « Du logiciel – Support à l'illicéité de la copie privée numérique », *RTD com.* 2002, p. 55.
- « Le droit d'auteur au lendemain de la transposition : Titre 1^{er} de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 », *RTD com.* 2007, p. 107.
- « Propriété littéraire et artistique (2^o droits des exploitants) », *Rép. Civ. Dalloz*, 2007.
- « Propriété littéraire et artistique (1^o Propriété des créateurs) », *Rép. Civ. Dalloz*, 2007.

GAUDRAT P. et SARDAIN F.

- « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *CCE*, Novembre 2005, étude 37, p. 6.

GAUTIER P.-Y.

- « De la transposition des exceptions : à propos de la directive "droit d'auteur dans la société de l'information" », *CCE*, Novembre 2001, chron. 25, p. 10.
- « L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le "test des trois étapes" », *CCE*, Novembre 2006, Etudes 26, p. 9.
- « La copie privée et le droit d'auteur en général depuis la loi du 1^{er} août 2006 », entretien *in Le nouveau droit d'auteur au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006*, *D.* 2006, p. 2155.

GEIGER C.

- « Les exceptions au droit d'auteur à des fins d'enseignement et de recherche en droit allemand », *PI*, Octobre 2002, p. 29.
- « De la nature juridique des limites au droit d'auteur », *PI*, Octobre 2004, p. 882.

- « L'avenir des exceptions au droit d'auteur – Observations en vue d'une nécessaire adaptation et harmonisation du système », *JCP G* 2005, I, 186.
- « The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2006, p. 683.
- « Les exceptions au droit d'auteur en France – Critiques et perspectives », in *Rencontres Franco-Allemandes - Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007, p. 349.
- « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010, p. 510.

GEIGER C. et alii

- C. Geiger et alii, « Déclaration en vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur », *PI*, octobre 2008, p. 399.

GINSBURG J.

- « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA*, Janvier 1991, n° 147, p. 3.
- « Internet : le point de vue d'un juriste du "copyright" américain », in *Internet saisi par le droit*, Editions des Parques, 1997, p. 41.
- « Vers un droit supranational ? La décision du groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur », *RIDA*, Janvier 2001, n° 187, p. 3.
- « Propriété littéraire et propriété tout court : une relation ambiguë », in *Conférence organisée par l'IEJUC à l'Université Toulouse I le 6 décembre 2007, Droit et ville*, n° 65, 2008, p. 7.

GOLDSMITH F.

- « Ombres et lumières de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 avril 2005 », *CCE*, Juillet-Août 2005, étude 26, p. 16.

GOTZEN F.

- « Le droit de destination et son fondement juridique », in *L'importance économique du droit d'auteur*, Journées d'étude de l'ALAI des 6-7 octobre 1988 à Munich, ALAI, Paris, 1989, p. 61.
- « Le droit de destination en Europe », *Dr. auteur* 1989, p. 230.

GOUTAL J.-L.

- « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », *RIDA*, Janvier 2001, n° 187, p. 67.
- « L'environnement de la directive "droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information" en droit international et comparé », *CCE*, Février 2002, chron. 4, p. 9.

GRANCHET A.

- « Non à "l'exception à finalité pédagogique" ! », *CCE*, Octobre 2005, Focus 255, p. 4.
- « Enseignement et droit d'auteur », *CCE*, Décembre 2005, étude 42, p. 21

HERMITTE M.-A.

- « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation - L'exemple des droits intellectuels », in *La Jurisprudence, Archives de philosophie du droit*, t. 30, Sirey, 1985, p. 331.

HUET J.

- « L'Europe des logiciels : le principe de la protection par le droit d'auteur » (directive communautaire du 14 mai 1991), *D.* 1992, chron. p. 221.
- « L'Europe des logiciels : les droits des utilisateurs (directive communautaire du 14 mai 1991) », *D.* 1992, chron. p. 315.
- « La loi sur le droit d'auteur ne répond pas à la question du caractère illicite du téléchargement », entretien publié au *Journal des sociétés*, Octobre 2006, p. 19.
- « Le marché des logiciels d'occasion et la libre circulation des produits culturels », *D.* 2012, p. 2101.

HUGENHOLTZ B.

- « Adapting Copyright to the Information Superhighway », in *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer Law International, 1996, p. 81.
- « Fierce creatures – Copyright exemptions : Toward extinction », in *Right, limitations and exceptions : Striking a proper balance*, Conférence IFLA/ IMPRIMATUR, Amsterdam, 30-31 oct. 1997, disponible à l'adresse internet : <http://www.ivir.nl/staff/hugenholtz.html>

HUMBLOT B.

- « L'emprise de la propriété intellectuelle sur les meubles corporels : l'exemple du droit d'auteur », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol, A. Robin, PUAM, 2007, p. 123.

HUMPHREY J.

- « L'élaboration de l'article 27 », in *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, Actes du colloque des 16 et 17 juin 1989, Paris, INPI, 1990, p. 34.

IONASCO A.

- « Le droit de repentir de l'auteur », *RIDA*, Janvier 1975, n° 83, p. 21.

LATREILLE A.

- « La copie privée démythifiée », *RTD com.* 2004, p. 403.
- « La protection des dispositifs techniques (I) – Entre suspicion et sacralisation », in *La Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information – Bilan et perspectives*, colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à la Chambre du commerce et de l'industrie de Paris le 25 octobre 2001, *PI*, Janvier 2002, p. 35.
- « L'étendue de l'interdiction de contournement des dispositifs techniques de protection des droits - Exceptions », intervention aux Journées d'études de l'ALAI, New-York, 2001, disponible à l'adresse internet : http://www.alai-usa.org/2001_conference/

LAURENS M.

- « De la notion de "destination " dans l'exploitation des œuvres de l'esprit », *RIDA*, Avril 1954, n° 3, p. 37.

LEBOIS A.

- « Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée », *D.* 2002, p. 2322.
- « Les exceptions à des fins de recherche et d'enseignement, la consécration ? », *RLDI*, Mars 2007, supplément au n° 25, p. 18.

LEFRANC D.

- « L'auteur et la personne, (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité) », *D.* 2002, p. 1926.

LINANT de BELLEFONDS X.

- « Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine pour les cloneurs ? », *JCP G* 1998, I, 118.
- « Triple blindage », *CCE*, Juillet-Août 2004, Repère 7, p. 3.

LORRAIN A.-C.

- « La vidéo "quasi à la demande" : plutôt "pas à la demande" qu'"à la demande" », 11 janvier 2006, disponible sur le site www.juriscom.net.

LUCAS A.

- « Le droit d'auteur et protections techniques », in *Le droit d'auteur en cyberspace, Congrès de l'ALAI, Amsterdam, 1996*, Otto CRAWINCKEL, 1997, p. 348.
- « Le droit de distribution et son épuisement », *CCE*, Novembre 2006, étude 25, p. 6.
- « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Colloque des 21 et 22 avril 2006, Université libre de Bruxelles - Université d'Europe, Bruylant, 2008, p. 79.
- « Droits des auteurs - Droits patrimoniaux - Exceptions au droit exclusif », *J.-CL. PLA*, Fasc. 1248, mis à jour au 14 avril 2010.

LUCAS A. et SIRINELLI P.

- « La loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : premières vues sur le texte promulgué à l'issue de la censure du Conseil constitutionnel », *PI*, Juillet 2006, p. 297.

MAILLARD T.

- « Mesures techniques de protection, logiciels et acquis communautaire : interfaces et interférences des directives n° 91/250/CEE et 2001/29/CEE », *RLDI*, Mai 2005, p. 66.
- « La réception des mesures techniques de protection des œuvres en droit français : commentaire du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *Legipresse* 2004, II, p. 8.
- « La "réponse pénale graduée" en matière d'atteintes aux mesures techniques de protection et d'information », *RLDI*, Janvier 2007, p. 11.

MALLET-POUJOL N.

- « De la liberté de la caricature », *Legipresse* 2006, I, p. 37.

MARAIS M.-F.

- « L'application du test des trois étapes par le juge : interprétations et conséquences », intervention *in Rencontres Lamy du droit de l'immatériel - Loi « DADVSI » du 1^{er} août 2006*, *RLDI*, Octobre 2006, supplément au n°20, p. 33.

MARTIAL-BRAZ N.

- « Cliché d'une harmonisation du droit d'auteur par la CJUE : du grand art ! », *D.* 2012, p. 471.

MARTIN-HOCQUENGHEM E. et ZYLBERSTEIN J.-C.

- « Propos critiques sur l'exception de rencontre fortuite », *CCE*, avril 2006, p. 7.

MARTIN-PRATT M.

- « The Relationship between Protection and Exceptions in the EU "information Society Directive" », *in Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, New-York, ALAI-USA, 2002, p. 466.

MENDOZA-CAMINADE A.

- « Vers une libéralisation du commerce du logiciel en Europe ? », *D.* 2012, p. 2142.

MOLLER M.

- « A propos du Livre vert », *RIDA*, Juillet 1989, n° 141, p. 23.

