

*Exceptions au droit exclusif de l'auteur et  
liberté contractuelle*

Denis GOULETTE

D.E.A. Droit de la propriété intellectuelle  
Université de Nantes  
Mémoire réalisé sous la direction du Professeur André LUCAS

Juin 2001

# Plan

## **Introduction**

### **Partie I - Les exceptions totalement aménageables**

#### **Chapitre I - Les fondements de la liberté contractuelle de l'auteur**

Section I - La nature juridique des exceptions

Section II - La recherche de considérations d'ordre public opposables à l'auteur

#### **Chapitre II - La consécration communautaire de la liberté contractuelle**

Section I - La reconnaissance implicite de la liberté contractuelle

Section II - La question du possible aménagement contractuel de l'exception de reproduction provisoire

### **Partie II - Les exceptions partiellement aménageables**

#### **Chapitre I - Une finalité impérative**

Section I - Les exceptions relatives à l'utilisation des logiciels

Section II - Les exceptions impératives de l'article 6.4 de la directive sur la société de l'information

#### **Chapitre II - Un exercice contractuellement aménageable**

Section I - Les mesures volontaires permettant l'exercice des exceptions impératives

Section II - La fixation contractuelle de la compensation équitable

## **Bibliographie**

## **Index**

## **Table des matières**

## Introduction

[1] « *Habitué à ne voir la propriété que sous une forme plus ou moins matérielle (...), nous nous accoutumons difficilement à la reconnaître sous cette forme nouvelle et toute immatérielle ; nous sommes même disposés à la nier, parce que nous ne lui trouvons plus ses caractères, son apparence ordinaire* ». <sup>1</sup> Pouillet soulignait déjà en 1894 la difficulté à faire admettre au public la reconnaissance d'un droit de propriété sur une œuvre par essence immatérielle. Le droit ou l'obligation de se clore prévus par le code civil permettent de délimiter d'une façon tangible la propriété foncière. <sup>2</sup> En revanche seul le rempart de la loi pouvait alors délimiter la propriété de l'auteur sur son œuvre.

L'évolution des techniques permet aujourd'hui aux auteurs d'édifier une clôture infranchissable autour de leur œuvre. Les utilisateurs, qui depuis deux siècles n'avaient pas vu concrètement l'étendue du droit de propriété de l'auteur sur son œuvre, se trouvent aujourd'hui confrontés à un mur que ces derniers tentent péniblement d'édifier. Les utilisateurs qui arpentaient en toute impunité le domaine du propriétaire se voient, tel Marcel Pagnol face aux grilles du canal, refusés l'accès à ce dernier. <sup>3</sup> Il n'est donc pas étonnant de les voir revendiquer une sorte de servitude de passage sur le domaine du créateur, en se fondant sur les exceptions prévues par le code de la propriété intellectuelle. Toute la question est de savoir si ces exceptions sont opposables au droit de l'auteur sur son œuvre, et par conséquent susceptibles de faire obstacle aux mesures techniques mises en place par ce dernier.

[2] **Définition du droit d'auteur.** - « *Le droit d'auteur s'entend de l'ensemble des prérogatives, d'ordre moral et d'ordre patrimonial, reconnues aux auteurs d'œuvres de l'esprit* » <sup>4</sup>, du seul fait de leur création.

[3] **Caractère exclusif du droit d'auteur.** - La loi souligne le caractère exclusif de ce droit. <sup>5</sup> Par exclusif elle signifie que les prérogatives qu'elle confère n'appartiennent qu'à l'auteur qui, par conséquent, est le seul à pouvoir les exercer. <sup>6</sup> Certaines directives communautaires emploient l'expression « *droit d'autoriser ou d'interdire* » pour qualifier le droit

---

<sup>1</sup> Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1894, p. 9.

<sup>2</sup> Art. 647 et 663 du code civil.

<sup>3</sup> M. Pagnol, *Le Château de ma mère*, chap. XXX : « *Il fit tourner la clef dans la serrure, et tira. La porte résista. Il dit soudain d'une voix blanche:*

- *On a mis un chaîne, et un cadenas!*

- *Je le savais! dit ma mère. Tu ne peux pas l'arracher?*

- *Je regardai, et je vis que la chaîne passait dans deux pitons à boucle: l'un était vissé dans la porte, l'autre dans le chambranle, dont le bois me parut moisi.*

- *Mais oui, dis-je, on peut l'arracher!*

*Mais mon père saisit mon poignet et dit à voie basse:*

- *Malheureux! Ce serait une effraction!*

- *Une effraction! Cria soudain une voie grailonneuse, eh oui une effraction! Et ça peut valoir trois mois de prison! ».*

<sup>4</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 1.

<sup>5</sup> Cette définition reprend celle donnée par l'article L. 111-1 du CPI qui dispose que « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* », ce droit comportant « *des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial* ». ».

<sup>6</sup> Dictionnaire le Petit Robert : « *Qui exclut de tout partage, de toute participation. Privilèges, droits exclusifs : qui appartient à une seule personne ou à un seul groupe de personnes ou de choses* ».

d'exploitation appartenant à l'auteur.<sup>7</sup> Le caractère exclusif du droit d'auteur rend donc nécessaire de recueillir le consentement de l'auteur avant d'effectuer toute reproduction ou toute diffusion, mêmes partielles, de son œuvre.

[4] **Définition des exceptions.** - Le législateur a toutefois prévu certaines exceptions à ce monopole d'exploitation. Dans le langage courant, le terme exception est défini comme « *l'action d'excepter, de mettre à part* ». <sup>8</sup> Au sens juridique, il peut revêtir deux sens différents mais éventuellement complémentaires.<sup>9</sup> Son premier sens, issu du langage courant, désigne « *un cas soumis à un régime particulier par l'effet d'une disposition spéciale dérogeant à la règle générale* ». Son second sens, plus restreint, désigne tout moyen de défense invoqué pour faire écarter une demande judiciaire. Il peut alors s'agir d'un moyen de défense au fond ou d'un moyen visant à critiquer la procédure avant tout examen au fond.<sup>10</sup> La doctrine, dans son ensemble, rattache les exceptions au droit exclusif de l'auteur à l'idée de « *disposition spéciale dérogeant à la règle générale* ». Monsieur Lucas prend ainsi le soin de distinguer entre les exceptions, prévues par le législateur, et les « *limites naturelles liées à la nature et à l'objet du droit d'auteur* ». <sup>11</sup> Certains auteurs complètent cette définition en précisant que ces exceptions peuvent constituer des moyens de défense au fond lors d'une action en contrefaçon.<sup>12</sup>

Les exceptions ont donc pour objet de priver l'auteur de son droit d'interdire l'usage de son œuvre. Elles permettent aux utilisateurs d'utiliser l'œuvre, dans certains cas, sans avoir à demander l'autorisation de l'auteur.

[5] **Influence de la conception du droit d'auteur sur le régime des exceptions.** - Le régime des exceptions au droit exclusif de l'auteur va toutefois dépendre étroitement de la conception philosophique du droit auquel elle déroge. En France, le caractère personnaliste du droit d'auteur conduit à placer ce dernier au centre du dispositif légal, et à faire primer ses intérêts sur ceux du public. Les exceptions vont ainsi être limitativement énumérées, et interprétées restrictivement.<sup>13</sup>

---

<sup>7</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 16. : M. Lucas souligne l'artificialité de l'alternative, qui correspond plus à une redondance, le droit d'interdire comportant celui d'autoriser. La nouvelle 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, adoptée le 9 avril 2001, prévoit le « *droit exclusif d'autoriser ou d'interdire* », ce qui constitue une triple redondance.

<sup>8</sup> Dictionnaire le *Petit Robert*.

<sup>9</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> édition, 2000.

<sup>10</sup> Art. 73 NCPC : « *Constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours* ».

<sup>11</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 289, note 371 : « *Par ex. l'appartenance au domaine public à l'expiration du délai de protection ou la libre circulation des idées* ».

<sup>12</sup> L. Bochurberg, *Le droit de citation*, Masson 1994, p. 12 : le droit de citation n'est qu' « *une exception en défense* ».

<sup>13</sup> Notre étude concernant les exceptions au droit exclusif de l'auteur, nous ne traiterons pas spécifiquement des exceptions aux droits voisins. Les solutions sont toutefois semblables, l'article L. 211-3 du CPI transposant en des termes proches ou identiques les exceptions de l'article L. 122-5 du CPI. De plus la directive sur la société de l'information du 9 avril 2001 prévoit un régime identique pour les titulaires de droit d'auteur ou de droits voisins. Tout au plus faut-il mentionner que la conciliation des exceptions au droit du producteur d'une base de donnée avec la liberté contractuelle est envisagée par la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données. L'article L. 342-3 du CPI dispose que « *Toute clause contraire au 1<sup>o</sup> ci-dessus est nulle* ». Le texte visé concerne « *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* ». Il s'agit dès lors d'une exception impérative.

[6] **Liste limitative des exceptions.** - En premier lieu, toute exception doit faire l'objet d'une disposition spéciale dérogeant au principe d'exclusivité. Par conséquent la liste des exceptions ne peut être que limitative.<sup>14</sup>

Seule une exception est prévue au droit moral de l'auteur. L'article L. 121-7 du CPI, interprété *a contrario*, réduit ainsi le droit moral de l'auteur d'un logiciel au droit au nom.<sup>15</sup> Concernant les droits patrimoniaux, les exceptions sont prévues par l'article L. 122-5<sup>16</sup> du CPI et par l'article L. 122-6-1<sup>17</sup> du CPI en matière de logiciels. Récemment vient d'être introduite une nouvelle exception à l'article L. 331-4 du CPI.<sup>18</sup>

[7] **Interprétation restrictive des exceptions.** - En second lieu, ces exceptions sont d'interprétation restrictive.<sup>19</sup> Du fait du caractère personnaliste du droit d'auteur, l'existence d'exceptions est beaucoup moins justifiable que pour les systèmes de copyright dans lesquels l'accent est mis sur les intérêts de la collectivité. M. Raynard considère que « *l'on pourrait même concevoir une totale défection de ces dernières* ». <sup>20</sup> C'est la raison pour laquelle une seule exception au droit moral est prévue par le code de la propriété intellectuelle. Plus encore que pour les droits patrimoniaux, le droit moral est « *attaché à la personne de l'auteur* ». <sup>21</sup> Il est par conséquent encore plus hermétique à la logique des exceptions. C'est ce qui explique que la doctrine, sous l'appellation d' « exceptions au droit exclusif de l'auteur », ne désigne que les exceptions aux droits patrimoniaux de ce dernier. C'est pourquoi nous ne traiterons dans cette présente étude que de ces dernières exceptions. Autre conséquence du caractère personnaliste du droit d'auteur, la doctrine majoritaire exclut que les exceptions françaises fassent naître des droits au profit des utilisateurs, contrairement au système du *fair use*.

[8] **Apparition des protections techniques.** – Cette dernière conséquence est aujourd'hui fondamentale quant à l'avenir des exceptions dans le nouvel environnement numérique. La question n'est certes pas totalement nouvelle. Elle coïncide avec la possibilité pour les auteurs de recourir à des protections techniques destinées à soumettre l'accès de leurs œuvres à certaines conditions. On pense notamment à l'apparition, dans les années 80, des programmes

---

<sup>14</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 347 : Il faut néanmoins apporter deux atténuations à cette exigence.

- Une jurisprudence classique admet que l'œuvre graphique ou plastique située dans un lieu public peut être licitement reproduite ou représentée lorsqu'elle ne constitue pas le sujet principal de la reproduction ou de la représentation.

- D'autre part « *le verrouillage ... ne peut être complet. Il est toujours possible ... de compléter une liste, même limitative, en faisant céder le droit exclusif de l'auteur devant des considérations extérieures au droit d'auteur, par exemple les droits de l'Homme ou le droit au respect de la vie privée.* ». Le TGI de Paris a ainsi admis, sur le fondement de l'article 10.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, que le droit du public à l'information pouvait justifier une exception au droit d'auteur, TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 23 févr. 1999 : D. 1999, p. 580, note Kamina.

<sup>15</sup> Douai, 1<sup>er</sup> juill. 1996: PIBD 1997, III, p. 129.

<sup>16</sup> Cet article vise, concernant le droit d'auteur, la représentation et la copie privée, les analyses et citations, les revues de presse, la diffusion de certains discours destinés au public, la parodie et les catalogues de vente aux enchères.

<sup>17</sup> Cet article vise les reproductions nécessaires à l'utilisation, la copie de sauvegarde, l'analyse et la décompilation du logiciel.

<sup>18</sup> Elle vise à empêcher que l'auteur puisse par son droit « *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* ».

<sup>19</sup> Cette analyse est conforme au principe général selon lequel les exceptions sont de droit étroit.

<sup>20</sup> J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, Litec, 1990.

<sup>21</sup> Art. L. 121-2 du CPI.

audiovisuels cryptés.<sup>22</sup> Dans ce cas l'exercice des exceptions se voyait entravé par cette mesure technique de protection.<sup>23</sup>

[9] **Caractère licite des protections techniques.** – Ce recours à des protections techniques n'avait alors pas suscité d'importants débats, ni de contentieux<sup>24</sup>, probablement en raison du caractère restreint du phénomène.<sup>25</sup> Il était alors considéré comme licite. Les exceptions ne faisant pas naître de véritables droits au profit des utilisateurs, ces derniers ne pouvaient venir contester ces protections en justice.

[10] **Apparition des premiers contentieux.** - Sans être placé sur le terrain de la liberté contractuelle, le débat relatif à la conciliation des mesures techniques avec les exceptions apparut réellement avec l'essor de l'industrie informatique, notamment du « *personal computer* ». Pour se prémunir de la contrefaçon, les fabricants de logiciels commencèrent à « *plomber* » ces derniers par le biais de programmes informatiques de protection. Si ces programmes étaient encore facilement contournables, ils nécessitaient néanmoins un minimum de connaissances en informatique.<sup>26</sup> De ce fait certains magazines d'informatique, sous prétexte de fournir aux utilisateurs de logiciels les moyens d'exercer les exceptions prévues par la loi, publièrent alors les moyens de contourner ces programmes de protection. Les enjeux financiers devenant de plus en plus importants, des contentieux apparurent, notamment concernant la nature juridique de l'exception de copie de sauvegarde prévue par la loi de 1985. S'agissait-il d'un droit ou d'une simple tolérance consentie à l'utilisateur ?

[11] **Caractère impératif des exceptions relatives à l'utilisation des logiciels.** - Au début des années 90, la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation conclut à l'existence d'un droit à la copie de sauvegarde, opposable aux fabricants de logiciels. Toutefois la solution ne pouvait concerner que les logiciels, étant donné la spécificité des exceptions prévues pour ces derniers. Elle n'était donc pas transposable pour les exceptions de l'article L. 122-5 du CPI, celles-ci ne faisant pas naître de droits au profit des utilisateurs. Qui plus est le débat relatif aux œuvres analogiques était devenu moins violent. L'instauration d'une rémunération pour copie privée par la loi de 1985 avait permis de rassurer les titulaires de droits face à l'ampleur des reproductions à usage privé. Qui plus est le phénomène de la copie privée, même s'il concurrençait en partie le marché normal des œuvres, ne le supplantait toutefois pas. Le caractère analogique de cette copie déprécie en effet la qualité des œuvres musicales et audiovisuelles à chaque reproduction.

[12] **La dérive de l'exception de copie privée dans l'environnement numérique.** - L'explosion du numérique, apparue au milieu des années 90, est toutefois venue bouleverser les équilibres, créant un véritable vent de panique chez les titulaires de droits. Il est aujourd'hui possible de numériser presque tout type d'œuvres en les fixant sur des supports enregistrables de plus en plus performants. La doctrine ne parle plus de copie pour qualifier

---

<sup>22</sup> Ces programmes nécessitent la location d'un décodeur auprès de l'entreprise de communication audiovisuelle diffusant les programmes.

