

Candidature à La Journée de la Jeune Recherche en Propriété Intellectuelle (2017)

L'adaptation des exceptions au droit d'auteur à l'environnement numérique

Selon l'axe des auteurs et des moyens de l'adaptation

“L'exception est de l'art aussi bien que la règle, l'une en défend et l'autre en étend le domaine.” (Joseph Joubert)

« L'adaptation des exceptions au droit d'auteur à l'environnement numérique » est un sujet d'une grande actualité, à la rencontre de nombreux débats qui animent le droit d'auteur. Dans le silence de la loi, la notion d'exception doit être entendue ici comme l'ensemble des usages des œuvres protégées qui échappent au droit exclusif de l'auteur : limites, exceptions et licences légales.

Les évolutions technologiques récentes ont permis l'apparition de nouveaux modes de diffusion des œuvres qui représentent autant d'opportunités de financement de la création à préserver face à des modes d'exploitation analogiques en perte de vitesse. La malléabilité de la définition des prérogatives de l'auteur permet sans trop de difficulté de saisir ces nouvelles pratiques, mais se heurtent dans leur effectivité et acceptabilité sociale au caractère souvent privé et non lucratif des actes réalisés en violation des droits de l'auteur. D'où l'intérêt d'une adaptation adéquate des exceptions au droit d'auteur.

L'adaptation doit quant à elle s'entendre aussi bien comme un processus que comme la « modification qui en résulte »¹. **L'axe retenu est celui des acteurs et des moyens de l'adaptation des exceptions à l'environnement numérique**, c'est-à-dire du processus. Celui-ci est curieusement caractérisé par une place moindre du juge (I) lequel entend néanmoins s'affranchir de cette mise à l'écart et plaide en faveur de meilleures attributions (II).

I) La mise à l'écart du juge dans le processus d'adaptation des exceptions

La logique française du droit d'auteur conduit à écarter le juge de son rôle traditionnel d'adaptation (A). Cela est d'autant plus vrai qu'une autorité de régulation se substitue à l'autorité judiciaire sur des questions essentielles (B).

A) Le verrouillage des exceptions au profit du législateur

Les exceptions sont censées être exhaustivement énumérées par la loi parmi une liste fermée définie au niveau de l'Union européenne, le juge étant dépourvu du pouvoir d'en créer de nouvelles. Lors de la transposition de la directive 2001/29/CE, le législateur a privilégié une extension des droits de l'auteur tout en faisant l'économie d'une réflexion globale sur les équilibres à privilégier en amont, sans donner aux juges les pouvoirs d'établir ceux-ci en aval. La rédaction des exceptions (dont la liste a néanmoins été étendue à l'occasion de lois ponctuelles) est ainsi de plus en plus méticuleuse et celles-ci couvrent des champs d'application trop restrictifs en comparaison d'usages banalisés.

¹ Dictionnaire Le Petit Robert.

Il en est ainsi du droit de reproduction, au sujet duquel une controverse doctrinale oppose une vision modérée, selon laquelle celui-ci ne s'applique « qu'aux fins de communication »², à une vision extensive lui donnant vocation à s'appliquer à toute « fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés » (art. L. 122-3 CPI) indifféremment du but de ladite fixation³. La directive 2001/29/CE semble avoir tranché le débat en consacrant l'extension de la notion de reproduction à toute fixation non visée par une exception⁴. En parallèle, la notion de copie privée a été précisée par la jurisprudence puis le législateur comme ne s'appliquant qu'aux œuvres de source licite, suscitant de nombreuses questions sur la portée réelle de cette exception. Elle est par ailleurs assortie d'une compensation financière.

La définition pointilleuse des exceptions n'est pas un obstacle à toute adaptation. En effet, ces définitions font appel à des « notions à contenu variable »⁵ qui doivent être interprétées par le juge. Toutefois, ces notions doivent être interprétées restrictivement et le raisonnement par analogie est proscrit. Le juge est en revanche tenu au respect du triple test, lequel lui permet de priver les utilisateurs du bénéfice de l'exception lorsque celle-ci causerait un préjudice injustifié aux titulaires ou nuirait aux conditions normales d'exploitation de l'œuvre. L'adaptation jurisprudentielle est donc dirigée vers la limitation des exceptions dans l'environnement numérique plutôt que leur extension.