MONTELS B.

- « La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles », *CCE*, Juin 2001, p. 19.

NEUEN J.

- « La transposition en droit luxembourgeois de la directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », *RIDA*, Octobre 2004, n° 202, p. 139.

PAPIN E.

- « Le droit d'auteur face au peer-to-peer », *Legipresse* 2003, II, p. 26.

PASSA J.

- « La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *JCP G* 2001, I, 331.
- « Droit d'auteur et Internet », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1970, 2001.
- « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.* 2000, chron. p. 297.
- « La propriété de l'information, un malentendu ? », *Dr. et patrimoine*, Mars 2001, p. 64.

- « Droit de destination et droit de distribution », in *Actes de colloque - 1957-2007 : 50 ans de droit d'auteur (perspectives et prospectives)*, Caen, le 23 mars 2007, *LPA*, 6 décembre 2007, p. 32.

PAULIAT H.

- « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *D.* 1995, chron. p. 283.

PFISTER L.

- « Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Eclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », *Bulletin des bibliothèques de France* 2006, t. 51, n° 5, p. 5.

POLLAUD-DULIAN F.

- « L'authenticité de la qualité d'auteur et de l'œuvre », in *Le droit d'auteur en cyberspace*, Actes du congrès de l'ALAI des 4-8 juin 1996, Amsterdam, 1996, Otto Cramwinckel, 1997, p. 201.
- « Droit moral et droits de la personnalité », *JCP G* 1994, I, 3780.
- « Les rapports entre l'exception de copie privée et les mesures techniques de protection », *RTD com.* 2004, p. 486.

POULLET C. et REYNAUD P.

- « Service de la société de l'information et service de radiodiffusion télévisuelle : une frontière virtuelle au regard de la convergence des médias ? », *RLDI*, Septembre 2005, p. 58.

POULLET Y.

- « Intérêt général, droits de propriété intellectuelle et société de l'information », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Colloque des 21 et 22 avril 2006, Université libre de Bruxelles – Université d'Europe, Bruylant, 2008, p. 53.

RAPP L.

- « Nature et pouvoirs de l'Autorité de régulation des mesures techniques de protection », *RLDI*, Janvier 2007, p. 64.

RAYNARD J.

- « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 527.

RIEDINGER L.

- « De la licéité des revues de presse d'entreprise », *Gaz. Pal.* 1990, 2, p. 454.

ROJINSKY C.

- « La copie privée, point d'équilibre du droit d'auteur », *Expertises*, Juillet 2005, p. 255.
- « Quelle finalité pour l'interopérabilité ? », *RLDI*, Octobre 2006, supplément au n° 20, p. 11.

SAITO H.

- « Rapport national : Japon », in *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 septembre 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 297.

SARDAIN F.

- « Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres », *CCE*, Mai 2004, étude 12, p. 15.

SAVATIER R.

- « Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », *JCP* 1957, I, 1398.

SCHOETTL J.-E.

- « La propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ? (1^{re} partie) », *LPA*, 14 août 2006, p. 4.

- « La propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ? (suite et fin) », *LPA*, 15-16 août 2006, p. 3.

SCHONNING P.

- « Transposition de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information : Danemark », *RIDA*, Octobre 2004, n° 202, p. 81.

SENFLEBEN M.

- « L'application du triple test : vers un système de *fair use* européen ? », *PI*, Octobre 2007, p. 453.

SILZ E.

- « La notion juridique de droit moral de l'auteur – son fondement – ses limites », *RTD civ.* 1933, p. 331.

SINGH A. et CALMES D.

- « Commentaire de la décision du Tribunal de grande instance de Paris du 25 novembre 2008, *Wizzgo c/ Métropole Télévision et autres* », *RLDI*, Janvier 2009, p. 6.

SINGH A. et CHAREY B.

- « L'arrêt *Wizzgo* : un regard en droit comparé », *RLDI*, Mars 2012, p. 6.

SIIRIAINEN F.

- « L'autorité de régulation des mesures techniques : un objet juridique non identifié ? », *RLDI*, Mars 2007, supplément au n° 25, p. 11.

SIRINELLI P.

- « L'adaptation du droit d'auteur face aux nouvelles technologies », in *L'avenir du droit d'auteur et des droits voisins, colloque de l'OMPI*, Publication de l'OMPI, Paris, Juin 1994, p. 33.
- « Exceptions et limites au droit d'auteur et droits voisins », in *Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions de phonogrammes (WPPT), Genève 6-7 décembre 1999*, disponible à l'adresse internet suivante : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/wct_wppt_imp/
- « L'étendue de l'interdiction de contourner les mesures techniques protégeant l'accès aux œuvres et les droits des auteurs : exceptions et limitations – Rapport général », in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, New York, ALAI-USA, p. 415.
- « Bref aperçu du premier avant-projet de loi de transposition de la directive du 22 mai 2001 », *PI*, Janvier 2003, p. 58.
- « La directive "Société de l'information" : apport réel ou fictif ? », in *Commerce électronique et propriété intellectuelles*, colloque organisé par l'IRPI à Paris le 7 novembre 2000, Litec, 2001, p. 79.
- « L'application du test des trois étapes par le juge : interprétations et conséquences », intervention in *Rencontres Lamy du droit de l'immatériel – Loi « DADVSI » du 1^{er} août 2006*, *RLDI*, supplément au n° 20, Octobre 2006, p. 33.

THOUMYRE L.

- « Les faces cachées de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi "DADVSI" », *RLDI*, Octobre 2006, p. 6.

TORREMANS P.

- « Le droit d'auteur en tant que droit de l'Homme », *PI*, Avril 2007, p. 173.

TOURNIER A.

- « Le bilan de la loi », *RIDA*, Avril 1958, n° 19, p. 73.

TREPOZ E.

- « L'adaptation des exceptions du droit d'auteur au numérique : vers une recherche d'alignement », *CCE*, Juillet-Août 2010, p. 6.

VERCKEN G.

- « France », rapport national *in Le droit d'auteur en cyberspace*, Congrès de l'ALAI, Amsterdam, 1996, Otto CRAWINCKEL, 1997, p. 387.
- « La protection des dispositifs techniques (II) - Recherche clarifiée désespérément : à propos de l'article 6.4 de la directive du 22 mai 2001 », intervention *in La Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information - Bilan et perspectives*, colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à la Chambre du commerce et de l'industrie de Paris le 25 octobre 2001, *PI*, Janvier 2002, p. 52.
- « Quel est le nouveau rôle des mesures techniques ? », intervention *in Rencontres Lamy du droit de l'immatériel – Loi « DADVSI » du 1^{er} août 2006*, *RLDI*, Octobre 2006, supplément au n° 20, p. 15.
- « La consécration des mesures techniques de protection, un combat d'arrière-garde ? », *in Droit d'auteur et numérique - Quelles réponses de la DADVSI ?*, colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris le 9 mars 2007, *PI*, Octobre 2007, p. 413.

VINCENT J.

- « La loi du 30 juin 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : une loi éphémère et virtuelle ? », *RLDI*, Juillet-Août 2006, p. 53.

VIVANT M.

- « Le contenu du droit d'auteur », *in Le droit d'auteur aujourd'hui*, sous la direction de I. de Lamberterie, CNRS éd., 1991, p. 73.
- « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E* 1993, I, 251.
- « Rapport de synthèse », *in La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Bilan et perspectives*, colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris le 25 octobre 2001, *PI*, janvier 2002, p. 71.
- « L'application du test des trois étapes par le juge : interprétations et conséquences », intervention *in Rencontres Lamy du droit de l'immatériel – Loi « DADVSI » du 1^{er} août 2006*, *RLDI*, supplément au n° 20, Octobre 2006, p. 33.
- « Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006 », *D.* 2006, p. 2159.
- « Autre regard... », *PI*, Juillet 2007, p. 364.
- « Conclusion : l'intérêt général servi par une reconnaissance éclairée des droits de propriété intellectuelle », *in L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Colloque des 21 et 22 avril 2006, Université libre de Bruxelles – Université d'Europe, Bruylant, 2008, p. 277.
- « La restriction des exceptions au droit d'auteur par contrats ou mesures techniques – De possibles contrepois ? », *in Droit d'auteur et liberté d'expression*, Actes des journées d'étude de l'ALAI de Barcelone 19-20 juin 2006, Huygens editorial, 2008, p. 518.

VON LEWINSKI S.

- « La transposition en droit allemand de la directive sur la société de l'information », *RIDA*, Octobre 2004, n° 202, p. 11.

WALTER M.

- « La transposition en Autriche de la directive sur la société de l'information », *RIDA*, Octobre 2004, n° 202, p. 43.

ZENATI F.

- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305.
- « L'immatériel et les choses », *in Le droit et l'immatériel*, *Archives de philosophie du droit*, t. 43, Sirey, 1999, p. 79.

VII. NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS

AUBERT J.-L.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 16 janvier 1985, *D.* 1985, jurispr. p. 317.

AUDIT B.

