

ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

Centre de Recherche Juridique Pothier

THÈSE présentée par :

Dariusz Piątek

soutenue le : 13 décembre 2016

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université d'Orléans**

Discipline : Droit privé et sciences criminelles

La crise des exceptions en droit d'auteur :
étude paradigmatique

THÈSE dirigée par :

Jacques Leroy

Professeur à l'Université d'Orléans

RAPPORTEURS :

Michel Vivant

Professeur à l'École de droit des Sciences Po

Edouard Treppoz

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

JURY :

Géraldine Goffaux

Professeur à l'Université d'Orléans, Président du jury

Christophe Geiger

Professeur à l'Université de Strasbourg,

Michel Vivant

Professeur à l'École de droit des Sciences Po

Edouard Treppoz

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Jacques Leroy

Professeur à l'Université d'Orléans

L'université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce document. Ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.

Mes remerciements vont à tous ceux qui m'ont formé pendant les années d'études doctorales et spécialement aux professeurs Jacques Leroy et Frédéric Dournaux.

Je les adresse également à tous mes amis qui ont contribué à l'achèvement de cet ouvrage : Stéphanie Mauclair, Dominique Messineo, Alexandre Zawadzki, Wojciech Zagórski, Anita Juryńczyk, Jarosław Mrowiec, Maxime Charité, Nolwenn Duclos, Julien Sordet, Nicolas Lopez. Que cette lecture vous rappelle nos nombreux échanges, toujours conviviaux et enrichissants.

SOMMAIRE

Partie première. L'exception *aux* droits de l'auteur

Titre 1. Le contenu du paradigme

Chapitre 1. L'émergence des exceptions à l'extérieur des lois sur le droit d'auteur

Chapitre 2. L'absorption des exceptions par les lois sur le droit d'auteur

Titre 2. Les limites du paradigme

Chapitre 1. Les limites du paradigme dans la phase de création des exceptions

Chapitre 2. Les limites du paradigme dans la phase d'application des exceptions

Partie deuxième. L'exception *au* droit d'auteur

Titre 1. Un dépassement *imposé* du paradigme classique

Chapitre 1. Le remodelage des limites externes des droits exclusifs par le droit de la concurrence

Chapitre 2. Le remodelage des limites internes des droits exclusifs par le droit de la concurrence

Titre 2. Un dépassement largement *voulu* du paradigme classique

Chapitre 1. L'internalisation du conflit entre le droit d'auteur et la liberté d'expression

Chapitre 2. L'externalisation du conflit entre le droit d'auteur et la liberté d'expression

PRINCIPALES ABBREVIATIONS

AAI – Autorité(s) administrative(s) indépendante(s)

ADPIC – Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

AJ Pénal – Actualité juridique Pénal

AJ Famille – Actualité juridique Famille

AJDA – Actualité juridique du droit administratif

AJDI – Actualité juridique droit immobilier

ALAI – Association Littéraire et Artistique Internationale

ALJ – Antitrust Law Journal

BOCCRF – Bulletin officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes

Bull. – Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

Bull. AP – Bulletin des arrêts de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation

Bull. crim. – Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

CCC – Contrats Concurrence Consommation

CCE – Revue communication commerce électronique

CE – Conseil d'État

Chron. – chronique

Convention EDH – Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

CPI – Code de la propriété intellectuelle

D. – Recueil Dalloz

D. aff. – Dalloz affaires

D. Jurisprudence Générale du Royaume – Dalloz, Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle

D.H. – Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence

D.P. – Dalloz, Recueil périodique et critique mensuel

ECLR – European Competition Law Review

éd. – édition

EIPR – European Intellectual Property Review

F. Cas. – Federal Cases

F. Supp., F. Supp. 2d, F. Supp. 3d – Federal Supplement

F., F. 2d, F. 3d – Federal Reporter

FUSL – Facultés universitaires Saint – Louis

Gaz. Pal. – Gazette du Palais

Ibid. – dans la référence précédente, à l’endroit différent

Ibidem – dans la référence précédente, au même endroit

IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law

Infra – au-dessous de

IR – Informations Rapides

J.-CL. – Jurisclasseur

JCP – La semaine juridique, édition générale

JCP E – La semaine juridique, édition entreprise et affaires

JDI – Journal du droit international

JOCE – Journal officiel des Communautés Européennes

JORF – Journal officiel de la République Française

LGDJ – Librairie générale de droit et de jurisprudence

loc. cit. – *loco citato*, dans l’œuvre citée, au même endroit

LPA – Les petites affiches

not. – notamment

OCDE – Organisation de coopération et de développement économiques

OMC – Organisation mondiale de commerce

OMPI – Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

op. cit. – *opere citato*, signifie : dans l’œuvre citée, à l’endroit différent

p. – page

Pataille – Annales de la propriété industrielle littéraire et artistique

PI – Propriétés Intellectuelles

pp. – pages

PUF – Presses Universitaires de France

RDI – Revue de droit immobilier

Rec. – Recueil

RIDA – Revue internationale du droit d’auteur

RIDE – Revue internationale de droit économique

RJDA – Revue de jurisprudence de droit des affaires

RLC – Revue Lamy de la concurrence

RLDA – Revue Lamy droit des affaires

RLDI – Revue Lamy droit de l’immatériel

RSC – Revue de science criminelle

RTD Civ. – Revue trimestrielle de droit civil

RTD Com. – Revue trimestrielle de droit commercial

RTD Eur. – Revue trimestrielle de droit européen

S. – Recueil Sirey

S.Ct. – Supreme Court Reporter

somm. comm. – Sommaires commentés

spéc. – spécialement

suiv. – suivantes

Supra – au-dessus de

T. civ. – Tribunal civil

T. com. – Tribunal de commerce

T. corr. – Tribunal correctionnel

T. de Paix – Tribunal de Paix

TCE – Traité instituant la Communauté européenne

TFUE – Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TGI – Tribunal de grande instance

TPICE – Tribunal de première instance des Communautés européennes

TUE – Traité sur l'Union européenne

U. S. – United States Reports

U.S.C. – United States Code

U.S.C.A – United States Code Annotated

V. : – Voir

«Je crois qu'il existe des mondes possibles autres que celui dans lequel nous habitons. S'il faut le prouver, voici la preuve : il est indéniable que les choses peuvent être autrement qu'elles sont. Je crois, et vous aussi y croyez, que les choses auraient pu être différentes d'innombrables façons. Mais qu'est-ce que cela signifie ? Le langage courant permet la paraphrase : il existe de nombreuses façons les choses auraient pu être différentes de ce qu'elles sont. À première vue, cette phrase est une quantification existentielle. Elle affirme qu'il existe plusieurs entités possédant une certaine description à savoir "les façons dont les choses peuvent être". Je crois que les choses auraient pu être différemment de façons innombrables. Je crois justifiées les paraphrases de ce que je crois. Prenant la paraphrase à la lettre, je crois en l'existence des entités qu'on pourrait appeler "les façons, dont les choses auraient pu être". Je préfère les appeler "les mondes possibles" ».

D. Lewis¹

¹ D. LEWIS, *Counterfactuals*, Basil Blackwell Ltd., 1973, p. 84, nous traduisons.

Introduction

1. Actuellement, aucune étude concernant les exceptions aux droits de l'auteur ne saurait passer outre le constat suivant - le droit d'auteur est en crise. Crise de ses fondements, crise d'identité et de fonction², crise de légitimité³, crise d'effectivité, remise en cause générale⁴, maladie⁵, telles sont les diagnostics de la condition du droit d'auteur, « étouffé par la norme européenne, attaqué par d'autres "droits", dénigré par le monde des affaires, livré à la vindicte populaire, délégitimé, désincarné, rongé de l'intérieur »⁶. La doctrine souhaite repenser⁷, refonder⁸ et rééquilibrer⁹ le droit d'auteur ainsi que ses exceptions, « dont la construction actuelle n'est manifestement plus satisfaisante »¹⁰. Celles-ci sont « malmenées »¹¹ et « ne reflètent plus véritablement les équilibres souhaités au sein d'une législation nationale particulière »¹². Incarner et garantir la réalisation des « équilibres souhaités », voici la « mission » que l'on attache intuitivement aux exceptions aux droits de l'auteur.

2. Pour les besoins de cette étude, celles-ci désigneront les « dérogations faisant échapper à l'autorisation des auteurs certaines utilisations »¹³ et paralysant ainsi l'exercice normal des droits subjectifs du titulaire des droits d'auteur. Cette définition englobe d'abord les exceptions au sens strict, à savoir les cas dans lesquels « l'auteur "ne peut interdire" les actes d'usage de son œuvre, i.e. où il perd son monopole ainsi que son droit

² V.-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, n° 192, avril 2002, pp. 3-109, spéc. p. 9.

³ A. BENSAMOUN, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, n° 224, avril 2010, pp. 3-159, spéc. p. 9.

⁴ P.-Y. GAUTIER, « Pour une réelle régulation du droit d'auteur : le respect de la hiérarchie entre droit exclusif et exceptions », *RLDI*, n° 94, juin 2013, pp. 54-56, spéc. p. 54.

⁵ V.-L. BENABOU, *op. cit.*, p. 7.

⁶ A. BENSAMOUN, *op. cit.*, p. 7.

⁷ E. TREPPOZ, « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », *RLDI*, n° 82, mai 2012, pp. 99-101.

⁸ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, p. 53.

⁹ R. HILTY, « L'avenir du droit d'auteur dans le "dilemme numérique" », *RLDI*, n° 1, janv. 2005, pp. 49-51, spéc. p. 51.

¹⁰ J.-C. GALLOUX, « Exceptions et limitations au droit d'auteur : Exception française ou paradoxe français ? », in C. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. M. HILTY, *Rencontres franco-allemandes, Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007, pp. 321-334, spéc. p. 333.

¹¹ A. BENSAMOUN, *op. cit.*, p. 9, dans le même sens, B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2012, p. 14.

¹² V.-L. BENABOU, *op. cit.*, p. 79.

¹³ J. VINCENT, *Droit des arts visuels, Contrats d'auteurs*, Lamy, Wolters Kluwer France, 2010, p. 39.

corrélatif à rémunération »¹⁴. Elle s'étend également aux licences non volontaires, à savoir les situations dans lesquelles les droits d'auteur s'exercent « sous forme amputée »¹⁵, où le titulaire est privé du pouvoir d'interdire l'usage de l'œuvre, mais garde le droit à rémunération¹⁶. En optant pour cette définition plus large, nous nous plaçons dans un courant doctrinal minoritaire qui assimile les licences non volontaires aux exceptions¹⁷. Qu'il s'agisse d'une exception au sens strict ou d'une licence non volontaire, ces deux mécanismes altèrent la façon dont la règle s'impose à ses destinataires. Toutes deux « affectent l'exclusivité du droit »¹⁸. Il existe par conséquent entre elles une différence de degré et de modalités et non de nature.

3. En outre, nous faisons la distinction entre l'exception *aux* droits de l'auteur et l'exception *au* droit d'auteur. *Le* droit d'auteur est unique. Il désigne une branche du droit objectif. *Les* droits de l'auteur, auxquels dérogent les exceptions, sont des droits subjectifs qui méritent l'emploi du pluriel lorsqu'on les évoque¹⁹. Une exception, dérogeant *aux* droit de reproduction ou droit de représentation, peut trouver sa source dans *le* droit d'auteur objectif ou bien en dehors de celui-ci. C'est uniquement lorsque la dérogation provient d'en dehors du droit d'auteur que l'emploi du terme « exception au droit d'auteur » se justifie. Nous reviendrons sur cette distinction à plusieurs reprises.

4. Les exceptions aux droits de l'auteur ainsi définies sont des points de rencontre entre les droits exclusifs de l'auteur et les intérêts des utilisateurs. Leurs justifications sont diverses. La doctrine en distingue trois catégories principales. Tout d'abord le respect des libertés fondamentales telles que la liberté d'expression²⁰. Ensuite, l'intérêt public, au sens large du terme, besoin sociétal d'avoir libre accès aux œuvres de l'esprit dans certaines

¹⁴ P. Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., PUF, 2015, p. 345.

¹⁵ F. BENHAMOU, J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte 2014, p. 22.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ V., pour une telle approche : A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, p. 322, B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2012, p. 14 et suiv.

¹⁸ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, p. 322.

¹⁹ Ce qui est pratiqué par une partie de la doctrine. V. not. : J. VINCENT, *loc. cit.*, selon lequel, « On appelle "exceptions aux droits" les dérogations faisant échapper à l'autorisation des auteurs certaines utilisations strictement définies », C. Caron parle des « exceptions aux droits patrimoniaux », C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd. LexisNexis, 2015, p. 320.

²⁰ Dans cette catégorie, on trouve notamment les exceptions pour la citation, les revues de presse, la parodie, et, jusqu'à un certain point, les exceptions couvrant les usages privés, L. GUIBAULT, « Nature et portée des limitations et exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins au regard de leurs missions d'intérêt général en matière de transmission des connaissances : l'avenir de leur adaptation à l'environnement numérique », *e.Bulletin du droit d'auteur*, UNESCO, octobre-décembre 2003, http://portal.unesco.org/culture/fr/files/17316/108747961511_guibault_f.pdf/1_guibault_f.pdf, p. 11.

circonstances particulières²¹. Enfin, les failles du marché, qui sont un certain « argument de résignation »²² consistant en une impossibilité technique à contrôler certains usages, ou bien le caractère prohibitif du coût de ce contrôle²³.

Vu leurs justifications et leur construction, les exceptions aux droits de l'auteur sont des manifestations du conflit entre la création et la consommation des œuvres de l'esprit. Tout en incarnant ce conflit, elles ont pour mission de le neutraliser, en contrebalançant la réservation privative. Dans leur mission d'atténuation de l'absolutisme des droits exclusifs du titulaire, les exceptions jouent « *comme des instruments essentiels dans la réalisation d'un équilibre entre les intérêts des auteurs et l'intérêt public dans le régime du droit d'auteur* »²⁴. Telle est leur vocation théorique. En pratique, la question se pose de savoir si elles conduisent effectivement à cet équilibre. Cette interrogation constitue aujourd'hui l'une des préoccupations majeures de la doctrine française du droit d'auteur.

5. À l'heure actuelle, on voit se multiplier les pages que consacrent les revues juridiques au débat sur l'avenir des exceptions aux droits de l'auteur. Cela n'est guère étonnant à la lumière de la révision de la directive 2011/29/CE du 22 mai 2011 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, annoncée par les autorités européennes²⁵ et des discussions sur la loi sur

²¹ A. LEPAGE, « Vue générale sur les exceptions et les limitations au droit d'auteur dans l'environnement numérique », *e.Bulletin du droit d'auteur*, UNESCO, janvier-mars 2003, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139696F.pdf>, p. 3. Parmi ces exceptions on compte celles au profit des bibliothèques, des archives, des musées, des établissements chargés d'enseignement ou bien des personnes handicapées, B. HUGENHOLTZ, « Fierce creatures, Copyright exemptions Towards extinction ? », in D. VAVER, *Intellectual Property Rights: Critical Concepts in Law*, Tome II, Taylor & Francis, 2006, pp. 231-239, spéc. p. 236.

²² P. SIRNELLI, « Synthèse », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d'Auteur: ses limites et exceptions*, Journées d'Etude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 septembre 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 133-144, spéc. p. 137. L'auteur remarque que dans ces situations « le droit d'auteur s'efface parce que de toute façon il ne pourrait être respecté. Il est hors de question de pénétrer dans la sphère privée pour exercer un contrôle d'éventuelles utilisations. Plutôt que de poser un principe d'application du droit d'auteur qui resterait inefficace, mieux vaut fermer les yeux sur cette situation », *Ibidem*.

²³ Parmi ces dérogations, fondées sur « l'argument de résignation », se trouvent, l'exception pour copie privée et celle pour les représentations privées effectuées dans le cercle de famille, B. HUGENHOLTZ, « Fierce creatures, Copyright exemptions Towards extinction ? », in D. VAVER, *Intellectual Property Rights: Critical Concepts in Law*, Tome II, Taylor & Francis, 2006, pp. 231-239, spéc. p. 238.

²⁴ S. DUSSOLIER, Y. POULLET, *Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique*, Centre de Recherches Informatique et Droit Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur, 2000, Etude réalisée pour UNESCO, disponible sur : unesdoc.unesco.org/images/0012/001238/123894fo.pdf.

²⁵ V. not. : C. CASTETS-RENARD, « "Marché unique numérique" : la Commission européenne présente les premières mesures en droit d'auteur », *D.*, 2016, pp. 388-395, L. COSTES, « La réforme européenne du droit d'auteur dans la tourmente », *RLDI*, n° 113, mars 2015, p. 3, A. MARIE, « La propriété intellectuelle aujourd'hui : les chantiers en cours, les nouveaux défis », *CCE*, n° 12, déc. 2015, entretien 11, V.-L. BENABOU, « Quelle réforme du droit d'auteur pour l'Union européenne », *D.*, 2014, pp. 731-732, C. GEIGER, O. BULAYENKO, T. HASSLER, E. IZYUMENKO, F. SCHONHERR, X. SEUBA, « The Resolution of the European Parliament of July 9, 2015: paving the way (finally) for a copyright reform

la République Numérique dont l'adoption est imminente²⁶. Dire qu'il s'agit d'un sujet d'actualité serait un constat trop évident. Disons plutôt que le débat est houleux et animé par des convictions contradictoires. Il voit se confronter un esprit réformateur à la défense du *statu quo*.

6. L'excitation ne s'est pas encore dissipée après la publication du rapport rédigé par Julia Reda²⁷, député au Parlement européen représentant le Parti Pirate « *entièrement animé par un préjugé hostile au droit d'auteur* »²⁸, celle-ci proposant l'extension significative du champ des exceptions par « *l'adoption d'une norme ouverte introduisant une souplesse dans l'interprétation des exceptions et limitations* »²⁹ et corrélativement de limiter au maximum le droit d'auteur³⁰.

En outre, la Commission européenne, souhaitant « *prévoir des exceptions au droit d'auteur pour une société innovante et inclusive* »³¹, notamment en matière d'accès à la connaissance, d'enseignement et de recherche³², préconise des réformes particulièrement modestes³³, consistant en une création sur le plan européen d'une nouvelle exception³⁴, critiquée par la doctrine qui prédit son obsolescence imminente³⁵, ainsi qu'en un léger assouplissement de certaines exceptions existantes³⁶.

in the European Union? », *EIPR*, n° 37(11), 2015, pp. 683-701, G. WESTKAMP, « Copyright reform and necessary flexibilities », *IIC*, n° 45(5), pp. 497-499.

²⁶ M. VIVANT, « La République potagère », *D.*, 2016, p. 993.

²⁷ Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2014/2256 (INI)), disponible sur : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-546.580+02+DOC+PDF+V0//FR&language=FR>, (ci-après *Rapport Reda*).