<sup>23</sup> A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec 1998, n. 365.

<sup>24</sup> La France n'a pas connu de contentieux. En revanche la Cour de Cassation néerlandaise, écartant l'argument tiré de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, a considéré que la diffusion de programmes cryptés ne pouvait être considérée comme intrinsèquement illicite : *Groeneveld v/ Television Distribution Systems NV (TDS)*, 17 déc. 1993, NJ 1994, n. 274, note Alkem, arrêt cité par A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec 1998, n. 365, note n. 272.

<sup>25</sup> « Canal plus », fondé en 1983, était alors la seule chaîne à péage du paysage audiovisuel français.

<sup>26</sup> La notion de « pirate » informatique devient alors connue du grand public.

les reproductions effectuées par les utilisateurs, mais de véritables clones.<sup>27</sup> Le marché normal des œuvres se trouve ainsi concurrencé par un marché gris, marché légal du fait des exceptions, mais créant un préjudice considérable pour les auteurs. Ce marché est devenu mondial avec l'essor d'Internet à la fin des années 90<sup>28</sup>. Toute œuvre est aujourd'hui accessible depuis n'importe où, à n'importe quel moment. Les internautes revendiquent, sous prétexte de la liberté d'information, « *le droit d'accéder à tout, tout de suite et sans payer* ». <sup>29</sup>

[13] **La dialectique droit et technique.** – Face au retard pris par les autorités à adapter le droit d'auteur à ce nouvel environnement<sup>30</sup>, les auteurs, dans le souci de faire assurer l'effectivité de leurs droits, consacrent aujourd'hui d'importants moyens pour développer des protections techniques efficaces. Si la technique menace le droit exclusif, les industriels tentent de renverser la tendance en utilisant cette même technique pour garantir leur exclusivité. Le combat qui les oppose aux utilisateurs sera gagné par ceux qui utiliseront au mieux les ressources techniques du numérique. Même s'il existera toujours des personnes pour contourner ces mesures techniques, l'objectif recherché est simplement de compliquer « *la besogne* »<sup>31</sup> des pirates et éviter ainsi que le contournement devienne un « *sport* » *pour des utilisateurs résolus à constituer des stocks inutiles* ». <sup>32</sup> Prenant acte de cette dialectique, les accords ADPIC et les traités OMPI ont décidé de prévoir des sanctions et des voies de recours contre le contournement des mesures techniques mises en place par les auteurs.<sup>33</sup>

[14] **La question de la suppression des exceptions dans l'environnement numérique.** - Les ressources du numérique vont enfin conduire à aborder la question de la conciliation des mesures techniques avec les exceptions sur le terrain de la liberté contractuelle. Certains auteurs envisagent le possible retour à une relation directe entre auteurs et utilisateurs, qui leur permettra de s'affranchir des sociétés de gestion collective et d'imposer eux mêmes les modalités d'utilisation de leurs œuvres. Ils ont ainsi avancé l'idée de supprimer purement et simplement l'existence d'exceptions à leur droit sur les réseaux numériques.<sup>34</sup> Les mesures techniques sont désormais susceptibles de venir paralyser totalement l'exercice des exceptions, en soumettant ce dernier à la volonté des auteurs.

---

<sup>27</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 315.

<sup>28</sup> L'exemple de Napster est révélateur. Sous prétexte de l'exception de copie privée on a voulu justifier la possibilité pour l'ensemble de l'humanité de s'échanger des fichiers musicaux.

<sup>29</sup> A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec 1998, n. 327.

<sup>30</sup> Il aura fallu attendre le 4 janvier 2001 pour que la Commission prévue par l'article L. 311-5 du CPI étende le champ d'application de la rémunération pour copie privée aux supports numériques amovibles. Elle a toutefois refusé pour l'instant de l'étendre aux supports intégrés dans les appareils d'enregistrement.

<sup>31</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 347 : « *le juriste à d'autant moins de raison de baisser les bras que la technique, d'où vient la menace, permet en même temps de mieux contrôler l'utilisation des œuvres et facilite la gestion des droits* ».

<sup>32</sup> A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec 1998, n. 327. V. *supra*. note 1 pour le caractère dissuasif d'un simple cadenas.

<sup>33</sup> Les art. 41 à 61 de l'Accord ADPIC sont ainsi consacrés aux « *moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle* ». Le traité OMPI sur le droit d'auteur, signé le 20 décembre 1996, a justement pour objectif de « *moderniser* » la protection assurée par les Conventions de Berne et de Rome, en l'adaptant aux nouvelles technologies, et plus particulièrement à la numérisation. Son art. 14.2 est consacré aux « *procédures destinées à faire respecter les droits prévus par le présent traité, de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte à ces droits* ». Enfin l'art. 8 de la directive sur la société de l'information du 9 avril 2001 impose aux Etats membres de prévoir « *des sanctions et des voies de recours appropriées* » contre le contournement de ces mesures techniques.

<sup>34</sup> Lamy, *Droit de l'informatique et des réseaux*, 2000, n. 2481, p. 1429 ; *Internet et les réseaux numériques*, Rapport du Conseil d'Etat, La Documentation française, 2 juillet 1998, p. 144.

[15] **Conciliation entre les exceptions au droit exclusif de l'auteur et la liberté contractuelle.** - En revendiquant la suppression des exceptions dans l'environnement numérique, les auteurs ont suscité une véritable levée de boucliers, notamment de la part de ceux qui voient dans les exceptions des libertés fondamentales telles la liberté d'expression, le droit au respect de la vie privée, ou enfin le droit à l'information. Il leur paraît impensable que les auteurs puissent par leur simple volonté faire échec à de telles dispositions.

[16] **Problématique.** - La question revient donc à savoir dans quelle mesure l'auteur d'une œuvre de l'esprit peut venir aménager contractuellement, totalement ou partiellement, l'exercice des exceptions. Cette question fut officiellement posée lors d'un vaste exercice de consultation des Etats membres par la Commission européenne.<sup>35</sup> En France, le débat n'a curieusement pas déchaîné les passions. Aucun article n'a encore été publié sur ce sujet. Seul M. Lucas envisage expressément cette question, pour conclure à une totale autonomie contractuelle des parties dans l'exercice des exceptions.<sup>36</sup>

[17] **Enjeux juridiques.** - Les enjeux sont pourtant importants et touchent en partie à l'ordre public. Peut-on accepter qu'un auteur puisse par sa propre volonté faire obstacle à des dispositions fondées sur des libertés fondamentales<sup>37</sup>?

La question se trouve au confluent du droit de la propriété littéraire et artistique, du droit des obligations, et même plus généralement de la théorie générale du droit civil. Elle concerne le principe fondamental de l'autonomie de la volonté. La liberté contractuelle est en effet la conséquence directe de ce principe. Elle s'exprime à travers une triple faculté : contracter ou ne pas contracter, choisir librement son cocontractant et déterminer librement le contenu du contrat. « *Il appartient aux contractants, à l'issue d'un libre débat, de définir ce à quoi ils s'obligent. Certes il peut exister des dispositions qui réglementent le contenu de telle ou telle opération contractuelle classique. Mais présumées supplétives de volonté, elles ne jouent qu'en l'absence de volonté contraire des parties et sont censées traduire leur volonté tacite. La liberté contractuelle des parties ne se heurte qu'à un seul obstacle, : les règles impératives* ». <sup>38</sup>

[18] **Distinction entre lois impératives et lois supplétives de volonté.** - La question touche donc à la distinction fondamentale existant entre lois impératives et lois interprétatives, distinction doctrinale fondée sur l'article 6 du code civil . Ce dernier dispose en effet que l' « *On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Or l'article L. 122-5 du CPI ne précise pas si les exceptions qu'il pose ont ou n'ont pas un caractère impératif. Il faut donc se référer aux conseils de M. Carbonnier, qui nous enseigne que dans ce cas, « *on ne peut déterminer si une loi est ou non*

---

<sup>35</sup> Livre Vert de la Commission des Communautés européennes sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, COM (95) 382 final, juill. 1995, p. 43 : « *Pensez-vous que le droit contractuel doit pouvoir être choisi librement ou pensez-vous qu'il y a lieu de limiter la liberté contractuelle* :

- *de façon générale,*
- *de telle façon que certains éléments particuliers soient préservés, tels le droit moral, la rémunération équitable, la gestion collective,*
- *seulement dans les cas où des œuvres et des prestations d'ayants droit de l'Union européenne sont l'objet du contrat ? ».*

<sup>36</sup> V. *infra* n. 26.

<sup>37</sup> Par exemple, l'exception de parodie est classiquement fondée sur la liberté d'expression, liberté garantie par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme de 1950.

<sup>38</sup> F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 6<sup>e</sup> édition, 1996, n. 25 a).

*d'ordre public qu'en recherchant si elle a pour objectif la protection d'un intérêt public ou d'un intérêt privé*». <sup>39</sup>

M. Lucas<sup>40</sup> ne voit pas quelles considérations d'ordre public seraient susceptibles d'être opposées à l'auteur qui voudrait interdire contractuellement l'exercice des exceptions. A l'inverse nous pensons qu'il existe des considérations suffisantes pour faire échec à la liberté contractuelle. Nous refusons de placer sur un même niveau toutes les exceptions. Celles fondées sur des libertés fondamentales nous apparaissent ainsi avoir « *pour objectif la protection d'un intérêt public* », et par conséquent un caractère impératif. Nous tirons de plus argument de l'incidence pénale des exceptions pour les qualifier d'ordre public.<sup>41</sup>

[19] **Inadaptation de la loi de 1957 aux nouvelles technologies.** - Nos conclusions relatives à l'article L. 122-5 du CPI ne sont évidemment pas acceptables. Elles reviendraient à empêcher que les auteurs puissent protéger techniquement leurs œuvres, et donc délimiter de manière tangible leur propriété. Toutefois elles sont la conséquence d'une stricte interprétation de l'article L. 122-5, alinéa 1<sup>er</sup>, du CPI, qui dispose que « *lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire l'exercice des exceptions qu'il prévoit* ». Elle reflètent l'inadaptation de cet article, issu de la loi de 1957, au nouvel environnement numérique.

[20] **Consécration de la liberté contractuelle par la directive du 9 avril 2001.** - Nonobstant nos conclusions, l'interprétation actuelle de la doctrine trouve consécration dans la nouvelle directive sur la société de l'information du 9 avril 2001. La liberté contractuelle s'y trouve en effet implicitement consacrée, les Etats membres se voyant imposer de prévoir une protection juridique appropriée contre le contournement des mesures techniques mises en place par les auteurs. Protéger ces mesures techniques, c'est bien reconnaître aux auteurs le droit d'imposer leurs conditions aux utilisateurs. Les mesures techniques peuvent donc licitement venir paralyser l'exercice des exceptions prévues par cette directive. La directive apporte toutefois une dérogation à cette liberté contractuelle en prévoyant que certaines exceptions ne pourront voir leur exercice empêché par ces mesures techniques. C'est l'objet de son article 6.4.

[21] **Distinction entre exceptions impératives et exceptions supplétives de volonté.** – A la lumière de cette directive<sup>42</sup>, on peut désormais classer les exceptions en deux catégories. D'une part les exceptions totalement aménageables par contrat, et donc susceptibles de voir leur exercice interdit par les auteurs. D'autre part les exceptions s'imposant aux titulaires de droits. Parmi celles-ci on retrouve les exceptions relatives aux logiciels et les exceptions visées par l'article 6.4 de la directive sur la société de l'information. On pourrait presque considérer qu'elles font naître des droits au profit des utilisateurs. Toutefois aucune directive ne les qualifiant de droits, nous continuerons à les qualifier d'exceptions. Nous proposons dans notre présente étude de les qualifier d'exceptions impératives, pour reprendre la distinction doctrinale fondée sur l'article 6 du code civil.

[22] **Caractère partiellement aménageable des exceptions impératives.** - Est-ce à dire que ces exceptions ne sont en aucun cas aménageables par les auteurs ? Une analyse de la directive de 1991 relative à la protection juridique des logiciels et de la nouvelle directive sur la société de l'information nous permettent d'affirmer le contraire.

---

<sup>39</sup> J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, coll. Thémis, 24<sup>e</sup> édition, 1996, n. 126.

<sup>40</sup> V. *infra* n. 26.

<sup>41</sup> V. *infra* n. 36.

<sup>42</sup> Le délai légal de transposition de cette directive est fixé à 18 mois.

Il semble en effet que la volonté du législateur communautaire soit d'assurer aux utilisateurs le bénéfice effectif de ces exceptions, quelles que soient les modalités nécessaires pour y arriver. L'objectif est d'empêcher que l'auteur puisse, par des mesures techniques, paralyser totalement l'exercice de ces exceptions impératives. Il n'exclut cependant pas une certaine autonomie contractuelle. Si l'auteur ne peut interdire l'exercice de ces exceptions, il peut néanmoins l'aménager, « *dans la mesure nécessaire* » pour que les utilisateurs en bénéficient. Rien n'empêche l'auteur de fixer lui même les modalités destinées à permettre l'exercice effectif de ces exceptions. Le caractère impératif porte donc seulement sur la finalité recherchée par ces exceptions. Du moment que l'utilisateur légitime est mis en mesure de bénéficier de l'exception, il est rempli de ses droits.

L'intérêt pour l'auteur se retrouve tout particulièrement dans le cas d'exceptions prévoyant le versement d'une compensation équitable. Dès lors que l'utilisateur a été mis en mesure de bénéficier de l'exception, l'auteur peut lui même fixer le montant de la compensation qu'il estime équitable.

[23] **Plan.** - Notre étude va donc s'articuler autour de ces deux catégories d'exceptions. Le principe, reconnu hier par la doctrine et aujourd'hui par la directive sur la société de l'information, est que l'exercice des exceptions est soumis à la liberté contractuelle, et par conséquent susceptible d'être interdit par l'auteur. Par dérogation, certaines exceptions voient leur exercice effectif garanti aux utilisateurs, et présentent donc un caractère impératif faisant obstacle à une totale liberté contractuelle. Elles n'interdisent toutefois pas une relative autonomie dans la fixation des modalités visant à permettre leur exercice.

Nous étudierons donc dans une première partie les exceptions totalement aménageables par la volonté de l'auteur, puis dans une seconde partie les exceptions qui ne sont que partiellement aménageables.

## Partie I - Les exceptions totalement aménageables

[24] **Recherche de bases légales.** - La conciliation de la liberté contractuelle avec l'exercice des exceptions n'est expressément prévue dans les textes communautaires et nationaux que depuis peu. Elle coïncide avec la possibilité pour l'auteur de faire respecter sa volonté contractuelle par le biais de mesures techniques.<sup>43</sup> Si la directive de 1991 relative à la protection des logiciels et la directive sur la société de l'information du 9 avril 2001 envisagent la conciliation de ces mesures techniques avec les exceptions, la loi du 11 mars 1957 ne précise rien concernant les exceptions codifiées à l'article L. 122-5 du CPI.

Du fait de la nouveauté de la question, peu d'auteurs de doctrine français se sont encore intéressés à cette dernière. M. Lucas semble être le seul auteur à l'envisager. Il défend une position radicale selon laquelle rien en droit français ne paraît pouvoir faire obstacle à la liberté contractuelle de l'auteur. Ce dernier bénéficierait ainsi d'une totale autonomie contractuelle lui permettant d'interdire totalement aux utilisateurs le bénéfice des exceptions de l'article L. 122-5 du CPI. Les dispositions de cet article ne seraient donc qu'interprétatives, pour reprendre la distinction doctrinale fondée sur l'article 6 du code civil.

Cette liberté contractuelle est aujourd'hui consacrée par l'adoption de la nouvelle directive relative à la société de l'information..

[25] **Plan.** - Il convient de voir dans un premier chapitre les fondements permettant d'affirmer une telle autonomie contractuelle dans l'exercice des exceptions prévues par l'article L. 122-5 du CPI. Dans un second chapitre nous étudierons la consécration de ce principe par la nouvelle directive du 9 avril 2001.