Afin de préserver les marchés naissants, le législateur français n'a pas recherché une identité entre les usages des œuvres dans le monde analogique et l'environnement numérique. Il s'est au contraire mis en retrait pour laisser les usages déterminer les points d'équilibre.

B) Le recours aux « lois du marché »

Une doctrine majoritaire estime que la directive 2001/29/CE a conféré un caractère facultatif à une majorité d'exception dans l'environnement numérique, soumettant les équilibres aux « lois du marché »⁶. Avec la protection des mesures techniques de protection et la possibilité de contractualiser les exceptions au droit d'auteur, l'effectivité des exceptions dans l'environnement numérique repose largement entre les mains des acteurs économiques.

Le législateur a ainsi fait le choix de se mettre en retrait du processus d'adaptation au profit des titulaires de droit, compensé par un mécanisme de régulation jusque-là inédit en droit d'auteur. C'est une autorité administrative indépendante, l'Autorité de régulation des mesures techniques puis la Hadopi, qui est chargée de veiller à ce que les protections techniques et contractuelles des auteurs ne compromettent de façon abusive l'utilisation des œuvres par les usagers. Ses puissants pouvoirs d'injonction ont toutefois été neutralisés par une procédure trop contraignante pour en permettre la saisine par de simples particuliers⁷. Leurs seuls moyens d'action résident alors dans leurs choix de consommation, ou dans des actes de violation des droits d'auteur parfois revendicatifs.

² M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 3e éd., 2016., n°590 p. 520.

³ F. Pollaud-Dulian, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2014, n°969 p. 716.

⁴ P. Gaudrat et F. Sardain, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur, » CCE 2005, étude 37.

⁵ C. Castet-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2004, n°5 p. 25 : "La notion à contenu variable s'entend comme une notion dont le signifiant, le contenant, reste fixe alors que le signifié, le contenu, évolue dans le temps et dans l'espace".

⁶ C. Alleaume, « La contractualisation des exceptions », *Propriétés intellectuelles*, n° 25, 2007, p. 436. V. contra C. Colin, « La contractualisation des exceptions en droit d'auteur : oxymore ou pléonasm », CCE, fév. 2010 étude n°3.

⁷ D. Piatek, *La crise des exceptions en droit d'auteur : étude paradigmatique*, thèse, Université d'Orléans, 2016, n°281 et s. p. 197 et s.

C'est donc principalement par des avis que la Hadopi s'est prononcée sur les équilibres à maintenir entre mesures de protection et exceptions, plaçant l'adaptation des exceptions au droit d'auteur dans le courant post-moderne du droit souple⁸.

Bien que le droit d'auteur accorde beaucoup d'importance aux usages et dans la période récente à la négociation entre les acteurs, il est particulièrement étonnant de constater que la réponse à une question aussi essentielle que celle de l'équilibre entre les intérêts des auteurs et ceux du public repose entre les mains des premiers. Un rééquilibrage par la loi et la jurisprudence paraît donc légitime.

II) La réaffirmation du rôle de la jurisprudence

La jurisprudence tend à s'émanciper du rôle assigné par la logique « principe-exception » afin de légitimer certains usages des œuvres (A). La méthode ne saurait remplacer l'intervention du législateur, qui ne sera pérenne qu'à la condition qu'il laisse une vraie place à l'adaptation jurisprudentielle (B).

A) La redéfinition jurisprudentielle des contours des droits

La jurisprudence utilise la définition de la notion de communication au public pour reconnaître des limites inhérentes au droit d'auteur. Freinée par l'absence de transposition de l'exception dite de l'arrière-plan ou de l'accessoire, la Cour de cassation a ainsi consacré dans l'arrêt *Être et avoir*⁹ une limite interne liée à l'absence de communication de l'œuvre première.

La Cour de justice de l'Union européenne réalise des constructions plus ambitieuses en restreignant la notion de public et en prenant en compte des conditions liées à l'émetteur de la communication. La notion de « public » tel que défini par la cour (en tant que « nombre indéterminé de destinataires potentiels et [impliquant], par ailleurs, un nombre de personnes assez important »¹⁰) s'opposerait à l'application du droit d'auteur en présence d'un nombre de destinataires trop faible ou dans un cadre privé tel que celui d'un mariage¹¹. La jurisprudence française ne semble toutefois pas suivre cette interprétation qui s'éloigne de la notion de cercle de famille bien plus restrictive.