²⁸ F. POLLAUD-DULIAN, « Détruire, dit-elle : le rapport Reda de la commission juridique du Parlement européen sur le droit d'auteur », *D.*, 2015, p. 639.

²⁹ *Rapport Reda*, point 13.

³⁰ C. CARON, « A l'abordage », *CCE*, n° 3, mars 2015, repère 3.

³¹ V. : « La Commission européenne prend ses premières mesures pour améliorer l'accès aux contenus en ligne et présente sa vision d'un droit d'auteur modernisé », *Commission européenne – Communiqué de presse*, n° IP-15-6261, 9 déc. 2015, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6261_en.htm.

³² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur*, COM(2015) 626 final, disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/FR/1-2015-626-FR-F1-1.PDF>, p. 8.

³³ C. CASTETS-RENARD, *op. cit.*, p. 391.

³⁴ Il s'agit d'une exception qui permettrait « aux organismes de recherche d'intérêt public d'appliquer les techniques de TDM (*text and data mining* - les techniques de fouille de données) aux contenus auxquels ils ont légalement accès, avec une sécurité juridique totale, à des fins de recherche scientifique », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 9.

³⁵ P. KAMOCKI, « "Laissez-fouiller!" L'argument pour les "utilisations orthogonales" des œuvres de l'esprit dans le contexte du débat sur l'exploration des données », *RIDA*, n° 247, janv. 2016, pp. 5-85, spéc. p. 45.

³⁶ Notamment de celles à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement et pour l'utilisation d'ouvrages situés en permanence dans l'espace public. Communication de la Commission au Parlement

7. L'intensification récente du débat sur l'avenir du droit d'auteur et de ses exceptions impacte l'image de la doctrine. Celle-ci est d'abord marquée par un phénomène d'amplification³⁷, de sorte que, comme le souligne C. Caron, « *le droit d'auteur a connu, à l'université comme ailleurs, un succès sans précédent* »³⁸. Mais surtout, cette doctrine en pleine phase d'extension est polarisée. Les conservateurs³⁹, « respectueux des principes fondamentaux de la matière »⁴⁰ querellent les modernistes⁴¹, « très critiques à l'égard du droit d'auteur »⁴². Chaque camp a trouvé le nom pour la pensée de ses adversaires. Respectivement un néologisme pour désigner les partisans « d'une idéologie libertaire »⁴³, et une hyperbole pour parler des « ayatollahs du droit d'auteur »⁴⁴.

Au-delà des épithètes, il s'agit d'une dialectique des visions jusnaturaliste et utilitariste du droit d'auteur.

8. L'histoire du droit d'auteur est d'abord celle de la « *conquête d'une souveraineté individuelle* »⁴⁵. Au XV^e siècle, les premiers ouvrages imprimés demeurent anonymes⁴⁶ et leurs auteurs vivent grâce à la générosité des mécènes, ou bien d'un autre métier⁴⁷. À l'époque antique et au Moyen-âge, l'auteur n'avait pas de raison d'être. La vie d'un homme était encadrée, sous tous ses aspects, par la communauté⁴⁸. C'est l'apparition de la souveraineté de l'esprit qui forme l'auteur et fait de lui un personnage spécial au siècle des Lumières⁴⁹. Dans ce contexte historique, on a affirmé en France le caractère naturel des droits d'auteur et la nature « humaniste » des lois les régissant⁵⁰. L'idée d'assimilation du droit d'auteur au droit naturel, affirmée par Le Chapelier⁵¹ et par Lakanal⁵², et consacrée

européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur*, loc. cit.

³⁷ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 33.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ B. EDELMAN, *J.-CL.*, Propriété littéraire et artistique, fasc. 1112, Droit d'auteur, Nature du droit d'auteur. Principes généraux, dernière mise à jour - 29 nov. 2000, n° 6.

⁴⁰ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 34.

⁴¹ Selon B. Edelman, « (...) tout s'est passé comme si la doctrine française s'était divisée en deux : nous avons affaire d'une part à des juristes "conservateurs", attachés au droit d'auteur traditionnel et, d'autre part, à des juristes "modernistes" préoccupés au premier chef par l'industrie culturelle – du disque, du cinéma ou de la télévision – ou para-culturelle-logiciels, banques de données... Entre les deux, pas ou peu de passerelles », B. EDELMAN, loc. cit.

⁴² C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 34.

⁴³ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, p. 4.

⁴⁴ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz, 2010, p. 41.

⁴⁵ B. EDELMAN, *Le sacré de l'auteur*, Éditions du seuil, 2004, p. 14.

⁴⁶ J. FARCHY, *Internet et le droit d'auteur la culture Napster*, éditions CNRS, 2003, p. 23.

⁴⁷ M-M. IPPOLITO, *Image, droit d'auteur et respect de la vie privée*, L'Harmattan, 2006, p. 25.

⁴⁸ B. EDELMAN, *Le sacré de l'auteur*, op. cit., p. 13.

⁴⁹ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 26

⁵⁰ M-M. IPPOLITO, op. cit., p. 33.

⁵¹ Le Chapelier a assimilé le droit d'auteur à « *la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable (...) la plus personnelle de toutes les propriétés (...)* », LE CHAPELIER, *Rapport au nom du Comité de Constitution*,

par la jurisprudence⁵³, a réussi à séduire la quasi-totalité de la doctrine du XIX^e siècle⁵⁴. Ainsi, Pouillet a pu écrire que « (...) le droit d'auteur est (...) aux yeux de la loi (...) un véritable droit de propriété. Que cette propriété soit d'une nature spéciale, qu'elle ait exigé une réglementation particulière, et que, tout en prenant sa source dans le droit naturel, elle ait demandé une organisation différente de l'organisation de la propriété ordinaire, cela est évident ; mais en quoi cela touche-t-il son principe ? »⁵⁵

Cette conception « égoïste » du droit d'auteur⁵⁶ ne tarde pas à interagir avec son antithèse qu'est le droit d'auteur « social »⁵⁷, ou bien « collectiviste »⁵⁸. Tout commence avec la pensée de Renouard, qui reconnaissait l'existence d'un « droit qui appartient à tout citoyen sur la jouissance intellectuelle des ouvrages même de domaine privé, après qu'ils ont été livrés à la publicité »⁵⁹ et militait pour le rejet de l'expression « propriété littéraire » du vocabulaire juridique⁶⁰. Selon cette vision « altruiste »⁶¹ du droit d'auteur, celui-ci n'est pas un droit préexistant⁶² et ne constitue qu'une récompense pour service rendu à la société. La divulgation de l'œuvre s'assimile ainsi à un acte de donation fait au public par lequel l'auteur se dépouille de sa propriété⁶³. À partir du moment où elle est divulguée, l'œuvre appartient au public et l'auteur ne jouit que d'un droit temporaire d'exploitation, assimilable

sur la Pétition des Auteurs dramatiques, dans la séance du Jeudi 13 Janvier 1791, avec le Décret rendu dans cette Séance, Imprimerie Nationale, 1791, p. 16.

⁵² Selon la célèbre phrase de Lakanal, « De toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut ni blesser l'égalité républicaine, ni donner d'ombrage à la liberté, c'est sans contredit celle des productions du génie ; (...) », J. LAKANAL, « Rapport fait au nom du comité d'instruction publique pour maintenir les droits de propriété des auteurs d'écrits en tous genres, des compositeurs de musique, des peintres, des dessinateurs », in *Exposé sommaire des travaux de Joseph Lakanal*, Firmin Didot Frères, 1838, pp. 9-13, spéc. p. 9.

⁵³ Paris, 8 déc. 1853, S., 1854.II.109 : « La création d'une œuvre littéraire ou artistique constitue, au profit de son auteur, une propriété dont le fondement se trouve dans le droit naturel et des gens, mais dont l'exploitation est réglementée par le droit civil », Cass. req. 16 août 1880, D.P., 1881.I.125, Pataille, 1880, p. 229 : « une production de l'esprit, dès qu'elle est manifestée par une forme extérieure constitue un bien susceptible de propriété et soumis dès lors à l'application des règles de droit ».

⁵⁴ Dans ce sens, J. SFETEA, *De la nature personnelle du droit d'auteur*, Jouve et Cie Editeurs, 1923, p. 29

⁵⁵ E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Imprimerie et Librairie Générale de la Jurisprudence, 1908, pp. 26-27.

⁵⁶ A. BERTRAND, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, A. BENFEDDA, *Droit de la Propriété intellectuelle*, 3^e éd., Lextenso, 2012, p. 57.

⁵⁹ A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature les sciences et les Beaux-arts*, Tome II, Jules Renouard et Cie libraires, 1839, p. 46.

⁶⁰ A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature les sciences et les Beaux-arts*, Tome I, Jules Renouard et Cie libraires, 1838, pp. 456-457.

⁶¹ A. BERTRAND, *loc. cit.*

⁶² C. GEIGER, « "Constitutionalising" intellectual property law? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union », *IIC*, n° 37(4), 2006, pp. 371-406, spéc. p. 378.

⁶³ P. OLANGIER, *Le droit d'auteur*, Tome I, Les principes, Le droit ancien, LGDJ, 1934, p. 6.

à une créance⁶⁴, vis-à-vis les destinataires de l'œuvre, d'origine quasi contractuelle ajoute-t-on parfois⁶⁵.

9. Le dialogue entre les deux conceptions du droit d'auteur s'étant noué à l'ère de l'analogique, il s'est durci avec l'avènement du numérique. Les révolutions technologiques des dernières années ont profondément modifié la façon de créer, de consulter et de disséminer les œuvres de l'esprit qui sont devenues « volatiles »⁶⁶. Le mot « clonage » remplace celui de « copiage »⁶⁷. Les utilisateurs d'aujourd'hui échangent des « fichiers », alors que les générations passées échangeaient des « œuvres »⁶⁸. Le monde numérique favorise la logique économique dans le domaine de la création, de sorte que l'auteur, jadis appelé « savant », est souvent réduit au rôle d'« acteur économique », de marchand de biens de nature particulière devant résister à l'assaut des utilisateurs. Ceux-ci, appelés aujourd'hui « consommateurs »⁶⁹, voient dans le droit d'auteur un « verrou liberticide »⁷⁰. Aborder la crise des exceptions aux droits de l'auteur, en cette période de turbulences, que cela évoque-t-il ?

10. Le mot « crise » vient du grec « *krisis* », qui désigne le « jugement » et qui lui-même se forme à partir de « *krinô* », l'action de « juger » ou de « combattre »⁷¹. Au XIX^e siècle, on a pu la définir comme « *une espèce de combat entre la nature et la cause morbifique lequel fait juger de l'état d'une maladie* »⁷². Ainsi, la crise s'apparente à une maladie. Pour la diagnostiquer, il est avant tout nécessaire de savoir ce qui constitue l'état normal de la nature et identifier les facteurs d'une force pathogène. Dans cette optique, la tâche d'analyse du phénomène de crise des exceptions aux droits de l'auteur est porteuse d'un risque de nature méthodologique.

La tentation est grande de réduire la problématique à un débat purement idéologique. Comme le souligne à juste titre P. Sirinelli, « *Étudier les exceptions aux droits d'auteur (...), c'est, en négatif, fixer les contours de la propriété littéraire et artistique et, indirectement, en retrouver le fondement et la philosophie* »⁷³. Les croyances fondamentales, tenant à la

⁶⁴ J. SFETEA, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁶⁵ A. BERTRAND, *op. cit.*, p. 49, J. SFETEA, *op. cit.*, p. 39

⁶⁶ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁷ G. DE BROGLIE, *Le droit d'auteur et l'internet*, PUF, 2001, p. 19.

⁶⁸ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, p. 321.

⁷⁰ C. CARON, « Et si le droit d'auteur n'existait pas sur internet et ailleurs ? », *D.*, 2005, p. 513.

⁷¹ J. B. MORIN, *Dictionnaire étymologique des mots français dérivés du grec*, chez B. Warée, Paris, an XI - 1803, p. 140.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ P. SIRINELLI, *Exceptions et limites aux droits d'auteur et droits voisins*, Document de l'OMPI, n° WCT-WPPT/IMP/1, 3 déc. 1999, Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Genève, 3-7 déc. 1999, p. 1.

nature juridique des droits d'auteur et à la nature de l'acte de création, déterminent notre façon de percevoir les exceptions. Elles influencent notre vision d'imperfection des droits d'auteur dans leur forme absolue et dictent le choix des valeurs devant lesquelles ce dernier doit céder. Toute dérogation au profit du particulier suppose la condamnation du général. Le recours à l'exception aux droits de l'auteur, l'ouverture d'une brèche de liberté du public au sein du monolithe du droit exclusif doit, comme toute dérogation, avoir un ancrage dans la philosophie du système du droit d'auteur et répondre aux besoins dictés par la politique législative poursuivie à un moment donné. On revient alors à la dialectique fondamentale des philosophies du droit d'auteur.

11. Si l'on suit les pas de Renouard et l'on considère le droit d'auteur comme une sorte de privilège temporaire octroyé aux créateurs en contrepartie des efforts qu'ils fournissent pour enrichir la société, et parce que « *tout privilège est, jusqu'à un certain point une usurpation* »⁷⁴, alors l'étendue de celui-ci doit être aussi étroite que possible. Si l'on partage l'avis de Pouillet et de ses disciples et que l'on s'accorde sur le caractère patrimonial du droit d'auteur, on ne saurait passer outre la conclusion selon laquelle les exceptions s'apparentent à des mesures d'expropriation. Dans cette optique, la tâche du législateur et de la jurisprudence consiste à lui attacher des prérogatives aussi larges que possible.

La vision de la nature du droit d'auteur à laquelle nous adhérons étant une sorte de préjugé et *d'a priori*, elle constitue la matrice de toute réflexion sur le jeu des intérêts antagonistes propre à chaque législation sur le droit d'auteur⁷⁵. Inversement, la forme des exceptions reflète la conception que l'on se fait du droit d'auteur et de ses imperfections. En bref, la question de la nature du droit d'auteur, et indirectement celle du rôle des exceptions en son sein, cristallise l'opposition entre « les protectionnistes élevés » et « les protectionnistes modérés »⁷⁶. Les premiers, romantiques et idéalistes, recherchent la justification du droit d'auteur dans la relation entre la personne de l'auteur et son œuvre. Ils ne craignent pas la surprotection. Leurs adversaires mettent en avant le lien entre l'œuvre et le public et, par conséquent, réservent une place éminente pour les exceptions.

Ainsi, évaluer la condition des exceptions aux droits de l'auteur, et savoir si leur construction est satisfaisante, revient peut être simplement à prendre position dans

⁷⁴ D. DALLOZ, A. DALLOZ, *Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Tome XXXVIII, Bureau de la jurisprudence générale, 1857, p. 451.

⁷⁵ E. DERCLAYE, *The legal protection of databases, a comparative analysis*, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 31.

⁷⁶ A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences* Bruylant, LGDJ, 1993, p. 191.

le débat sur la nature et la justification du droit d'auteur, et en tirer par voie de conséquence l'image d'une exception idéale. Ensuite, il ne resterait qu'à confronter cet idéal à l'état du droit positif et, éventuellement, proposer des ajustements. Tout cela pour que l'exception reflète la nature du droit d'auteur.

Aussi séduisante qu'elle puisse paraître, une telle méthode d'analyse est à bannir, et cela pour trois raisons principales.

12. Premièrement, parce que plus l'on descend dans l'analyse de la dialectique des différentes approches de la nature du droit d'auteur, plus l'on s'aperçoit qu'il s'agit d'un discours purement dogmatique dans lequel les assomptions des interlocuteurs ne sont point vérifiables. Puisqu'au fond il ne s'agit que d'une déclinaison du débat entre l'individualisme et le collectivisme, les deux grandes conceptions philosophiques entre lesquelles navigue la réalité sociale, rappelons ce qu'a pu écrire P. Recht. A propos de la première dit-il, « (...) *l'individu possède des "droits fondamentaux" antérieurs et supérieurs à la société* »⁷⁷. La seconde suppose en revanche que « (...) *c'est en raison de l'existence de la société que l'individu est pourvu des droits* »⁷⁸. L'opposition entre l'individualisme et le collectivisme étant irréductible, le choix arbitraire de l'un d'entre eux s'impose, car « *personne ne peut établir scientifiquement quelle doctrine est la vraie. La conception que l'homme a des droits fondamentaux est une croyance, une foi. La conception opposée qui nie la liberté individuelle ne se discute pas non plus* »⁷⁹.

Dans cette optique, porter un jugement sur les exceptions en se basant sur la vision du droit d'auteur tel qu'il devrait être dans l'absolu risque de se transformer en une démarche d'une pauvre valeur cognitive, qui ne serait qu'une confrontation des *a priori*, prolongeant un débat purement idéologique. En prévoyant des exceptions aux droits de l'auteur, sous telle ou telle forme, leurs créateurs font des choix philosophiques, politiques et économiques et, comme le rappelle à juste titre L. Marino, « *dès lors qu'une règle juridique est l'habillage d'un choix économique et politique, on peut toujours défendre une autre règle* »⁸⁰.

13. Deuxièmement, en analysant les exceptions dans le contexte de l'axiologie générale du droit d'auteur, on risque de porter sur elles un jugement purement « quantitatif », réduit aux postulats selon lesquels, en fonction de la position prise dans le débat sur la nature du droit d'auteur, celui-ci devrait prévoir plus, ou bien moins d'exceptions. En se laissant ainsi aveugler par les croyances fondamentales à la base de la matière étudiée, on peut

⁷⁷ P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, histoire et théorie*, LGDJ, 1969, p. 14.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 150.

facilement perdre de vue l'aspect « qualitatif » des exceptions et passer outre des soi-disant « détails » tels que la cohérence du mécanisme dérogatoire, sa prévisibilité ou bien son efficacité.

14. Troisièmement, l'attachement excessif à l'aspect axiologique des exceptions aux droits de l'auteur peut contaminer la réflexion sur leur condition par un certain manichéisme dans l'optique du droit comparé. Plus précisément, on risque de fétichiser la prétendue opposition des logiques du droit d'auteur français et du *copyright* américain, et de voir la crise des exceptions françaises dans chaque signe de leur rapprochement au système du *fair use*.

15. À première vue, une telle approche est convaincante. Elle repose sur une série d'assomptions tenant aux justifications et aux objectifs du droit d'auteur et du *copyright* traditionnellement enseignés. Ainsi, le *copyright* anglo-saxon est, dit-on, un droit avant tout économique attaché à la notion de marché⁸¹, utilitaire plutôt que personnaliste. Il vise à inciter à la création en rentabilisant la recherche et l'effort créatif plutôt qu'à travers l'octroi à l'auteur de droits « sacrés »⁸². Cette dernière méthode est réservée à la tradition continentale du droit d'auteur que le droit français représente dans sa haute et pleine majesté⁸³.