### Chapitre I - Les fondements de la liberté contractuelle de l'auteur

[26] **Fondements avancés.** - M. Lucas fonde cette liberté contractuelle sur deux arguments. D'une part « *ces exceptions (...) ne font pas naître de droits au profit de l'utilisateur* », d'autre part « *on ne voit pas quelles seraient les considérations d'ordre public susceptibles de tenir en échec la liberté contractuelle* ». <sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> L'article 6.3 de la directive sur la société de l'information définit ce que l'on entend par « *mesures techniques* » : « ... *toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur (...). Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée (...) est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection* ».

<sup>44</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 294: M. Lucas conforte son argumentation en se fondant sur un arrêt de Cour d'appel des Etats-Unis, qui selon lui aurait admis la possibilité pour un fabricant de logiciel d'interdire par contrat le droit d'effectuer une copie privée. (*Pro CD Inc., v. Matthew Zeidenberg* (7<sup>th</sup> Cir. 1996): RIDA 1/1997, p. 297-314.) Toutefois une analyse de l'arrêt révèle qu'en l'espèce le logiciel n'était pas suffisamment original pour bénéficier d'une protection par le *copyright*. Par conséquent l'utilisateur ne pouvant se prévaloir du *fair use*, la clause limitant les actes autorisés était parfaitement valable. Elle ne créait pas un droit opposable à tous mais un droit personnel entre Pro CD et l'utilisateur. En France, la solution serait identique, dès lors que l'œuvre en cause ne serait pas originale et ne bénéficierait donc pas d'une protection par le droit d'auteur. N'étant pas protégé, l'auteur ne pourrait se voir opposer les exceptions prévues par l'article L. 122-5 du CPI, celles-ci n'ayant plus d'objet. L'auteur aurait toute latitude pour limiter par contrat les actes d'utilisation de son logiciel. Toutefois ces limitations ne seraient pas opposables *erga omnes*, mais uniquement à son cocontractant.

[27] **Plan.** - Si nous nous rallions, en partie seulement, à l'argument relatif à la nature juridique des exceptions, nous pensons qu'il existe un certain nombre de considérations d'ordre public susceptibles de tenir en échec cette liberté contractuelle.

Nous étudierons tout d'abord en quoi les exceptions de l'article L. 122-5 du CPI ne font pas naître de droits au profit des utilisateurs (Section I). Nous tenterons à cette occasion de dégager une qualification plus juridique que celle, avancée par certains auteurs de doctrine, de « tolérance » ou de « privilège ». Puis dans un second temps nous tâcherons de déterminer s'il existe ou non des considérations d'ordre public susceptibles de tenir en échec la liberté contractuelle des parties (Section II).

## **Section I - La nature juridique des exceptions**

[28] **Plan.** - Si l'ensemble de la doctrine considère que les exceptions ne font pas naître de droits au profit des utilisateurs, les qualifications proposées ne nous satisfont pas. Les « tolérances » ou « privilèges » qu'elles font naître ne renvoient à aucun régime juridique connu. C'est pourquoi nous proposerons un essai de qualification fondée sur l'idée de fait justificatif.

### **§1. L'absence de droits au profit des utilisateurs**

[29] **Interprétation restrictive.** - Contrairement aux systèmes de copyright, dans lesquels l'accent est mis sur l'intérêt public<sup>45</sup>, les systèmes de droit d'auteur sont dominés par une conception naturaliste et personnaliste du droit, plaçant les intérêts de l'auteur au centre du dispositif. C'est de l'auteur que naît la création, c'est son travail qui justifie l'existence de ce droit.

Ces différences de conception se révèlent tout particulièrement quant au régime des exceptions. « *Alors que le droit d'auteur se présente généralement comme un système ouvert quant à la définition des prérogatives et fermé quant aux exceptions, le copyright se présente plutôt comme un système fermé quant aux prérogatives et ouvert quant aux exceptions* ».<sup>46</sup>

Si le code de la propriété intellectuelle connaît le principe de dérogations au droit exclusif de l'auteur, celles-ci sont restrictivement<sup>47</sup> et limitativement énumérées. Elles ne sauraient par conséquent revêtir une force équivalente à celle du droit naturel dont bénéficie l'auteur « *du seul fait de sa création* ».<sup>48</sup>

Par conséquent l'ensemble de la doctrine exclut toute idée de droits conférés aux utilisateurs par les exceptions de l'article L. 122-5 du CPI.<sup>49</sup> En revanche il est admis que les limitations

---

<sup>45</sup> La Constitution des Etats-Unis assigne une finalité au copyright : « ... *to promote the progress of science and useful arts by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries* ».

<sup>46</sup> A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec 1998, n. 342.

<sup>47</sup> V. les art. L. 122-5-1° et L. 211-3-1° (« *représentations...effectuées exclusivement dans un cercle de famille* »), L. 122-5-2° et L. 211-3-2° (« *reproductions...strictement réservées à l'usage privé* » du copiste).

<sup>48</sup> Art L. 111-1 du CPI : « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporel exclusif et opposable à tous.* ».

<sup>49</sup> A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec 1998, n. 342 ; A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 292 ; Le Tarnec, *manuel de propriété littéraire et artistique*, Dalloz 1966,

imposées par le principe général de *fair use* font naître de véritables droits au profit des utilisateurs. M. Lucas évoque même la dimension constitutionnelle de ces droits aux Etats-Unis.<sup>50</sup>

[30] **Qualifications proposées par la doctrine.** - L'usage répandu de l'expression « *droit de citation* » ne doit donc pas tromper.<sup>51</sup> M. Le Tarnec considère que « *le droit de citer est par nature, une tolérance plutôt qu'un droit* ». <sup>52</sup> M. Bochurberg n'y voit qu' « *une exception en défense, un privilège judiciaire issu d'un usage quotidien* ». C'est probablement ce qui explique le refus des tribunaux d'admettre par principe la courte citation musicale.<sup>53</sup> On comprendrait mal ce refus s'il était admis que la citation constituait un véritable droit opposable à l'auteur.

Cette conception est d'autant plus justifiée qu'elle empêche les utilisateurs de s'opposer aux mesures techniques mises en oeuvre par les auteurs.<sup>54</sup> Toutefois les qualifications de « *tolérances* » ou de « *privilèges* » ne nous satisfont pas.

## **§2. La qualification de « fait justificatif tiré de la loi »**

[31] **Contradiction logique** - Notre volonté de proposer une nouvelle qualification vient de la contradiction à laquelle aboutit l'interprétation restrictive des exceptions. En effet l'article L. 122-5 du CPI dispose en son premier alinéa que « *lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire* ». Ainsi avons-nous un texte qui, bien que ne faisant pas naître des droits au profit des utilisateurs, empêche néanmoins l'auteur d' « *interdire* » leur exercice.

Toute la question est de déterminer la portée juridique de cet alinéa. Si ce dernier devait être interprété strictement, le postulat selon lequel les protections techniques sont possibles du fait que les exceptions ne font pas naître de droits tomberait. On voit mal comment l'auteur pourrait techniquement empêcher leur exercice alors que juridiquement il ne peut l' « *interdire* ».

Aucun auteur<sup>55</sup> ne semble avoir soulevé cette contradiction qui conduit à ce que les exceptions, bien que ne faisant pas naître de droits, pourraient être opposables à l'auteur qui ne peut les « *interdire* ». La raison vient peut être de ce que personne n'a mesuré les conséquences de la dimension pénale de l'article L. 122-5 du CPI. Ce dernier semble pouvoir s'analyser comme un fait justificatif tiré de la loi, exonérateur de responsabilité pénale.

---

p. 87 ; L. Bochurberg, *Le droit de citation*, Masson 1994, p. 12 ; A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Etude de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 1993, n. 112-113.

<sup>50</sup> Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec 1998, n. 342.

<sup>51</sup> L. Bochurberg, *Le droit de citation*, Masson 1994, p. 12.

<sup>52</sup> Le Tarnec, *manuel de propriété littéraire et artistique*, Dalloz 1966, p. 87.

<sup>53</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 10 mai 1996 : RIDA oct. 1996, n. 170, p. 324 ( selon lequel il est « *acquis* » que l'exception de citation « *n'est pas transposable en matière musicale* »).

<sup>54</sup> A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec 1998, n. 397 : « *Le fait que le titulaire des droits doive souffrir des exceptions ne saurait l'obliger à prêter la main à l'exercice de la faculté qui en découle pour l'utilisateur ni lui interdire d'édifier sa propre « clôture »* ».

<sup>55</sup> Excepté en matière de logiciels, à propos de la controverse relative à la copie de sauvegarde ; JCP G 1988, II, 21003, note B. Edelman . Ce dernier souligne que « *l'exception à une interdiction a pour effet, en toute logique, de permettre ce qui est interdit* ». Dès lors la mise en place de mesures techniques de protection reviendrait à interdire ce qui est expressément permis par la loi. Ce qui reviendrait « *à une sorte de justice privée* », à une « *absurdité logique* » ; V. *infra* n. 77.

[32] **Dimension pénale des exceptions.** - Malgré les différences profondes entre le système de copyright et celui de droit d'auteur, tous deux partagent cette même dimension pénale. Ainsi l'auteur américain Ball considère que : « *L'usage loyal est techniquement une infraction, mais il est autorisé par la loi en raison de son caractère raisonnable et conforme aux usages* ». <sup>56</sup>

En France, « Toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur » constitue un délit de contrefaçon selon l'article L. 335-3 du CPI. Par conséquent toute copie d'un compact disc, article ou dessin est juridiquement un délit de contrefaçon. Il en va de même pour une simple citation car aux termes de l'article L. 122-4 du CPI les représentations ou reproductions « partielles » sont aussi illicites. Ces actes sont donc en principe punissables de deux ans d'emprisonnement et 1.000.000 francs d'amende.

Aux Etats-Unis comme en France, le prévenu pourra néanmoins s'exonérer de sa responsabilité pénale en invoquant comme moyen de défense l'exercice d'une des exceptions prévues par l'article L. 122-5 du CPI.

[33] **Qualification de fait justificatif.** - Il se fondera alors sur l'article 122-4 du Nouveau Code Pénal qui dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* ». Tous ces arguments conduisent à analyser les exceptions de l'article L. 122-5 du CPI comme des causes objectives d'impunité<sup>57</sup>, c'est à dire comme des faits justificatifs tirés de la loi du 11 mars 1957.

Dès lors que l'on admet le bien fondé de cette qualification, il reste à déterminer si le régime juridique qui en découle est susceptible d'influencer la liberté contractuelle de l'auteur en l'empêchant d'interdire l'exercice des exceptions. Il convient pour cela d'étudier les différentes considérations d'ordre public opposables à l'auteur.

## **Section II - La recherche de considérations d'ordre public opposables à l'auteur**

[34] **Plan.** - Contrairement à M. Lucas et à la doctrine favorable aux mesures techniques, nous considérons qu'il existe des considérations d'ordre public susceptibles de faire échec à la liberté contractuelle de l'auteur. La principale tient selon nous à la dimension pénale de l'article L. 122-5 du CPI. De plus certains auteurs considèrent que les exceptions fondées sur des libertés individuelles intéressent par nature l'ordre public et ne peuvent donc donner lieu à renonciation.

---

<sup>56</sup> H. Ball, *The law of copyright and literary property*, 1944, p. 260.

<sup>57</sup> J.-P. Delmas Saint-Hilaire, *Faits justificatifs. Généralités. Ordre de la loi*, J.-Cl. Pénal, Art. 122-4

## §1. Les considérations d'ordre public tirées de la qualification de « fait justificatif tiré de la loi »

### A. Caractère impératif de la loi pénale

[35] **Interprétation stricte de la loi pénale.** - Tous les auteurs s'accordent pour qualifier de « restrictive » l'interprétation qui doit être faite des exceptions de l'article L. 122-5 du CPI. Ils se fondent pour cela sur la philosophie du droit d'auteur, visant à assurer la primauté des intérêts de ce dernier.

Nous pensons qu'à ce fondement de nature civile il faut ajouter un fondement de nature pénale. L'enjeu pénal (délit punissable de deux ans d'emprisonnement) des exceptions commande une application stricte de l'article L. 122-5 du CPI, afin de limiter au maximum tout risque d'incertitude juridique et donc d'arbitraire.

L'article L. 122-5 ne doit pas être analysé comme un simple texte civil. Ses conséquences sur la responsabilité pénale des utilisateurs en fait un texte de nature pénale. Or l'article L. 114-4 du Nouveau Code Pénal dispose clairement que « *la loi pénale est d'interprétation stricte* ». Aussi lorsque la doctrine interprète restrictivement les exceptions de l'article L. 122-5 du CPI, nous pensons qu'il est souhaitable qu'une telle interprétation porte sur l'ensemble du texte, y compris l'alinéa 1.

[36] **Caractère d'ordre public de la loi pénale.** - L'alinéa 1 disposant que l' « *auteur ne peut interdire* » l'exercice de ces exceptions, on ne voit pas quels arguments pourraient alors venir justifier juridiquement la mise en place de protections techniques destinées à empêcher l'exercice de ces exceptions. Ni d'ailleurs sur quels fondements l'auteur pourrait aménager contractuellement leur exercice. En effet la loi pénale intéresse par nature l'ordre public et l'article 6 du code civil dispose très clairement que l' « *on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public* ».

### B. La question de la dissociation entre responsabilité civile et responsabilité pénale

[37] **Nouveauté du problème de droit.** - Selon notre théorie, l'utilisateur contournant une mesure technique peut bénéficier du fait justificatif de l'article L. 122-5 du CPI. Il est alors exonéré de sa responsabilité pénale. La question est de savoir si cette cause d'irresponsabilité s'étend à la responsabilité civile de l'utilisateur.

Une jurisprudence établie considère que toute responsabilité civile est exclue dès lors qu'il y a justification tirée de l'ordre de la loi ou du commandement de l'autorité légitime. Toutefois cette jurisprudence ne concerne que la responsabilité civile **délictuelle** de l'auteur de l'infraction.<sup>58</sup>

La question est donc nouvelle. Elle consiste à dissocier la responsabilité **contractuelle** de la responsabilité pénale, en se fondant sur la liberté contractuelle des parties. En contournant la

---

<sup>58</sup> Cass. crim., 19 nov. 1903: Gaz. Pal. 1903, 2, p. 594 - Cass. civ., 10 juin 1970: D. 1970, p. 691 ; Gaz. Pal. 1970, 2, p. 229 ; Rev. Sc. crim. 1971, p. 420, obs. G. Levasseur : « *l'acte de violence commis sur la personne et les biens du délinquant pour parvenir à son arrestation est légitimé par la loi et ne saurait engager la responsabilité de son auteur.* ».

mesure technique, l'utilisateur ne peut certes pas se voir reprocher par la société (le Ministère Public) son acte. En revanche pourrait-il se voir reprocher par l'auteur de l'œuvre la violation de sa volonté contractuelle ?

[38] **Nature juridique des faits justificatifs.** - L'idée pourrait séduire. Toutefois une étude de la nature juridique des faits justificatifs conduit à affirmer que ces derniers font disparaître toute responsabilité, pénale ou civile. Chaque fait justificatif s'analyse en une cause objective d'impunité qui opère *in rem*, affectant l'événement même qui cesse, à l'égard de tous, d'être délictueux et fautif.<sup>59</sup> Par conséquent le fait justificatif de l'article L. 122-5 du CPI fait disparaître toute responsabilité. Ainsi, un utilisateur qui contournerait une mesure technique afin de bénéficier d'une de ces exceptions, ne pourrait voir sa responsabilité engagée sur le terrain contractuel. De même si, par contrat, l'auteur interdisait à l'utilisateur de bénéficier d'une exception prévue par ce texte, ce dernier pourrait en toute impunité violer son obligation contractuelle.