- note sous TGI Paris, 23 novembre 1988, *D.* 1989, jurispr. p. 342.
- note sous CA Paris, 6 juillet 1989, *D.* 1990, jurispr. p. 152.

BARBIERI J.-J.

- note sous CA Toulouse, 19 oct. 1988, *D.* 1989, jurispr. p. 290.

BENABOU V.-L.

- obs. sous CJCE, 17 avril 2008, *PI*, Juillet 2008, p. 339.
- obs. sous District of New York, 4 août 2008, *PI*, Janvier 2009, p. 70.
- obs. sous CJCE, 16 juillet 2009, *PI*, Octobre 2009, p. 378.
- obs. sous CJUE, 16 juin 2011, *PI*, Octobre 2011, p. 405.

BOCHURBERG L.

- obs. sous Cass. 1^{re} civ, 22 janvier 1991 (deux espèces), *JCP G* 1991, II, 21680.

BONET G.

- obs. sous CJCE, 6 octobre 1982, *RTD eur.* 1983, p. 297.

BOUCHE N.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2003, *D.* 2004, jurispr. p. 200.

BOULOC B.

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 21 février 2006, *RTD com.* 2006, p. 906.

BOURSIGOT H.

- obs. sous CA Aix, 21 octobre 1965, *JCP G* 1966, II, 14657.

BRUGUIÈRE J.-M.

- obs. sous CA Paris, 13 octobre 2006, *PI*, Janvier 2007, p. 91.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2006, *PI*, Janvier 2007, p. 91.
- obs. sous TGI Nanterre, 15 décembre 2006, *PI*, Avril 2007, p. 222.
- obs. sous CA Paris, 14 mars 2007, *PI*, Juillet 2007, p. 314.

BRUGUIÈRE J.-M. et VIVANT M.

- obs. sous TGI Nanterre, 2 septembre 2003, *PI*, Octobre 2003, p. 464.

BURST J.-J.

- obs. sous Cass. crim., 27 octobre 1987, *D.* 1988, somm. p. 395.

CABANNES J.

- concl. sous Cass. Ass. Plén., 30 octobre 1987, *RIDA*, Janvier 1988, n° 135, p. 78.

CALAIS-AULOY J.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 16 janvier 1985, *JCP G* 1985, II, 20484.

CARON C.

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1995, *Légicom* 1995, 2^{eme} trimestre, n° 8, p. 159.
- note sous TGI Paris, 14 août 1996, *RIDA*, Janvier 1997, n° 171, p. 361.
- note sous T. com. Créteil, 12 novembre 1996, *Expertises*, Mai 1997, p. 187.
- note sous CA Toulouse, 11 mai 1999, *CCE*, Décembre 1999, comm. 37, p. 17.
- note sous TGI Valence, 2 juillet 1999, *CCE*, Octobre 1999, comm. 5, p. 15.
- note sous TGI Montpellier, 24 Septembre 1999, *CCE*, Février 2000, comm. 19, p. 17.
- note sous TGI Saint-Etienne, 6 décembre 1999, *CCE*, Juillet-Août 2000, comm. 76, p. 26.
- note sous CA Paris, 20 janvier 2000, *CCE*, Septembre 2000, comm. 87, p. 15.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 2000, *CCE*, Octobre 2000, comm. 98, p. 23.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000, *CCE*, Février 2001, comm. 14, p. 26.

- note sous CA Grenoble, 18 janvier 2001, *CCE*, Juin 2001, comm. 59, p. 28.
- note sous Cass. 1^{re} civ, 23 janvier 2001, *CCE*, Avril 2001, comm. 34, p. 13.
- note sous CA Paris, 14 février 2001, *CCE*, Mars 2001, comm. 25, p. 19.
- note sous CA Paris, 15 mai 2001, *CCE*, Novembre 2001, comm. 111, p. 20.
- note sous CA Paris, 30 mai 2001, *D.* 2001, p. 2504.
- note sous CA Paris, 10 septembre 2001, *CCE*, Juillet-Août 2002, comm. 95, p. 17.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, *CCE*, Juillet-Août 2002, comm. 94, p. 15.
- note sous Cass. com., 5 novembre 2002, *CCE*, Janvier 2003, comm. 1, p. 23.
- note sous CE, 25 novembre 2002, comm. 3, p. 26.
- note sous CA Paris, 7 janvier 2003, *CCE*, Octobre 2003, comm. 93, p. 28.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2003, *CCE*, Mars 2003, comm. 21, p. 17.
- note sous CJCE, 6 février 2003, *CCE*, Avril 2003, comm. 37, p. 21.
- note sous CA Paris, 26 février 2003, *CCE*, Avril 2003, comm. 38, p. 23.
- note sous TGI Paris, 21 mars 2003, *CCE*, Mai 2003, comm. 45, p. 23.
- note sous CA Toulouse, 17 avril 2003, *JCP E* 2004, 152.
- obs. sous CA Nancy, 20 mai 2003, *CCE*, Juin 2004, comm. 73, p. 32.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2003, *CCE*, Janvier 2004, comm. 2, p. 25.
- obs. sous CA Aix-en-Provence, 10 mars 2004, *CCE*, Septembre 2004, comm. 103, p. 66.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 27 avril 2004, *CCE*, Juillet-Août 2004, comm. 84, p. 23.
- note sous TGI de Vannes, 29 avril 2004, *CCE*, Juillet-Août 2004, comm. 86, p. 27.
- note sous TGI Paris, 30 avril 2004, *CCE*, Juillet-Août 2004, comm. 85, p. 24.
- obs. sous CA Paris, 26 mai 2004, *CCE*, Janvier 2005, comm. 6, p. 34.
- note sous Cons. const., décision du 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, *CCE*, Octobre 2004, comm. 108, p. 29.
- note sous TGI Rodez, 13 octobre 2004, *CCE*, Décembre 2004, comm. 152, p. 24.
- obs. sous CA Nîmes, 30 novembre 2004, *CCE*, Décembre 2005, comm. 187, p. 32.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2005, *CCE*, Mai 2005, comm. 80, p. 36.
- note sous CA Montpellier, 10 mars 2005, *CCE*, Mai 2005, comm. 77, p. 33.
- note sous CA Paris, 22 avril 2005, *CCE*, Juin 2005, comm. 98, p. 2.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, *CCE*, Septembre 2005, comm. 132, p. 26.
- note sous CA Paris, 17 juin 2005, *CCE*, Janvier 2006, comm. 3, p. 28.
- obs. sous CA Paris, 11 juillet 2005, *CCE*, Juin 2006, comm. 93, p. 29.
- note sous T. com. Bobigny, 15 septembre 2005, *CCE*, Novembre 2005, comm. 168, p. 21.
- obs. sous CA Paris, 20 septembre 2005, *CCE*, Février 2006, comm. 23, p. 32.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 2005, *CCE*, Février 2006, comm. 19, p. 28.
- note sous TGI Paris, 10 janvier 2006, *CCE*, Mars 2006, comm. 41, p. 29.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *CCE*, Avril 2006, comm. 56, p. 24.
- note sous Cass. Crim., 30 mai 2006, *JCP G* 2006, II, 10124.
- note sous Cass. Crim., 30 mai 2006, *CCE*, Septembre 2006, comm. 118, p. 27.
- note sous CEDH, 11 janvier 2007, *CCE*, Mai 2007, comm. 67, p. 31.
- note sous CA Versailles, 16 mars 2007, *CCE*, Juillet 2007, comm. 91, p. 30.
- note sous CA Paris, 4 avril 2007, *CCE*, Mai 2007, comm. 68, p. 34.
- note sous Cass. crim., 4 avril 2007 et CE, 23 mai 2007, *CCE*, Juillet-Août 2007, comm. 90, p. 28.
- obs. sous CA Paris, 20 juin 2007, *CCE*, Octobre 2007, comm.120, p. 43.
- note sous CA Aix-en-Provence, 5 septembre 2007, *CCE*, Novembre 2007, comm. 130, p. 31.
- note sous CJCE, 17 avril 2008, *CCE*, Juillet-Août 2008, comm. 87, p. 25.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, *CCE*, Septembre 2008, comm. 102, p. 38.
- note sous CE, 11 juillet 2008, *CCE*, Octobre 2008, comm. 112, p. 24.