Cette vision binaire des choses est devenue un véritable dogme qui sous-entend la dialectique des visions utilitariste et jusnaturaliste du droit d'auteur. Cette dernière se manifeste même dans le vocabulaire utilisé pour désigner la matière. En adoptant l'appellation « droit d'auteur » ou bien « propriété littéraire et artistique », les juristes français mettent en avant la personne de l'auteur protégée par le droit naturel et la primauté du droit moral⁸⁴. Quant au terme « *copyright* », il évoque avant tout le droit né de l'existence d'une copie, d'un exemplaire de l'œuvre⁸⁵. Ce dernier est une marchandise à laquelle s'attache une valeur économique.

⁸¹ A. STROWEL, *op. cit.*, p. 4, note 17.

⁸² Sur cette dimension économique du *copyright* v. not : C. ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires : Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 2007, p. 11 et suiv.

⁸³ Selon P. Sirinelli, « Le droit français est généralement considéré comme l'archétype des législations de droit d'auteur. Né avec la Révolution française d'une rupture avec les privilèges accordés aux seuls éditeurs, et postérieurement aux copyrights anglais et américain, le droit d'auteur français s'oppose à ses cousins anglo-saxons tant dans sa philosophie que dans sa forme. Là où les premiers reposent sur une logique plus économique et des considérations d'intérêt général très prégnantes, le droit d'auteur français a une conception plus humaniste, plaçant le créateur au centre du dispositif », P. SIRINELLI, « Le droit d'auteur à l'âge du numérique », in X. GREFFE, N. SONNAC, *Culture Web, création, contenus, économie numérique*, Dalloz, 2008, pp. 409-435, spéc. p. 410.

⁸⁴ A. FRANCON, *La Propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne et aux États-Unis*, étude critique, librairie Arthur Rousseau, 1955, p. 2.

⁸⁵ A. STROWEL, *op. cit.*, p. 19.

16. Pour expliquer l'écart séparant la tradition française du droit d'auteur et celle du *copyright*, on pointe souvent les différences des environnements socio-économiques entourant leurs apparitions. Le droit d'auteur et le *copyright* sont tous deux nés au moment de périodes révolutionnaires, mais alors que premier le fut lors d'une grande révolution sociopolitique, le second naquit pendant une révolution industrielle. Le romantisme de la Grande Révolution a donné au droit d'auteur son caractère personnaliste. Les changements économiques du siècle de la vapeur ont façonné un *copyright* pragmatique⁸⁶.

17. Voici un clivage qui peut expliquer tous les phénomènes du droit d'auteur français, y compris la crise de ses exceptions. Il est tentant de faire de cette dernière un synonyme d'américanisation. Dès lors que les exceptions françaises s'imprègnent d'une logique économique, ce serait le signe d'une crise, car « *toute appréhension économique du droit d'auteur conduit inévitablement au système du copyright* »⁸⁷. Ou lorsqu'elles s'assouplissent, par exemple en considération de la liberté d'expression, on parle également de crise, car cela revient « *à introduire subrepticement dans les systèmes de droit d'auteur une sorte de fair use* »⁸⁸.

En réalité, il ne s'agit, encore une fois, que d'une dialectique d'*a priori*, ignorant le fait que, comme le souligne C. Caron, « *les différences entre le droit d'auteur et le droit du copyright appartiennent, au-delà des symboles, assez largement au passé* »⁸⁹. Les textes internationaux régissant le domaine du droit d'auteur, ainsi que le droit de l'Union européenne « *opèrent un véritable métissage des législations, ce qui entraîne l'apparition d'un droit d'auteur qui combine différentes conceptions, y compris en France* »⁹⁰.

18. Ainsi, pour ne pas réduire la réflexion sur la crise des exceptions aux droits de l'auteur à un dialogue de sourds, il est nécessaire de trouver une méthode d'analyse qui ferait, dans la mesure du possible, abstraction du discours sur la nature et la justification philosophique du droit d'auteur. À notre sens, une telle recherche ne sera fructueuse que si l'on abandonne la volonté de percevoir les exceptions aux droits de l'auteur telles qu'elles devraient être, dans l'absolu, selon le courant doctrinal que nous avons choisi, et que l'on lui substitue une réflexion sur les exceptions aux droits de l'auteur telles que leurs créateurs ont voulu qu'elles soient. Dans cette perspective, la crise de l'exception sera alors une crise

⁸⁶ Dans ce sens, P.-Y. MOYSE, « La nature du droit d'auteur : Droit de propriété ou Monopole ? », *McGill Law Journal*, n° 43(3), 1997-1998, pp. 507-564, spéc. pp 546-547.

⁸⁷ B. EDELMAN, « L'arrêt *Magill* : une révolution ? », *D.*, 1996, pp. 119-125, spéc.p. 120.

⁸⁸ A. LUCAS, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, *Bull.* I, n° 229, *PI*, n° 10, janv. 2004, pp. 550-552, spéc. p. 551.

⁸⁹ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, p. 42.

⁹⁰ *Ibidem*.

de son effectivité, entendue comme « *le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu* »⁹¹.

La crise d'effectivité ainsi définie est donc réellement un constat objectif, et non pas un postulat se donnant des apparences d'objectivité. L'effectivité des règles de droit s'évalue « *eu égard aux concepts qu'elles contiennent, aux procédures qu'elles mettent en place ou encore aux choix qu'elles consacrent* »⁹². Bien évidemment, ces concepts, procédures et choix, dont la forme des exceptions aux droits de l'auteur est une émanation, doivent être reconstruits. Toutefois, ils ne peuvent être discutés. Seule une perspective ainsi comprise nous permettra d'identifier avec précision l'état normal des exceptions aux droits de l'auteur, et ce qui constitue leur maladie, préalable nécessaire à la constatation de la crise et à la conclusion quant aux remèdes.

Le sujet ici étudié se prête parfaitement à une telle méthode d'analyse dans la mesure où l'exception aux droits de l'auteur, comme toute exception au sens juridique du terme, échappe largement à la prédétermination. Sa forme ne dépend que de la volonté de son créateur. Pour nous en convaincre, attardons-nous sur la nature juridique de l'exception en droit.

19. La logique fondée sur le schéma « règle - exception » est un des schémas classiques du raisonnement juridique. Maintes fois employé dans le langage courant pour désigner une certaine particularité, voir une anomalie⁹³, le terme « exception » renvoie avant tout dans le vocabulaire juridique au terme de dérogation, c'est-à-dire à un cas soustrait à l'application normale de la règle de droit⁹⁴, une « mise à l'écart d'une règle »⁹⁵.

Le besoin de déroger vient du fait que les données métajuridiques au service desquelles la règle est créée la dépassent de manière constante. La réalité sociale que le droit est censé refléter évolue. Il est possible qu'après l'entrée en vigueur de la règle juridique, celle-ci perde une partie de son actualité en raison de la modification de la situation factuelle⁹⁶, qu'elle devienne inadaptée du fait de l'écart entre la politique guidant ses rédacteurs et l'état des mœurs au moment de son application⁹⁷.

⁹¹ F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité de droit », in D. LOCHAK, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, pp 126-149, spéc. p. 126.

⁹² Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et Société*, n° 79, 2011, pp. 715-732, spéc. p. 725.

⁹³ *Grand Larousse Universel*, Tome 6, Larousse-Bordas, Paris 1997, p. 4048.

⁹⁴ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, p. 428.

⁹⁵ D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 363.

⁹⁶ J.-M. DE MOY, *L'exception en droit privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011, p. 293. Selon P. Roubier, ce retard du droit par rapport à l'évolution de la réalité sociale est un point faible de toutes les législations basées sur la philosophie du réalisme juridique. Ces dernières prennent pour point de départ, lors de la création du droit, les besoins de la société se manifestant par le biais des idéologies et des conceptions

Bien évidemment, lorsque « *les faits se révoltent contre la loi* »⁹⁸, la gravité du conflit peut même justifier l'abrogation de la règle ou sa modification profonde. Mais dans les cas moins dramatiques, le recours aux techniques dérogatoires constitue un bon remède, d'une part pour rattraper le retard qu'a pris la norme par rapport à la situation factuelle, et d'autre part pour définir une nouvelle hiérarchie entre des valeurs concurrentielles, plus adaptée à une conscience sociale donnée⁹⁹.

20. Ce recours à ce qui est anormal pour arriver à un état normal ou souhaité est assez singulier. Comprendre l'exception dans son acception juridique signifie avant tout concilier ce qui est *a priori* inconciliable. D'un côté, cette tâche consiste à se placer dans une perspective conflictuelle et à adopter une approche selon laquelle l'exception constitue ni plus ni moins que l'opposé de la norme, en ce qu'elle est hétérogène à cette dernière et en ce qu'elle a pour but de retrancher à celle-ci « *un effet qui, sans elle, aurait été inévitable* »¹⁰⁰. D'un autre côté, la réflexion sur l'exception doit tenir compte du fait que celle-ci peut également se situer à l'intérieur du champ de la norme¹⁰¹. L'exception peut, tout en s'opposant à ce qui est « normal », devenir, de manière paradoxale, une partie du système juridique et institutionnaliser un écart aux lignes normales de conduite.

Cette idée d'exception en tant que composante du système juridique a été décrite par J. Domat, qui estimait que « *les exceptions sont des règles qui bornent l'étendue des autres, et elles disposent autrement par des vues particulières, qui rendent ou juste ou injuste ce que la règle entendue sans exception rendrait au contraire ou injuste ou juste* »¹⁰².

21. L'exception est effectivement un outil dont la fonction consiste à limiter l'étendue des règles de droit, mettre à l'écart leur application normale tout en étant une règle de droit. À ce titre, on pourrait la définir comme une règle dérogatoire internalisée par le système

politiques d'une époque donnée, des usages spontanément suivis, ou bien des exigences des relations et des affaires à un moment donné. P. Roubier en conclut que la loi est toujours en retard, « *car ce sont les usages qui lui montrent la voie et la précédent, et lorsque le législateur se décide enfin à les consacrer, il arrive que les particuliers s'en détournent, et que la loi, sans être formellement abrogée, n'est plus que du droit mort* », P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, 2005, pp. 102-103.

⁹⁷ J.-M. DE MOY, *loc. cit.*

⁹⁸ Selon l'expression de R. HOUIN, « De lege ferenda », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome I, Dalloz, Sirey, 1961, pp. 273-294, spéc. p. 281.

⁹⁹ Dans ce sens, J.-M DE MOY, *op. cit.*, pp. 329-350.

¹⁰⁰ P. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la "société de l'information" », *RTD Com.*, 2003, pp. 87-108, spéc. p. 102.

¹⁰¹ J.-C. LE COUSTUMER, « La norme et l'exception. Réflexions sur les rapports du droit avec la réalité », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 6, 2007, pp. 19-28, spéc. p. 19.

¹⁰² J. DOMAT, « Les lois civiles dans leur ordre naturel », in J. REMY, *Œuvres complètes de J. Domat*, Tome I, Alex Gobelet Librairie, 1835, p. 78.

de droit. Toutefois, une telle définition est incomplète dans la mesure où elle ne permet pas d'affirmer suffisamment la spécificité bien réelle de l'exception.

Cette spécificité ne réside pas dans sa fonction de mise à l'écart des règles de droit, car cette dernière ne lui est pas propre, le système de droit connaissant d'autres outils jouant le même rôle. Quant à la forme de l'exception, elle ne lui est pas propre non plus, car beaucoup de dispositifs créés dans le même but se manifestent également sous la forme de règles de droit. La spécificité de l'exception se traduit uniquement par la façon dont elle accomplit sa fonction de dérogation qui lui permet de se démarquer des autres mécanismes conçus dans la même fin.

Le système de droit connaît plusieurs types de dérogations. La plupart d'entre elles sont des mécanismes normatifs qui supposent la création d'une norme, à portée générale ou individuelle, faisant concurrence à la règle principale et excluant son jeu dans une liste précise de cas. De manière exceptionnelle, il se peut toutefois que l'atténuation de la force obligatoire de la règle de droit soit un phénomène dépourvu de toute normativité.

22. Ainsi, la mise à l'écart de la règle de droit peut avoir son origine dans le domaine purement factuel. Parfois, le souci d'adaptation du droit à la réalité métajuridique conduit non pas à modifier la règle, mais à la « mettre en sommeil »¹⁰³. Ainsi, il se peut que celui qui pourrait agir juridiquement s'en abstienne. Dans ce cas, on parlera de tolérance¹⁰⁴.

La tolérance au sens juridique du terme est, comme toute tolérance dans un sens général, une émanation d'une volonté « *de ne pas interdire ou ne pas exiger alors qu'on le pourrait* »¹⁰⁵. Qu'il s'agisse d'un parquet décidant de ne pas poursuivre un voleur ou d'une autorité de police qui ne verbaliserait pas un automobiliste stationné à un emplacement gênant, celui qui tolère écarte alors consciemment la mise en œuvre d'une règle de droit *a priori* applicable. Le tolérant ne renonce pas à ses droits. Il ne les limite pas non plus¹⁰⁶. Il décide, purement et simplement, de manière expresse ou tacite, de ne pas les exercer sans formuler de promesses quant à son comportement futur¹⁰⁷. La sanction liée à la violation

¹⁰³ C. ATIAS, D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, pp. 251-258, spéc. p. 251.

¹⁰⁴ Dans ce sens D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 364.

¹⁰⁵ L. TALLINEAU, « Les tolérances administratives », *AJDA*, janv.1978, pp. 3-38, spéc. p. 3.

¹⁰⁶ J.-M. ROY, « La tolérance », *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, n° 1995-2, pp. 497-510, spéc. p. 502.

¹⁰⁷ L. Tallineau écrivait, à propos des tolérances administratives, que celles-ci « traduisent le refus des autorités administratives d'user des moyens dont elles disposent face à une violation de la règle de droit. Mais l'attitude négative de l'administration peut s'exprimer différemment. Celle-ci peut tout simplement se réfugier dans l'inaction et le silence comme elle peut formuler explicitement son refus d'intervenir », L. TALLINEAU, *op. cit.*, p. 6.

se trouvant suspendue, et non pas exclue pour l'avenir « *peut resurgir à tout moment et sans limite* »¹⁰⁸. La seule artère vitale de la tolérance est la décision du tolérant, révocable *ad nutum*.

23. La tolérance n'appartient pas à la sphère du droit¹⁰⁹. Son siège se trouve dans le domaine des faits. Il se peut toutefois qu'une dérogation soit institutionnalisée et devienne une règle de droit véritable. La mise à l'écart institutionnalisée de la règle de droit peut s'effectuer à travers des mécanismes juridiques, qui sans remettre en cause l'applicabilité de la règle de droit de manière générale, retardent ou empêchent l'arrivée du moment à partir duquel celle-ci commence à s'imposer de manière effective à son destinataire. Il s'agit ici, en premier lieu de revêtir la règle d'un caractère supplétif.

Il est de la nature de la règle supplétive de pouvoir être écartée par voie conventionnelle par les sujets de droit auxquels elle s'adresse¹¹⁰. Parallèlement, une fois qu'une situation juridique appelle une telle norme à s'appliquer¹¹¹, le droit objectif protège les sujets concernés par les dispositions de la norme supplétive contre les tiers, sur la base d'une certaine « fiction de volonté »¹¹² ou d'une présomption d'acceptation¹¹³, et de manière générale, il s'impose aux intéressés¹¹⁴.

¹⁰⁸ D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit*, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 83. Dans de rares cas, la tolérance peut, semble-t-il devenir un fait juridique. Ainsi, en matière des tolérances administratives, la Cour administrative d'appel de Paris a reconnu la responsabilité de l'administration qui avait opéré un revirement brusque par rapport aux tolérances antérieures sans avoir informé les opérateurs de ce changement de politique, CAA Paris, 8 nov. 2005, *AJDA* 2006, p. 40, note P. TROUILLY.

¹⁰⁹ Comme le souligne J. Mourgeon, « (...) aucune conciliation n'est possible de la tolérance avec la Règle. Plus concrètement, on ne conçoit pas une règle énonçant : "Il est toléré de..." (elle porte : "Il est permis, possible de..."), ou bien : "Il n'est pas toléré de..." (mais "Il est interdit de..."). La tolérance s'avère ainsi comme a-juridique, prenant place à côté et en dehors du Droit, mais ne pouvant en faire l'objet. Bref, la tolérance ne s'édicte pas », J. MOURGEON, « Tolérance et règle de droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 30, n° 4, 1989, pp. 979-986, spéc. p. 981.

¹¹⁰ Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et Société*, n° 79, 2011, pp. 715-732, spéc. p. 720. Le doyen Carbonnier a défini les règles supplétives comme des « lois qui ne s'appliquent aux individus qu'autant qu'ils n'ont pas manifesté de volonté différente », J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, PUF, 2004, p. 225.

¹¹¹ R. DAVID, *Le droit français*, Tome I, LGDJ, 1960, p. 73.

¹¹² Selon C. Pérès-Dourdou, « la règle supplétive n'est autre que la suppléance du vouloir individuel saisie par la règle de droit. A ce titre, elle forme donc un remède objectif que l'ordre juridique, conscient de l'étendue circonscrite de la prévoyance humaine, prévoit et applique lorsque les individus, alors qu'ils disposaient d'une liberté de principe à cet effet, n'ont pas manifesté leur volonté de définir eux-mêmes le contenu d'un acte juridique », C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 370.

¹¹³ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 397.

¹¹⁴ Y. LEROY, *loc. cit.* Selon certains auteurs, l'existence d'une règle à caractère supplétif ou permissif fait de la validité formelle de la loi une condition insuffisante pour acquisition de la force obligatoire et s'attache ainsi à la force obligatoire de la règle un élément de souplesse. J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz, 2006, p. 18.

En présence d'une règle supplétive, l'application de la loi se trouve intrinsèquement conditionnée par la présence ou non d'une volonté contraire des destinataires de la règle¹¹⁵. Il en est de même, *mutatis mutandis*, pour la règle permissive qui « octroie à son destinataire une faculté de faire ou de ne pas faire »¹¹⁶.

24. Il se peut également que la règle de droit soit mise à l'écart par une décision d'une autorité compétente, en faveur d'une personne déterminée. Il est possible qu'un destinataire de la norme soit alors autorisé, par une décision qui le soustrairait à l'application de la règle, à faire ce qui lui est interdit, ou à ne pas faire ce qui lui est imposé. Un tel « *relâchement du droit commun en faveur d'un individu* »¹¹⁷ constitue la dispense¹¹⁸.

Ce terme, provenant du droit canonique et associé par celui-ci notamment au domaine du mariage¹¹⁹, désigne une décision qui ne possède aucun contenu « positif » pouvant se substituer à la règle dont elle écarte l'application¹²⁰. La dispense et l'écart de la règle supplétive présentent un point commun dans la mesure où tous deux empêchent l'application de la règle dans un cas particulier. Toutefois, la dispense intervient au moment où l'applicabilité de la norme est déjà établie et « déclenchée »¹²¹. Elle est neutralisée *a posteriori*. En revanche, l'écart de la règle supplétive intervient au moment de la

¹¹⁵ Dans ce sens not. : G. RIPERT, *loc. cit.*, selon lequel « *La loi facultative n'est applicable que sous réserve de la convention contraire (...). Son caractère obligatoire n'est pas pour autant détruit, mais la règle n'est obligatoire que si les intéressés l'acceptent* ».