[39] **Conclusion relative à la nature juridique des exceptions.** - Si nous nous rallions à la thèse majoritaire consistant à permettre aux auteurs de venir protéger techniquement leurs œuvres, nous dénonçons cependant les faiblesses de son fondement juridique. Nous pensons qu'il serait souhaitable que le législateur modifie l'alinéa 1 de l'article L. 122-5 du CPI, pour plus de clarté et de sécurité juridique.

Toutefois cette incertitude devrait disparaître avec la transposition future de la directive sur la société de l'information. Celle-ci prévoit expressément la conciliation des mesures techniques avec l'exercice des exceptions.

## **§2. Les exceptions fondées sur des libertés individuelles**

[40] **Classification selon le fondement des exceptions.** – Certains auteurs distinguent les exceptions selon leurs fondements. Certaines exceptions seraient fondées sur « *l'absence de préjudice causé aux intérêts économiques individuels de l'auteur* »<sup>60</sup> et d'autres sur des « *considérations d'intérêt général ou sur les libertés et droits fondamentaux* ». <sup>61</sup> Admettre sans distinction que les exceptions sont toutes susceptibles d'aménagement contractuel reviendrait selon nous à nier la dimension particulière des exceptions fondées sur des libertés fondamentales. Il nous paraît difficilement concevable que les auteurs puissent par leur simple

---

<sup>59</sup> J.-P. Delmas Saint-Hilaire, *Faits justificatifs. Généralités. Ordre de la loi*, J.-Cl. Pénal, Art. 122-4, n. 84 et 85.

<sup>60</sup> J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, Litec, 1990, n. 206 ; il s'agit notamment de la copie privée et des représentations privées et gratuites effectuées dans un cercle de famille. Ce fondement est prévu par l'article 9.2 de la Convention de Berne. Cet article prévoit la faculté pour les Etats membres de permettre la reproduction des œuvres « *dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ».

<sup>61</sup> A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, n. 352 : M. Lucas mentionne deux fondements incontestables, à savoir la liberté d'expression (fondement des exceptions de citation, d'analyses et résumés, de parodie), et le droit du public à l'information (fondement des exceptions concernant les revues de presse, les discours et comptes rendus d'actualité et même les catalogues de vente aux enchères). En revanche nous partageons son opinion lorsqu'il rejette un quelconque fondement tiré du droit au respect de la vie privée. Les exceptions de copie privée et de représentation effectuée dans le cercle de famille ne sont fondées que sur l'article 9.2 de la Convention de Berne. Le législateur de 1957 n'a jamais entendu faire de la sphère privée une zone autorisée de contrefaçon. En témoigne l'article L. 122-5.2° qui fait échapper à l'exception de copie privée les copies des œuvres d'art « *destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée* ». Le caractère identique de la reproduction semblerait présumer une atteinte aux intérêts légitimes de l'auteur.

volonté faire échec à de telles dispositions. Admettre le contraire reviendrait, selon nous, à vider de toute substance la règle d'interprétation enseignée par M. Carbonnier.

[41] **Objectif des exceptions fondées sur des libertés fondamentales.** – Ce dernier conseille, lorsqu'une loi ne précise pas si elle a un caractère d'ordre public, de rechercher s'il elle « *a pour objectif la protection d'un intérêt public ou d'un intérêt privé* ». <sup>62</sup> En l'espèce, les exceptions de citation ou de parodie ont bien pour objet d'empêcher que le droit d'un particulier, à savoir l'auteur d'une œuvre de l'esprit, puisse faire échec à la liberté fondamentale d'expression ! Elles ne sont que la transcription, le rappel, dans le code de la propriété intellectuelle, de certaines valeurs fondamentales s'imposant à tous.

[42] **Considérations sociologiques.** - En mettant de côté nos observations relatives à la dimension pénale de l'article L. 122-5 du CPI, nous pensons qu'il faudrait limiter la possibilité pour l'auteur d'aménager les exceptions à la copie privée et la représentation dans le cercle de famille.

Cela serait conforme à l'opinion dominante qui a spontanément tendance à qualifier certaines exceptions de droit. <sup>63</sup> La Convention de Berne avait ainsi déjà pris acte de la nature particulière de l'exception de citation. Si les Etats membres ont la faculté de prévoir certaines exceptions, dans le respect du triple test de l'article 9.2, en revanche, quelle que soit la volonté de ces derniers, l'article 10.1 dispose que « *Sont licites les citations tirées d'une œuvre...* ».

## **Chapitre II - La consécration communautaire de la liberté contractuelle**

[43] **Bases légales.** - Si la doctrine admet dans son ensemble qu'auteurs et utilisateurs puissent librement aménager l'exercice des exceptions <sup>64</sup>, nos précédents développements nous conduisent à émettre certaines réserves concernant les dispositions de l'actuel article L. 122-5 du CPI.

Levant toute ambiguïté d'interprétation, certaines directives communautaires prévoient expressément la conciliation des mesures techniques avec les exceptions. La directive de 1991 relative à la protection des logiciels l'envisage négativement en prévoyant qu'aucune dérogation contractuelle n'est possible. <sup>65</sup>

A l'inverse, la nouvelle directive sur la société de l'information du 9 avril 2001 consacre implicitement le principe d'une totale autonomie contractuelle, en garantissant aux auteurs une protection juridique de leurs mesures techniques.

---

<sup>62</sup> J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, coll. Thémis, 24<sup>e</sup> édition, 1996, n. 126.

<sup>63</sup> L. Bochurberg, *Le droit de citation*, Masson 1994 : le titre de son étude en dit long sur l'ambiguïté de la nature juridique de l'exception de citation ; A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, n. 352 : « *C'est une justification très forte, ce qui explique que l'on parle couramment, même en France, de droit de citation ou de droit à la parodie* ».

<sup>64</sup> M. Lucas l'admet expressément dans la deuxième édition de son traité : A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 315 – A notre connaissance, aucun auteur de doctrine ne conteste la possibilité pour le titulaire de droits de protéger ses œuvres par des mesures techniques, ce qui revient à admettre implicitement le principe de liberté contractuelle.

<sup>65</sup> V. l'article L. 122-6-1.V transposant les exceptions de la directive de 1991. (« *Toute stipulation contraire aux dispositions prévues aux II, III, et IV du présent article est nulle et non avenue* »). Nous verrons cependant (*infra* n. 102) qu'elle permet à l'auteur d'aménager partiellement leur exercice.

Seules quelques exceptions dérogent à ce principe en imposant aux Etats membres que leurs bénéficiaires soient mis en mesure de les exercer. Dans ces hypothèses, l'auteur perd sa possibilité d'empêcher l'exercice des exceptions. Cette entorse au principe est toutefois limitée : elle ne s'applique pas pour les « *œuvres mises à la disposition du public à la demande* ». <sup>66</sup>

[44] **Plan.** - La protection accordée aux mesures techniques, ainsi que la faible portée des dérogations prévues à cette protection, démontre implicitement la volonté de soumettre l'exercice des exceptions à la liberté contractuelle des parties (Section I). Il demeure néanmoins un doute quant à la possibilité d'aménager contractuellement l'exception de reproduction provisoire prévue par l'article 5.1 de cette directive ( Section II).

### **Section I - La reconnaissance implicite de la liberté contractuelle**

[45] **Plan.** - La directive sur la société de l'information , contrairement à la directive relative à la protection des logiciels, n'envisage pas expressément la question de la liberté contractuelle des parties, excepté pour les « *œuvres mises à la disposition du public à la demande* ». <sup>67</sup> La possibilité d'interdire contractuellement l'exercice des exceptions se déduit implicitement de la protection juridique qu'elle prévoit contre le contournement des mesures techniques prises par les titulaires de droits. Le caractère limité des dérogations à cette protection juridique témoigne de la volonté de donner une portée générale à la liberté contractuelle.

#### **§1. La protection juridique contre le contournement des mesures techniques**

[46] **Finalité des mesures techniques.** - La directive assigne une finalité aux mesures techniques. Elles sont destinées à « *... empêcher ou à limiter (...) les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur...* ». <sup>68</sup> Autrement dit elles sont le reflet de la volonté contractuelle de l'auteur.

[47] **Protection des mesures techniques.** - Or les trois premiers paragraphes de l'article 6 de la directive sur la société de l'information imposent aux Etats membres de prévoir « *une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace* ». <sup>69</sup> En garantissant aux auteurs une protection juridique de leurs mesures techniques, la directive garantit ainsi une protection juridique de leur volonté contractuelle.

Ces dispositions permettent donc à l'auteur d'étendre le champ de sa liberté contractuelle à l'exercice des exceptions. En empêchant par exemple toute copie de son discours, l'auteur empêche de la même façon toute citation ou toute diffusion par voie de presse et à titre d'actualité de ce dernier.

---

<sup>66</sup> Le considérant 25 de la directive sur la société de l'information vise sous ces termes la mise à « *la disposition du public des œuvres (...) par voie de transmission numérique* ». Cet alinéa concerne ainsi toutes les hypothèses de *pay per view*.

<sup>67</sup> Art. 6.4 al. 4 de la directive sur la société de l'information : « *... selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties ...* ».

<sup>68</sup> Art. 6.3 de la directive sur la société de l'information.

<sup>69</sup> Art. 6.1 de la directive sur la société de l'information.

## §2. Des dérogations à la liberté contractuelle limitées

[48] **Plan.** - L'article 6.4 prévoit certes une dérogation à cette protection juridique, mais limite son champ d'application à 8 exceptions limitativement énumérées. De plus leur portée est limitée. Elle ne s'applique pas aux « *œuvres mises à la disposition du public à la demande* ».

### **A. Des exceptions limitativement énumérées**

#### 1. Les exceptions de l'article 6.4, alinéa 1, de la directive sur la société de l'information

[49] **Article 6.4 al. 1.** - L'article 6.4 al.1 pose, pour permettre l'exercice de 7 exceptions, une dérogation à la protection juridique prévue contre le contournement des mesures techniques.<sup>70</sup> Leur exercice doit en dernier lieu être assuré à leurs bénéficiaires par les Etats membres qui « *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, point 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...* ».<sup>71</sup>

[50] **Lecture a contrario de l'article 6.4 al. 1.** - A contrario, toutes les exceptions qui ne sont pas garanties en dernier lieu par les Etats membres peuvent voir leur exercice empêché ou limité par les mesures techniques prises par l'auteur. Cette dérogation à la protection juridique prévue contre le contournement des mesures techniques nous apparaît extrêmement limitée. Elle ne s'applique en effet qu'à 7 exceptions sur les 21 prévues par la directive. Et il est peu probable que ces dernières soient transposées par les Etats membres.<sup>72</sup>

La volonté de revenir à un principe de liberté contractuelle dans l'exercice des exceptions est donc on ne peut plus claire. Les mesures techniques indiquent la volonté contractuelle des auteurs, et leur contournement par les utilisateurs constitue une violation de leur protection juridique, entraînant leur responsabilité.

#### 2. Le régime facultatif de la copie privée

[51] **La faculté de contournement offerte aux Etats membres.** - L'article 6.4 al.2 de la directive dispose qu'« *Un Etat membre peut prendre de telles mesures à l'égard du bénéficiaire d'une exception ou limitation prévue conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b) ...* ».

---

<sup>70</sup> V. *infra* n. 105.

<sup>71</sup> Il s'agit, respectivement, des exceptions prévues pour la reprographie, les actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement, des musées ou des archives, les enregistrements éphémères effectués par les radiodiffuseurs, la reproduction d'émissions faites par des institutions sociales sans but lucratif comme les prisons et les hôpitaux, l'utilisation à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche scientifique, les utilisations au bénéfice de personnes handicapées, et enfin les utilisations à des fins de sécurité publique ou pour assurer le bon déroulement des procédures.

<sup>72</sup> V *infra* n. 87 et s.

Contrairement à l'alinéa 1, les Etats membres n'ont donc aucune obligation de garantir l'exercice effectif de l'exception de copie privée. Il ne s'agit que d'une simple faculté.

Pour M. Lucas, cette disposition témoigne de ce qu' « *il n'y a aucune raison ... de changer de logique et d'investir l'utilisateur d'un droit lui permettant par exemple de faire obstacle à la mise en place de dispositifs interdisant, limitant ou contrôlant la copie* ». <sup>73</sup>

[52] **Distinction copie privée numérique et copie privée analogique.** - Pour la directive, il semble que cette faculté soit destinée à permettre une distinction entre le régime juridique de la copie privée analogique avec celui de la copie privée numérique.

Selon son considérant 38, « *la confection de copies privées sur support numérique est susceptible d'être plus répandue et d'avoir une incidence économique plus grande. Il y a donc lieu de tenir dûment compte des différences existant entre copies privées numériques et analogiques et de faire une distinction entre elles à certains égards* ».

Le considérant 39 précise ainsi qu'en matière de copie privée numérique, « *de telles exceptions ou limitations ne doivent faire obstacle ni à l'utilisation de mesures techniques, ni à la répression de tout acte de contournement* ».

[53] **Limitation du nombre de reproductions possibles.** - On pourrait donc parfaitement envisager que les Etats membres choisissent de garantir uniquement l'exercice de l'exception de copie privée analogique. Dans l'hypothèse où ces derniers choisiraient de garantir également l'exercice de la copie privée numérique, l'article 6.4 al. 2 *in fine* prévoit qu'ils ne pourraient pas « *empêcher les titulaires de droits d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions* ». Cette dernière disposition vise ainsi à garantir aux auteurs la prise en compte du préjudice pouvant résulter des copies numériques.

## **B. Des dérogations qui ne s'appliquent pas aux transmissions d'œuvres à la demande**

### 1. Genèse de l'article 6.4 alinéa 4

[54] **Le précédent de la câblo-distribution interactive.** - La volonté de permettre le jeu de la liberté contractuelle pour les « *œuvres mises à la disposition du public à la demande* » n'est pas nouvelle. C'est elle qui en 1985 a exclu du champ d'application de la licence légale la câblo-distribution interactive, <sup>74</sup> permettant ainsi aux producteurs de phonogrammes et aux artistes-interprètes de négocier les conditions d'exploitation de leurs oeuvres dans cet environnement.

---

<sup>73</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 315.

<sup>74</sup> V. l'article L. 214-1 du CPI : « *Lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, l'artiste interprète et le producteur ne peuvent s'opposer (...) à la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion* » A contrario ces derniers peuvent s'opposer à la distribution de programmes à la demande par les chaînes câblées ; Rapport RICHARD, n. 2235, p. 48 (L'objectif était alors de « *protéger l'industrie phonographique et les artistes-interprètes contre la constitution de banques de phonogrammes accessibles, à la demande, par les usagers* » ; A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 846.

La question s'est à nouveau posée dans l'environnement numérique, conduisant les producteurs de phonogrammes à revendiquer un retour au principe d'exclusivité. Aussi les articles 10 et 14 du Traité de l'OMPI, ainsi que l'article 3.2 de la nouvelle directive sur la société de l'information prévoient « *le droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* ».

[55] **La question de la suppression des exceptions dans l'environnement numérique.** - Cette volonté de revenir au principe d'exclusivité ne concerne pas seulement la possibilité de négocier les conditions d'exploitation de leurs œuvres sur les réseaux. Ils souhaitent aussi pouvoir interdire l'exercice des exceptions. Certains ont même demandé la suppression pure et simple de toutes les exceptions dès lors qu'il y avait exploitation des œuvres en réseau.<sup>75</sup>

Deux séries d'argument sont avancés. D'une part l'environnement numérique se prêterait à la négociation contractuelle du fait du rapport direct se créant entre auteurs et utilisateurs. D'autre part la possibilité pour l'auteur de contrôler la circulation et l'usage de ses œuvres sur le réseau lui permettrait de faire respecter sa volonté contractuelle.