- note sous CJCE, 16 juillet 2009, *CCE*, Novembre 2009, comm. 97, p. 26.
 - note sous CJUE, 21 octobre 2010, *CCE*, Janvier 2011, comm. 2, p. 25.
 - note sous CJUE, 4 octobre 2011, *CCE*, Décembre 2011, comm. 110, p. 21.
 - note sous CJUE, 3 juillet 2012, *CCE*, Octobre 2012, comm. 106, p. 21.
- CARON C. et DECOCQ G.**
- obs. sous CA Paris, 14 mai 2003, *JCP E* 2003, 1627.
- CARREAU C.**
- note sous Cass. crim., 27 janvier 1987, *D.* 1988, jurispr. p. 156.
- CATALA P.**
- obs. sous CA Versailles, 15 avril 2005, *JCP G* 2005, IV, 2522.
- CASTETS-RENARD C.**
- note sous CA Paris, 22 avril 2005, *D.* 2005, jurispr. p. 1573.
- CHABERT C.**
- note sous CA Versailles, 15 avril 2005, *CCE*, Novembre 2005, comm. 173, p. 30.
- COLOMBET C.**
- obs. sous TGI Paris, 20 février 1980, *D.* 1982, somm. p. 44.
 - obs. sous CA Paris, 25 mars 1982, *D.* 1983, somm. p. 97.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 1983, *D.* 1984, somm. p. 290.
 - obs. sous CA Paris, 24 octobre 1984, *D.* 1985, somm. p. 312.
 - obs. sous TGI Paris, 28 mai 1986, *D.* 1987, somm. p. 151.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 1988, *D.* 1988, somm. p. 207.
 - obs. sous CA Paris, 17 février 1988, *D.* 1989, somm. p. 50.
 - obs. sous CA Paris, 21 juin 1988, *D.* 1990, somm. p. 53.
 - obs. sous CA Paris, 25 octobre 1989, *D.* 1990, somm. p. 54.
 - obs. sous TGI Paris, 14 mars 1990, *D.* 1991, somm. p. 95.
 - obs. sous TGI Paris, 2 mai 1990, *D.* 1992, somm. p. 14.
 - obs. sous CA Paris, 7 juillet 1992, *D.* 1993, somm. p. 91.
- COSTES L.**
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2005, *RLDI*, Avril 2005, p. 16.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, *RLDI*, Juillet 2008, p. 14.
 - obs. sous 14 septembre 2011, *RLDI*, Janvier 2012, p. 18.
 - obs. sous CA Paris, 26 septembre 2011, *RLDI*, Novembre 2011, p. 39.
- DALLANT R.**
- note sous Cass. civ. 13 février 1937, *JCP* 1937, II, p. 466.
- DALEAU J.**
- obs. sous CE, 23 mai 2007, *D.* 2007, p. 1605.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 janvier 2010, *D.* 2010, p. 265.
- DAVERAT X.**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 11 février 1997, *JCP G* 1997, II, 22973.
- DELMOLY J.**
- CJCE, 9 avril 1987, *RIDA*, Juillet 1987, n° 133, p. 168.
- DELPECH X.**
- obs. sous TGI Paris, 25 février 2000, *D. aff.* 2000, p. 219.
- DÉRIEUX E.**
- obs. sous TGI Paris, 14 août 1996, 2 espèces, *Legipresse* 1996, III, n° 122.
- DESBOIS H.**
- obs. sous TGI Seine, 15 février 1952, *RTD com.* 1953, p. 918.
 - obs. sous TI Reims, 26 octobre 1960, *RTD com.* 1961, p. 89.
 - obs. sous TI Marvejols, 13 juillet 1961, *RTD com.* 1961, p. 849.
 - obs. sous CA Amiens, 21 février 1963, *RTD com.* 1964, p. 786.
 - obs. sous TGI Seine, 17 juin 1964, *RTD com.* 1964, p. 782.

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 1966, *RTD com.* 1967, p. 774.
- obs. sous CA Douala, 3 mars 1967, *RTD. com.* 1968, p. 346.
- obs. sous CA Grenoble, 26 février 1968, *RTD com.* 1968, p. 346.
- obs. sous TGI Paris, 25 avril 1968, *RTD com.* 1970, p. 120.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1972, *RTD com.* 1973, p. 262
- note sous TGI Paris, 28 janvier 1974, *D.* 1974, jurispr. p. 337.

DREYER E.

- note sous Cass. Crim., 30 mai 2006, *D.* 2006, jurispr. p. 2676.

DURRANDE S.

- note sous Cass. 1^{er} civ., 28 février 1989, *D.* 1989, jurispr. p. 557.

EDELMAN B.

- note sous CA Versailles, 20 novembre 1991, *D.* 1992, jurispr. p. 402.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1995, *D.* 1996, jurispr. p. 4.
- note sous TGI Paris, 14 août 1996 (deux espèces), *JCP E* 1996, II, 881.
- note sous TGI Paris, 10 juin 1997, *D.* 1998, jurispr. p. 621.
- note sous CJCE, 28 avril 1998, *D.* 1999, jurispr. p. 353.
- note sous CJCE, 22 septembre 1998, *D.* 1999, jurispr. p. 239.

FLOUR J.

- note sous Cass. civ. 22 février 1944, *D.* 1945, jurispr. p. 293.

FOURGOUX J.-C.

- note sous CA Amiens, 7 mai 1974, *D.* 1975, jurispr. p. 263.
- note sous Cass. crim. 12 avril 1976, *D.* 1977, jurispr. p. 239.

FOYARD T.

- note sous Cass. Ass. Plén., 5 novembre 1993, *D.* 1994, jurispr. p. 481.

FRANCON A.

- note sous TGI Paris, 28 janvier 1974, *JCP G* 1975, II, 18163.
- obs. sous Cass. Crim., 30 janvier 1978, *RTD com.* 1979, p. 456.
- obs. sous CA Paris, 6 octobre 1978, *RTD com.* 1980, p. 346.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1979, *RTD com.* 1979, p. 462.
- obs. sous T. com. Paris, 28 janvier 1980, *RTD com.* 1981, p. 85.
- obs. sous CA Paris, 8 octobre 1982, *RTD com.* 1983, p. 434.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 1983, *JCP G* 1984, II, 20189.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1984, *RTD com.* 1984, p. 677.
- note sous TGI Paris 27 novembre 1985, *RIDA*, Juillet 1986, n° 129, p. 166.
- obs. sous CA Paris, 18 décembre 1985, *RTD com.* 1986, p. 247.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 1988, *RTD com.* 1988, p. 227.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 1988, *JCP G* 1988, II, 21120.
- note sous TGI Paris, 25 juin 1988, *RTD com.* 1989, p. 70.
- note sous Cass. 1^{re} civ, 28 mai 1991, *JCP G* 1991, II, 21731.
- obs. sous TGI Paris, 15 octobre 1992, *RTD com.* 1993, p. 98.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, *D.* 1994, jurispr. p. 78.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1993, *RTD com.* 1994, p. 272.
- note sous Cass. Ass. Plén., 5 novembre 1993, *JCP G* 1994, II, 22201.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 6 avril 1994, *RTD com.* 1994, p. 272.
- note sous TGI Paris, 14 août 1996 (2 espèces), *RTD com.* 1997, p. 97.
- obs. sous CJCE, 22 septembre 1998, *RTD com.* 1999, p. 85.
- note sous TGI Paris, 23 février 1999, *RTD com.* 2000, p. 96.

GALLOUX J.-C.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 6 avril 1994, *JCP G* 1994, II, 22273.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1995, *JCP G* 1995, II, 22486.
- GAUTIER P.-Y.**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991, *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 752.
 - note sous Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1993, *D.* 1994, jurispr. p. 166.
 - note sous Cass. 1^{re} civ., 6 avril 1994, *D.* 1994, jurispr. p. 450.
 - note sous TGI Paris, 14 août 1996, *D.* 1996, jurispr. p. 490.
- GEIGER G.**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2003, *JCP G* 2004, II, 10080.
 - note sous TGI Paris, 30 avril 2004, *JCP G* 2004, II, 10135.
 - note sous CA Paris, 22 avril 2005, *JCP G* 2005, II, 10126.
- GREFFE P.**
- note sous CA Aix, 21 octobre 1965, *D.* 1966, jurispr. p. 70.
- GRYNBAUM L.**
- note sous TGI Paris, 13 février 2002, *CCE*, Mai 2002, comm. 72, p. 31.
 - note sous TGI Nanterre, 2 septembre 2003, *CCE*, Novembre 2003, comm. 108, p. 33.
 - note sous TGI Paris, 2 octobre 2003, *CCE*, Décembre 2003, comm. 120, p. 32.
 - note sous CA Versailles, 30 septembre 2004, *CCE*, Décembre 2004, comm. 163, p. 37.
 - note sous Cass. crim., 8 mars 2005, *CCE*, mai 2005, comm. 88.
- HADDADIN S.**
- obs. sous CA Paris, 18 décembre 2002, *JCP E* 2004, 1898.
- HAURIOU M.**
- note sous CE, 11 mai 1928, *S.* 1928, III, p. 97.
- HOLLEAUX G.**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 22 décembre 1959, *D.* 1960, jurispr. p. 93.
- HOVASSE-BANGET S.**
- note sous CA Rennes, 16 novembre 1990, *JCP G* 1991, II, 21775.
- HUET J.**
- note sous CA Paris, 18 décembre 1985, *D.* 1986, jurispr. p. 273.
 - note sous Cass. Ass. Plén., 30 octobre 1987, *JCP G* 1988, II, 20932.
- KAMINA P.**
- note sous TGI Paris, 23 février 1999, *D.* 1999, jurispr. p. 580.
 - note sous Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2003, *Propr. industr.*, Janvier 2004, comm. 8, p. 26.
 - note sous Cass. 1^{re} civ., 27 avril 2004, *Propr. industr.*, Septembre 2004, comm. 74, p. 27.
- KÉRÉVER A.**
- note sous CA Paris, 1^{er} octobre 1990, *RIDA*, Juillet 1991, n° 149, p. 206.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 22 janvier 1991 (deux espèces), *RIDA*, Avril 1991, n° 148, p. 119.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991, *RIDA*, Juillet 1991, n° 149, p. 161.
 - note sous TGI Paris, 20 novembre 1991, *RIDA*, Janvier 1992, n° 151, p. 340.
 - obs. sous Cass. Com., 4 janvier 1994, *RIDA*, Avril 1994, n° 160, p. 220.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 6 avril 1994, *RIDA*, Juillet 1994, n° 161, p. 367.
 - obs. sous CA Orléans, 22 juin 1995, *RIDA*, Janvier 1996, n° 167, p. 201.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1995, *RIDA*, Janvier 1996, n° 167, p. 199.
 - note sous Cass. 1^{re} civ., 24 février 1998, *RIDA*, Juillet 1998, n° 177, p. 213.
 - obs. sous CJCE, 22 septembre 1998, *RIDA*, Janvier 1999, n° 179, p. 349.
 - obs. sous CA Paris, 30 octobre 1998, *RIDA*, Juillet 1999, n° 181, p. 263.
 - note sous TGI Paris, 23 février 1999, *RIDA*, Avril 2000, n° 184, p. 374.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 2001, *RIDA*, Juillet 2001, n° 189, p. 327.
 - obs. sous CE, 6 février 2004, *RIDA*, Juillet 2004, n° 201, p. 243.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2005, *RIDA*, Juillet 2005, n° 205, p. 445.
 - obs. sous CA Paris, 22 avril 2005, *RIDA*, Janvier 2006, n° 207, p. 374.