¹¹⁶ C. COHEN, *Les normes permissives en droit international privé. Etude critique*, Thèse, Paris II, Panthéon-Assas, 2015, p. 2.

¹¹⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple, loc. cit.*

¹¹⁸ P. THERY, « La dispense en droit privé », *Droits Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 25, 1997, pp. 59-71, spéc. pp. 61-63, dans le même sens D. ALLAND, S. RIALS, *op. cit.*, pp. 363-366. Le mécanisme de dispense peut être trouvé, par exemple, dans l'article 144 du Code civil pose la règle de principe selon laquelle « *Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus* », cependant, selon l'art 145 du même Code : « *néanmoins, il est loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves* ». En outre, selon l'article 344 du Code civil : « *Les adoptants doivent avoir quinze ans de plus que les enfants qu'ils se proposent d'adopter. Si ces derniers sont les enfants de leur conjoint, la différence d'âge exigée n'est que de dix ans. Toutefois, le tribunal peut, s'il y a de justes motifs, prononcer l'adoption lorsque la différence d'âge est inférieure à celles que prévoit l'alinéa précédent* ».

¹¹⁹ V. sur ce point : A. LEFEBVRE-TEILLARD, « Les origines : La dispense en droit canonique », *Droits Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 25, 1997, pp. 11-18, spéc. p. 11, R. J. POTHIER, « *Traité du contrat de mariage* », in M. DUPIN AINE, *Œuvres de R.-J. Pothier contenant les traités du droit français*, Tome III, H. Tarlier Libraire-Editeur, 1831, pp. 387-400.

¹²⁰ C. BLANCHARD, *La dispense en droit privé*, Éditions Panthéon-Assas, 2010, p. 253. Ces caractéristiques de la dispense sont soulignées même dans les ouvrages les plus anciens du droit canonique. Ainsi, L.-A. Joly de Choin, Evêque de Toulon, a défini la dispense, dans la première moitié du XIXe siècle, comme un « *acte de juridiction par lequel le législateur exempte quelqu'un de l'observation d'une loi, dans une circonstance particulière, la loi demeurant d'ailleurs dans toute sa force* » (nous soulignons), L.-A. JOLY DE CHOIN, M. GOUSSET, *Instructions sur le rituel*, Tome V, Gauthier Frères et Cie, 1829, p. 125.

¹²¹ C. BLANCHARD, *loc. cit.*

construction de la situation juridique¹²² et exclut l'application de la règle, dans une situation donnée, de façon *a priori*.

La dispense se différencie également de l'octroi du privilège qui, tout étant une décision d'une autorité compétente mettant à l'écart une règle de droit, s'applique à une catégorie des personnes et crée une norme concurrentielle objective à la norme écartée. La dispense fait émerger, quant à elle, une obligation subjective¹²³, à portée individuelle.

25. À ce catalogue des techniques d'écart de la règle de droit s'ajoute enfin le plus sophistiqué des mécanismes dérogoires. Le système de droit connaît des cas dans lesquels une règle de droit coexiste avec une autre règle qui exclut son application, ou bien aménage plus ou moins radicalement les modalités de son application par rapport à une certaine catégorie de cas¹²⁴, et non à l'égard d'une certaine catégorie de personnes. Une règle de ce type porte le nom d'exception.

26. La façon dont l'exception met à l'écart la règle de principe détermine sa spécificité par rapport aux autres mécanismes conçus dans le même but. En ce que son application ne nécessite pas l'intervention d'une autorité autre que le législateur, et du fait que sa portée soit générale, celle-ci permet un ajustement de la règle principale particulièrement efficace.

À la différence de la dispense qui paralyse l'application de la règle¹²⁵, l'exception, en tant que « règle concurrentielle », empêche son déclenchement. En outre, dans le cas de la dispense, le jeu de celle-ci est conditionné par l'existence du pouvoir de dérogation prévu par le droit, mais extérieur à celui-ci. Le mécanisme d'exception suppose en revanche une sorte d'autorégulation du droit par le droit lui-même¹²⁶.

¹²² P. THERY, *op. cit.*, p. 62.

¹²³ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 14.

¹²⁴ C. LEBEN, « Impératif juridique, dérogation et dispense quelques observations », *Droits Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 25, 1997, pp. 33-45, spéc. p. 38.

¹²⁵ C. BLANCHARD, *op. cit.*, p. 326.

¹²⁶ Ainsi, C. Groulier explique, en citant A. Rouyère : « Alors qu'il s'apprête à insérer un ensemble de règles impératives dans l'ordonnement juridique, le législateur se trouve confronté à un choix entre au moins deux voies normatives (...). Une première solution consiste à édicter des dispositions exclusivement impératives, en faisant "le pari de la capacité de la norme à maintenir son assise en tout état de cause". Dans une telle hypothèse, "la règle n'est assortie d'aucune mesure d'adaptation, et l'échec de ce défi se soldera par une violation ouverte de la règle", si elle ne parvient pas à s'imposer à ses destinataires. Une telle approche est particulièrement risquée, voire utopique, et c'est la raison pour laquelle une seconde solution semble préférable : le législateur imagine alors "une possibilité d'effritement de l'obligation objective et cherche à prévenir celle-ci par l'aménagement de mesures d'adaptation. Le choix de ces dernières sera guidé par l'idée qu'il se fait de la prévisibilité des cas où la rupture de l'équilibre axiologique a le plus de chances d'être consommée. Si ces cas lui semblent correspondre à des catégories juridiques figées, il créera des exceptions à la règle. Si au contraire, la teneur du fait dérogoire ne peut être abstraitement qualifiée par le texte initial, le législateur créera un pouvoir de dérogation », C. GROULIER, *Norme permissive et le droit public*, Thèse, Limoges, 2006, pp. 556-557.

D'un certain point de vue, l'exception se rapproche de la mise à l'écart de la règle supplétive. En effet, dans ce dernier cas, la convention empêche, *a posteriori* et *inter partes*, l'application de la règle. Pour l'exception, le même effet est assuré, *a priori*, par une autre norme, dotée d'une force obligatoire *erga omnes*. Aussi l'on comprend bien pourquoi les règles supplétives sont parfois dénommées les « fausses exceptions »¹²⁷.

En ce qui concerne les privilèges, et à la différence de ceux-ci, l'exception n'est pas discrétionnaire. Générale et abstraite, « *elle n'est pas adoptée pour résoudre un cas individuel, mais elle est la même pour tous, du moins pour tous ceux qui remplissent les mêmes conditions* »¹²⁸. L'exception s'impose donc à tous¹²⁹.

Pour autant, la spécificité fonctionnelle de l'exception ne trouve pas écho sur le plan organique. Vue de l'extérieur, et abstraction faite de la façon dont elle met à l'écart la règle de principe, l'exception se confond de par sa forme avec les normes qui l'entourent, y compris avec celles auxquelles elle déroge. En réalité, tout en possédant une fonction particulière et une façon d'exercer cette fonction propre, elle est une règle de droit de forme classique.

27. Pour écarter de manière générale et abstraite la règle de principe, les exceptions doivent posséder tous les attributs constitutifs de cette règle¹³⁰. Pour illustrer la symétrie entre la norme principale et norme exceptionnelle, il suffit d'évoquer l'exemple classique d'une règle assortie d'une exception prévue dans l'article 413-6 du Code civil. En vertu de l'alinéa premier dudit article, « *le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile* ». L'alinéa second prévoit une exception : « *Il (le mineur émancipé)*¹³¹ *doit néanmoins, pour se marier ou se donner en adoption, observer les mêmes règles que s'il n'était point émancipé* ». Cette exception aménage l'application de la règle de l'alinéa premier en lui retranchant un certain effet. Précisément, il s'agit d'écarter la règle principale par rapport à une certaine catégorie des faits qui, *a priori*, rentrent dans son champ d'application.

Dans cet exemple, il est manifeste que la règle principale et l'exception partagent les mêmes attributs. Elles sont générales (en ce qu'elles se réfèrent à tous les mineurs

¹²⁷ Pour une telle qualification : D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 178.

¹²⁸ Une telle explication du caractère général et abstrait de la règle de droit a été donnée par F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », *RTD Civ.*, 2001, pp. 487-504, spéc. p. 489. Dans le même fil de raisonnement, S. Dusollier souligne, par rapport aux exceptions aux droits d'auteur, que « *l'exception n'est pas reconnue de manière spécifique, exclusive ou inégalitaire, dans la mesure où tous les utilisateurs d'une œuvre ou d'une invention sont susceptibles d'en bénéficier. Toute personne est autorisée, par la loi sur le droit d'auteur, à parodier ou critiquer l'œuvre, ou par la loi sur le brevet, à utiliser l'invention de manière privée, pour autant qu'elle remplit les conditions mises à l'exercice des exceptions* », S. DUSOLLIER, « Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle », in IRPI, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, LexisNexis, 2013, pp. 29-48, spéc. p. 39.

¹²⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 25^e éd., PUF, 1997, p. 210.

¹³⁰ J.-M DE MOY, *L'exception en droit privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011, p. 37

¹³¹ Nous précisons.

émancipés), abstraites (tous les actes de la vie civile, tous les mariages et toutes les adoptions) obligatoires (formellement valides, formulées en des termes impératifs) et sanctionnées (sanction de nullité de l'acte en cas de violation des dispositions). L'étendue de la règle de principe se trouve donc bornée par le droit lui-même prévoyant une règle concurrentielle¹³². Au-delà de sa finalité particulière, celle-ci est, en ce qui concerne ses attributs, une règle juridique comme beaucoup d'autres.

Comme les autres règles de droit, l'exception peut connaître une « *variation de sa nature normative* »¹³³. Cette variation peut toucher à chacun de ses attributs principaux. S'il y a des règles de droit plus ou moins abstraites, plus ou moins générales, et plus ou moins contraignantes, il peut y avoir des exceptions présentant les mêmes fluctuations. Dans la même ligne de raisonnement, il se peut que l'application de l'exception soit écartée par un ou plusieurs mécanismes dérogatoires, ce qui nous permet de constater qu'il peut y avoir, au sein du système du droit, des exceptions aux exceptions.

28. En outre, l'exception étant une règle de droit, il n'est pas surprenant que les sources des exceptions se trouvent parmi les sources du droit, parmi lesquelles, la place prééminente doit être bien évidemment réservée au législateur et au juge. Le juge est en mesure de créer des règles de droit, et par là même des exceptions. Dans son travail d'interprétation et d'application des règles de droit, il est souvent amené « *à venir au secours des cas particuliers divergents* »¹³⁴ et à aménager, *praeter legem*, la force obligatoire de la règle générale via des exceptions, même en l'absence de tout mécanisme dérogatoire prévu par la loi¹³⁵.

¹³² Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 l'ancien art 487 du Code civil et de l'ancien article L. 121-2 du Code de commerce refusaient au mineur émancipé la possibilité d'avoir la qualité de commerçant. Cette exception constituait également, selon J.-M de Moy, une norme exceptive présentant toutes les caractéristiques classiques de la norme de droit, J.-M DE MOY, *op. cit.*, pp. 42-43. Aujourd'hui, parmi les exceptions atténuant la force obligatoire de la règle posée dans l'art 413-6 du Code civil on trouve, par exemple, les dispositions de l'art 1 du décret n°85-390 du 1^{er} avril 1985 qui dans sa version issue de la réforme opérée par l'art 1 du décret n° 2007-728 du 7 mai 2007 dispose que « *les jeux de paris et de pronostics sportifs ne peuvent être vendus aux mineurs, même émancipés* ». Dans cette exception on trouve également tous les attributs de la règle de droit. Elle fait également concurrence à la règle principale qui a vocation à englober tous les actes de la vie civile.

¹³³ J.-M DE MOY, *op. cit.*, p. 44.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 238.

¹³⁵ C'est ce qui s'est passé, par exemple, dans le domaine du droit commercial, au moment où le juge a créé l'exception à la règle d'interdiction de paiement des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective. Si le gel du passif antérieur demeure la règle, et toute dérogation à ce principe est potentiellement attentatoire à l'égalité des créanciers qu'instaure le jugement d'ouverture, les considérations d'« équité contractuelle » et de la « morale des affaires » ont conduit la Cour de cassation à admettre la possibilité de paiement par compensation, après l'ouverture de la procédure, des créances antérieures liées par un lien de connexité. Dans ce sens, not. : Cass. com., 19 mars 1991, *Bull.* IV, n° 105, p. 73.

Le développement d'un tel « pouvoir judiciaire d'équité » peut toutefois menacer la sécurité juridique¹³⁶. Face à la possibilité de perte de contrôle sur la règle de droit, le législateur peut, dans l'exercice de sa mission de détermination de l'intérêt général, être amené à prévoir, en amont, les modalités d'adaptation de la règle de droit à la réalité métajuridique. Dans ce cas, en « *délaissant la voie de l'impérativité absolue, le législateur prévoit le risque d'entorse à la règle et organise lui-même des solutions d'évitement* »¹³⁷. Lorsqu'il se sent en mesure d'anticiper, de manière générale et abstraite, des situations de fait justifiant le gel de la norme, alors de cette prévoyance du législateur peuvent résulter des exceptions légales, expressément prévues par la loi¹³⁸ qui cohabiteront avec les règles de principe.

29. Quelle que soit l'origine de l'exception, son créateur est confronté au choix des techniques juridiques permettant la formulation des règles de droit. Ces dernières, relevant de « *l'art des moyens juridiques, qui doivent permettre d'atteindre le but recherché par la politique juridique* »¹³⁹, font le lien entre les objectifs poursuivis par le créateur de la règle et ses effets.

Il s'agit ici, avant tout, des méthodes de formulation supposant le recours aux formes linguistiques¹⁴⁰. Le créateur de l'exception, selon qu'il veuille ou non imposer la règle avec rigueur, selon qu'il cherche ou non à entrer en dialogue avec les justiciables, crée des règles rigides ou des règles souples¹⁴¹.

Celui qui a recours aux règles exceptives peut ressentir le besoin de contrôler au maximum leur interprétation et leur application. Cette nécessité peut résulter, comme c'est le cas de toutes les règles, soit de la défiance face à la liberté de leur interprète¹⁴², soit de la complexité considérable de la matière régulée¹⁴³. La volonté de contrôler la vie de l'exception se traduit par l'effort de démarquer strictement ce qui relève de la norme générale de ce qui sera couvert par l'exception¹⁴⁴.

¹³⁶ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 1951, pp. 96-99.

¹³⁷ C. GROULIER, *op. cit.*, p. 557.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 88.

¹⁴⁰ R. HOUIN, « De lege ferenda », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, Sirey, 1961, tome I, pp. 273-294, spéc. p. 286.

¹⁴¹ C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, l'Harmattan, 2003, p. 39.

¹⁴² J. HAUSER, « Le juge et la loi », *Pouvoirs Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, la loi, n° 114, sept. 2005, pp. 139-153, spéc. p. 146.

¹⁴³ C. CASTETS-RENARD, *op. cit.*, p. 147.

¹⁴⁴ J.-M. DE MOY, *op. cit.*, p. 219.

30. Cette répartition stricte entre les domaines respectifs de la norme générale et de l'exception peut être assurée en premier lieu par la technique de formulation des exceptions légales, consistant à rédiger une exception de manière très détaillée, soumettant son application à la réunion nécessaire de nombreuses conditions relatives aux faits ou aux sujets de droit concernés par la norme exceptionnelle¹⁴⁵. Pour illustrer cette technique, on pense, par exemple, à certaines exceptions créées par le législateur dans le domaine de la preuve d'actes juridiques, dérogeant au principe selon lequel l'acte juridique dont la valeur dépasse une certaine somme doit être prouvé à l'aide des procédés de preuve parfaits¹⁴⁶.

La liberté de l'interprète de l'exception peut également être restreinte par le recours à des marqueurs exceptifs tels qu'«à titre exceptionnel», qui démontrent la volonté du créateur de l'exception de limiter la possibilité de spéculation intellectuelle sur la formule faisant partie du corps de la règle exceptive¹⁴⁷. Le paysage juridique français fournit de nombreux exemples d'une telle stratégie rédactionnelle¹⁴⁸. Les cas dans lesquels cette technique va de pair avec le libellé très détaillé de la règle exceptive sont aussi observables¹⁴⁹.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 224.

¹⁴⁶ Selon l'article 1341 du Code civil, « *Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre* ». Les articles 1347 et 1348 du même Code atténuent ce principe dans les cas de commencement de preuve par écrit et d'impossibilité absolue de produire un écrit. Lesdits textes posent des exceptions particulièrement détaillées. Ainsi, selon l'article 1347 du Code civil « *Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Peuvent être considérées par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution* », et selon l'art 1348 du même Code, « *Les règles ci-dessus reçoivent encore exception lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ou lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure. Elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support* ».

¹⁴⁷ J.-M. DE MOY, *op. cit.*, p. 222.

¹⁴⁸ Selon l'article 16-3 du Code civil « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* », (nous soulignons).

¹⁴⁹ Par exemple, selon la règle de principe de l'article 21-17 du Code civil : « *Sous réserve des exceptions prévues aux articles 21-18, 21-19 et 21-20, la naturalisation ne peut être accordée qu'à l'étranger justifiant d'une résidence habituelle en France pendant les cinq années qui précèdent le dépôt de la demande* » et selon l'exception de l'article 21-18 du même Code : « *Le stage mentionné à l'article 21-17 est réduit à deux ans : (...); 3° Pour l'étranger qui présente un **parcours exceptionnel d'intégration**, apprécié au regard des activités menées ou des actions accomplies dans les domaines civique, scientifique, économique, culturel ou sportif* », (nous soulignons).

Aux antipodes de la logique des exceptions rigides, dont les libellés comportent des quantités importantes de précisions relatives à leur champ d'application, se trouvent les exceptions dont le contenu est déterminé, dans une grande partie voire entièrement, par l'interprète, le législateur se contentant d'annoncer l'existence de l'exception¹⁵⁰.

31. Outre la quantité des termes, précisant le champ d'application de la norme exceptionnelle, c'est aussi leur qualité, leur nature sémantique qui détermine le degré de liberté laissée par le créateur de l'exception à l'interprète de celle-ci. Les termes de langage du droit sont, par nature, exposés à l'interprétation, flous par nature, ajoute-t-on¹⁵¹.

Les termes juridiques utilisés lors de la création des règles de droit sont des notions dont la signification est susceptible d'être créée par un acte de volonté et non pas découverte par la connaissance pure¹⁵². De telles notions possèdent un noyau de significations établies correspondant à des « *cas nets et évidents d'application des textes juridiques* »¹⁵³. Ce noyau dur est entouré d'une zone de pénombre, de significations discutables appelant l'intervention du pouvoir discrétionnaire de l'interprète¹⁵⁴. Cette frange d'incertitude distingue les notions juridiques de celles des sciences exactes¹⁵⁵.