[56] **Le compromis proposé par le Conseil d'Etat.** - Cette solution radicale se heurterait très certainement à l'opposition de principe de tous ceux qui reconnaissent dans les exceptions des droits fondamentaux. La dimension symbolique du problème a conduit le Conseil d'Etat, dans son rapport du 2 juillet 1998, à proposer une solution de compromis à propos de la copie privée. « *Elle consisterait à poser comme principe légal que la copie privée (...) est autorisée, sauf interdiction expresse du titulaire des droits sur l'œuvre, notifiée au copiste lors de la copie initiale sur le site par un message explicite* ». <sup>76</sup>

## 2. Régime de l'article 6.4, alinéa 4

[57] **La possibilité d'interdire contractuellement l'exercice des exceptions.** - La nouvelle directive, dans son article 6.4 al.4, suit cette proposition en l'étendant à l'ensemble des exceptions. Ce dernier dispose que « *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* ». En dérogeant aux deux premiers alinéas de l'article 6.4, l'alinéa 4 prévoit donc un régime spécifique pour la transmission des œuvres à la demande. Les exceptions prévues par les Etats membres continueront à s'appliquer, sous réserve de stipulations contractuelles contraires de la part de l'auteur. Ce dernier pourra dans ce cas interdire toute citation ou toute copie privée de son œuvre.<sup>77</sup>

Il n'y aura donc pas lieu de distinguer suivant qu'il s'agit d'exceptions garanties par les Etats membres ou d'exceptions non garanties.

---

<sup>75</sup> Lamy, *Droit de l'informatique et des réseaux*, 2000, n. 2481, p. 1429.

<sup>76</sup> *Internet et les réseaux numériques*, Rapport du Conseil d'Etat, La Documentation française, 2 juillet 1998, p. 144.

<sup>77</sup> Se posera très certainement le problème des exceptions fondées sur des libertés fondamentales. Il est par exemple probable que les auteurs souhaiteront interdire toute parodie de leurs œuvres. Ils se verront probablement dans ce cas opposer les dispositions fondamentales relatives à la liberté d'expression.

[58] **Bilan de la directive du 9 avril 2001.** - En dépit de son bilan mitigé quant à l'harmonisation des exceptions, la directive sur la société de l'information a donc le mérite de clarifier la conciliation des exceptions avec la liberté contractuelle des parties. Sur les 21 exceptions qu'elle énonce, seule l'exception de l'article 5.1 voit son aménagement contractuel susceptible de controverses.

## **Section II - La question du possible aménagement contractuel de l'exception de reproduction provisoire**

[59] **Fondement de l'exception.** - La définition extensive de la notion de reproduction inclut théoriquement dans le champ du droit exclusif de l'auteur les fixations provisoires qu'implique la circulation d'une œuvre sur les réseaux numériques. Or M. Lucas souligne que « *le bon sens répugne à considérer qu'une même transmission puisse correspondre à 43 actes de reproduction, tous subordonnés à l'autorisation de l'auteur de l'œuvre transmise, sous prétexte que le processus technique s'est traduit par 43 fixations qui ont duré seulement un instant de raison* ». <sup>78</sup>

Une exception était donc nécessaire afin de concilier ce « *bon sens* » aux systèmes de droit d'auteur. Aussi la directive sur la société de l'information introduit à son article 5.1 la seule exception dont la transposition soit obligatoire par les Etats membres.

[60] **Enjeux de la question.** - Toutefois cette même directive ne prévoit rien quant à la possibilité pour les titulaires de droits d'interdire contractuellement l'exercice de cette exception. La question de la nature juridique de cette exception est donc ouverte. Il est probable qu'elle suscitera de nombreuses controverses. D'importants enjeux économiques dépendent de la solution qui sera retenue. Le *lobbying* ayant entouré sa rédaction témoigne de ces contentieux potentiels.

[61] **Plan.** - Nous étudierons respectivement l'argument défavorable, puis les arguments favorables à la liberté contractuelle de l'auteur.

### **§1. Argument défavorable à la liberté contractuelle : l'obligation de transposition**

[62] **La seule exception dont la transposition soit obligatoire par les Etats membres.** - Les futurs commentaires relatifs à l'adoption de cette directive souligneront très certainement son échec quant à son objectif d'harmonisation des exceptions.<sup>79</sup> Sur les 21 exceptions prévues par ce texte, une seule devra impérativement être transposée. Les Etats membres auront la faculté, et non pas l'obligation, de transposer les 20 autres. Ainsi sera respectée « *la diversité des traditions juridiques des Etats membres* » recherchée par le considérant 32. Il est probable que la situation sera quasiment inchangée au terme de son délai de transposition.

Si l'on voulait faire du mauvais esprit, on pourrait conclure qu'aux yeux de la directive, pour qui « *le degré d'harmonisation de ces exceptions doit être fonction de leur incidence sur le bon fonctionnement du marché intérieur* » (considérant 31), seule l'exception de reproduction

---

<sup>78</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 322.

<sup>79</sup> Considérant 31 : « *les disparités qui existent au niveau des exceptions et des limitations (...) ont une incidence négative directe sur le fonctionnement du marché intérieur dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins* ».

provisoire est susceptible d'une telle incidence. Sans aller jusque là, ces remarques préalables ont pour but de souligner la place originale que tient cette exception au sein de la directive du 9 avril 2001.

[63] **Portée juridique de cette obligation de transposition ?** - L'exception est ainsi impérative pour les Etats membres. Par analogie on pourrait y voir une exception d'ordre public. L'ordre public concernerait alors les rapports entre les Etats membres et la Communauté Européenne. Il pourrait ainsi être avancé comme argument que ce caractère impératif doit s'étendre aux rapports de droit privé entre auteurs et bénéficiaires de l'exception.

L'argument tiré de l'obligation de transposition mérite très certainement attention. Toutefois il ne nous semble pas décisif. C'est le seul argument défavorable à la liberté contractuelle de l'auteur. Il ne s'appuie sur aucun fondement juridique, mais sur la place originale de l'exception au sein de la directive. Il tend de plus à s'effacer devant le poids des autres arguments favorables au jeu de la liberté contractuelle.

## **§2. Arguments favorables à la liberté contractuelle de l'auteur**

[64] **Plan.** - Des arguments d'ordre juridique, économique et technique nous conduisent à soutenir l'idée d'un possible aménagement contractuel de l'article 5.1 par l'auteur.

### **A. Arguments juridiques**

[65] **Absence de dispositions impératives.** - La rédaction de l'article 5.1 ne prévoit rien en ce qui concerne la possibilité pour l'auteur d'empêcher ou limiter contractuellement son exercice.<sup>80</sup>

De même cette exception n'est pas visée par l'article 6.4 al.1. Or cet article énumère distinctement 7 exceptions dont l'exercice effectif doit être assuré à leurs bénéficiaires. Il y a donc tout lieu de considérer cette liste comme limitative, et d'interprétation stricte.<sup>81</sup> A contrario donc, l'auteur ne devant pas assurer aux utilisateurs l'exercice effectif de l'exception de reproduction provisoire, rien ne s'oppose à ce qu'il empêche techniquement son exercice.

[66] **Le régime relatif aux transmissions numériques d'œuvres à la demande.** - Enfin un dernier argument pourrait être tiré de l'article 6.4 al. 4 relatif aux transmissions numériques d'œuvres à la demande. Cet article prévoit que les relations contractuelles doivent primer dans ce type d'environnement, y compris pour les exceptions de l'article 6.4 al. 1 et 2.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> L'article 5.1 dispose seulement 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, ayant pour unique finalité de permettre a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2* ».

<sup>81</sup> Elle a pour effet d'anéantir la protection juridique des mesures techniques visant à contrôler l'usage des œuvres. Or il est très probable que la France gardera une protection pénale de ces mesures, par le biais du délit de contrefaçon. L'article 6.4 s'analysant alors comme une cause exonératoire de responsabilité pénale, il y a tout lieu de penser qu'il sera d'interprétation stricte, comme tout texte de nature pénale.

<sup>82</sup> V. *supra* n. 54 et s.

Par conséquent l'exception de reproduction provisoire, destinée à l'acheminement des œuvres sur les réseaux numériques, devrait logiquement être soumise à ce principe de liberté contractuelle.

## B. Arguments économiques

[67] **La condition de l'absence de signification économique indépendante.** - L'article 5.1 soumet la possibilité d'effectuer des reproductions provisoires à la condition qu'elles n'aient « *pas de signification économique indépendante* ». M.Lucas y voit une source d'incertitudes autorisant « *bien des interprétations* ». <sup>83</sup>

[68] **Le débat relatif aux copies « caches ».** - La directive interprète favorablement cette exception au profit de ses bénéficiaires. Son considérant 23 envisage comme licites les actes de *browsing* et de *caching*.

Cette position n'est pas unanimement partagée. Si chacun semble admettre la pertinence d'une exception au profit des copies éphémères ou volatiles<sup>84</sup> (*browsing*), beaucoup tendent à privilégier la solution contractuelle pour les copies « *caches* » et les copies de sites dites « *miroir* ». <sup>85</sup>

Ainsi Madame Pourtaud, dans son rapport au Sénat<sup>86</sup>, considère que « *le recours aux caches* » et a fortiori aux sites miroirs permet aux utilisateurs d'accéder plus facilement, plus rapidement, en plus grand nombre à l'œuvre mise à la disposition : il détermine donc les conditions de communication de l'œuvre, et a des conséquences sur sa diffusion. (...) Il paraît donc normal que ces « conditions de diffusion » fassent partie des éléments pris en compte lors de la négociation du contrat d'exploitation d'une œuvre en réseau de même, par exemple, que le mode de calcul de la rémunération de cette exploitation ou que les conditions de protection de l'œuvre contre le piratage ».

Le Conseil d'Etat, dans son rapport du 2 juillet 1998, suggérait que les copies « *caches* » bénéficient d'une exception, moyennant la contrepartie d'une rémunération forfaitaire, acquittée par les fournisseurs d'accès. <sup>87</sup>

## C. Arguments techniques

[69] **Le possible recours aux mesures techniques.** - Le rapporteur à l'Assemblée Nationale, Monsieur Paul, plaide en faveur d'un renvoi à la pratique contractuelle. Cette dernière est rendue possible grâce à la technique. « *Il apparaît en effet que les fournisseurs de contenu ont techniquement la possibilité de faire configurer leurs fichiers de telle sorte que le processus de cache fonctionne ou non* ». <sup>88</sup>

<sup>83</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 323.

<sup>84</sup> Rapport Pourtaud, Doc. Sénat, n. 317, 28 avril 1999, p. 18 : « *les reproductions volatiles sont indispensables à la communication de l'œuvre : sans elles, il n'y a tout simplement pas de communication* ».

<sup>85</sup> V. Rapport Paul, Doc. AN, n. 1401, 17 févr.1999, p. 20 : les copies « *caches* » sont des copies temporaires, réalisées par les fournisseurs d'accès sur leurs serveurs, des pages les plus consultées afin d'accélérer l'accès à ces informations. Elles évitent ainsi les connexions systématiques aux sites « *mères* ». Les copies « *miroir* » sont des reproductions complètes de sites destinés « à faciliter la transmission intercontinentale » de ces derniers.

<sup>86</sup> Rapport Pourtaud, Doc. Sénat, n. 317, 28 avril 1999, p. 18

<sup>87</sup> *Internet et les réseaux numériques*, Rapport du Conseil d'Etat, La Documentation française, 2 juillet 1998, p. 146-147

<sup>88</sup> Rapport Paul, Doc. AN, n. 1401, 17 févr.1999, p. 20

L'ancien ministre de la culture Madame Trautmann considère ainsi qu'il vaut « *mieux faire le pari de la capacité des parties en présence à nouer des relations contractuelles équilibrées* ». <sup>5</sup>

[70] **Conclusion.** - Au gré de ces développements, nous ne pouvons que nous rallier aux inquiétudes de M. Lucas quant à l'incertitude juridique entourant l'application de l'article 5.1. Nous considérons que la soumission de cette exception à la condition de l'« *absence de signification économique indépendante* » devrait conduire à permettre le jeu de la liberté contractuelle. L'appréciation de cette condition devrait être laissée à l'auteur. Ce n'est qu'en cas d'abus de ce dernier qu'un recours au juge devrait être possible. Cette solution aurait le mérite de respecter la philosophie du système français pour qui l'auteur est au centre du dispositif. Elle serait conforme à l'analyse de M. Lucas pour qui les exceptions ne font classiquement naître que des facultés, aménageables par les auteurs.

## Partie II - Les exceptions partiellement aménageables

[71] **Plan.** - Si le législateur communautaire entend soumettre de façon générale l'exercice des exceptions à la volonté contractuelle des parties, il déroge ponctuellement à ce principe en conférant à certaines exceptions un caractère impératif. C'est le cas des exceptions relatives à l'utilisation légitime des logiciels et des exceptions visées par l'article 6.4 de la directive sur la société de l'information du 9 avril 2001. L'objectif est d'empêcher que l'auteur puisse, par des mesures techniques, paralyser totalement l'exercice de ces exceptions.

Toutefois cet objectif n'exclut pas une relative autonomie contractuelle de la part de l'auteur. Si ce dernier ne peut interdire l'exercice de ces exceptions, il peut néanmoins l'aménager, « *dans la mesure nécessaire* » pour en bénéficier. Rien n'empêche l'auteur de fixer lui-même les modalités destinées à permettre l'exercice effectif de ces exceptions.

Si la finalité de ces exceptions est impérative (Chapitre I), leur exercice apparaît contractuellement aménageable (Chapitre II).

### Chapitre I - Une finalité impérative

[72] **Généralisation des mesures techniques.** - La directive du 14 mai 1991 relative à la protection juridique des logiciels a été le premier texte à envisager expressément le caractère impératif de certaines exceptions. L'article L. 122-6-1 du CPI, transposant l'article 5.2 de cette directive, prévoit en effet que toute stipulation contraire aux dispositions concernant la copie de sauvegarde, l'analyse et la décompilation est « *nulle et non avenue* ».

Nous avons déjà observé que cette prise en compte par le législateur de la liberté contractuelle des parties coïncide avec la possibilité pour l'auteur de faire respecter sa volonté par le biais de mesures techniques.

Or l'ensemble des œuvres est aujourd'hui susceptible de faire l'objet de protections techniques destinées à contrôler leur usage. Il était donc nécessaire, dans le cadre de l'harmonisation communautaire, de repenser globalement la conciliation des mesures techniques avec les exceptions. La directive sur la société de l'information du 9 avril 2001 prévoit ainsi tout un chapitre III relatif à « *La protection des mesures techniques et (à l') information sur le régime des droits* ». Comme nous l'avons vu, son article 6.4 pose une

distinction entre les exceptions techniquement aménageables et 8 exceptions (dont une facultative) dont l'exercice effectif doit être assuré à leurs bénéficiaires.

[73] **Plan.** - Il convient dans un premier temps d'étudier le caractère impératif des exceptions relatives à l'utilisation des logiciels (Section I), puis dans un second temps celui des exceptions prévues par l'article 6.4 de la directive du 9 avril 2001 (Section II).

## **Section I - Les exceptions relatives à l'utilisation des logiciels**

### **§1. Le droit à la copie de sauvegarde**

[74] **Fondement de l'exception de copie de sauvegarde.** - Les utilisateurs d'informatique doivent savoir qu'il est nécessaire de conserver les programmes exploités en machine sur des supports distincts, dans l'hypothèse où la machine connaîtrait une défaillance. L'exception de copie privée apparaissant inadaptée à cette nécessité, le législateur de 1985 a créé une exception spécifique de copie de sauvegarde.<sup>89</sup>

Les enjeux économiques de cette exception ont naturellement conduit à s'interroger sur sa nature, afin de déterminer s'il était possible ou non d'y déroger contractuellement.

La rédaction de l'article 47 de la loi du 3 juillet 1985 a plongé la doctrine dans une grande perplexité. Sa rédaction actuelle empêche toute controverse.