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 2005, *RIDA*, Avril 2006, n° 208, p. 225.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *RIDA*, Juillet 2006, n° 209, p. 323.
- KESSLER G.**
- note sous CA Montpellier, 10 mars 2005, *D.* 2005, jurispr. p. 1294.
- LAMPE A.-S.**
- obs. sous CA Paris, 26 septembre 2011, *RLDI*, Février 2012, p. 16.
- LAMPE A.-S. et LERICHE S.**
- obs. sous TGI Paris, 3 décembre 2009, *RLDI*, Février 2010, p. 22.
- LAPORTE-LEGAIS M.-E.**
- note sous CA Paris, 12 décembre 2001, *JCP E* 2002, 1806.
- LARRIEU A.**
- note sous TGI Rodez, 13 octobre 2004, *D.* 2004, jurispr. p. 3132.
- LE CALVEZ J.**
- note sous Cass. Crim., 30 janvier 1978, *D.* 1979, jurispr. p. 583.
- LEPAGE A.**
- note sous Cass. Ass. Plén., 12 juillet 2000, *JCP G* 2000, II, 10439.
- LE STANC C.**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2001, *CCE*, Mars 2002, comm. 41, p. 27.
 - obs. sous TGI Nanterre, 24 juin 2003, *D.* 2003, p. 2823.
 - obs. sous TGI Nanterre, 2 septembre 2003, *D.* 2003, p. 2824.
 - obs. sous TGI Paris, 2 juin 2006, *D.* 2007, p. 1998.
- LE STANC C. et VIVANT M.**
- obs. sous CA Paris, 16 février 1994, *JCP E* 1995, I, 461.
 - obs. sous CA Paris, 5 avril 1994, *JCP E* 1995, I, 461.
 - obs. sous T. com. Créteil, 12 novembre 1996, *JCP E* 1998, p. 802.
 - obs. sous TGI Paris, 14 août 1996 (2 espèces), *JCP E* 1997, I, 657.
- LINANT de BELLEFONDS X.**
- note sous CA Paris, 20 octobre 1988, *JCP G* 1989, II, 21188.
 - obs. sous Cass. Com., 22 mai 1991, *Expertises*, Juin-Juillet 1991, p. 233.
- LINDON R.**
- concl. sous Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 1965, *JCP G* 1965, II, 14339.
 - obs. sous CA Paris, 7 juin 1983, *D.* 1985, somm. p. 165.
- LUCAS A.**
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000, *PI*, Octobre 2001, p. 62.
 - obs. sous CA Montpellier, 5 juillet 2000, *PI*, Octobre 2002, p. 51.
 - obs. sous CA Paris, 30 mai 2001, *PI*, Octobre 2001, p. 66.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2001, *PI*, Octobre 2001, p. 62.
 - obs. sous CA Paris, 10 septembre 2001, *PI*, Avril 2002, p. 56.
 - obs. sous TGI Toulouse, 26 septembre 2001, *PI*, Avril 2002, p. 58.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2001, *PI*, Avril 2002, p. 60.
 - obs. sous CA Paris, 12 décembre 2001, *PI*, Octobre 2002, p. 49.
 - obs. sous CA Toulouse, 13 juin 2002, *PI*, Octobre 2003, p. 384.
 - obs. sous CA Paris, 17 janvier 2003, *PI*, Avril 2003, p. 169.
 - obs. sous CJCE, 6 février 2003, *PI*, Avril 2003, p. 175.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2003, *PI*, Janvier 2004, p. 550.
 - obs. sous United States District Court - Northern District of California, 19 février 2004, *PI*, Avril 2004, p. 648.
 - obs. sous CA Paris, 25 février 2004, *PI*, Octobre 2004, p. 917.
 - obs. sous CA Versailles, 30 septembre 2004, *PI*, Janvier 2005, p. 60.
 - obs. sous CA Paris, 20 octobre 2004, *PI*, Janvier 2005, p. 59.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2005, *PI*, Avril 2005, p. 160.

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, *PI*, Octobre 2005, p. 438.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 2005, *PI*, Avril 2006, p. 174.
 - obs. sous TGI Paris, 10 janvier 2006, *PI*, Avril 2006, p. 179
 - note sous Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *JCP G* 2006, II, 10084.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *PI*, Avril 2006, p. 179.
 - obs. sous CJUE, 7 décembre 2006, *PI*, Janvier 2007, p. 87.
 - obs. sous CA Paris, 14 mars 2007, *PI*, Juillet 2007, p. 318.
 - obs. sous note sous CA Paris, 4 avril 2007, *PI*, Juillet 2007, p. 320.
 - obs. sous CA Douai, 26 janvier 2009, *PI*, Juillet 2009, p. 268.
 - obs. sous TGI Paris, 18 décembre 2009, *PI*, Janvier 2010, p. 619.
- LUCAS A. et LUCAS F.-X.**
- note sous Cass. com., 19 novembre 2003, *D.* 2004, jurispr. p. 801.
- LUCAS A. et SIRINELLI P.**
- obs. sous CA Versailles, 15 avril 2005 et CA Paris, 22 avril 2005, *PI*, Juillet 2005, p. 340.
- LUCAS A. et VIVANT M.**
- obs. sous CA Paris 18 décembre 1985, *JCP E* 1986, I, 15791.
 - obs. sous Cass. Ass. Plén., 30 octobre 1987, *JCP E* 1988, II, 15093.
 - obs. sous CA Paris, 20 octobre 1988, *JCP E* 1990, II, 15751.
 - obs. sous Cass. Com., 22 mai 1991, *JCP E* 1992, I, 141.
- LEVEL P.**
- note sous CJCE, 13 novembre 1990, *JCP G* 1991, II, 21658.
- MACREZ F.**
- note sous TGI Pontoise, 2 février 2005, *RLDI*, Mars 2005, p. 14.
- MAILLARD T.**
- note sous TGI Paris 30 avril 2004, *JCP E* 2004, 1101.
- MANARA C.**
- note sous T. com. Bobigny, 15 septembre 2005, *D.* 2005, p. 2674.
- MARCHI J.-P.**
- note sous TGI Paris, 24 janvier 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 1, p. 240.
- MARTY G.**
- note sous Cass. civ., 27 juillet 1937, *S.* 1938, 1, p. 321.
- MELISON D.**
- obs. sous CA Paris, 22 avril 2005, *RLDI*, Mai 2005, p. 14.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ, 28 février 2006, *RLDI*, Avril 2006, p. 17.
- NAST M.**
- note sous Cass. crim., 19 mars 1926, *DP* 1927, 1, p. 25.
- OLIVIER F.**
- note sous TGI Paris, 10 juin 1997, *JCP G* 1997, II, 22974.
- PARLANGÉ P.**
- note sous Cass. Ch. Mixte, 27 février 1970, *JCP G* 1970, II, 16305.
- PETITI L.-E.**
- obs. sous CEDH, 2 août 1984, *Rev. sc. crim.*, 1984, p. 145.
- PERROT R.**
- obs. sous Cass. 3^{eme} civ., 5 février 1997, *Procédures* 1997, comm. 82.
- PIGNATARI O.**
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2008, *RLDI*, Février 2009, p. 10.
 - obs. sous TGI Nanterre, 15 décembre 2006, *RLDI*, Février 2007, p. 30.
 - obs. sous CA Paris, 4 avril 2007, *RLDI*, Mai 2007, p. 18.
- PLAISANT R.**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1984, *JCP G* 1985, II, 20351.
 - note CA Paris, 27 avril 1945, *JCP G* 1946, II, 3074.