32. Si toutes les notions juridiques sont floues par nature, certaines le sont plus que d'autres. À cet égard, la science du droit a élaboré le concept de « notions à contenu

¹⁵⁰ J.-M. DE MOY, *op. cit.*, p. 232. A cet égard, l'exception de l'article L. 622-7 du Code de commerce est un exemple topique. Dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 cet article dispose que « *Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17* ». Ni le texte susvisé ni aucune autre disposition législative ne précisent la signification de la notion de créances connexes. Le soin de détermination des domaines respectifs de la règle générale et celle exceptionnelle est, en effet, laissé à la jurisprudence. V., sur ce point : P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 2011, p. 1634.

¹⁵¹ R. LEGROS, « Les notions à contenu variable en droit pénal », in C. PERELMAN, R. VAN DER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, pp. 21-37, spéc. p. 22, A. JEMMAUD, « L'ordre, une exigence du droit ? », in P. ANCEL, M.-C. RIVIER, *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, pp. 15-26, spéc. p. 20. Selon H. L. A. Hart, « *quel que soit le procédé choisi pour assurer leur communication, qu'il s'agisse du précédent ou de la législation, et quelle que soit la facilité avec laquelle ils régissent la grande majorité des cas courants, ces modèles de comportement s'avèreront indéterminés sous un certain aspect qui rend leur application problématique ; ils posséderont ce que l'on appelle une texture ouverte. (...) l'incertitude au niveau des limites constitue le prix que l'on doit payer pour avoir recours à des termes généraux dans n'importe quelle forme de communication relative à des questions de fait* », H. L. A. HART, *Le concept de droit*, FUSL, 1994, p. 159

¹⁵² A. JEMMAUD, *loc. cit.*

¹⁵³ N. MACCORMICK, « La texture ouverte des règles juridiques », in P. AMSELEK, C. GRZEGORCZYK, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF 1989, pp. 109-126, spéc. p. 111.

¹⁵⁴ Pour l'exposition de la dichotomie noyau-pénombre (*core-penumbra*), v. not. : F. SCHAUER, « Formalism », in L. MAY, J. BROWN, *Philosophy of law, classical and contemporary readings*, Blackwell Publishing Ltd., 2010, pp. 32-41, spéc. p. 34, J. LORRAINE-SCHROEDER, *The Four Lacanian Discourses : or Turning Law Inside Out*, Routledge, 2008, pp. 117-127.

¹⁵⁵ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Tome II, Les moyens du droit, Dalloz, 1984, p. 167.

variable »¹⁵⁶. Ce terme désigne les notions dont le contenu n'est pas déterminé *a priori*, mais se dégage lors de leur interprétation¹⁵⁷.

De la masse des notions à contenu variable auxquelles fait référence le législateur lors de la rédaction des exceptions laissant à l'interprète une marge de manœuvre considérable, on pourrait soustraire, par exemple, des notions telles que « l'intérêt de l'enfant »¹⁵⁸ ou « l'urgence »¹⁵⁹.

Le législateur, voulant contrôler au maximum les processus d'interprétation et d'application de la norme, évite les notions à contenu variable et délimite, en employant un vocabulaire ferme et précis, la frontière entre les faits et les catégories de personnes affectés par la règle générale et ceux assujettis à l'exception. En faisant le contraire, à savoir, en employant des termes à contenu variable, le législateur crée intentionnellement des lacunes techniques¹⁶⁰ *intra legem*¹⁶¹ se situant à la zone frontière entre la règle générale et l'exception¹⁶².

33. Cette courte analyse de l'exception, au sens juridique, conçue comme un des mécanismes d'atténuation de la force obligatoire de la règle de droit est révélatrice de l'ambiguïté de sa nature. Analysée sous l'angle de sa fonction, l'exception apparaît comme

¹⁵⁶ Dénommées parfois, des « notions à géométrie variable » ou à « texture ouverte ».

¹⁵⁷ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 12^e éd., Montchrestien, 2005, p. 78, D. GUINARD, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, l'Harmattan 2012, p. 329.

¹⁵⁸ Selon l'article 373-2-7 du Code civil : « Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge homologue la convention **sauf** s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment **l'intérêt de l'enfant** ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement », (nous soulignons).

¹⁵⁹ Selon l'article 391 du Code civil « Dans le cas de l'administration légale sous contrôle judiciaire, le juge des tutelles peut, à tout moment, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public, décider d'ouvrir la tutelle après avoir entendu ou appelé, **sauf urgence**, l'administrateur légal », (nous soulignons).

¹⁶⁰ Une telle lacune « existe lorsque le créateur de la norme a établi une norme générale sans avoir en même temps réglé son expression la plus directe », U. KLUG, « Observations sur le problème des lacunes en droit », in C. PERELMAN, *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, pp. 85-103, spéc. p. 89.

¹⁶¹ G. CORNU, *loc. cit.* Selon C. Castets-Renard, les notions à contenu variable d'origine légale constituent des lacunes *intra legem* entendues comme des lacunes voulues et conscientes par lesquelles le législateur délègue au juge la mission de les compléter. En les créant, « l'auteur de la loi se contente de tracer les lignes directrices et laisse l'interprète libre de préciser la notion ». Ce type de lacune « technique » s'oppose à lacune *praeter legem*, non-intentionnelle qui apparaît là, où il a été jugé inopportun de légiférer. C. CASTETS-RENARD, *op. cit.*, pp. 27-28.

¹⁶² Les exemples d'utilisation de ces deux techniques lors de la création des exceptions ne manquent pas. Ainsi, en édictant l'article 395 du Code civil, aux termes duquel « Ne peuvent exercer les différentes charges de la tutelle : 1° Les mineurs non émancipés, sauf s'ils sont le père ou la mère du mineur en tutelle (...) » le législateur a gardé le contrôle très strict sur les domaines respectifs de la règle de principe et de l'exception. Cette frontière est beaucoup moins nette dans le cas de l'article 371-5 du même Code qui dispose que « L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. (...) », ou bien de l'art R. 412-1, II, 1 du Code de la route selon lequel « le port de la ceinture de sécurité n'est pas obligatoire (...) Pour toute personne dont la morphologie est manifestement inadaptée au port de celle-ci ».

un outil très puissant, et surtout polyvalent, offrant aux créateurs du droit de larges possibilités d'adaptation du droit à la réalité métajuridique mouvante. La portée générale de son énoncé et l'automatisme de son fonctionnement font de ce « couteau suisse » juridique un correctif des effets néfastes du juridisme qui évite, *a priori*, la discrimination et l'arbitraire.

34. Parallèlement, cette spécificité fonctionnelle ne permet toutefois pas à l'exception d'affirmer son individualité sur le plan organique. Afin de pouvoir accomplir sa mission, l'exception prend la forme d'une règle de droit ordinaire. En ce qui concerne ses attributs, l'origine de sa création et la forme de son énoncé, elle se fonde dans le paysage juridique de sorte qu'*a priori* on n'est pas en mesure de la distinguer des autres règles de droit.

Il en résulte que la « bonne exception » n'est pas une exception qui revêtirait une forme particulière, il en existe en effet différentes formes possibles. La bonne exception n'est pas non plus une exception créée par une autorité particulière, car il existe différentes autorités édictant les règles de ce type. La bonne exception est une exception qui est en mesure d'apporter une solution cohérente et efficace à un problème donné. Au-delà de son pouvoir de résoudre les problèmes ponctuels, l'exception, du fait de sa nature de norme à portée générale, peut devenir une solution type à un problème type auquel est confrontée une branche de droit particulière.

35. En droit d'auteur, ce problème type est le juste équilibre entre la réservation privative et la liberté d'accès. Le trouver constitue un problème que le législateur s'efforce à résoudre à l'aide de différents outils. À cet égard, l'exception lui offre des avantages considérables, car en tant que règle de droit générale et abstraite, elle est capable d'atténuer l'absolutisme de différentes règles de droit de manière non arbitraire et non discriminatoire. Elle apparaît comme un outil naturellement destiné à concilier, de façon efficace et permanente, des intérêts antagonistes de différents acteurs du droit, de sorte que les exceptions aux droits de l'auteur sont susceptibles de devenir « *des instruments essentiels dans la réalisation d'un équilibre entre les intérêts des auteurs et l'intérêt public dans le régime du droit d'auteur* »¹⁶³.

L'utilité du recours à l'exception en droit d'auteur étant ainsi affirmée, reste à savoir comment construire des exceptions qui pourraient garantir cette conciliation efficace. Si le mécanisme de fonctionnement de l'exception est connu et découle de sa nature, la forme concrète de celle-ci échappe à toute prédétermination et se fonde dans la théorie générale de la

¹⁶³ S. DUSSOLIER, Y. POULLET, *Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique*, Centre de Recherches Informatique et Droit Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur, 2000, Etude réalisée pour UNESCO, disponible sur : unesdoc.unesco.org/images/0012/001238/123894fo.pdf.

création des normes. Par conséquent, son utilisation dans une branche de droit donnée nécessite la conceptualisation de la forme de l'exception s'inscrivant dans la logique de cette branche de droit.

36. Cette conclusion quant à la nature de l'exception en droit ainsi que le constat précédent relatif à la nécessité de dépassement du discours sur la nature du droit d'auteur nous permettra de justifier l'ancrage de notre étude dans la théorie des paradigmes scientifiques, outil gagnant progressivement de la place dans l'analyse juridique¹⁶⁴.

Pour T. Kuhn, le terme « paradigme » possède deux significations. Ainsi, « *il représente tout l'ensemble de croyances, de valeurs reconnues et de techniques qui sont communes aux membres d'un groupe donné. D'autre part, il dénote un élément isolé de cet ensemble : les solutions concrètes d'énigmes qui, employées comme modèles ou exemples, peuvent remplacer les règles explicites en tant que bases de solutions pour les énigmes qui subsistent dans la science normale* »¹⁶⁵.

37. De cette définition découlent certaines caractéristiques du paradigme tel que vu par la philosophie des sciences. Il est toujours « *ce que les membres d'une communauté scientifique possèdent en commun* »¹⁶⁶ et ce qui guide les chercheurs d'une discipline ou d'une sous-discipline donnée dans leur travail¹⁶⁷. Dans un premier temps, au sens large du terme, le paradigme désigne la communauté de croyances fondamentales basées sur certaines suppositions ontologiques, épistémologiques et méthodologiques dont la véracité n'est pas objectivement vérifiable et qui doivent être acceptées par un acte de foi¹⁶⁸. Cet « ensemble d'*a priori* »¹⁶⁹ et de « mythes »¹⁷⁰ détermine la perception des problèmes concrets et dicte la façon de les résoudre¹⁷¹, stimulant ainsi l'émergence du paradigme au sens strict à savoir un modèle général de résolution de problèmes qui se présentent devant

¹⁶⁴ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, 2002, pp 13 et suiv.

¹⁶⁵ T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983, p. 238.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 240.

¹⁶⁷ A. F. CHALMERS, *Qu'est-ce que la science ? Récents développements en philosophie des sciences : Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, La Découverte, 1988, p. 123.

¹⁶⁸ E. G. GUBA, Y. S. LINCOLN, « Competing Paradigms in Qualitative Research », in N. K. DENZIM, Y. S. LINCOLN, *Handbook of qualitative research*, Thousand Oaks Sage Publications, 1994, pp. 105-117, spéc. p. 107, K. LIEN DO, *L'exploration du dialogue de Bohm comme approche d'apprentissage: une recherche collaborative*, Thèse, Université Laval de Québec, 2003, p. 56.

¹⁶⁹ K. LIEN DO, *loc. cit.* Parmi ces croyances fondamentales Kuhn compte des affirmations telles que : « *la chaleur est l'énergie cinétique des parties constituantes des corps* » ou bien « *tous les phénomènes perceptibles sont dus à l'interaction dans le vide d'atomes qualitativement neutres, ou aussi, à la matière et à la force, ou à des champs* », T. KUHN, *op. cit.*, p. 250.

¹⁷⁰ G. WILLET, « Paradigme, théorie, modèle, schéma : qu'est-ce donc ? », *Communication et organisation*, n° 10, 1996, p. 3.

¹⁷¹ Pour F. Ost et M. van de Kerchove le paradigme, « *à la manière d'une carte et d'une boussole, oriente les recherches et suggère les voies de solution* », F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 13.

la discipline. Le paradigme ainsi conçu est un outil conceptuel précieux dans l'analyse de la crise des exceptions aux droits de l'auteur.

38. Le paradigme décrit d'abord l'exception dans son état vierge de règle de droit ordinaire, caractérisé par la pluralité et non l'unicité des solutions possibles. La forme concrète de l'exception échappant à toute prédétermination, elle est le fruit d'une décision discrétionnaire de ses créateurs qui, à un moment donné, s'accordent sur certains objectifs de politique législative, et croient que telle ou telle forme de l'exception réalisera ces objectifs.

39. À cet égard, en ce que la notion de paradigme évoque ce que les chercheurs d'une discipline possèdent en commun, elle donne prise à une posture épistémologique prenant pour point de départ de tout jugement le consensus, et non le désaccord, sur les *a priori* relatifs au droit d'auteur et à ses exceptions. À notre sens, en permettant d'identifier avec précision les états normaux et pathologiques de l'objet étudié, la théorie des paradigmes est capable d'objectiver la notion de crise des exceptions aux droits de l'auteur.

40. Pour appréhender cette crise expliquée par la théorie des paradigmes, notons que l'objectif primaire du paradigme est de garantir une certaine stabilité. Comme le remarque A. F. Chalmers, « *L'homme de science normale travaille en toute confiance à l'intérieur d'un domaine bien défini par un paradigme. Le paradigme lui présente une série de problèmes bien définis ainsi que des méthodes dont il sait, en toute confiance, qu'elles mènent à la solution* »¹⁷².

41. Il se peut néanmoins que la confiance que font les chercheurs à l'autosuffisance du paradigme en matière d'apport de solutions types aux problèmes types soit perturbée par l'apparition des anomalies. Ces dernières correspondent selon Kuhn « (...) à l'impression que la nature, d'une manière ou d'une autre, contredit les résultats attendus dans le cadre du paradigme qui gouverne la science normale »¹⁷³. Ce sont des phénomènes observables que l'on n'arrive pas à expliquer à l'aide des outils fournis par la science normale et qui ne peuvent pas être intégrés dans le paradigme¹⁷⁴. Ce sont des anomalies qui font la crise du paradigme et, dans les cas graves commandent son abandon et son remplacement par un paradigme concurrent. À transposer ce raisonnement sur le terrain de notre étude, la crise des exceptions aux droits de l'auteur apparaîtra lorsque les résultats attendus dans le cadre du paradigme élaboré en la matière seront contredits par la réalité.

¹⁷² A. F. CHALMERS, *op. cit.*, p. 127.

¹⁷³ T. KUHN, *op. cit.*, p. 83.

¹⁷⁴ M. ESFELD, *Philosophie des sciences, Une introduction*, 2^e éd., Presses polytechniques et universitaires romandes, 2009, p. 40.

42. Le droit français a réussi à construire sa vision de conciliation des droits exclusifs avec les intérêts du public, dans laquelle le mécanisme d'exception joue un rôle central. De cette vision découle l'image d'une exception française, un véritable paradigme tant au sens large qu'au sens strict, devenu un modèle de la tradition continentale du droit d'auteur. En quoi consiste-t-il ? En une liste d'exceptions limitativement énumérées, d'interprétation stricte, qui contraste, dirait-on¹⁷⁵, avec le modèle adopté dans les pays de tradition anglo-saxonne, « *adeptes de clauses plus souples et générales* »¹⁷⁶. Si cette définition de la philosophie des exceptions « à la française » n'est pas erronée, elle est incomplète. Plus précisément, elle ne rend compte que de l'apparence des exceptions, de leur forme, qui, nous le savons, pourrait toujours dans l'absolu être différente. Dans l'approche paradigmatique de la crise des exceptions aux droits de l'auteur, l'évaluation de celles-ci ne doit pas se faire uniquement dans l'optique de ce qui constitue leur facette externe. Il est nécessaire de cerner ce qui engendre telle ou telle façon de construire les exceptions, de ce qui constitue le modèle de conciliation des droits exclusifs de l'auteur avec les intérêts du public à l'aide d'exceptions « à la française ». Autrement dit, il nous faut retrouver l'idée que souhaite réaliser l'exception construite sous telle forme et non sous une autre.

43. En droit français, qui constitue le terrain principal de notre étude, cette idée centrale consiste à faire des lois sur le droit d'auteur un ensemble homogène¹⁷⁷ et autosuffisant en matière de conciliation des droits exclusifs de l'auteur avec les intérêts des utilisateurs à l'aide des exceptions. Le système ainsi conçu repose sur l'idée d'une certaine « cohérence interne »¹⁷⁸ dans le cadre de laquelle la règle et l'exception occupent des places bien spécifiques.

Comprendre cette idée d'autosuffisance, c'est d'abord s'interroger sur la place qu'occupe l'exception par rapport au système du droit d'auteur et par rapport aux droits exclusifs auxquels elle déroge. Est-elle un élément inhérent au système du droit d'auteur objectif ou bien devrait-on la situer à l'extérieur de celui-ci ? Est-elle une négation des droits exclusifs, une norme qui une fois ses conditions d'applications réunies, les fait disparaître ou bien une norme qui complète les droits exclusifs en leur attribuant un certain contenu négatif ? Répondre à ces questions suppose au préalable de sortir du cadre d'un certain discours logomachique se déroulant en la matière.

¹⁷⁵ Selon B. Galopin, ces éléments constituent le « socle du droit français », B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2012, p. 431.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 2.

¹⁷⁷ E. TREPPOZ, « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », *RLDI*, n° 82, mai 2012, pp. 99-101, spéc. p. 101.

¹⁷⁸ *Ibidem.*

44. Commençons par la position des exceptions par rapport aux droits exclusifs auxquels elles dérogent, ceux-ci peuvent être bornés, en premier lieu par les « limites externes ». Celles-ci correspondent aux situations dans lesquelles les conditions « déclenchant » la protection par le droit d'auteur n'ont pas été réunies ou ne le sont plus¹⁷⁹. Dans cette optique, le terme « limite externe » n'évoque rien d'autre que l'endroit où se termine la surface des droits exclusifs¹⁸⁰ et commence le domaine public à savoir la zone dans laquelle les droits exclusifs n'ont pas vocation à s'appliquer. Par conséquent, les limites externes touchent à *l'existence* même des droits exclusifs.

45. En second lieu, il se peut que *l'exercice* des droits exclusifs soit affecté par les « limites internes » qui englobent les hypothèses de neutralisation, par des dispositifs dérogatoires, de la protection qui aurait normalement été initiée. Dans cette deuxième catégorie se trouvent, selon toute logique, les exceptions aux droits de l'auteur¹⁸¹.