#### **A. La controverse relative à l'article 47 de la loi du 3 juillet 1985**

[75] **Enoncé de l'article 47.** - Cet article 47 disposait que « *par dérogation au 2° de l'article 41 de la loi du 11 mars 1957, (...) toute reproduction autre que l'établissement d'une copie de sauvegarde par l'utilisateur ainsi que toute utilisation d'un logiciel non expressément autorisée par l'auteur ou ses ayants droits est passible des sanctions prévues par ladite loi* ». <sup>90</sup> Son interprétation a donné lieu à deux « *positions extrêmes* ». <sup>91</sup>

[76] **Interprétation restrictive.** - Pour M. Lucas, cet article ne faisait « *qu'interdire les copies réalisées dans un but autre que celui de précaution* ». Elle ne créait donc pas au profit de l'utilisateur un « *droit à la copie de sauvegarde* » et ne s'opposait donc pas à la mise en œuvre de techniques interdisant matériellement toute reproduction.<sup>92</sup> On retrouvait déjà sa théorie selon laquelle l'interprétation restrictive des exceptions empêche les utilisateurs d'en inférer l'existence de droits opposables aux auteurs.<sup>93</sup>

[77] **Arguments en faveur d'un droit à la copie de sauvegarde.** - Toute autre était la position de M. Le Stanc. Pour ce dernier, si le législateur de 1985 interdisait toute

---

<sup>89</sup> L'exception de copie privée présentait de graves risques d'atteinte aux intérêts économiques des créateurs de logiciels. De plus son régime restrictif interdisant toute utilisation collective, les entreprises ne pouvaient pas légalement se prémunir des défaillances informatiques.

<sup>90</sup> JCP G 1985, III, 57400 et 57934.

<sup>91</sup> JCP G 1988, II, 21003, note B. Edelman.

<sup>92</sup> A. Lucas, *Le droit de l'informatique*, Coll. Thémis, P.U.F., 1987, n. 215.

<sup>93</sup> V. *supra* n. 29.

reproduction, il fallait en excepter l'hypothèse où l'utilisateur avait été mis licitement en possession du logiciel et en avait établi une copie de sauvegarde.<sup>94</sup>

M. Edelman, suivant cette interprétation, en avait déduit un véritable droit au profit de l'utilisateur. « *L'exception à une interdiction a pour effet, en toute logique, de permettre ce qui est interdit.* » Dès lors la mise en place de mesures techniques de protection reviendrait à interdire ce qui est expressément permis par la loi. Ce qui reviendrait « *à une sorte de justice privée* ». <sup>95</sup>

Développant à l'extrême la logique d'un droit à la copie de sauvegarde, M. Edelman provoque dans sa note le lecteur en qualifiant d' « *auxiliaires de justice* » les revues fournissant des procédés de « *déplombages* ». Elles fourniraient ainsi aux utilisateurs les moyens d'exercer pleinement leurs droits, le « *plombage* » réalisé par l'auteur devant être considéré comme illégal.

## **B. La consécration d'un droit à la copie de sauvegarde par la loi du 10 mai 1994**

[78] **Qualification de droit.** - La loi du 10 mai 1994, transposant la directive du 14 mai 1991 relative à la protection des programmes d'ordinateur a introduit un article L. 122-6-1.II dans le CPI. Ce dernier dispose 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* ». M. Lucas relève que si apparemment le texte ne fait qu'énoncer une faculté (peut faire), c'est bien d'un droit opposable à l'auteur dont se trouve investi l'utilisateur. Cette qualification se déduit de l'article L. 122-6-1.V du CPI qui interdit toute stipulation contractuelle contraire.<sup>96</sup>

### **§2. L'utilisation normale par un acquéreur légitime et correction des erreurs**

[79] **Actes autorisés.** - L'article L. 122-6-1.I du CPI dispose que « *les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6 ne sont pas soumis à l'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, y compris pour corriger des erreurs* ». Dans une telle hypothèse, l'utilisateur légitime ne peut se voir reprocher par le titulaire des droits les actes de reproduction, permanent ou provisoire, les actes de traduction, d'adaptation, d'arrangement ou de modification du logiciel. De même il peut corriger des erreurs découvertes à l'occasion de l'exécution du logiciel.<sup>97</sup>

[80] **Possibilité d'une réserve contractuelle.** - L'alinéa 2 de cet article permet à l'auteur d'aménager contractuellement l'exercice de l'exception. « *L'auteur est habilité à se réserver par contrat le droit de corriger les erreurs et de déterminer les modalités particulières auxquelles seront soumis les actes (d'adaptation, et de reproduction) nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel conformément à sa destination* ».

<sup>94</sup> Le Stanc, J.-Cl. Brevet, fasc.155, n. 36.

<sup>95</sup> On retrouve le débat soulevé dans notre première partie. (n. 31)

<sup>96</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 319.

<sup>97</sup> Cette disposition témoigne de l'émergence d'une « *théorie de la finalité* » sur la scène européenne. L'autorisation de l'auteur ou de son ayant droit n'est pas requise lorsque l'utilisation du logiciel conformément à sa destination demande l'exécution d'une reproduction ou d'une modification. (F. Dessemontet, *Le droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausanne, 1999, volume n° 39, n. 1166).

[81] **Finalité de l'exception.** - Malgré cette possibilité d'aménagement contractuel, il semble que la volonté du législateur communautaire ait été de consacrer une exception impérative visant à assurer l'utilisateur du droit de jouir du logiciel conformément à l'usage pour lequel il l'a acquis. « *Selon la Commission, l'article 5 (1) et le considérant 18 (de la directive de 1991) ont pour objet d'empêcher qu'un contrat interdise à l'acquéreur légitime d'un programme d'accomplir l'un des actes soumis à restriction qui sont nécessaires pour pouvoir utiliser le programme d'une manière conforme à sa destination, y compris pour corriger des erreurs. Un contrat peut cependant inclure des dispositions spécifiques qui « contrôlent » les actes soumis à restriction pouvant être accomplis par l'utilisateur du programme d'ordinateur* ». <sup>98</sup>

[82] **Distinction entre existence et exercice de l'exception.** - La Commission distingue donc entre l'existence et l'exercice de l'exception. Elle souhaite que l'auteur ne puisse par contrat paralyser ou interdire la possibilité d'effectuer les reproductions ou adaptations du logiciel protégé. En revanche elle lui accorde une relative autonomie contractuelle quant aux modalités d'exercice de celle-ci. Son existence est garantie, mais son exercice contractuellement aménageable.

### **§3. L'exception d'analyse**

[83] **Inutilité de l'exception.** - Selon les articles L. 122-6-1.III et L. 122-6-1.V, l'auteur ne peut par contrat interdire à l'utilisateur légitime d' « *observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce logiciel afin de déterminer les idées et les principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel* ».

Nous nous rallions à l'interrogation générale que suscite cette disposition.<sup>99</sup> M. Vivant résume très bien l'inintérêt de celle-ci en considérant qu'elle « *permet de regarder ... ce qu'il est permis de voir* ». <sup>100</sup> Toujours est-il que l'utilisateur légitime se voit conférer par ce texte un véritable droit d'analyser ce qu'il peut voir !

### **§4. Le droit de décompilation des logiciels**

[84] **Finalité de l'exception.** - Le droit de décompilation des logiciels est prévu par l'article L. 122-6-1.IV du CPI.<sup>101</sup> Là encore l'article L. 122-6-1.V dispose que « *toute stipulation contraire est nulle et non avenue* », conférant à cette exception la valeur d'un véritable droit.<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur la mise en oeuvre et les effets de la directive 01/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, 10 Avril 2000, p. 12-13, disponible sur le site <http://europa.eu.int/> site visité le 18 mai 2001,

<sup>99</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 320.

<sup>100</sup> M. Vivant, *Logiciel 94 : tout un programme ?* : JCP G 1994, I, 3792, n. 16.

<sup>101</sup> L'article L. 122-6-1.IV du CPI dispose que « *La reproduction du code logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1<sup>o</sup> et du 2<sup>o</sup> de l'article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels* ».

<sup>102</sup> X. Linant de Bellefonds, *Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine pour les cloneurs ?*, JCP G 1998, I, 118, p. 479-484 ; Dans cet article, M. Linant de Bellefonds voit en cette exception un véritable droit sui generis au profit des utilisateurs, faisant « *entièrement cavalier seul dans le paysage de la propriété littéraire et artistique* ».

Ce droit a pour objet de permettre l'ingénierie inverse sur les logiciels, en démontant leur structure pour retrouver les instructions qui en déterminent le fonctionnement. Ainsi permise, l'interopérabilité des logiciels permet une concurrence effective entre les producteurs de logiciels.

## **Section II - Les exceptions impératives de l'article 6.4 de la directive sur la société de l'information**

[85] **Plan.** - L'article 6.4 de la directive sur la société de l'information prévoit des exceptions dont l'exercice effectif doit être assuré à leurs bénéficiaires. S'il apparaît que l'exercice de ces dernières doit être assuré en dernier lieu par les Etats membres, leur transposition n'est paradoxalement pas garantie par la directive.

### **§1. Un exercice garanti par les Etats membres**

[86] **Rôle des Etats membres.** - L'article 6.4 al.1 dispose que « *nonobstant la protection juridique prévue au paragraphe 1 (...) les Etats membres prennent les mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national (...) puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations* ». Cette disposition anéantit la protection juridique prévue par l'article 6.1 « *contre le contournement de toute mesure technique efficace* ». <sup>103</sup> Toutefois le contournement de ces mesures techniques ne sera possible que par les Etats membres qui prendront « *les mesures appropriées* » pour les contourner. Le contournement sera donc illicite s'il provient de l'utilisateur ou d'un tiers. <sup>104</sup> On peut ainsi analyser les exceptions garanties par les Etats membres comme des dispositions impératives s'imposant aux titulaires de droits d'auteurs.

Cette contrainte imposée aux Etats membres risque toutefois de dissuader ces derniers de transposer ces exceptions.

### **§2. Une transposition non garantie**

[87] **Incohérence de la directive.** - Aucun critère de classification pertinent ne ressort de l'étude de ces exceptions, empêchant de retenir un quelconque fondement juridique à la « *garantie d'effectivité* » qui leur est accordée. Cela témoigne du climat de *lobbying* ayant entouré l'adoption de cette directive, ainsi que des nombreux compromis réalisés par les Etats membres. <sup>105</sup> Ces difficultés risquent cependant d'être préjudiciables à la transposition de ces exceptions.

---

<sup>103</sup> On ne voit pas encore très bien quelles seront ces « *mesures appropriées* ». On pourrait par exemple imaginer un organisme du contournement des mesures techniques auquel les intéressés devraient se référer pour obtenir les moyens d'exercer leur exception.

<sup>104</sup> V. *infra* n. 107 et s.

<sup>105</sup> [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/fr/int](http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/int), site visité le 18 mai 2001 ; Pour 15 articles, 60 considérants ont dû être adoptés. Il s'agissait de satisfaire à la fois les revendications des groupements de consommateurs, d'industriels, ainsi que des sociétés de gestion collective.

En effet les Etats membres n'ont pas l'obligation de les transposer.<sup>106</sup> On aboutit ainsi à une solution curieuse qui, bien que conférant à certaines exceptions une valeur juridique particulièrement forte, n'impose pas leur transposition et par conséquent ne garantit pas leur existence.

[88] **Plan.** - Il est probable que les obligations qu'imposeraient ces exceptions aux Etats membres, en bouleversant les équilibres du droit d'auteur, dissuaderont ces derniers de les transposer. Il convient ainsi d'étudier chacune de ces 8 exceptions afin d'envisager leur chance de transposition.

## A. L'exception de reprographie

[89] **Compensation équitable.** - Prévues à l'article 5.2 a), elle concerne les reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout procédé ayant des effets similaires.<sup>107</sup>

Bien que subordonnée au versement d'une compensation équitable, cette contrepartie ne nous semble pas suffisante pour envisager une transposition par le législateur français. Certes l'article L.122-10 du CPI prévoit une gestion collective obligatoire des droits de reprographie dès lors qu'est intervenue la publication de l'œuvre. De ce fait l'auteur se voit là aussi retirer son droit d'interdire les reproductions effectuées sur de tels supports.

[90] **Renversement de perspective.** - Toutefois un tel argument ne doit pas masquer le renversement de perspective opéré par l'article 5.2 a). Le centre de gravité se déplace de l'auteur vers l'utilisateur, ce qui n'est pas la logique de la gestion collective obligatoire.<sup>108</sup> L'article L. 122-10 du CPI place expressément les intérêts de l'auteur au centre du dispositif. Elle n'affecte en rien la liberté contractuelle de l'auteur quant à la conclusion de conventions avec les utilisateurs.<sup>109</sup>

Par conséquent la transposition de cet article, en empêchant toute liberté contractuelle, bouleverserait l'équilibre recherché par l'actuelle législation française. Il est donc peu probable qu'elle sera effectuée.

## B. L'exception de copie privée

[91] **Régime facultatif de l'article 6.4 al. 2.** - Les Etats membres ne sont pas obligés d'assurer un exercice effectif de la copie privée.<sup>110</sup> Ils en ont simplement la faculté. La tradition juridique française refusant de voir dans cette exception un droit au profit des

---

<sup>106</sup> Le caractère facultatif de la transposition de ces exceptions est contraire à toute logique d'harmonisation. La liberté de transposition laissée aux Etats membres est beaucoup trop importante. Il faudra s'attendre à de futurs contentieux devant la CJCE pour déterminer si les Etats membres n'abusent pas de leur liberté de transposition.

<sup>107</sup> A l'exception des partitions.

<sup>108</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 694 ; la gestion collective obligatoire a pour « but de donner un contenu concret à des prérogatives qui, autrement, resteraient lettre morte ».

<sup>109</sup> Son alinéa 3 dispose que cette gestion collective obligatoire « ne fait pas obstacle au droit de l'auteur ou des ses ayants droit de réaliser des copies aux fins de vente, de location, de publicité ou de promotion ».

<sup>110</sup> V *supra* n. 51 et s.

utilisateurs, il est peu probable que cette faculté sera utilisée. Les auteurs pourront donc empêcher ou limiter, techniquement et contractuellement, l'exercice de cette exception.

### C. Les exceptions en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information

[92] **Exceptions concernées.** - Deux exceptions sont concernées.<sup>111</sup> D'une part l'article 5.2 c) visant « *les actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives* ». D'autre part l'article 5.3 a) permettant aux Etats membres de 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* ».

[93] **Refus traditionnel de la France de transposer ces exceptions.** - Cette faculté laissée aux Etats membres de prévoir de telles exceptions se retrouve dans de nombreuses conventions internationales, ainsi que dans de nombreux systèmes.<sup>112</sup> Néanmoins la France a toujours refusé d'introduire de telles exceptions du fait de la primauté qu'elle donne aux intérêts de l'auteur sur ceux du public.<sup>113</sup> Il est donc peu envisageable que la France transpose des exceptions qu'elle se refuse depuis toujours à intégrer dans son ordre juridique interne. D'autant plus qu'il s'agit dans cette directive d'exceptions dont l'exercice effectif est assuré en dernier lieu par les Etats membres. Il ne s'agirait donc pas d'un rééquilibrage des intérêts mais d'un renversement de perspective au profit des utilisateurs. L'intérêt de ces derniers primerait alors sur ceux de l'auteur.

### D. L'exception de reproduction éphémère au profit des organismes de radiodiffusion

[94] **Une exception contraire au système français.** - Elle est prévue à l'article 5.2 d). Les Etats membres devront prendre, en cas de transposition, les mesures appropriées pour que les organismes de radiodiffusion bénéficient de cette exception.<sup>114</sup> Actuellement le droit français ne prévoit pas une telle exception. Par conséquent les organismes de radiodiffusion sont soumis au droit de reproduction lorsqu'ils effectuent des « *enregistrements éphémères par leurs propres moyens et pour leurs propres émissions* ». Ils payent donc deux fois pour diffuser des œuvres protégées. D'une part ils versent la rémunération prévue par l'article L. 214-1 du CPI en contrepartie de la licence légale imposée aux artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes. D'autre part les enregistrements

---

<sup>111</sup> Dans les deux cas la condition principale est qu'aucun but commercial ne soit poursuivi.