Enfin, la Cour de justice tend à prendre en compte des critères subjectifs tenant à l'auteur de la communication¹². En l'état de la jurisprudence, le critère du caractère lucratif doit influencer le niveau de la rémunération dû au titre de la communication¹³. De plus, selon une jurisprudence récente, l'auteur de la diffusion d'un lien hypertexte agissant sans but lucratif n'est pas présumé connaître le caractère contrefaisant (le cas échéant) de la communication et échappe, sauf preuve contraire, à la qualité de contrefacteur¹⁴.

⁸ J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, actes du colloque « Droit et Société. Recherches et Travaux », Persée, 1998.

⁹ Cass. Civ 1ère, 12 mai 2011, n°08-20651.

¹⁰ CJUE, 7 décembre 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, points 37 et 38.

¹¹ A. Lucas-Schloetter, in Colloque « La propriété intellectuelle en dehors de ses frontières » organisé par le CUERPI le 2 décembre 2016, à paraître.

¹² V. Varet, « Commentaire sous CJUE 2e Ch, 8 sept. 2016, GS Media BN c/Sanoma Media Netherlands BV e. a. », *Légipresse*, n° 343 (novembre 2016): 604.

¹³ S. Cazet, « Commentaire sous CJUE, gde ch., 31 mai 2016, aff. C-117/15, Reha Training », Europe, n° 7 (juillet 2016): comm. 249.

¹⁴ C. Caron, « Les cinq rencontres entre les liens hypertextes et le droit d'auteur - Commentaire sous CJUE, 2e ch., 8 sept. 2016, aff. C-160/15, GS Media BV c/ Sanoma Media Netherlands BV et al. », *CCE* n° 10, oct. 2016, comm. 78.

Par ailleurs, certaines de ces limites viennent de la conciliation du droit d'auteur avec d'autres droits lorsque le juge met lui-même en balance les intérêts des titulaires et ceux du public selon la méthode du test de proportionnalité. Au-delà des conciliations habituelles avec le droit de la concurrence, le droit d'auteur est en effet soumis à une confrontation d'une ampleur inédite vis-à-vis des libertés fondamentales reconnues par la Convention européenne des Droits de l'Homme. Celle-ci est notamment liée à l'autorité d'arrêts récents de la Cour EDH et du renouvellement des modes de raisonnement judiciaire. Cette mise en balance entre le droit d'auteur et les libertés fondamentales du public par les juridictions est néanmoins avant tout une manifestation de la crise des exceptions au droit d'auteur, lesquelles sont censées consacrer un équilibre légal en amont¹⁵.

La liberté d'expression menace ainsi de devenir une « meta-exception » au droit d'auteur¹⁶ qui en neutralise l'application au profit d'un contrôle de proportionnalité avec certaines libertés fondamentales, dont la liberté de création elle-même¹⁷. Cette mise à l'écart du droit d'auteur, même à l'égard de règles trop rigides, ne saurait pleinement satisfaire en raison des difficultés à prévoir le sens des décisions prises *in concreto* et du caractère moins explicite du raisonnement¹⁸.

Le tâtonnement de la Cour de justice sur les contours des droits confirme l'intérêt d'une intervention mesurée et réfléchie du législateur. La menace de voir des règles déséquilibrées écartées met en lumière la nécessité de cette intervention.

B) Les choix de politique législative

L'intervention du législateur ne doit être ni trop hâtive, ni trop précise pour ne pas cristalliser des équilibres rapidement dépassés. Le Parlement européen et la Commission européenne ne semblent pas envisager de revenir sur le caractère facultatif des exceptions, mais plutôt d'en créer de nouvelles obligatoires. La méthode employée demeure celle d'une adaptation pointilleuse des exceptions aux évolutions technologiques. Au niveau européen, cette méthode pose le problème de la révision lente et délicate des directives dans un contexte de mutations technologique très rapides. Il paraîtrait plus souhaitable de consacrer des notions à contenu variable dont l'harmonisation au niveau européen et l'adaptation serait assurée par la Cour de justice à travers des notions autonomes de droit de l'Union européenne. Un auteur note en effet que ces notions permettent une balance des intérêts jurisprudentielle encadrée par les directives du législateur¹⁹.