46. Cette nomenclature, enseignée par C. Caron, n'est pas utilisée par l'ensemble de la doctrine. Certains auteurs estiment qu'il convient de parler de « limites externes » lorsque celles-ci « *proviennent de l'application des règles qui ont un champ d'application plus vaste que le droit d'auteur, par exemple celles relevant du droit de la concurrence* »¹⁸², c'est-à-dire lorsqu'« *un droit concurrent au droit d'auteur exerce une influence sur celui-ci* »¹⁸³ et, par

¹⁷⁹ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd., LexisNexis, 2015, pp. 320-321. Ladite terminologie a été utilisée également dans ce sens par la jurisprudence : Paris, 12 sept. 2008, Juris Data n° 2008-370395, *PI*, n° 30, janv. 2009, p. 53, note A. LUCAS et p. 56, note J.-M. BRUGUIERE, *RTD Com.*, 2009, p. 137, note F. POLLAUD-DULIAN, *RIDA* n° 219, janv. 2009, p. 237 obs. P. SIRINELLI, *RLDI*, n°43, nov. 2008, p. 57 note B. KHALVADIJAN, *CCE*, n° 11, nov. 2008, étude 23, obs. P.-Y. GAUTIER.

¹⁸⁰ *Le Petit Robert*, 2014, p. 1460, une limite peut être entendue comme une « *partie extrême où se termine une surface, une étendue* ».

¹⁸¹ C. CARON, *op. cit.*, pp. 320-321, Pour P. Sirinelli, les exceptions « fixent les limites intérieures de la discipline », P. SIRINELLI, *Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins*, Document de l'OMPI n° WCT-WPPT/IMP/1, 3 déc. 1999, Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Genève, 3-7 déc. 1999, p. 2. De telles limites internes peuvent également correspondre, nous semble-t-il, à ce que J.-S. Berge appelle simplement, « les limites du droit d'auteur ». L'auteur les définit comme « *l'ensemble des utilisations de l'œuvre qui, durant la période de protection, ne sont soumises ni à l'autorisation de l'auteur, ni au paiement d'une quelconque rémunération* », J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996, p. 55. Le fait que l'utilisation ne suppose pas l'autorisation « durant la période de protection » signifie qu'*a priori*, les droits d'auteur ont vocation à s'appliquer, mais leur effet se trouve, d'une certaine manière, neutralisé. Dans cette optique nous approuvons la classification des exceptions dans la catégorie des « limites du droit d'auteur » ainsi définie opérée par le même auteur, à ce détail près que nous ne croyons pas justifiée l'exclusion des licences non volontaires du champ de la notion d'exception.

¹⁸² A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, p. 324, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3^e éd., Dalloz, 2015, pp. 520-521.

¹⁸³ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.*, p. 521, dans le même sens J. DE OLIVEIRA ASCENSAO, « Liberté des idées, faits, concepts, systèmes, aspects fonctionnels », in *Droit d'auteur et liberté d'expression*, ALAI, ALADDA, 2008, pp. 270-279, spéc. p. 276, et implicitement, L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP*, n° 30, 26 juill. 2010, doctr. 829,

conséquent, que le droit d'auteur « *ne peut plus jouer comme il l'aurait "naturellement" fait* »¹⁸⁴.

Les partisans d'une telle terminologie opposent aux limites externes ainsi conçues les limites internes qui découlent de « *la définition même du droit* »¹⁸⁵. Dans cette perspective, les exceptions qui n'appartiennent ni à l'une ni à l'autre des catégories mentionnées sont des cas *sui generis* dans lesquels « *le droit exclusif cède par dérogation aux principes gouvernant la matière* »¹⁸⁶.

La coexistence de ces deux nomenclatures fait obstacle à la définition précise de l'exception en matière du droit d'auteur. On assiste à un discours logomachique dans lequel les interlocuteurs utilisent les termes identiques ou forts similaires pour désigner des phénomènes différents. Ainsi, il semble que la première des nomenclatures, confrontant la distinction limites externes/limites internes au *périmètre* des droits exclusifs, s'intéresse principalement à la question de savoir si tel ou tel objet se situe à l'extérieur de la sphère des droits subjectifs de l'auteur ou bien s'il est « internalisé » par les droits exclusifs. La seconde, qui utilise les mêmes termes en les confrontant à la *provenance* des limites, évoque la distinction entre les limites prévues par le droit d'auteur objectif et celles qui lui sont imposées par d'autres branches du droit. Afin de clarifier le débat, on devrait réserver une terminologie différente à chaque champ d'analyse.

47. Pour les besoins de notre étude, nous distinguerons, en premier lieu, des limites « *intra jus auctoris* » qui correspondent aux hypothèses dans lesquelles *le* droit d'auteur objectif limite lui-même les prérogatives qu'il confère à ses destinataires. De telles limites deviennent une partie intégrale du système du droit d'auteur objectif. En second lieu, il peut y avoir des limites « *extra jus auctoris* » désignant les cas dans lesquels ce sont des règles étrangères au système du droit d'auteur qui limitent les prérogatives des destinataires du droit d'auteur objectif. Dans ce cas de figure, une limite ne faisant pas partie du système du droit d'auteur s'impose à ce dernier et lui fait concurrence.

P. KAMINA, « Droit d'auteur et article 10 Conv. EDH : suite... et fin ? », note sous Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, *Bull. I*, n° 229, *Propriété Industrielle*, n° 1, janvier 2004, comm. 8.

¹⁸⁴ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *loc. cit.*, p. 521.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 520. Dans le même sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *loc. cit.* Pour ces derniers, les limites internes sont des hypothèses dans lesquelles « *l'exclusivité est bornée par l'objet et la nature du droit* ». Devraient ainsi être considérées comme limites internes et non pas externes notamment l'exclusion des idées et la durée limitée du droit, *Ibidem*. Dans le même sens, A. LUCAS, « De la protection à la "surprotection" des droits de propriété intellectuelle », in IRPI, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, LexisNexis, 2013, pp. 17-27, spéc. p. 25.

¹⁸⁶ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *loc. cit.*

48. Pour éviter toute fusion des champs d'analyse, la distinction primaire entre les limites extra et intra *jus auctoris* doit être juxtaposée (et en aucun cas opposée) à la différenciation des limites externes et des limites internes. Dans l'optique de cette dernière dichotomie, les limites externes délimitent les hypothèses dans lesquelles *les* droits de l'auteur subjectifs n'ont pas vocation à être appliqués. En revanche, les limites internes désigneront les mécanismes dérogatoires qui paralysent *les* droits exclusifs applicables du fait de la réunion de toutes les conditions de la protection.

49. Ainsi, la durée limitée des droits exclusifs et l'exclusion des idées de l'orbite de la protection sont des limites externes intra *jus auctoris* parce qu'elles sont des mécanismes internalisés par *le* droit d'auteur qui démarquent la frontière *des* droits exclusifs.

50. L'exception, quant à elle, en tant que dérogation affectant l'exercice *des* droits d'auteur sans toucher à leur existence, est d'abord une limite interne des droits subjectifs de l'auteur. En outre, selon son acception classique, devenue une partie intégrante de la tradition du droit d'auteur français, elle est censée être une limite intra *jus auctoris*. Tout en dérogeant *aux* droits de l'auteur subjectifs, elle ne déroge point *au* droit d'auteur objectif dans la mesure où ce dernier l'englobe. Voici donc, « la nature » et le paradigme de l'exception *aux* droits de l'auteur à la française (**Partie première**), qu'il convient de reconstruire au préalable pour juger de l'état d'une maladie affectant la matière.

51. Cette maladie vient des invasions récentes sur le droit d'auteur français d'un modèle alternatif, d'une « cause morbifique » et d'une anomalie grave, représentés par le schéma dans lequel le rôle de l'exception est assumé par les normes d'origine extra *jus auctoris*. Celles-ci deviennent des exceptions *au* droit d'auteur objectif (**Partie deuxième**), remettant en cause la cohérence de ce dernier.

Partie première – L'exception *aux* droits de l'auteur

Partie deuxième – L'exception *au* droit d'auteur

Partie première. L'exception *aux* droits de l'auteur

51. La posture épistémologique que nous avons adoptée nous impose d'explicitier les éléments formant l'état normal des exceptions, telles que forgées par la tradition française du droit d'auteur. Dans le cadre de cette dernière, l'exception est une norme dérogeant *aux* droits de l'auteur subjectifs, intériorisée par *le* droit d'auteur objectif. Tout en imposant un écart des lignes normales de conduite prescrites par le droit d'auteur, elle fait partie intégrale de ce dernier.

La déconstruction de la signification dudit modèle s'opérera au travers une analyse de son contenu, découlant d'un long processus historique de formation d'un paradigme de création des exceptions (**Titre 1**), qui précédera la réflexion sur les limites de son pouvoir explicatif, apparues dans le contexte juridique actuel (**Titre 2**).

Titre I. Le contenu du paradigme

52. Selon T. Kuhn, l'émergence d'un paradigme est précédée par une période de recherche désordonnée et immature, une sorte de *prescience* qui se caractérise par un désaccord permanent sur les principes fondamentaux¹⁸⁷. À l'image de la physique qui avant l'œuvre de Newton n'arrive pas à dégager un concept mûr expliquant la nature de la lumière¹⁸⁸, la période préparadigmatique se caractérise par l'absence de théories stables. La multiplication de raisonnements *ad hoc*, ainsi qu'une certaine inertie des scientifiques qui repoussent dans le temps la résolution de certains problèmes en attendant des recherches ultérieures¹⁸⁹, témoignent de cet état. L'émergence d'un paradigme met fin à ce chaos méthodologique et conceptuel.

53. La pensée juridique française a vécu une évolution semblable en ce qui concerne la question de la création d'exceptions en droit d'auteur. La période où les lois de la Révolution française ont régi cette matière, ère caractérisée par un désintérêt total du législateur à l'égard des exceptions, a été marquée par un chaos conceptuel et par une multitude d'errements jurisprudentiels. Dans ce contexte ont émergé en France les premières exceptions aux droits de l'auteur (**Chapitre 1**). Le changement radical de cette situation est intervenu au moment où le législateur a décidé d'agir et de construire une véritable théorie d'exceptions aux droits de l'auteur, régies par la loi (**Chapitre 2**).

¹⁸⁷ A. F. CHALMERS, *Qu'est-ce que la science ? Récents développements en philosophie des sciences : Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, La Découverte, 1988, p. 125.

¹⁸⁸ Ainsi comme le remarque T. Kuhn, « à aucun moment, de la haute Antiquité à la fin du XVII^e siècle, il n'y a eu de théorie unique généralement acceptée sur la nature de la lumière, mais au contraire plusieurs écoles et cénacles concurrents dont la plupart adoptaient telle ou telle variante de la théorie épicurienne, aristotélicienne ou platonicienne. Les uns considéraient que la lumière résultait de particules émanant des corps matériels ; pour d'autres, c'était une modification du milieu entre le corps et l'œil ; d'autres enfin l'expliquaient par l'interaction du milieu et d'une émanation des yeux (...) », T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983, p. 32.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

Chapitre 1. L'émergence des exceptions à l'extérieur des lois sur le droit d'auteur

54. On ne peut partager l'avis de K. More selon lequel la doctrine ne s'est intéressée que tardivement aux problèmes de nature, d'objectifs et de fondements des exceptions aux droits de l'auteur¹⁹⁰. L'apparition de la question de limitation des droits de l'auteur en considération de l'intérêt du public coïncide avec la consécration de ceux-ci par le législateur révolutionnaire, et suscite dès cet instant un vif intérêt de la part de la doctrine et de la jurisprudence françaises.

55. Les premières tentatives de rationalisation de l'absolutisme aveugle des lois révolutionnaires, qui conféraient à l'auteur les droits exclusifs sur son œuvre, furent liées à la réflexion sur les usages privés des œuvres protégées et sur les citations dans le domaine littéraire. Historiquement, la licéité de l'usage privé était justifiée par la limitation, *praeter legem*, du périmètre des droits de l'auteur (**Section 1**). La licéité de la citation littéraire était due quant à elle à la paralysie, *contra legem*, des droits d'auteur dans le périmètre de la réservation privative (**Section 2**).

Section 1. La licéité des usages privés – une limite admise *praeter legem*

56. Le législateur révolutionnaire s'est borné à consacrer les droits d'auteur, et ne s'est jamais prononcé sur la question de licéité des usages privés des œuvres protégées. Pour les jurisconsultes du XIX^e siècle, cette licéité découlait naturellement de la limitation du périmètre des droits exclusifs, et relevait du « bon sens » (**I**). Les résultats pratiques du désintérêt du législateur face aux usages privés ne se sont pourtant avérés ni satisfaisants, ni adaptés au progrès de la technique (**II**).

I. La copie privée en tant que limite externe des droits exclusifs

57. La copie privée semble être l'exception aux droits de l'auteur la plus controversée et la plus discutée à l'heure actuelle. Cela étant dit, son concept n'est pas une invention moderne.

¹⁹⁰ K. MORE, *Les dérogations au droit d'auteur, L'exception de copie privée*, Presses universitaires de Rennes, 2009, p. 13.

Dire qu'elle a toujours existé¹⁹¹ serait une simplification de la réalité juridique qui entoure la notion de copie privée, englobant aujourd'hui l'ensemble des régulations situées dans un contexte législatif large. Dire que « jusqu'à la loi du 11 mars 1957, la copie privée à des fins personnelles ne semble pas susciter de question juridique majeure »¹⁹² serait une simplification encore plus grande.

58. Le législateur révolutionnaire a conçu le droit de reproduction des auteurs comme s'étendant à la vente, à la distribution et à la cession de la propriété de leurs ouvrages¹⁹³. Cependant, un auteur du XIX^e siècle a pu remarquer que « la copie d'un ouvrage, pour l'usage personnel du copiste ou de celui au nom duquel la copie est faite, doit être considérée comme licite : car elle ne constitue ni une vente, ni une distribution, ni une cession dans le sens de l'art. 1^{er} de la loi des 19-24 juillet 1793 »¹⁹⁴. L'idée semble acquise, celui qui copie pour soi ne commet pas un acte de contrefaçon¹⁹⁵.

59. Les raisons de ce désintéret du législateur révolutionnaire à l'égard des reproductions privées paraissent évidentes. Sous le règne des premières lois sur la propriété littéraire et artistique, le préjudice causé au titulaire par les copies privées, faites à la main ou autographiées, destinées à seul usage du copiste, était minime, voire nul. C'est pourquoi, semble-t-il, aucune exception en faveur de l'usage privé n'a été prévue par les lois de 1791 et de 1793, ni par le Code pénal de 1810¹⁹⁶, ni par la Convention de Berne dans sa rédaction initiale¹⁹⁷. À l'époque, une certaine clémence à l'égard des reproductions privées semblait naturelle¹⁹⁸, et constituait, une limite¹⁹⁹ au droit de reproduction. La copie privée, dans sa forme embryonnaire, se trouvait une cadre que les droits exclusifs de l'auteur n'atteignaient pas. De ce fait, elle n'était pas une exception véritable, car au lieu d'atténuer la force

¹⁹¹ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd., LexisNexis, 2015, p. 330.

¹⁹² C. ROJINSKY « La copie privée, point d'équilibre du droit d'auteur », *Expertises*, n° 294, juill. 2005, pp. 255-258, spéc. p. 256.

¹⁹³ Article 1 de la loi du 19 juill. 1791, relative à la propriété littéraire et artistique : « Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la république et d'en céder la propriété en tout ou en partie ».

¹⁹⁴ D. DE FOLLEVILLE, *De la propriété littéraire et artistique*, Libraires de la Cour d'appel et de l'ordre des avocats, 1877, pp. 12-13.

¹⁹⁵ Défini par l'art 425 du Code pénal de 1810 : « Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon ; et toute contrefaçon est un délit ».

¹⁹⁶ H. WISTRAND, *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses œuvres*, Montchrestien, 1968, p. 332.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 317.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 332.

¹⁹⁹ Dans ce sens, not. : S. CARRE, *L'intérêt public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier I, 2004, Tome II, p. 652.

obligatoire de la règle de principe, elle s'étendait à des usages qui échappaient à la réservation privative.

La doctrine du XIX^e siècle situe le fondement conceptuel de la licéité des usages privés dans une certaine logique de bon sens, dans « une formule en apparence commode »²⁰⁰, selon laquelle les reproductions privées ne sont pas, par nature, préjudiciables à l'auteur. Ainsi selon Renouard :

*« On peut dire, sans doute, que créer d'un ouvrage privilégié même un seul exemplaire, c'est priver l'auteur du profit qu'il aurait eu si la vente de cet exemplaire était émanée de lui ; mais le bon sens indique qu'on ne saurait réputer contrefacteur celui qui, pour son instruction ou pour son usage, copie tout ou partie d'un livre, fait des études sur un dessin ou sur un tableau. Que si les copies sont faites pour se créer une exploitation commerciale, il sera bien évident que ce commerce préjudiciable à l'auteur aura le caractère de contrefaçon »*²⁰¹.

Et selon Pouillet :

*« (...) comment, en effet, réputer contrefacteur celui qui, pour son instruction ou pour aider sa mémoire, copie tout ou partie d'un livre ? N'est-il pas dans la destinée même du livre de servir à l'étude de ceux qui le lisent ? Il n'est pas interdit de l'apprendre par cœur, comment serait-il défendu de le copier ? La copie, en ce cas, n'est qu'un aide-mémoire naturel. Il en serait autrement si cette copie manuscrite était vendue, si, en un mot, celui qui la possède en tirait un bénéfice pécuniaire et la faisait servir à une véritable exploitation commerciale »*²⁰².

Compte tenu du coût très élevé de l'impression, et de la nocivité limitée de la copie manuscrite ou autographiée, seules techniques de reproduction disponibles à l'époque, le désintéret du législateur face à la question des reproductions privées semblait être justifié²⁰³.

²⁰⁰ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée*, Dalloz, 1950, p. 327.

²⁰¹ A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature les sciences et les Beaux-arts*, Tome I, Jules Renouard et cie libraires, 1838, p. 42, nous soulignons.

²⁰² E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3^e éd., Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1908, p. 559, nous soulignons. Dans le même sens, J. A. GASTAMBIDE *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres et de la propriété en matière de littérature, théâtre, musique, peinture, dessin, gravure, dessins de manufactures, sculpture, sculptures industrielles, marques, noms, raisons commerciales, enseignes, etc.*, Legrand et Descauriet, 1837, p. 97. V. cependant, par rapport à la pertinence du critère d'absence de préjudice : G. HUARD, *Traité de la propriété littéraire*, Marchal et Billard, 1903 pp. 174-175. Selon ce dernier, même l'existence d'un préjudice potentiel peut justifier la « lésion » des droits d'auteur.

²⁰³ Dans ce sens, K. MORE, *op. cit.*, p. 13.