- note sous CA Paris, 2 mars 1979, *JCP G* 1980, II, 19351.
- POLLAUD-DULIAN F.**
- obs. sous Cass. 1^{re} civ. 27 avril 2004, *RTD com.* 2004, p. 484.
 - obs. sous TGI Paris, 30 avril 2004, *RTD com.* 2004, p. 486.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2005, *RTD com.* 2005, p. 302.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *RTD com.* 2006, p. 370.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 21 novembre 2006, *RTD com.* 2007, p. 536.
 - obs. sous CJUE, 7 décembre 2006, *RTD com.* 2007, p. 85.
 - obs. sous CA Versailles, 16 mars 2007, *RTD com.* 2007, p. 548.
 - obs. sous CA Paris, 4 avril 2007, *RTD com.* 2007, p. 357.
 - obs. sous CJCE, 17 avril 2008, *RTD com.* 2008, p. 547.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, *RTD com.* 2008, p. 551.
 - obs. sous CE, 16 juillet 2008, *RTD com.* 2008, p. 750.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2008, *RTD com.* 2009, p. 131.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 janvier 2010, *RTD com.* 2010, p. 305.
 - obs. sous CJUE, 4 octobre 2011, *RTD com.* 2012, p. 744.
 - obs. sous CJUE, 24 novembre 2011, *RTD com.* 2012, p. 114.
 - obs. sous CJUE, 1^{er} décembre 2011, *RTD com.* 2012, p. 118.
 - obs. sous CJUE, 15 mars 2012, aff. n° C-162/10, *RTD com.* 2012, p. 322.
 - obs. sous CJUE, 15 mars 2012, aff. n° C-135/10, *RTD com.* 2012, p. 325.
- RAVANAS J.**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, *JCP G* 1997, II, 22873.
- RAYMOND G.**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2008, *CCC*, Mars 2009, comm. 84.
 - note sous CA Versailles, 15 avril 2005, *CCC*, Mai 2005, comm. 101.
- RAYNARD J.**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, *JCP G* 1993, II, 22161.
- RODIÈRE R.**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 21 octobre 1952, *JCP G* 1953, II, 7592.
- RONDEY C.**
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 21 février 2006, *D.* 2006, p. 781.
- ROUJOU de BOUBÉE G.**
- note sous Cass. crim., 20 décembre 1988, *D.* 1990, somm. p. 361.
- SARDAIN F.**
- obs. sous CE, 16 juillet 2008, *JCP E* 2009, 1918.
- SAVATIER R.**
- note sous Cass. civ. 13 février 1937, *DP* 1938, 1, p. 5.
- SCHMIDT-SZALEWSKI J.**
- note sous Cass. com., 1^{er} juillet 2008, *Propr. industr.*, Novembre 2008, comm. 91, p. 43.
- SERRA Y.**
- note sous Cass. com., 26 janvier 1999, *D.* 2000, jurispr. p. 87.
- SIRINELLI P.**
- note sous CA Paris, 1^{er} février 1989, *RIDA*, Octobre 1989, n° 142, p. 301.
 - obs. sous CA Paris, 23 juin 2000, *PI*, Octobre 2001, p. 60.
 - obs. sous TGI Paris, 13 février 2001, *PI*, Octobre 2001, p. 66.
 - obs. sous CA Paris, 14 février 2001, *D.* 2001, somm. p. 2637.
 - obs. sous CA Paris, 6 mars 2002, *PI*, Juillet 2002, p. 58.
 - obs. sous TGI Nanterre, 2 septembre 2003, *PI*, Octobre 2003, p. 389.
 - obs. sous CA Paris, 10 octobre 2003, *PI*, Janvier 2004, p. 546.
 - obs. sous CA Paris, 28 janvier 2004, *PI*, Avril 2004, p. 643.
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 27 avril 2004, *PI*, Juillet 2004, p. 770.

- obs. sous TGI Vannes, 29 avril 2004, *PI*, Juillet 2004, p. 779.
- obs. sous TGI Rodez, 13 octobre 2004, *PI*, Janvier 2005, p. 56.
- obs. sous CA Montpellier, 10 mars 2005, *PI*, Avril 2005, p. 168.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 2005, *D.* 2006, p. 2996.
- obs. sous Cass. Crim., 30 mai 2006, *RIDA*, Octobre 2006, n° 210, p. 327.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 21 novembre 2006, *RIDA*, Janvier 2007, n° 211, p. 345.
- obs. sous CA Versailles, 16 mars 2007, *RIDA*, Juillet 2007, n° 213, p. 370.
- obs. sous CA Paris, 4 avril 2007, *RIDA*, Juillet 2007, n° 213, p. 379.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, *RIDA*, Juillet 2008, n° 217, p. 215.
- obs. sous CE, 16 juillet 2008, *RIDA*, Octobre 2008, n° 218, p. 451.

SIRINELLI P. et VIVANT M.

- obs. sous CA Montpellier, 10 mars 2005, *RLDI*, Mai 2005, p. 6.

STOFFEL-MUNCK P.

- note sous TGI Nanterre, 24 juin 2003, *CCE*, Septembre 2003, comm. 86, p. 32.

SZYMCZAK D.

- note sous CEDH, 11 octobre 2005, *Rev. Dr. Rural*, Mars 2006, p. 22.

TONNELIER M.-H. et LEMARCHAND S.

- note sous TGI Paris, 14 août 1996 (2 espèces), *Expertises*, Septembre 1996, p. 292.

VARET V.

- note sous CA Paris, 30 mai 2001, *Legipresse* 2001, III, p. 137.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2003, *Legipresse* 2004, III, p. 23.

VILMART C.

- note sous CA Paris, 22 avril 2005, *JCP E* 2005, 1052.

VIVANT M.

- note sous CA Paris, 22 avril 2005, *Legipresse* 2005, III, p. 233.
- obs. sous CA Paris, 4 avril 2007, *PI*, Juillet 2007, p. 369.

ZARKA J.-C.

- note sous CE, 16 juillet 2008, *JCP E* 2008, 2377.

ZOLLINGER A.

- obs. sous CA Paris, 30 mai 2001, *JCP E* 2003, 278.
- obs. sous Cass. 1^{ere} civ., 13 novembre 2003, *JCP E* 2004, 1898.
- note sous CEDH, 11 janvier 2007, *JCP E* 2007, 1409.

VIII. PRINCIPAUX RAPPORTS

- **CHANTEPIE P.**, *Mesures techniques de protection des œuvres et DRMS : un état des lieux*, La Documentation française, 2003.
- **THIOLLIÈRE M.**, *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles du Sénat*, n° 308, Annexe au Procès-verbal de la séance du 12 avril 2006.
- **VANNESTE C.**, *Rapport fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale*, n° 2349, Annexe au Procès-verbal de la séance du 1^{er} juin 2005.

IX. DICTIONNAIRES JURIDIQUES

BOYER L. et ROLAND H.

- *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999.
- CORNU G. (dir.)**
- *Vocabulaire juridique*, PUF-Quadridge, 9^e éd., 2011.
- GUINCHARD S. et DEBARD T.** (sous la direction de)
- *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 20^e éd., 2012.
- LALANDE A.**
- *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^e éd., 2010.

INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

- A -

Abus de droit 374, 375, 562, 563, 686, 691

Accès licite 23, 448 et s., 661 et s.

Actes neutres 97 et s.

Actes incontrôlables 114 et s.

Action en justice 585, 635 et s., 693 et s.

Antinomie 22, 23, 30

Communication au public 16, 384, 388 et s.

Concurrence déloyale 335 et s.

Contractualisation des exceptions 201, 202, 209, 560, 561, 667

Copie privée

- Exception de copie privée : 114 et s.
- Exception d'ordre public : 619
- Justification de l'exception : 115
- Rémunération pour copie privée : 121 et s.

CSA 507 et s.

- B -

Balance des intérêts 21, 152 et s., 467, 689 et s.

- C -

Clauses abusives 562, 563

- D -

Défaut d'information

- Tromperie : 580 et s.
- Caractéristiques essentielles : 591 et s.

Domaine public 158, 163, 243 et s., 265, 341, 379, 607

Droit de clore 362 et s.

Droit de destination 375, 385, 401 et s.

Droit du public à l'information 680 et s.

Droits et libertés fondamentaux : 36 et s., 71, 668 et s.

Droit moral 418 et s.

- Droit de divulgation : 420
- Droit de repentir-retrait : 424
- Droit à la paternité : 426
- Droit au respect de l'œuvre : 428
- Droit de la personnalité : 433

Droits subjectifs 25 et s., 135, 147, 155, 156, 269 et s., 438, 604, 642, 652 et s., 693 et s.