Le législateur français ne devrait par ailleurs plus se contenter d'une transposition « anticipée » ou « partielle » des exceptions au droit d'auteur et devrait réaliser un réel travail d'adaptation et de conformité à la directive²⁰, ni prendre des initiatives unilatérales (mécanisme ReLire, data mining). La consécration des « notions autonomes » s'oppose en effet à la logique selon laquelle « qui peut le plus peut le moins »²¹. Dès lors, des exceptions telles que la courte citation ne devraient pas avoir une

¹⁵ D. Piatek, La crise des exceptions en droit d'auteur : étude paradigmatique, thèse, Université d'Orléans, 2016.

¹⁶ P. Sirinelli, A. Bensamoun, « Droit d'auteur vs liberté d'expression : suite et pas fin », *recueil dalloz sirey*, 6 août 2015, n°29, p. 1672-1677.

¹⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, pourvoi n°13-27391.

¹⁸ Pierre-Yves Gautier, « Éloge du syllogisme », *Semaine juridique - Edition générale*, n° 36, août 2015.

¹⁹ C. Castet-Renard, Notions à contenu variable et droit d'auteur, L'Harmattan, 2004.

²⁰ C. Zolynski, Méthode de transposition des directives communautaires : Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, n°492 et s.

²¹ B. Galopin, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, IRPI, 2012, n° 52 p. 20.

définition nationale (en l'occurrence d'ordre jurisprudentielle) plus restrictive que la norme européenne.

La doctrine s'interroge par ailleurs sur l'intérêt de préférer un « système ouvert » d'exceptions à un « système fermé »²², en général pour l'exclure²³. Un auteur met néanmoins en lumière le fait qu'une liste fermée d'exceptions dont l'application peut être remise en cause par le triple test n'apporte « ni flexibilité, ni sécurité » et plaide pour une nouvelle lecture du test des trois étapes permettant de justifier tout acte visant un cas spécial qui ne compromet pas l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux auteurs²⁴.

Quelle que soit la méthode retenue, les législateurs européens et nationaux risquent de faire preuve de cécité s'ils ne permettent pas d'insuffler davantage de flexibilité dans le système des exceptions au droit d'auteur.

Le présent document est l'issue d'un travail de recherche essentiellement doctrinal constituant un socle théorique qui sera confronté à une étude précise des textes, décisions, contrats, etc. au cours de ma deuxième année de thèse. Le plan présenté ici, centré sur le seul aspect du processus d'adaptation, reprend la structure générale d'un plan de travail articulé autour de l'adaptation « contrariée » des exceptions et de leur adaptation « inévitable ».

Questions :

>>> Peut-on parler d'exception au droit d'auteur dans la situation où ledit usage de l'œuvre a été prévu et précisé (ou proscrit) par le contrat liant le titulaire à l'utilisateur ? Dans la négative, la notion d'exception au droit d'auteur a-t-elle un sens dans l'environnement numérique ?

>>> Le droit d'auteur a-t-il vocation à appréhender l'ensemble des usages des œuvres protégées à caractère privé et/ou sans but lucratif, en dehors des définitions restrictives des exceptions ? Dans la négative, comment justifier les conditions restrictives des exceptions de copie privée et de cercle de famille ?

>>> Dans quelle mesure un mécanisme de régulation économique peut-il se montrer plus efficace que l'autorité judiciaire pour éviter les abus dans l'usage des mesures de protection par les titulaires de droit ?

>>> Les nouveaux modes de raisonnement judiciaire incorporant un test de proportionnalité doivent-ils être perçus comme une menace ou une opportunité pour le droit d'auteur français ?

>>> Le système de droit d'auteur français est-il compatible avec des exceptions plus ouvertes fondée sur un « usage légitime » des œuvres, en analogie avec le système de *fair dealing* du Royaume-Uni ou du Canada, ou fondées sur une lecture *a contrario* du triple test ?

²² M. Buydens et S. Dusollier, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE* 2001, chronique 22, p. 13.

²³ J.-M. Bruguière, Colloque « La propriété intellectuelle en dehors de ses frontières » organisé par le CUERPI le 2 décembre 2016, à paraître.

²⁴ M. Senftleben, « Ni flexibilité ni sécurité juridique, Les exceptions au regard du triple test », in *Les exceptions au droit d'auteur, Etat des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2012, pp. 63-71.