60. De cela découle une certaine vision du droit d'auteur, défendue encore par de nombreux auteurs contemporains, selon laquelle celui-ci ne s'intéresse qu'à « *l'usage public de l'œuvre, dans un cadre et dans une perspective économique* »²⁰⁴.

Si l'on considère que le droit d'auteur et les prérogatives qui y sont rattachées cessent dès que commence la sphère privée²⁰⁵, on doit admettre que la création d'une exception distincte pour usage privé n'est pas nécessaire. Plus encore, elle est même superflue, car la reproduction non destinée à être communiquée au public se situe par nature en dehors du monopole de l'auteur²⁰⁶. Ainsi, l'usage privé exclut toute communication de l'œuvre au public, et par conséquent ne peut porter atteinte aux droits de l'auteur.

61. Cette vision du droit d'auteur, faisant de celui-ci une branche du droit commercial plutôt qu'une branche du droit civil, possède une justification historique. En effet, le droit d'auteur, trouvant son origine dans l'exclusivité de l'édition²⁰⁷, vise historiquement à empêcher le pillage des œuvres, la reproduction et la diffusion non contrôlées de celles-ci²⁰⁸. Une copie privée, faite à la main ou bien lithographiée, peut-elle être considérée comme un pillage de la propriété de l'auteur ?

En pratique, et ce malgré la clarté du concept de droit de reproduction limité à l'usage privé, des désaccords furent observables dès le début de l'histoire du droit d'auteur moderne, quant à la délimitation entre la copie licite et le pillage.

II. Les insuffisances de la copie privée en tant que limite externe des droits exclusifs

62. Sous l'empire des lois révolutionnaires, le juge du droit d'auteur s'est emparé de la logique du « bon sens » qui légitime l'usage privé, faisant de celui-ci une sorte de limite naturelle des droits exclusifs. Les applications pratiques de ce raisonnement ont donné lieu

²⁰⁴ P. Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., PUF, 2004, p. 376. *Contra*, not. : D. LEFRANC, « Le nouveau public (réflexions comparatistes sur les décisions "Napster" et MP3.com) », *D.*, 2001, pp. 107-112, spéc. p. 112, selon lequel « (...) le droit d'auteur étant une branche du droit civil, et non du droit commercial, le monopole n'est pas limité à la sphère commerciale ».

²⁰⁵ H. WISTRAND, *op. cit.*, p. 312.

²⁰⁶ Cette conviction conduit de nombreux chercheurs contemporains à admettre à tort que la copie privée même dans sa forme issue de la loi de 1957 ne constitue pas une exception au sens propre de ce mot, mais plutôt une limite externe du droit d'auteur. V., dans ce sens : C. COLIN, « Devoir d'auteur », *RIDA*, n° 224, avr. 2010, pp. 160-249, spéc. pp. 173-174, C. COLIN, « La contractualisation des exceptions en droit d'auteur : oxymore ou pléonasme ? », *CCE*, n° 2, févr. 2010, étude 3, P. GAUDRAT, F. SARDAIN, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *CCE*, n° 11, nov. 2005, étude 37. Une telle interprétation doit être considérée comme fautive eu égard au développement historique des exceptions aux droits d'auteur en général et de la copie privée en particulier. Sur ce point, v. en détail : *infra*, n° 162 et suiv.

²⁰⁷ V. sur ce point : M.-C. DOCK, *Étude sur le droit d'auteur*, LGDJ, 1963, p. 115 et suiv.

²⁰⁸ H. DESBOIS, *Cours de la propriété littéraire, artistique et industrielle*, Les cours de droit, 1969-1970, pp.17-24.

à une jurisprudence chaotique, qui pour soustraire les usages privés du périmètre de la réservation privative s'est servie de critères particulièrement flous (A). Ce défaut, dont l'intensification causée par l'accélération du progrès technique est visible dès la première moitié du XX^e siècle, a provoqué une réflexion sur la nécessité d'une rupture avec le *statu quo* (B).

A. Le caractère flou des critères retenus

63. L'argument du « bon sens », justifiant la licéité des usages privés en tant que limites naturelles des droits d'auteur, se décline en deux volets dans la jurisprudence du XIX^e siècle. Les usages privés seraient ainsi licites, car ils ne causent pas de préjudice véritable au titulaire des droits d'auteur (1), et de ce fait sembleraient bénéficier de son consentement tacite (2).

1. La licéité de l'usage privé fondée sur l'absence de préjudice

64. La logique du « bon sens » fondant la licéité de l'usage privé sans le consentement des titulaires se manifeste non seulement dans l'esprit de la doctrine, mais aussi dans la jurisprudence du XIX^e siècle.

Parmi les décisions les plus célèbres s'inscrivant dans cette logique, on trouve la décision de la Cour de Paris du 22 mars 1828²⁰⁹. En l'espèce, les juges se sont penchés sur le cas du Général Comte de Durfort, commandant de l'école militaire de Saint-Cyr, qui après avoir fait faire des copies manuscrites puis des copies lithographiées des extraits de l'ouvrage intitulé *Théorie de l'escrime à cheval*, les a distribuées à ses élèves moyennant le prix de 1,25 F par exemplaire²¹⁰. Ensuite, le Capitaine Muller, l'auteur de l'ouvrage, a assigné le copiste en contrefaçon.

Pour se défendre, le prétendu contrefacteur souligna que les extraits litigieux n'avaient pour objectif que de faciliter les études des élèves, et qu'aucun de ces extraits n'avait été vendu hors de l'école. Le titulaire a été débouté de sa demande par le Tribunal civil de la Seine. Ce dernier n'a reconnu aucun préjudice causé à l'auteur, et s'est borné à invoquer

²⁰⁹ Paris, 22 mars 1828, *D. Jurisprudence Générale du Royaume*, 1828.II.113.

²¹⁰ A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature les sciences et les Beaux-arts*, Tome II, Jules Renouard et Cie libraires, 1839, p. 46.

un usage admis dans les écoles²¹¹. L'appel fut interjeté devant la Cour royale de Paris. Cette dernière a rendu une décision confirmative²¹², après avoir reconnu le droit à tout chef d'école de rédiger et de distribuer à ses élèves des extraits d'œuvres relatives aux matières enseignées, et en tenant compte du fait qu'aucun exemplaire n'avait été vendu en dehors de l'école. La solution fut maintenue par la Cour de cassation²¹³.

65. Cette clémence du juge face aux pratiques de copiage des œuvres protégées pour des besoins d'enseignement a été vivement critiquée par la doctrine du XIX^e siècle. Bien évidemment, de notre point de vue, cette affaire apparaît comme un germe de l'exception pédagogique, néanmoins les commentateurs de l'époque l'ont analysé du point de vue des limites extrêmes de l'usage privé, dont la licéité était communément admise sur la base de l'argument du « bon sens ». Ainsi, Renouard écrivait :

« (...) cette doctrine, beaucoup trop absolue, me paraît dépasser les limites dans lesquelles doit être raisonnablement renfermé le droit qui appartient à tout citoyen sur la jouissance intellectuelle des ouvrages même de domaine privé après qu'ils ont été livrés à la publicité. Sans doute, on peut considérer l'intérieur d'une école comme l'enceinte d'une maison particulière, et il ne faut pas soumettre à une inquisition sévère le mode de communication intellectuelle du maître avec ses élèves ; mais ériger en un droit la distribution des extraits lithographiés d'un livre, c'est aller fort au-delà de cette réserve, et, c'est ôter aux auteurs d'ouvrages destinés à l'enseignement une partie notable des produits légitimes qu'une distribution de ces ouvrages (...) est de nature à leur procurer »²¹⁴.

²¹¹ T. civ. de la Seine, 30 août 1827, *D. Jurisprudence Générale du Royaume*, 1828.II.113 : « Attendu que l'usage admis dans les écoles de donner aux élèves des extraits ou résumés des ouvrages relatifs à la matière qui fait l'objet de l'enseignement, ne porte aucun préjudice aux auteurs, et ne nuit point aux ventes desdits ouvrages ».

²¹² Grâce à la concision caractérisant les décisions de cette époque, il nous est possible de citer la décision commentée *in extenso* : « Considérant que tout chef d'école a le droit de rédiger et distribuer à ses élèves des éléments d'instruction extraits de tous les ouvrages publiés relativement aux matières enseignées dans l'école ; que, dans l'espèce ; l'intimé n'a fait qu'user de ce droit, et qu'il n'est pas justifié qu'aucun exemplaire ait été vendu ou distribué à d'autres qu'à ses élèves ; - Met l'appel au néant », Paris, 22 mars 1828, *D. Jurisprudence Générale du Royaume*, 1828.II.113.

²¹³ Cass. req., 29 janv. 1829, *D. Jurisprudence Générale du Royaume*, 1829.I.123., *Journal du Palais*, Tome XXII, 1828-1829, p. 620.

²¹⁴ A.-C. RENOUARD, *loc. cit.*, dans le même sens, J. A. GASTAMBIDE, *op. cit.*, p. 122 : « Cet arrêt ne nous semble satisfaisant sous aucun rapport. (...) il semble établir en principe de droit que la simple distribution faite par un chef d'école à ses élèves d'une contrefaçon lithographiée ne peut être punissable (...). Or ce principe est évidemment erroné. S'il était permis à un chef d'école de faire lithographier l'œuvre d'un auteur et de la distribuer à ses élèves, dont le nombre peut être très considérable, mais alors les ouvrages propres à l'enseignement, et destinés surtout à être vendus dans les écoles, seraient dans la main de leurs auteurs une propriété illusoire et improductive (...) », ou encore, E. BLANC, *Traité de la contrefaçon en tous genres et de sa poursuite en justice*, H. Plon, Cosse, 1855, pp. 168-169.

66. Curieusement, dans une autre décision de la même époque²¹⁵, la même Cour royale de Paris a adopté sur le plan pénal une solution complètement différente et cela en présence de faits fort similaires. Il s'agissait de copies des rôles (paroles et musique) du *Mariage de raison*, faites au moyen de l'autographie par le sieur Fay. Les reproductions avaient vocation à être vendues aux différentes troupes²¹⁶, qui à cette époque avaient l'habitude de copier les rôles des acteurs à la main ou par le moyen de l'autographie, afin que ceux-ci ne soient pas en nécessité de se procurer l'exemplaire complet et imprimé d'une pièce.

Malgré la popularité de cette pratique de copiage, la question de la licéité des copies en cause a été posée sur l'initiative de M. Pollet - l'éditeur du vaudeville litigieux - au juge du tribunal correctionnel de la Seine²¹⁷, puis à la Cour royale de Paris. Le sieur Fay fut relaxé en première instance, au motif que si les prétentions des éditeurs étaient admises « (...) *les acteurs chargés des différents rôles seraient obligés, pour chanter un air de vaudeville, d'acheter les partitions gravées des opéras ou autres ouvrages dont quelques airs auraient en tout ou en partie été adaptés à ces vaudevilles, ce qui n'est pas raisonnable* ». La Cour royale de Paris s'est montrée beaucoup moins indulgente et a jugé que, « (...) *quel que soit le mode d'impression employé par Fay pour la reproduction, en tout ou en partie de l'ouvrage dont il s'agit, le fait lui-même n'en constitue pas moins une véritable contrefaçon qui a pu causer et a causé à Pollet, libraire-éditeur, propriétaire dudit ouvrage, un préjudice plus ou moins considérable ; (...)* ».

67. Comment expliquer cette divergence d'avis exprimés par la même juridiction dans un laps de temps si court ? Quelle est la différence entre l'enseignant distribuant des copies d'œuvres protégées à ses élèves et le directeur de théâtre faisant la même chose auprès de ses employés ? Malheureusement, les premières décisions françaises traitant de l'usage privé des œuvres protégées sont pauvres d'enseignements théoriques.

Certes, pour le juge du début du XIX^e siècle, ce qui détermine la licéité de l'usage privé, c'est l'absence de préjudice causé au détenteur des droits, atteinte qui apparaît comme une condition *sine qua non* de la contrefaçon²¹⁸. L'on pourrait voir dès lors dans l'existence de ce préjudice la ligne séparant le cadre de l'usage privé, licite par nature, du cadre de la réservation privative. Toutefois, à cette époque, le juge ne donne aucune indication précise

²¹⁵ Paris, 29 juin 1827, *Journal du Palais*, Tome XXI, 1827 - juin 1828, p. 558.

²¹⁶ V., sur ce point : A. LACAN, M. PAULMIER, *Traité de la législation et de la jurisprudence des théâtres*, Tome II, Durand libraire-éditeur, 1853, p. 276.

²¹⁷ T. corr. de la Seine, 3 avr. 1827, A. VIVIEN, E. BLANC, *Traité de la législation des théâtres ou exposé complet et méthodique des lois et de la jurisprudence relativement aux théâtres et spectacles publics*, Brissot-Thivars, Charles-Béchet, 1830, p. 319, A.-C. RENOUEAU, *op. cit.*, p. 42.

²¹⁸ E. BLANC, *op. cit.*, p. 154.

quant aux critères d'évaluation dudit préjudice. Surtout, il ne répond pas clairement à la question essentielle de savoir si l'usage privé est compatible avec la poursuite d'un but lucratif par le copiste.

Dans la première des décisions évoquées, le juge semble se pencher sur le caractère non spéculatif des agissements du copiste. Le fait que les extraits du manuel n'aient pas été vendus en dehors de l'école militaire semble être un argument décisif justifiant de la licéité de l'usage. En revanche, la seconde décision passe outre ce questionnement. Le juge se borne à souligner le caractère nécessairement contrefacteur de la reproduction effectuée sans autorisation du titulaire, et suggère que celle-ci est *per se* préjudiciable au titulaire.

En l'absence de toute disposition législative encadrant l'usage privé des œuvres protégées, le juge reste perplexe face aux reproductions manuscrites dépassant la simple hypothèse d'emprunt de quelques passages, ou jouant seulement le rôle d'aide-mémoire naturel.

68. Un peu plus tard, la Cour royale de Paris, dans un arrêt du 14 juillet 1838²¹⁹, s'est prononcée sur l'intention spéculative du copiste et sur la question de son incidence sur la licéité de l'usage, en considérant la chose suivante : « (...) *la loi n'exige pas que le contrefacteur agisse dans le but de spéculation, et pour faire concurrence commerciale à l'auteur ; (...) son vœu, au contraire, est de garantir la propriété contre toutes les atteintes qui peuvent lui être portées (...)* ».

Toutefois, dans cette affaire, le prévenu, qui après avoir fait contre-mouler les ornements de deux meubles légalement achetés les a fait adapter à deux autres, fut relaxé au motif qu'il a agi « *de bonne foi et sans intention de nuire* » aux titulaires. Les juges ont ainsi fait abstraction à la fois de l'existence ou non du préjudice ainsi que du caractère spéculatif ou non de l'usage, et, pour relaxer le prévenu, se sont basés sur l'absence d'intention frauduleuse du copiste. Ce raisonnement fut approuvé par Blanc²²⁰ et vivement critiqué par Renouard²²¹.

²¹⁹ Paris, 14 juill. 1838, *Journal du Palais*, 1838, p. 1857, A.-C. RENOUARD, *op. cit.*, p. 48.

²²⁰ « *Lorsque le plaignant a justifié sa poursuite en prouvant la contrefaçon ou le fait de délit, le prévenu, indépendamment des moyens qui touchent au fond du droit, et des exceptions tirées du droit commun, peut encore exciper de sa bonne foi : car le législateur, en traçant les caractères constitutifs du délit de contrefaçon, n'a pas entendu priver le prévenu du bénéfice de ce principe tutélaire qui domine, sauf exception, toutes les législations pénales, c'est qu'il n'y a pas de délit dès qu'il y a bonne foi* », E. BLANC, *op. cit.*, p. 196.

²²¹ « *La contrefaçon étant rangée par le Code pénal au rang des délits, faut-il conclure de là qu'elle n'existera qu'autant qu'il y aura intention de contrefaire ; et qu'un individu pourra, sur le seul motif de sa bonne foi être renvoyé des poursuites exercées contre lui ? Apprécier la contrefaçon par la question intentionnelle, ce serait anéantir, dans un grand nombre de cas, tout droit des auteurs. L'expérience démontre que l'existence des privilèges donne lieu à beaucoup de questions douteuses, sur la solution desquelles*

69. Ces quelques exemples jurisprudentiels indiquent que la première moitié du XIX^e siècle fut le théâtre d'un maniement chaotique du concept de copie privée en tant que limite externe des droits de l'auteur par les tribunaux, un paysage où la confusion fut nourrie par des opinions doctrinales extrêmement divergentes. Cela étant dit, les solutions jurisprudentielles de la deuxième moitié du XIX^e siècle placeront le législateur face à la fin du bien-fondé de sa logique de désintéret pour la question des reproductions privées.

2. La licéité de l'usage privé découlant du consentement tacite du titulaire

70. Dans son arrêt du 25 janvier 1893²²², la Cour de cassation s'est penchée sur une affaire dont les faits ressemblent fortement à ceux de l'arrêt *Cotelle et Pollet c/Fay*²²³. Il s'agissait de copies manuscrites de quatre parties d'orchestre de l'opéra *la Juive* et d'une partie de contrebasse de l'opéra *Charles VI*, saisies dans les locaux du théâtre de Montpellier à l'initiative de M. Dupin représentant de nombreux éditeurs de musique.

Le juge de la Cour de cassation a dû se prononcer sur la licéité desdites copies, tout en sachant qu'elles étaient destinées à l'usage exclusif des employés du théâtre pour les besoins des représentations, et qu'elles ne faisaient l'objet d'aucune spéculation commerciale. La Haute Juridiction a estimé que « (...) *le délit de contrefaçon ne peut exister que lorsqu'il y a édition, c'est-à-dire vente ou distribution au public de copies exécutées sans autorisation de l'auteur ou de son cessionnaire et faisant une concurrence illicite à l'édition originale* ». Par conséquent, ne sont pas réputées contrefaisantes les « *copies dont l'usage n'est que l'exécution du droit de représentation et qui ne sont pas mises dans le commerce* »²²⁴.

71. La Cour de cassation, en fondant la licéité des copies litigieuses sur l'exercice du droit de représentation tient compte de l'autorisation implicite de l'auteur accordée au moment où il transfère ce droit à un tiers. Dans cette optique, il est normal qu'un auteur qui autorise la représentation de sa pièce par un théâtre, consent à ce que les acteurs effectuent et possèdent des copies de leurs rôles²²⁵, ce qui rappelle le raisonnement du tribunal

les tribunaux eux-mêmes se trouvent fréquemment partagés. Celui qui a contrefait peut n'avoir agi que par erreur sur son droit, et avec la conviction sincère de n'être point dans l'erreur. S'il fallait, en cas pareil, renoncer à la répression, ce serait dire que les privilèges ne seront garantis que lorsque leur existence ne donnera lieu à aucun doute raisonnable; ce serait les réduire à la condition la plus illusoire», A.-C. RENOARD, *op. cit.*, p. 13.