- E -

Effet dérogatoire 140 et s.

Exceptions au droit exclusif

- Analyse du logiciel : 64 et s.
- Analyse traditionnelle : 37 et s.
- Base de données : 109 et s.
- Bibliothèques, musées, archives : 75, 76
- Catégorielles : 72 et s.
- Citation : 41 et s.
- Copie de sauvegarde : 106 et s.
- Copie privée V. ce mot
- Décompilation : 68 et s.
- Définition/Terminologie : 9, 15, 17
- Discours publics : 51, 52
- Enseignement et recherche : 57 et s.
- Information immédiate : 53 et s.
- Organismes de dépôt légal : 77 et s.
- Parodie : 44, 45
- Personnes handicapées : 81 et s.
- Procédure et sécurité publique : 92 et s.
- Reproduction provisoire : 98 et s.
- Revue de presse : 47 et s.
- Systèmes ouvert/fermé : 33 et s.
- Utilisation du logiciel : 103 et s.

- F -

Fonction sociale : 135, 146, 151, 152, 155 et s.

Fraude informatique 344 et s.

- H -

HADOPI 498 et s.

- Astreinte : 525
- Compétence d'attribution : 504, 645
- Conciliation : 517 et s.
- Décision : 521
- Expert : 518
- Missions : 500 et s.
- Indépendance : 505
- Saisine : 515
- Triple test : 527
- Recours : 528

- I -

Indépendance des propriétés 241, 370 et s.

Intérêt juridiquement protégé 638 et s., 693 et s.

Interopérabilité 69, 162, 331, 332, 502, 525, 587 et s.

Interprétation stricte des exceptions 166 et s.

- L -

Limites externes au droit d'auteur

- Droits concurrents : 13
- Limitations : 14
- Exceptions : V. ce mot

Limites internes au droit d'auteur 10, 11

- Représentation gratuite dans le cercle de famille : 129 et s.
- Reproduction/représentation accessoires : 133

Logiciels 20, 101, 246, 412

- M -

Mesures techniques

- Faculté des titulaires de droits : 248 et s.
- Faculté de l'exploitant : 251 et s.
- Formalisme du contrat : 253 et s.
- Logicielles 353
- Invention brevetée 355

Mesures techniques d'information

- Définition : 237
- Droit moral : 245, 427 et s.
-

Mesures techniques de protection

- Définition : 231 et s.
- Efficacité : 236
- Pouvoir d'exclusion : 266 et s.

Mesures volontaires 480 et s.

- Accords : 481 et s.
- Modification des mesures techniques : 484
- Suppression des mesures techniques : 485

- N -

Nature des exceptions 25 et s.

- P -

Protection juridique des mesures :

- Atteintes aux mesures de protection : 288 et s.
- Atteintes aux mesures d'information : 309 et s.
- Droit accessoire : 442
- Droit *sui generis* : 440
- Exonérations de responsabilité : 327 et s.
- Réponse pénale graduée : 320 et s.

- R -

Régime de sauvegarde/préservation des exceptions : 466 et s.

Régulation administrative 496 et s.

Reproduction 16, 384, 397 et s.

Responsabilité contractuelle 340 et s.

- S -

Services à accès conditionnel 347 et s.

Services interactifs à la demande 543 et s.

Situations juridiques objectives 273 et s., 359, 652 et s., 693 et s.

- T -

Tolérance 650

Triple test ou test des trois étapes

- Application judiciaire : 177 et s.
- Genèse : 170
- HADOPI : V. ce mot
- Teneur : 171 et s.
- Titulaires de droits : 186, 494, 603 et s., 644

Trou analogique 493

- V -

Valeur de la règle de droit 136, 137, 138,
Valeur impérative 24, 189, 193 et s., 203 et s.

Valeur supplétive 24, 189, 197, et s.

Vice caché 568 et s.

TABLE DES MATIÈRES

(Les numéros renvoient aux pages)

PREMIERE PARTIE – LE CONFLIT ENTRE LES EXCEPTIONS AU DROIT D’AUTEUR ET LES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION.....	29
TITRE I – L’ÉCONOMIE PAISIBLE DES EXCEPTIONS AU DROIT D’AUTEUR	32
Chapitre I – La teneur des exceptions au droit d’auteur	33
Section I – Les exceptions justifiées par des droits et libertés fondamentaux	35
Paragraphe I - La liberté d’expression.....	36
A. Les analyses et courtes citations.....	36
1. Les analyses.....	37
2. Les courtes citations.....	38
B. Les parodies, pastiches et caricatures.....	40
Paragraphe II - La liberté d’information.....	41
A. Les revues de presse.....	41
B. La diffusion de discours publics	42
C. L’exploitation des œuvres graphiques, plastiques ou architecturales aux fins d’information immédiate du public	43
Paragraphe III - La liberté d’enseignement et la liberté de recherche	45
A. Les illustrations dans le cadre de l’enseignement et de la recherche	45
B. L’analyse du logiciel.....	48
C. La décompilation du logiciel.....	51
1. La notion de décompilation	51
2. Les conditions strictes de la décompilation	52
Section II – Les exceptions suscitées par des besoins sectoriels.....	55
Paragraphe I - Les exceptions suscitées par les besoins du secteur de la culture	55
A. Les reproductions aux fins de conservation et de consultation	55
1. Par les bibliothèques, les musées et services d’archives.....	55
2. Par les organismes de dépôt légal.....	56
B. Les utilisations au bénéfice des personnes handicapées.....	58
Paragraphe II - Les exceptions suscitées par les besoins du secteur de la justice.....	60
A. La vente judiciaire.....	60
B. Les actes nécessaires à une procédure ou entrepris à des fins de sécurité publique.....	62
Section III – Les exceptions justifiées par des considérations pratiques.....	66
Paragraphe I - Les actes neutres.....	66
A. En matière de réseaux.....	66

B.	En matière de logiciels.....	70
1.	Les reproductions ou modifications nécessaires à l'utilisation du logiciel.....	70
2.	La copie de sauvegarde nécessaire à l'utilisation permanente du logiciel.....	71
C.	En matière de base de données.....	72
	Paragraphe II - Les actes incontrôlables.....	74
	Section IV – Les limites internes travesties en exceptions au droit d'auteur.....	86
	Paragraphe I - La représentation privée dans le cercle de famille.....	86
A.	Le cercle de famille.....	86
B.	La gratuité.....	88
	Paragraphe II - La reproduction ou représentation accessoire d'œuvres situées sur la voie publique.....	88
	Chapitre II – La valeur des exceptions au droit d'auteur.....	94
	Section I – La valeur dérogatoire des exceptions au droit d'auteur.....	96
	Paragraphe I – La vocation des exceptions au droit d'auteur.....	96
A.	La fonction légistique des exceptions au droit d'auteur.....	97
1.	Le caractère spécial des exceptions au droit d'auteur.....	97
2.	Les conséquences du caractère spécial des exceptions au droit d'auteur.....	98
B.	La fonction sociale des exceptions au droit d'auteur.....	102
1.	Une fonction sociale fragile aux origines du droit d'auteur.....	103
2.	Une fonction sociale irrésistible de nos jours.....	110
a.	Une fonction sociale innée.....	110
b.	Une fonction sociale insufflée.....	114
	Paragraphe II – Les limites juridiques à la vocation des exceptions au droit d'auteur.....	116
A.	La règle d'interprétation stricte des exceptions au droit d'auteur.....	117
B.	La règle du test des trois étapes.....	118
1.	La teneur du triple test.....	120
2.	L'application judiciaire du triple test.....	126
	Section II – La valeur impérative des exceptions au droit d'auteur ?.....	138
	Paragraphe I - La détermination de la valeur des exceptions par l'exégèse de l'énoncé législatif.....	140
A.	Les énoncés explicites.....	140
1.	Des exceptions expressément impératives.....	141
2.	Une exception expressément supplétive.....	142
B.	Les énoncés équivoques.....	144
1.	Les éléments en faveur de la valeur supplétive des exceptions de l'article L. 122-5 du CPI.....	144
a.	Les éléments de forme.....	144
b.	Les éléments de fond.....	145
2.	Les éléments en faveur de la valeur impérative des exceptions de l'article L. 122-5 du CPI.....	145
a.	L'agencement littéral.....	145
b.	L'agencement matériel.....	148
	Paragraphe II - La détermination de la valeur des exceptions par l'appréciation de leurs fondements.....	149
A.	L'impérativité déduite des fondements des exceptions.....	149
1.	L'impérativité des exceptions justifiées par des droits et libertés fondamentaux.....	150
2.	L'impérativité des exceptions suscitées par des besoins sectoriels.....	151
3.	L'impérativité des exceptions justifiées par des considérations pratiques.....	153
a.	Les actes neutres.....	153
b.	Les actes incontrôlables.....	153
B.	L'ordre public induit de l'impérativité des exceptions.....	154
	TITRE II – L'ÉCONOMIE CONTRARIANTE DES MESURES TECHNIQUES.....	162
	Chapitre I – La protection juridique des mesures techniques.....	163
	Section I – L'étendue de la protection juridique des mesures techniques.....	164
	Paragraphe I – La définition des mesures techniques.....	164
A.	La définition des mesures techniques de protection.....	165
1.	Les critères techniques.....	166
2.	Les critères fonctionnels.....	166
a.	La fonction des mesures techniques de protection.....	166
b.	L'efficacité des mesures techniques de protection.....	168
B.	La définition des mesures techniques d'information.....	170
1.	Les critères techniques.....	171
2.	Les critères fonctionnels.....	171
	Paragraphe II – L'objet des mesures techniques.....	172
A.	L'objet directement protégé par les mesures techniques.....	172
B.	L'objet indirectement protégé par les mesures techniques.....	174
1.	L'exclusion des œuvres tombées dans le domaine public.....	174
a.	Une exclusion logique en matière de mesures techniques de protection.....	174
b.	Une exclusion discutable en matière de mesures techniques d'information.....	175