<sup>112</sup> L'article 10.2 de la Convention de Berne de 1886 et l'article 15 de la Convention de Rome de 1961 permettent à leurs Etats signataires de prévoir des exceptions similaires dans leur législation nationale. Les préambules des deux traités OMPI de 1996 reconnaissent « *la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs/artistes-interprètes/producteurs de phonogrammes et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche, et d'accès à l'information* ». Enfin les systèmes de *fair use*, soucieux de garantir cet équilibre, mentionnent expressément cette exception. Aux Etats-Unis, l'article 107 al.1 du Copyright Act de 1976 dispose que « *la copie ou l'enregistrement d'une œuvre protégée à des fins (...) d'enseignement, de formation ou de recherche ne constitue pas une contrefaçon* ».

<sup>113</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 348 ; Rapport Paul, Doc. AN, n. 1401, 17 févr. 1999, p. 20.

<sup>114</sup> Art. 5.2 d) de la directive sur la société de l'information : « *Lorsqu'il s'agit d'enregistrements éphémères d'œuvres effectuées par des organismes de radiodiffusion par leurs propres moyens et pour leurs propres émissions ; la conservation de ces enregistrements dans les archives officielles peut être autorisée en raison de leur valeur documentaire exceptionnelle* ».

éphémères nécessaires à la « confection » des programmes, et donc à leur diffusion, sont soumis au droit de reproduction des auteurs.

Là encore une telle transposition conduirait à faire pencher la balance des intérêts du côté des organismes de radiodiffusion, alors que le système français cherche à donner un maximum de « poids » aux auteurs. Il est donc peu probable que le législateur modifie cet équilibre actuel.

## **E. Les exceptions à caractère social**

[95] **Portée de l'exception** - Il s'agit des exceptions prévues par les articles 5.2 e) et 5.3 b). Elles concernent d'une part « *la reproduction d'émissions faites par des institutions sociales sans but lucratif* » et d'autre part 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 le handicap* ».

Bien qu'il faille s'attendre à un important lobbying destiné à obtenir leur transposition<sup>115</sup>, cette dernière est peu probable. Et ce pour les mêmes raisons que celles précédemment invoquées.<sup>116</sup>

## **F. Les utilisations à fin de sécurité publique et de procédure**

[96] **Existence de l'exception dans la législation française.** - L'article 6.4 al.1 vise enfin l'exception de l'article 5.3 e) relative à « *l'utilisation à des fins de sécurité publique ou pour assurer le bon déroulement de procédures administratives, parlementaires ou judiciaires, ou pour assurer une couverture adéquate desdites procédures* ».

Cette exception existe déjà dans notre ordre juridique interne.<sup>117</sup> Et la référence à la « *sécurité publique* » nous permet d'affirmer qu'il s'agit déjà d'une disposition d'ordre public.<sup>118</sup> Par conséquent il suffira au législateur français de retoucher la rédaction de l'article L. 331-4 du CPI de manière à mentionner la nécessité pour l'auteur de mettre les bénéficiaires de l'exception en mesure de l'exercer.

## **Chapitre 2 – Un exercice contractuellement aménageable**

[97] **Proportionnalité du caractère impératif.** - Le caractère impératif des exceptions précédemment mentionnées est proportionnel à leur finalité. Ces dernières ne sont opposables à l'auteur que « *dans la mesure nécessaire* » pour en bénéficier. Du moment que l'utilisateur légitime est mis en mesure de bénéficier de l'exception, il est rempli de ses droits. Par conséquent rien n'empêche l'auteur de fixer lui même les modalités destinées à permettre l'exercice effectif de l'exception. Il dispose ainsi d'une relative autonomie contractuelle. S'il

---

<sup>115</sup> Communiqué de presse du GESAC, 10 avril 2001, disponible sur le site <http://www.sacem.org/internat/gesac/>: En multipliant « *les possibilités d'exceptions au droit d'auteur, il (le projet de directive) constitue une arme redoutable qui conduit d'ores et déjà certains groupes de pression à demander l'application dans leurs pays d'exceptions qui n'y sont actuellement pas prévues, au risque de remettre en cause les équilibres existant.* ».

<sup>116</sup> A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 348-1 : cette exception « *n'a jamais été reconnue en droit français et ne semble pas être à l'ordre du jour.* ».

<sup>117</sup> Art. L. 331-4 du CPI : « *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* ».

<sup>118</sup> V. art. 6 du Code Civil : « *On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

ne peut empêcher cet exercice, il peut néanmoins l'aménager, « dans la mesure nécessaire » pour en bénéficier.

[98] **Plan.** - Cet aménagement prend alors la forme de « mesures volontaires » (Section I). Dans le cas d'exceptions prévoyant le versement d'une compensation équitable, dès lors que l'utilisateur a été mis en mesure de bénéficier de l'exception, l'auteur retrouve sa liberté contractuelle quant à la fixation du montant de celle-ci (Section II).

## **Section I - Les mesures volontaires permettant l'exercice des exceptions impératives**

[99] **Plan.** - La question s'est tout d'abord posée en matière de copie de sauvegarde, sous la législation du 3 juillet 1985. Le principe d'un possible aménagement contractuel des modalités d'établissement de la copie de sauvegarde fut posé par un arrêt de la Cour de Cassation de 1991.<sup>119</sup> Ce principe est aujourd'hui repris par la directive de 1991 concernant la protection juridique des logiciels. Il semble à la lecture de l'article 6.4 de la directive sur la société de l'information que le législateur communautaire se soit en partie inspiré du principe dégagé en matière de logiciels pour concilier exceptions impératives et mesures techniques.

### **§1. La genèse du principe en matière de logiciels**

#### **A. Le principe dégagé par la Cour de Cassation**

[100] **Les controverses relatives à la nature juridique de l'exception de copie de sauvegarde** apparurent à l'occasion de contentieux opposant des revues d'informatique à des fabricants de logiciels. Ces revues avaient divulgué les moyens de copier des logiciels contenant des systèmes destinés à faire obstacle à leur reproduction. Elles considéraient le « *plombage* » de ces logiciels comme illicites, l'article 47 prévoyant, selon elles, une « *possibilité d'ordre public de créer et de maintenir en permanence une copie de sauvegarde* ». <sup>120</sup>

De leur côté les fabricants de logiciels jugeaient qu'ayant fourni au moment de la vente une copie de sauvegarde avec le logiciel, ils avaient privé les utilisateurs du droit d'établir par eux-mêmes une telle copie.

[101] **Droit à l'établissement de la copie de sauvegarde.** - Le principe fut posé par un arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation du 22 mai 1991.<sup>121</sup> Cet arrêt énonce clairement que « *dès lors qu'il a reçu du vendeur de logiciel, en plus de l'exemplaire acquis, une copie de sauvegarde, fut-elle unique et protégée contre la reproduction, l'acheteur est rempli de ses droits au regard de la loi de 1985, ayant institué la protection des logiciels ; il s'ensuit qu'est illicite la vente de procédés de « déplombage » permettant à l'acquéreur du logiciel d'établir lui-même en plus grand nombre des copies du logiciel original, lesquelles en outre ne comportent pas le système de protection dont celui-ci est doté* ».

---

<sup>119</sup> Voir *supra* note 34.

<sup>120</sup> B. Edelman, note sous *Paris, 1<sup>re</sup> Ch., sect. A, 7 janvier 1987* : JCP G 1998, II, 21003.

<sup>121</sup> Com. 22 mai 1991 : Bull. Civ. IV, n. 172 ; JCP G 1992, II., 21792, note Huet ; JCP E 1992, I, 141, obs. Vivant et Lucas ; Expertises, 1991, 233, obs. Linant de Bellefonds.

Le principe est donc clair. L'article 47 de la loi de 1985 fait bien naître un droit au profit de l'utilisateur légitime. Toutefois ce dernier n'est opposable à l'auteur que dans la mesure nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel. Le droit porte sur la finalité de l'exception. Il ne s'agit pas d'un droit à la copie de sauvegarde mais d'un droit à l'« *établissement de la copie de sauvegarde* ». Il ne concerne donc pas les modalités d'établissement de celle-ci.

[102] **Modalités d'établissement de la copie de sauvegarde.** - Par conséquent l'auteur du logiciel peut techniquement et contractuellement venir aménager l'exercice de cette exception. Toutefois il doit « *répondre sur-le-champ toutes les fois que son client lui demande une nouvelle copie de sauvegarde – l'autre étant devenue inutilisable pour une raison quelconque* ». <sup>122</sup>

## **B. Le principe consacré par la directive de 1991 relative à la protection juridique des logiciels**

[103] **La nécessité de préserver l'utilisation du logiciel.** - A notre connaissance, aucune décision de justice n'est venue confirmer la solution dégagée par la Chambre Commerciale. Nous pensons toutefois que cette dernière s'applique tout autant sous la législation actuelle. En effet l'article L. 122-6-1.II pose clairement une condition de finalité au droit d'effectuer une copie de sauvegarde. Celui-ci n'est possible qu'à la condition d'être « *nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel* ». La délivrance d'une copie de sauvegarde par le fournisseur suffisant à préserver l'utilisation de ce dernier, tout établissement par l'utilisateur d'une nouvelle copie rendrait celle-ci « *douteuse* ». <sup>123</sup>

[104] **Les actes nécessaires à l'utilisation légitime du logiciel.** - On retrouve ce principe pour l'exception de l'article L.122-6-1.I relatif aux actes nécessaires à l'utilisation légitime du logiciel. <sup>124</sup> L'auteur peut, par réserve contractuelle expresse, empêcher l'utilisateur régulier de corriger lui-même les erreurs, et limiter les prérogatives concédées en terme de reproduction ou de traduction. De même il peut empêcher la « *maintenance tierce* » : par contrat il peut interdire qu'une entreprise concurrente, fournisseur de logiciels, puisse intervenir au profit du client pour des « *actes de maintenance corrective ou évolutive* ». <sup>125</sup> *Cependant, dans le cas de telles interdictions, il devra lui-même accomplir ces actes, afin de remplir l'utilisateur régulier de ses droits.*

## **§2. La reprise du principe pour les exceptions de l'article 6.4 de la directive sur la société de l'information**

[105] **Finalité de l'article 6.4.** - On retrouve pour les exceptions de l'article 6.4 al.1 la même logique que pour l'exception de copie de sauvegarde. Tout comme le « droit à la copie de sauvegarde » n'est opposable à l'auteur que dans la mesure « *nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel* », les exceptions visées par l'article 6.4 al.1 ne sont opposables que « *dans la mesure nécessaire pour en bénéficier* ». <sup>126</sup> Il s'agit de permettre d'atteindre les objectifs visés par les exceptions.

<sup>122</sup> B. Edelman, note sous *Paris, 1<sup>re</sup> Ch., sect. A, 7 janvier 1987* : JCP G 1998, II, 21003.

<sup>123</sup> F. Pollaud-Dulian, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc.1246, n.54.

<sup>124</sup> V. *supra* n. 79 et s.

<sup>125</sup> C. Le Stanc, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc.1250, n.14

<sup>126</sup> L'article 6.4 al.1 dispose que « *Nonobstant la protection juridique prévue au paragraphe 1, en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres*

[106] **Méthode développée par l'article 6.4 pour garantir sa finalité.** - Dans un premier temps les alinéas 1 et 2 encouragent l'auteur à recourir à des mesures volontaires pour atteindre les objectifs des exceptions qu'ils visent. En ce sens la solution est proche de celle dégagée en matière de logiciels. Toutefois, en l'absence de mesures volontaires prises par les auteurs, seuls les Etats membres seront autorisés à contourner les protections techniques. La solution diffère ici de la possibilité laissée aux utilisateurs légitimes de logiciels de contourner eux mêmes ces mesures techniques.

#### **A. L'encouragement des mesures volontaires**

[107] **Recherche de solutions contractuelles.** - Le considérant 51 de la directive vient éclairer la lecture de l'article 6.4. « *Les Etats membres doivent encourager les mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris la conclusion et la mise en œuvre d'accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées* ». Autrement dit, la voie privilégiée est celle de la négociation. En aucun cas les bénéficiaires des 8 exceptions de l'article 6.4 ne se voient autorisés à contourner les mesures techniques.

[108] **Distinction avec le régime applicable aux logiciels.** - En cela la solution diffère de celle de la directive de 1991. Le considérant 50 précise bien que les dispositions de la directive de 2001 n'affectent pas les dispositions de la directive de 1991. « *Elle 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* » aux articles 5.3 et 6 de la directive de 1991. Autrement dit l'utilisateur légitime d'un logiciel peut lui-même contourner les protections techniques de ce dernier pour effectuer des actes d'analyse ou de décompilation. En revanche l'utilisateur légitime d'une œuvre ou d'un objet protégé par la directive de 2001 ne peut en aucun cas prendre cette initiative pour bénéficier des exceptions prévues par son article 6.4.

Il n'y aura donc pas d'équivalent à l'article L. 122-6-2 du CPI lors de la transposition de cette directive. Aucune revue ne pourra divulguer les moyens de contourner ces protections techniques du fait que toute utilisation de ces moyens sera en elle-même considérée comme illicite.<sup>127</sup>

Dans tous les cas se sera l'auteur qui permettra aux bénéficiaires de ces exceptions de contourner les mesures de protection techniques de ces œuvres. Il devra fournir les moyens de contourner la mesure technique. Il pourrait s'agir par exemple d'un « décodeur » ou d'un mot de passe.

---

*parties concernées, les Etats membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitation prévues par le droit national conformément à l'article 5, paragraphe 2, point 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* ». Il est souhaitable que le législateur français fasse un effort de clarification de cette disposition lors de sa transposition, faute de quoi elle risque de décourager de nombreux praticiens.

<sup>127</sup> Art. L. 122-6-2 du CPI : « *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* »..

[109] **Etendue de la liberté contractuelle.** - Par le truchement de ces mesures volontaires, l'auteur va donc pouvoir exercer un certain contrôle sur l'exercice des exceptions de l'article 6.4. Il ne pourra certes pas empêcher leur exercice, mais pourra néanmoins l'aménager, « *dans la mesure nécessaire* » pour que les utilisateurs en bénéficient. Le caractère impératif de ces exceptions se limite à permettre aux utilisateurs d'atteindre les objectifs recherchés par ces dernières. Certaines de ces exceptions, telle l'exception de reprographie prévue à l'article 5.2a), sont soumises au versement d'une compensation équitable.<sup>128</sup> L'objectif visé est ici de permettre la reprographie. Et c'est cet objectif qui est garanti par l'article 6.4. Par conséquent rien n'empêche l'auteur de venir lui-même fixer contractuellement le montant de la compensation qu'il estime équitable.

Les mesures volontaires encouragées par l'article 6.4 permettent donc à l'auteur de retrouver sa liberté contractuelle dès lors qu'est atteint l'objectif visé par l'exception.

## **B. L'échec de la conciliation : l'intervention des Etats membres**

[110] **Intervention subsidiaire.** - Le considérant 51 envisage l'hypothèse de « l'absence de mesures volontaires ou d'accords de ce type dans un délai raisonnable ». Dans ce cas « les Etats membres doivent prendre des mesures appropriées pour assurer que les titulaires de droits fournissent aux bénéficiaires desdites exceptions ou limitations les moyens appropriés pour en bénéficier, par la modification d'une mesure technique mise en œuvre ou autrement ». On retrouve l'idée qu'en aucun cas les bénéficiaires des exceptions ne sont autorisés à contourner par eux-mêmes les mesures de protection techniques.<sup>129</sup> Si aucune mesure n'était prise par les auteurs, alors seuls les Etats membres seraient exonérés de leur responsabilité en contournant les mesures techniques de protection.