2.	Le régime spécifique des logiciels	176
Paragraphe III – La volonté des titulaires de droits		181
A.	La faculté de recourir aux mesures techniques	181
1.	La faculté dispersée entre les titulaires de droits	182
2.	La faculté concentrée dans les mains du « producteur »	185
a.	Champ d'application de l'article L. 131-9 du CPI	186
b.	Contenu des mentions obligatoires	187
c.	Conséquences des mentions obligatoires	189
1)	Conséquences sur le plan pratique	189
2)	Conséquences sur le plan philosophique	193
B.	La teneur de la faculté de recourir aux mesures techniques	195
1.	L'émergence d'un nouveau pouvoir d'exclure	195
2.	La nature du nouveau pouvoir d'exclure	198
a.	La distinction entre situations juridiques subjectives et situations juridiques objectives	199
b.	Entre situation juridique objective et droit subjectif	201
Section II – L'interdiction des atteintes aux mesures techniques		206
Paragraphe I – Les atteintes aux mesures techniques		208
A.	Les atteintes aux mesures techniques de protection	209
1.	L'altération de la protection technique	209
a.	L'altération commise de manière indépendante	210
1)	L'élément matériel	210
2)	L'élément intentionnel	211
b.	L'altération commise par des moyens fournis	212
2.	Les activités préalables à l'altération	212
a.	L'élément matériel	214
1)	La nature des moyens interdits	214
2)	La nature des activités préalables interdites	216
b.	L'élément intentionnel	217
B.	Les atteintes aux mesures techniques d'information	218
1.	L'altération des informations	218
a.	L'élément matériel	219
b.	L'élément intentionnel	219
2.	Les activités préalables à l'altération	219
3.	Les actes d'exploitation consécutifs à l'altération	220
a.	L'élément matériel	221
b.	L'élément intentionnel	221
Paragraphe II – La sanction des atteintes aux mesures techniques		221
A.	Le régime de sanctions pénales issu de la loi du 1 ^{er} août 2006	222
1.	Une réponse pénale graduée	222
2.	Des causes d'exonération de responsabilité pénale	225
B.	Les régimes parallèles de sanctions	229
1.	La responsabilité civile	230
a.	La responsabilité délictuelle	230
b.	La responsabilité contractuelle	232
2.	La fraude informatique	234
3.	L'atteinte à une mesure technique dans le cadre d'un service à accès conditionnel	237
4.	La propriété intellectuelle : la contrefaçon de mesures techniques	240
Chapitre II – Les fondements des mesures techniques		245
Section I – Les fondements des mesures techniques à l'aune du droit commun de la propriété		246
Paragraphe I – La tentation de l'analogie entre le recours aux mesures techniques et le droit de clore		246
Paragraphe II – L'exclusion de l'analogie entre le recours aux mesures techniques et le droit de clore		248
Section II – Les fondements des mesures techniques à l'aune du droit d'auteur, droit spécial de propriété		262
Paragraphe I – La faible justification des mesures techniques par le droit d'auteur		262
A.	Les droits patrimoniaux	262
1.	La recherche des fondements au travers de la dimension synthétique des droits patrimoniaux	262
2.	La recherche des fondements au travers de la dimension analytique des droits patrimoniaux	264
a.	Le droit de représentation	264
b.	Le droit de reproduction	269
1)	Le droit de reproduction en tant que tel	269
2)	Le droit de destination	271
B.	Le droit moral	285
1.	L'exclusion du droit moral en raison des caractères spéciaux des attributs moraux	286
a.	Le droit de divulgation	286
b.	Le droit de repentir ou de retrait	290
c.	Le droit à la paternité	292
d.	Le droit au respect de l'œuvre	293
2.	L'exclusion du droit moral en raison de ses caractères généraux	297

Paragraphe II – La large émancipation des mesures techniques par rapport au droit d’auteur.....	299
A. L’émergence d’un « droit » sui generis.....	299
B. L’urgence d’un « droit » accessoire ?	301

DEUXIEME PARTIE – L’ARTICULATION ENTRE LES EXCEPTIONS AU DROIT D’AUTEUR ET LES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION.....313

TITRE I – UNE MISSION DÉVOLUE À L’AUTORITÉ DE RÉGULATION314

Chapitre I – La régulation entre les exceptions au droit d’auteur et les mesures techniques de protection317

Section I – L’objet de la régulation des mesures techniques	320
Paragraphe I – La sauvegarde des exceptions	320
Paragraphe II - Les exceptions privilégiées.....	322
A. Les exceptions privilégiées en droit de l’Union européenne.....	322
B. Les exceptions privilégiées en droit interne.....	326
Section II - Les moyens de la régulation entre les mesures techniques et les exceptions au droit d’auteur.....	330
Paragraphe I – Une négociation privée prioritaire.....	330
A. La teneur des mesures volontaires	330
B. Les conditions des mesures volontaires	333
Paragraphe II – Une régulation administrative subsidiaire	339
A. Le choix d’une autorité administrative indépendante.....	340
1. L’HADOPI : une compétence de principe	340
2. Le CSA : une compétence d’exception	345
B. Les modalités d’intervention de l’HADOPI.....	349

Chapitre II – L’exclusion de la régulation entre les exceptions au droit d’auteur et les mesures techniques de protection.....360

Section I – La notion de service interactif à la demande.....	362
Paragraphe I - Le service à la demande à l’aune du service de la société de l’information.....	362
Paragraphe II - Le service interactif à la demande à l’aune du service quasi à la demande	364
Section II – La convention de service interactif à la demande.....	374
Paragraphe I – L’élaboration du contrat : un contrat d’adhésion	374
Paragraphe II – Les dispositions du contrat : les limitations d’utilisation.....	375

TITRE II – UNE MISSION RÉVOLUE DE L’AUTORITÉ JUDICIAIRE.....380

Chapitre I – L’intervention de l’autorité judiciaire.....381

Section I – L’intervention de l’autorité judiciaire sur le terrain du défaut.....	382
Paragraphe I – Le vice caché.....	382
Paragraphe II – Le défaut d’information.....	386
A. Le défaut d’information constitutif d’une tromperie.....	386
B. Le défaut d’information relatif aux caractéristiques essentielles du bien ou du service.....	392
1. La lisibilité de l’œuvre comme caractéristique essentielle.....	392
2. La reproductibilité de l’œuvre comme caractéristique essentielle ?	393
Section II – L’intervention de l’autorité judiciaire par le jeu du triple test.....	398
Paragraphe I – L’interprétation erratique du triple test par les juges du fond	398
Paragraphe II – L’interprétation didactique du triple test par la Cour de cassation	410

Chapitre II – La démission de l’autorité judiciaire416

Section I - Les circonstances de la démission de l’autorité judiciaire.....	417
Paragraphe I - Une démission amorcée par les juges du fond	417
Paragraphe II - Une démission approuvée par la Cour de cassation.....	420
Section II – Les justifications de la démission de l’autorité judiciaire.....	423
Paragraphe I - Une démission motivée par des considérations pratiques.....	423
Paragraphe II - Une démission injustifiée sur le plan juridique	425
A. La qualification des exceptions au droit d’auteur.....	425
1. L’exclusion de la qualification de tolérance.....	425
2. L’exclusion de la qualification de droit subjectif.....	428
a. L’exclusion de la qualification de droit subjectif légal.....	428
b. L’exclusion de la qualification de droit subjectif contractuel	433
3. L’interposition des droits et libertés fondamentaux.....	437
a. La prise en considération de droits et libertés fondamentaux	437
b. L’invocation des droits et libertés fondamentaux	442

4. Pour la qualification d'intérêt juridiquement protégé.....	452
B. Les conséquences de la qualification des exceptions au droit d'auteur.....	455

CONCLUSION GÉNÉRALE	465
----------------------------------	------------

BIBLIOGRAPHIE	469
---------------------	-----

INDEX.....	499
------------	-----

TABLE DES MATIÈRES.....	502
-------------------------	-----