Le mouvement opéré par la directive de 1991, suivi par la nouvelle directive sur la société de l'information, témoigne de la volonté communautaire de privilégier les relations contractuelles entre auteurs et utilisateurs, y compris pour les exceptions impératives de l'article 6.4. Pour ces dernières, c'est la possibilité de fixer contractuellement le montant des compensations équitables qui permet d'affirmer que les auteurs jouissent d'une relative autonomie contractuelle dans l'exercice des exceptions.

## **Section II - La fixation contractuelle de la compensation équitable**

[111] **Liste non limitative des exceptions assorties d'une compensation équitable.** - La directive prévoit une compensation équitable pour trois exceptions, à savoir la reprographie (article 5.2.a), la copie privée (article 5.2.b), et la reproduction d'émissions destinées à être vues ou écoutées dans certaines institutions sociales (article 5.2.e). Cette liste n'est cependant pas limitative. Le considérant 36 dispose que « *les Etats membres peuvent prévoir une compensation équitable (...) même lorsqu'ils appliquent les dispositions optionnelles relatives aux exceptions ou limitations qui n'exigent pas cette compensation* ».

---

<sup>128</sup> V *infra* n. 111.

<sup>129</sup> V. *supra* n. 107

Par conséquent toutes les exceptions qui seront transposées par les Etats membres pourront, si ces derniers le souhaitent, prévoir le principe d'une telle compensation, y compris bien sûr pour les exceptions impératives de l'article 6.4.<sup>130</sup>

[112] **Fondement de la possibilité de fixer contractuellement la compensation équitable.** - Dans ce cas, le considérant 45 de la directive sur la société de l'information dispose que « *Les exceptions et limitations visées à l'article 5, paragraphe 2, 3 et 4 ne doivent pas faire obstacle à la définition des relations contractuelles visant à assurer une compensation équitable aux titulaires de droits dans la mesure où la législation nationale le permet* ».

La directive insiste donc sur la prédominance des relations contractuelles dans la fixation de cette dernière. L'évolution des techniques va en effet permettre de revenir à une relation directe entre l'auteur et l'utilisateur. Une telle liberté contractuelle était jusqu'alors inenvisageable du fait de l'impossibilité pour l'auteur de faire respecter sa volonté. On peut aujourd'hui prévoir que les mesures de protection technique des œuvres permettront à l'auteur d'imposer ses conditions quant au montant de la compensation qu'il estime équitable.

Deux situations seront alors envisageables.

[113] **L'auteur ne protège pas techniquement son œuvre.** - Cette dernière sera alors reproductible par tous les bénéficiaires des exceptions qui seront transposées. En contrepartie il se verra verser une compensation équitable qui pourra revêtir la forme de rémunérations prélevées sur les services commerciaux de copie, les ventes de supports enregistrables ou encore les appareils d'enregistrements.<sup>131</sup>

[114] **L'auteur protège techniquement son œuvre.** - Il pourra alors exiger de l'utilisateur le versement d'une compensation dont il aura fixé le montant. Ce dernier pourra alors accepter ou refuser de payer. S'il refuse, il ne pourra pas bénéficier de l'exception. L'objectif principal visé par les exceptions impératives de l'article 6.4 de la directive du 9 avril 2001 sera alors rempli. Les utilisateurs auront été mis en mesure par l'auteur de bénéficier de l'exception. Leur refus de payer le montant de la compensation équivaldra à leur refus de bénéficier de l'exception.

S'il accepte de payer, l'auteur ne pourra pas bénéficier de la compensation versée par les sociétés de répartition des droits d'auteur. C'est ce que vise le considérant 35 en prévoyant que « *dans le cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme (...) un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû* ».

---

<sup>130</sup> C'est ce qui probablement explique que la directive utilise indifféremment les termes « *exceptions ou limitations* ». Les exceptions prévoyant une telle compensation deviennent des « *limitations* » au droit exclusif de l'auteur, la compensation trouvant sa cause dans l'existence du droit patrimonial de ce dernier. Un parallèle peut être fait avec la rémunération équitable versée en contrepartie de la licence légale prévue par l'article L.214-1 du CPI. Il ne s'agit plus techniquement d'une exception au droit exclusif de l'auteur du fait que la cause de la rémunération/compensation équitable réside dans l'existence du droit patrimonial de l'auteur. Il convient alors mieux de parler de limitation au droit exclusif de l'auteur. Ce dernier se voit privé de son droit d'interdire la représentation ou la reproduction. Toutefois son droit patrimonial persiste et lui permet le versement d'une compensation ; V. A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001, n. 289.

<sup>131</sup> Tout comme pour le système de rémunération pour copie privée.

## Bibliographie

### Traité

- A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001.

### Ouvrages et manuels

- A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998.
- F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 6<sup>e</sup> édition, 1996.
- J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, coll. Thémis, 24<sup>e</sup> édition, 1996.
- P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Droit fondamental, 3<sup>e</sup> édition, 1999.
- J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, Litec, 1990.
- F. DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausanne, 1999.
- STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences. Etude de droit comparé*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, tome XXIV, Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, 1993.
- H. WISTRAND, *Les exceptions au droit de l'auteur sur son œuvre*, Montchrestien, 1968.
- L. BOCHURBERG, *le droit de citation*, Masson, 1994.

### Articles

- X. LINANT de BELLEFONDS, *Le droit de décompilation des logiciels : Une aubaine pour les cloneurs ?*, JCP G 1998, I, 118, p. 479-484
- M. VIVANT, *Logiciel 94 : tout un programme ?*: JCP G 1994, I, 3792.
- P.-Y. GAUTIER, *Objet du droit d'auteur. Ouvres protégées. Œuvre « multimédia »*, J.-Cl Propriété littéraire et artistique, fasc. 1165.
- F. POLLAUD-DULIAN, *Droit des auteurs. Droits patrimoniaux. Droit de reproduction*, J.-Cl Propriété littéraire et artistique, fasc. 1246.
- C. LE STANC, *Droit des auteurs. Droits patrimoniaux. Logiciels*, J.-Cl Propriété littéraire et artistique, fasc. 1250.
- J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Faits justificatifs. Généralités. Ordre de la loi*, J.-Cl Pénal, Art. 122-4.
- P.E. MOYSE, *Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace : la relation auteur/utilisateur*, disponible sur le site <http://www.robic.ca/set-f.html>, site visité le 18 mai 2001.

### Arrêts et notes de Jurisprudence

- B. EDELMAN, note sous *Paris, 1<sup>re</sup> Ch., sect. A, 7 janvier 1987* : JCP G 1998, II, 21003.
- J. HUET, note sous *Cass. com., 22 mai 1991* : JCP G 1992, II, 21792.
- *Pro CD Inc., v. Matthew Zeidenberg* (7<sup>th</sup> Cir. 1996): RIDA 1/1997, p. 297-314.

## Rapports officiels

- *Rapport Paul*, Doc. AN, n. 1401, 17 févr. 1999.
- *Rapport Pourtaud*, Doc. Sénat, n. 317, 28 avril 1999.
- *Internet et les réseaux numériques*, Rapport du Conseil d'Etat, La Documentation française, 2 juillet 1998.
- *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur la mise en oeuvre et les effets de la directive 01/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, 10 Avril 2000, disponible sur le site [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/fr/intprop/intprop/docs/index.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/intprop/intprop/docs/index.htm), site visité le 18 mai 2001.
- *Livre Vert de la Commission des Communautés européennes sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, COM (95) 382 final, juill. 1995.

## Communiqués de presse

- *Communiqués de presse du GESAC concernant le projet de directive sur la société de l'information*, disponibles sur le site <http://sacem.org/internat/gesac/>, site visité le 18 mai 2001.
- *Communiqués de presse de la Commission des Communautés européennes*, disponibles sur le site [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/fr/intprop/intprop/news/index.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/intprop/intprop/news/index.htm), site visité le 18 mai 2001.

## Index

### **A**

- **Autonomie de la volonté**, 17

### **C**

- **Cablo-distribution interactive**, 54
- **Citation**, 30, 41, 42
- **Contrefaçon**, 4, 10, 32
- **Copyright**, 7, 29, 32
- **Compensation équitable**, 89, 111 et s.
- **Copie privée**
  - analogique, 11, 52
  - dérive, 12
  - directive sur la société de l'information, 51-53
  - nombre de reproductions possibles, 53
  - numérique, 12, 52
  - régime facultatif, 91
- **Copie de sauvegarde**
  - Droit à l'établissement, 11, 78, 100-101
  - Finalité, 103
  - Fondement, 74
  - Modalités d'établissement, 102

### **D**

- **directive sur la société de l'information**
  - *article 6.4*, 49-50, 54, 57, 85 et s., 105-106
  - bilan : 58, 87
- **droit d'auteur**
  - caractère exclusif, 3
  - conception personnaliste, 5, 7, 29, 35
  - définition, 2
- **Droit de décompilation des logiciels**, 84
- **Droit de se clore**, 1

### **E**

- **Exceptions**
  - analyse, 83
  - caractère impératif, 18, 21, 22, 36, 72, 85 et s., 97
  - caractère supplétif, 18, 21
  - définition, 4
  - dimension pénale, 31-35, 96
  - exceptions à caractère social, 95
  - droit moral, 6
  - finalité, 81
  - interprétation restrictive, 7, 29
  - liste limitative, 6
  - recherche, enseignement et accès à l'information, 92-93
  - reproduction éphémère au profit des organismes de radiodiffusion, 94
  - reproduction provisoire, 59 et s.
  - reprographie, 89-90
  - utilisation à fin de sécurité publique et de procédure, 6, 96-97

### **F**

- **Fair use**, 7, 29, 93
- **Fait justificatif**, 28, 31, 32, 33, 37, 38

### **L**

- **Libertés fondamentales**, 15, 17, 40-41, 56
- **Livre vert**, 16
- **Lois d'ordre public**, 17-18
- **Lois supplétives de volonté**, 17-18

## M

- **Mesures volontaires**, 98, 107-110
- **Moyen de défense**, 4, 30

## O

- **Ordre public**, 26-27, 36, 41

## P

- **Parodie**, 41
- **Pay per view**, 45, 54-56, 66
- **Privilèges**, 28
- **Protections techniques**
  - apparition, 8, 10
  - essor, 13
  - définition, 24, 46
  - protection juridique, 13, 20, 47

## R

- **Rémunération pour copie privée**, 11, 113
- **Réserve contractuelle**, 80
- **Responsabilité civile/pénale**, 37

## S

- **Servitude de passage**: 1

## T

- **Théorie de la finalité**, 79
- **Tolérances**, 28, 30
- **Transposition**
  - transpositions facultatives, 87
  - transposition obligatoire, 62-63
- **Triple test**, 42

## Table des matières

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>2</b>
<b>PARTIE I - LES EXCEPTIONS TOTALEMENT AMENAGEABLES .....</b>	<b>10</b>
CHAPITRE I - LES FONDEMENTS DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE DE L'AUTEUR .....	10
SECTION I - LA NATURE JURIDIQUE DES EXCEPTIONS .....	11
§1. L'ABSENCE DE DROITS AU PROFIT DES UTILISATEURS.....	11
§2. LA QUALIFICATION DE « FAIT JUSTIFICATIF TIRE DE LA LOI » .....	12
SECTION II - LA RECHERCHE DE CONSIDERATIONS D'ORDRE PUBLIC OPPOSABLES A L'AUTEUR .....	13
§1. LES CONSIDERATIONS D'ORDRE PUBLIC TIREES DE LA QUALIFICATION DE « FAIT JUSTIFICATIF TIRE DE LA LOI » .....	14
A. <i>Caractère impératif de la loi pénale</i> .....	14
B. <i>La question de la dissociation entre responsabilité civile et responsabilité pénale</i> .....	14
§2. LES EXCEPTIONS FONDEES SUR DES LIBERTES INDIVIDUELLES .....	15
CHAPITRE II - LA CONSECRATION COMMUNAUTAIRE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE .....	16
SECTION I - LA RECONNAISSANCE IMPLICITE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE .....	17
§1. LA PROTECTION JURIDIQUE CONTRE LE CONTOURNEMENT DES MESURES TECHNIQUES ....	17
§2. DES DEROGATIONS A LA LIBERTE CONTRACTUELLE LIMITEES .....	18
A. <i>Des exceptions limitativement énumérées</i> .....	18
1. Les exceptions de l'article 6.4, alinéa 1, de la directive sur la société de l'information .....	18
2. Le régime facultatif de la copie privée .....	18
B. <i>Des dérogations qui ne s'appliquent pas aux transmissions d'œuvres à la demande</i> ...	19
1. Genèse de l'article 6.4 alinéa 4.....	19
2. Régime de l'article 6.4, alinéa 4 .....	20
SECTION II - LA QUESTION DU POSSIBLE AMENAGEMENT CONTRACTUEL DE L'EXCEPTION DE REPRODUCTION PROVISOIRE .....	21
§1. ARGUMENT DEFAVORABLE A LA LIBERTE CONTRACTUELLE : L'OBLIGATION DE TRANSPOSITION .....	21
§2. ARGUMENTS FAVORABLES A LA LIBERTE CONTRACTUELLE DE L'AUTEUR .....	22
A. <i>Arguments juridiques</i> .....	22
B. <i>Arguments économiques</i> .....	23
C. <i>Arguments techniques</i> .....	23
<b>PARTIE II - LES EXCEPTIONS PARTIELLEMENT AMENAGEABLES .....</b>	<b>24</b>
CHAPITRE I - UNE FINALITE IMPERATIVE .....	24
SECTION I - LES EXCEPTIONS RELATIVES A L'UTILISATION DES LOGICIELS .....	25
§1. LE DROIT A LA COPIE DE SAUVEGARDE.....	25
A. <i>La controverse relative à l'article 47 de la loi du 3 juillet 1985</i> .....	25
B. <i>La consécration d'un droit à la copie de sauvegarde par la loi du 10 mai 1994</i> .....	26
§2. L'UTILISATION NORMALE PAR UN ACQUEREUR LEGITIME ET CORRECTION DES ERREURS .	26
§3. L'EXCEPTION D'ANALYSE .....	27
§4. LE DROIT DE DECOMPILATION DES LOGICIELS .....	27

SECTION II - LES EXCEPTIONS IMPERATIVES DE L'ARTICLE 6.4 DE LA DIRECTIVE SUR LA SOCIETE DE L'INFORMATION.....	28
§1. UN EXERCICE GARANTI PAR LES ETATS MEMBRES.....	28
§2. UNE TRANSPOSITION NON GARANTIE.....	28
A. <i>L'exception de reprographie</i> .....	29
B. <i>L'exception de copie privée</i> .....	29
C. <i>Les exceptions en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information</i> ....	30
D. <i>L'exception de reproduction éphémère au profit des organismes de radiodiffusion</i> ....	30
E. <i>Les exceptions à caractère social</i> .....	31
F. <i>Les utilisations à fin de sécurité publique et de procédure</i> .....	31
CHAPITRE 2 – UN EXERCICE CONTRACTUELLEMENT AMENAGEABLE.....	31
SECTION I - LES MESURES VOLONTAIRES PERMETTANT L'EXERCICE DES EXCEPTIONS IMPERATIVES .....	32
§1. LA GENESE DU PRINCIPE EN MATIERE DE LOGICIELS .....	32
A. <i>Le principe dégagé par la Cour de Cassation</i> .....	32
B. <i>Le principe consacré par la directive de 1991 relative à la protection juridique des logiciels</i> .....	33
§2. LA REPRISE DU PRINCIPE POUR LES EXCEPTIONS DE L'ARTICLE 6.4 DE LA DIRECTIVE SUR LA SOCIETE DE L'INFORMATION.....	33
A. <i>L'encouragement des mesures volontaires</i> .....	34
B. <i>L'échec de la conciliation : l'intervention des Etats membres</i> .....	35
SECTION II - LA FIXATION CONTRACTUELLE DE LA COMPENSATION EQUITABLE.....	35
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>37</b>
<b>INDEX .....</b>	<b>39</b>
<b>TABLE DES MATIERES.....</b>	<b>41</b>