²²² Cass. civ., 24 janv. 1893, *D.P.*, 1893.I.144, *S.*, 1893.I.368.

²²³ *Supra*, n° 64.

²²⁴ La même solution a été adoptée antérieurement par les juridictions du fond, V. not. : Paris, 25 janv. 1878, *S.*, 1878.II.106, Angers, 3 juin 1878, *S.*, 1878.II.198.

²²⁵ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée*, *op. cit.*, p. 330.

correctionnel de la Seine exprimé dans le jugement de première instance de l'affaire *Cotelle et Pollet c/Fay* de 1827²²⁶. Pour le juge de la première moitié du XIX^e siècle, la solution découlait simplement de l'argument du « bon sens ». Pour la Cour de cassation en 1893, elle résulte du fait que les copies privées litigieuses constituaient une sorte de prolongement du droit de représentation dont le théâtre de Montpellier est devenu titulaire²²⁷.

Sans doute, cette décision de 1893 constitue un pas en avant par rapport aux décisions de la première moitié du XIX^e siècle, notamment quand il s'agit de préciser les limites de l'usage privé non réglementé par le droit d'auteur. La Cour considère d'abord que l'usage privé licite est incompatible avec l'édition (il y a dès lors contrefaçon), pour ensuite préciser le sens de celle-ci. Évidemment l'approche adoptée par la Cour de cassation laisse subsister des doutes quant aux notions de « public » et de « concurrence illicite », qui demeurent des notions floues. Ceci étant, on voit ici l'amorce d'une volonté de définir les critères de l'usage privé licite²²⁸.

72. La notion certes imprécise de l'édition limitant les usages privés échappant aux droits de l'auteur, ainsi que la logique de rattachement de ceux-ci à l'exercice du droit de représentation, se retrouvent également dans le jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 18 janvier 1937²²⁹. Dans les faits, une société de publicité organisant la radiodiffusion de concerts publicitaires alimentés par des morceaux de musique avait effectué elle-même, sans avoir préalablement sollicité le consentement des titulaires, un certain nombre d'enregistrements des morceaux au service de sa propre activité. La démarche avait pour but d'éviter le paiement des droits de reproduction liés aux disques originaux.

Les disques ainsi enregistrés étaient considérés par la société comme « *ne devant être ni vendus, ni loués, ni prêtés, ni distribués au public ou à un tiers quelconque* ». Ils n'étaient « *qu'une copie privée, hors du commerce, qu'un procédé de représentation qui ne porte aucune atteinte aux droits de vente et de reproduction des auteurs ou éditeurs, et pleinement licite dès lors que sont acquittées les redevances afférentes au droit de représentation* ».

²²⁶ *Supra*, n° 64.

²²⁷ Dans les mêmes sens, Besançon, 6 juill. 1892, *D.P.*, 1892.II.579 : « *Considérant qu'il ne paraît pas douteux que, de même que, s'agissant d'une comédie, le directeur d'un théâtre qui paye le droit de représentation peut, sans commettre de contrefaçon, copier ou faire copier dans la brochure achetée à l'éditeur, le rôle à jouer par chacun des acteurs (...) que la contrefaçon n'apparaîtrait que si ce directeur faisait œuvre d'éditeur, c'est-à-dire multipliait les copies et les employait, non pas seulement à l'usage du théâtre dirigé par lui, mais pour les exploiter à part et les ajouter à son commerce* ».

²²⁸ *V.*, dans ce sens : H. DESBOIS, *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée*, *op. cit.*, p. 329 et suiv.

²²⁹ T. com. de la Seine, 18 janv. 1937, *D.P.*, 1938.II.25, note H. DESBOIS.

Dans le cadre de son activité d'intermédiaire entre les commerçants souhaitant faire la promotion de leurs produits et les stations de TSF²³⁰ assurant la radiodiffusion de concerts publicitaires, la société s'assurait de préparer les émissions publicitaires. Ainsi, la reproduction effectuée sans l'autorisation des titulaires n'était en l'espèce qu'une étape préliminaire de la radiodiffusion²³¹.

Les arguments de la société se fondent expressément sur la solution de la jurisprudence de la Cour de cassation de 1893 précitée²³², et implicitement sur la logique de « bon sens » utilisée dans les affaires de la première moitié du XIX^e siècle. Ainsi, elle estime qu'après s'être acquitté de la « *taxe du droit de représentation* », il lui est permis de reproduire les morceaux alimentant ladite représentation. Est-ce que de telles reproductions constituent une copie privée²³³, toujours située en 1936 toujours en dehors du monopole de l'auteur ?

73. Le Tribunal a condamné l'agence publicitaire sur le plan civil. Pour motiver sa décision, il s'est posé les questions suivantes : la société a-t-elle procédé à une « édition », à une « distribution », et en a-t-elle tiré un profit économique ? L'existence de ce dernier est vue comme un « corollaire indispensable de ces deux éléments ». Les morceaux enregistrés avaient vocation à être radiodiffusés. Selon le tribunal, ce fait contredit le caractère privé de la reproduction et implique l'existence d'une vraie édition. Le pressage des disques, leur remise à des postes de radio, et le fait que les copies aient été réalisées dans le cadre de l'activité de la société caractérisent respectivement, la distribution et le caractère spéculatif desdites reproductions.

Ce jugement, rendu quarante-trois ans après l'affaire *Dupin, Lemoine père et fils c/Ville de Montpellier* de 1893 est révélateur, encore une fois, d'une divergence dans les avis exprimés par les juges dans deux cas fort similaires. Ainsi dans les deux affaires, les copistes ont reproduit des œuvres protégées dans le cadre de leurs activités professionnelles, et ce dans le but d'échapper au paiement des droits de reproduction. Par la suite, les copies ont été distribuées à différentes personnes, titulaires du droit de représentation (troupes théâtrales, stations de radiodiffusion). Qu'est-ce qui explique alors la divergence dans les solutions adoptées ?

²³⁰ Transmission sans fil.

²³¹ H. DESBOIS, note sous T. com. de la Seine, 18 janv.1937, *D.P.*, 1938.II.25, précitée.

²³² *Supra*, n° 68.

²³³ À noter qu'à la fin du XIX^e siècle, le vocabulaire « copie privée » entre dans les usages et remplace les expressions jusqu'ici utilisées telles qu'« usage privé » ou « usage personnel ».

Rappelons que la doctrine voyait la justification de la solution de la Cour de cassation de 1893²³⁴ dans le consentement implicite à la reproduction que l'auteur donne en cédant à un tiers le droit de représentation de son œuvre. Dans l'affaire jugée par la Cour de cassation, il s'agissait de manuscrits de textes tirés des opéras, qui par nature sont des canevas des œuvres, mais pas leur exécution. Par contre, comme le remarque H. Desbois, « (...) *le disque diffère, par sa nature, de la copie ; il implique une transposition, puisque, reproduisant l'exécution même, et non pas le seul texte de l'œuvre musicale, il réalise ce prodige de conférer la durée à l'éphémère ; à la parole et au son (...)* »²³⁵.

74. Très probablement ce caractère « prodigieux » n'a pas échappé au juge du Tribunal de commerce de la Seine, qui n'a pas hésité à souligner la dangerosité et le potentiel dévastateur du copiage non autorisé des œuvres face au développement de la technique de radiodiffusion. Ainsi, dit-il qu' « (...) *il ne faut pas oublier qu'en l'état actuel des développements techniques des enregistrements et de la diffusion, et par la matière presque inusable de la composition des disques, l'extension de la radio, avec ses relais et son étendue, peut permettre au moyen d'un seul exemplaire, la saturation d'un morceau sur une partie notable du globe, un disque unique étant ainsi susceptible de suffire à priver le compositeur du bénéfice qu'il peut retirer de son droit de reproduction (...)* ».

Selon H. Desbois, dans le cadre de la cession du droit de représentation, on ne saurait présumer le consentement de l'auteur pour la reproduction des enregistrements qui pourrait, d'une part compromettre la réputation de l'artiste en cas des défauts techniques éventuels²³⁶ et, d'autre part, porter une atteinte excessive à ses intérêts pécuniaires. Il semble donc que ce soit la nature de l'œuvre faisant l'objet du copiage litigieux et la technique de reproduction qui ont joué un rôle décisif dans le raisonnement du juge du Tribunal de commerce de la Seine. Il est difficile d'expliquer autrement une décision qui assimile à de l'édition et à de la distribution un procédé n'impliquant aucune communication des copies à un tiers véritable, non-titulaire du droit de représentation.

Pour H. Desbois, cette jurisprudence est un exemple d'interprétation créative des lois révolutionnaires sur la propriété littéraire et artistique qui démontre leur inadaptation générale à l'évolution des moyens mécaniques de reproduction et de dissémination des œuvres de l'esprit²³⁷. D'autre part la même problématique fait émerger la question de savoir si la logique

²³⁴ *Supra*, n° 68 et suiv.

²³⁵ H. DESBOIS, note sous T. com. de la Seine, 18 janv.1937, *D.P.*, 1938.II.25, précitée

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ H. Desbois interprète le jugement de manière suivante : « (...) *si les tribunaux refusaient de faire droit aux doléances des auteurs dont les stations de T. S. F. auraient enregistré les œuvres sans autorisation,*

de la copie privée en tant que limite naturelle des droits d'auteur échappant à toute réglementation, dont les contours sont fixés de manière casuistique par la jurisprudence, pouvait toujours être maintenue face au développement des techniques de reproduction mécanique observables dès la première moitié du XX^e siècle.

B. L'inadaptation au progrès de la technique

75. Le passage d'un usage personnel se limitant à des copies manuscrites vers un usage privé impliquant le recours aux techniques de reproduction mécanique telles que les microfilms, les magnétophones, la photocopie ou la xérographie²³⁸, et la croissance de l'importance des œuvres de l'esprit dans la société du XX^e siècle a progressivement démontré l'insuffisance d'une situation où le domaine de l'usage privé se trouvait en dehors de la législation sur le droit d'auteur, ainsi que l'impossibilité de maintenir ce *statu quo*²³⁹.

Le modèle révolutionnaire, fondé sur la logique selon laquelle le droit d'auteur ne s'intéressait qu'à la reproduction en vue d'une utilisation publique n'a pas résisté à l'épreuve du temps face à l'affinement progressif de la ligne séparant « *ce qui est public* (de) *ce qui est privé* »²⁴⁰.

Ce phénomène s'est manifesté sur plusieurs niveaux, et en premier lieu, au niveau des sujets auxquels les règles du droit d'auteur s'adressent. Les usagers, les créateurs et les juges ont pu remarquer que le *statu quo* ne permettrait pas de résoudre les nouveaux problèmes causés par le développement des nouvelles technologies. Le modèle issu des lois révolutionnaires, situant la question d'usage privé en dehors de la législation, montrait ses

une prime serait donnée à l'indélicatesse, les postes qui, sans scrupule, auraient émis des disques dont l'enregistrement n'aurait pas été autorisé étant avantagés par rapport à leurs concurrents plus soucieux des intérêts des compositeurs. Ce sont là, dira-t-on, des considérations de pure équité, qui ne peuvent prévaloir contre l'autorité des textes : il n'y a pas édition sans communication à un tiers quelconque, et la station ne procède à aucune communication avant l'émission par ondes hertziennes, qui constitue une représentation publique, non une reproduction. Mais quelque soit la fidélité due à l'économie des lois, il faut bien reconnaître que les règles d'interprétation reçoivent plus de ductilité en face des dispositions aussi peu adaptées aux nouvelles applications de la science que celles de la loi de 1793 », H. DESBOIS, note sous T. com. de la Seine, 18 janv.1937, D.P., 1938.II.25, précitée.

²³⁸ M. SAPORTA, « Les reproductions mécaniques et leur usage privé », *RIDA* n° 1, oct. 1953, pp. 65-89, spéc. p. 69.

²³⁹ Selon M. Saporta, « de l'usage "personnel" légitimement toléré et se présentant sous la forme de la copie manuscrite, on est passé peu à peu à une notion d'usage privé beaucoup plus large présentant un danger. Heureusement, dans divers pays (...), un certain état de coutumes s'est établi d'après lequel la reproduction microfilmée de livres dans les bibliothèques ne peut avoir lieu sans qu'il soit tenu compte du droit de l'auteur. En Allemagne, un projet d'accord a été mis sur pied récemment, en marge de la loi tendant aux mêmes buts et malgré qu'il n'ait pas encore abouti complètement il est certain que le mouvement qui se dessine en faveur du contrôle, par l'auteur, de certains usages privés de son œuvre finira par se traduire un jour ou l'autre dans la réalité législative », *ibidem*.

²⁴⁰ H. WISTRAND, *op. cit.*, p. 314.

limites une fois confrontées aux usages qui tout en présentant sur le plan organique les apparences des reproductions privées, étaient en réalité des usages publics d'un point de vue fonctionnel.

Ainsi, M. Saporta conseillait, dans les années cinquante du siècle passé, de « réagir contre une certaine tendance à ne protéger l'œuvre intellectuelle que contre son usage public et ceci indépendamment du fait que l'usage dit "privé" tend à ce confondre de plus en plus, avec un certain usage public dans la mesure où l'accès des personnes privées aux œuvres de l'esprit va se trouver facilité au point que le "public" aura la possibilité de se prévaloir de cette nuance juridique pour s'emparer en masse des créations intellectuelles »²⁴¹.

Parallèlement, la crainte naissante dans la pensée juridique du début du XX^e siècle du piratage à grande échelle a entraîné une certaine reconceptualisation de la notion de préjudice, qui au siècle précédent semblait délimiter le cadre des usages privés licites. Séparer ce qui cause un préjudice et porte atteinte aux droits de l'auteur de ce qui se situe en dehors de ceux-ci justement du fait de l'absence de préjudice est toujours une tâche délicate²⁴². Les juristes français du XIX^e siècle adhéraient à la conviction selon laquelle, en l'absence de tout élément de publicité, « la reproduction des exemplaires per se ne porte aucune atteinte aux intérêts moraux ou matériels de l'auteur »²⁴³.

Une telle vision du préjudice, reposant exclusivement sur la notion de publicité et sur l'effet de concurrence aux canaux de distribution officiels produit par les copies contrefaisantes, n'a pas survécu à la première moitié du XX^e siècle. Animée par la crainte des reproductions privées, qui en raison de leur nombre important deviennent des « usages publics déguisés »²⁴⁴, la doctrine commença à apprécier le préjudice causé par les copies privées à travers un autre prisme. Ainsi, le dommage ne consisterait plus uniquement en une perte effective, mais se manifesterait également sous la forme du manque à gagner que peut occasionner chaque reproduction, même la plus « inoffensive », dépourvue de toute intention spéculative. Une telle vision du préjudice écarte par ailleurs l'argument du consentement tacite du titulaire, qui ne saurait alors être considéré comme ayant consenti au pillage de son œuvre.

76. Dans cette perspective H. Desbois fait état, déjà en 1938, d'un courant de pensée qui s'attache « dans la doctrine contemporaine, à élargir le critère de la reproduction

²⁴¹ M. SAPORTA, *op. cit.*, p. 75.

²⁴² Pour Renouard : « Autant la solution est facile en la plaçant à l'extrémité de ces deux hypothèses, autant, dans une multitude des cas intermédiaires, elle présentera de difficultés », A.-C. RENOARD, *op. cit.*, p. 42.

²⁴³ H. WISTRAND, *op. cit.*, p. 312.

²⁴⁴ M. SAPORTA, *op. cit.*, p. 77.

passible du droit d'auteur, et (...) à restreindre le domaine de la copie à usage personnel», et dans le cadre duquel, « *pour que l'auteur puisse exiger une redevance, il suffirait que le copiste réalise par le fait même de la copie une économie, tandis que l'auteur ou le compositeur éprouverait par contre-coup un préjudice, si faible soit-il, du fait qu'une transcription non autorisée a pris place d'un exemplaire régulièrement autorisé* »²⁴⁵.

Dans ce contexte de droits d'auteur conçus par la législation révolutionnaire, encadrés et limités par la notion de présence ou non de publicité, ne permettant plus d'assumer la protection complète des créateurs contre le risque de pillage provoqué par le développement de nouvelles technologies de copiage, émerge un nouveau courant de pensée juridique. De plus en plus souvent la doctrine plaide pour un modèle plus complet de protection, qui d'une part préciserait de manière expresse les conditions de licéité de l'usage privé et mettrait ainsi fin aux hésitations jurisprudentielles, et d'autre part permettrait de contrôler l'exercice de la liberté de copiage, échappant jusqu'ici à toute réglementation, et dont les effets pourraient menacer l'avenir de la création dans la nouvelle réalité socioéconomique.

C'est pourquoi les esprits de l'époque basculèrent progressivement vers un nouveau modèle de droit d'auteur. Celui-ci dut s'intéresser *a priori* à toute reproduction ainsi qu'à toute représentation qui accorderaient au public une faculté de reproduction pour l'usage privé, ou bien une possibilité de représentation de l'œuvre protégée dans le cercle restreint de personnes, et ce sous la forme d'une exception²⁴⁶, sous conditions strictes. Comme le remarque H. Wistrand, « *par suite du développement technique et des changements intervenus dans la collectivité, il s'est dessiné en France (...) un besoin d'exercer un contrôle strict dans l'intérêt de l'auteur sur les prérogatives qui lui reviennent* ». Cette volonté de contrôler les usages privés provoqua la fin de l'assimilation de ceux-ci à une limite naturelle des droits

²⁴⁵ H. DESBOIS, note sous T. com. de la Seine, 18 janv.1937, *D.P.*, 1938.II.25, précitée. Pour justifier cette opinion, H. Desbois s'appuie sur une conviction selon laquelle on pourrait mettre en doute, de manière générale, la licéité de l'usage privé. En effet, une personne qui copie une œuvre aurait pu l'acheter, et la copie privée qu'elle a effectuée prend nécessairement la place de l'original et, indirectement, affecte les ventes de ces derniers. Aujourd'hui, le caractère nécessairement préjudiciable de toute reproduction privée semble être remis en cause, notamment par les travaux s'inscrivant dans le cadre de l'analyse économique du droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, K. Croxson souligne le caractère simpliste d'une telle analyse en considérant que « (...) *not every copy must imply a lost purchase. To appreciate the basic point, assume away the possibility of piracy for a moment, and think of sales in a standard monopoly model. At the seller's optimal uniform price (...) only those with relatively high valuations (...) buy; others (...) go without* », K. CROXSON, « Promotional Piracy », *Oxyconomics*, Oxford University Economic Studies, n° 1-2, vol. 1, pp. 13-15, spéc. p. 13.

²⁴⁶ H. WISTRAND, *op. cit.*, p. 314.

exclusifs, car cette attitude laissait trop de place aux hésitations et aux interprétations laxistes de la part du juge du droit d'auteur²⁴⁷.

77. Il apparut donc nécessaire que le droit d'auteur, dans ce nouveau modèle, s'intéresse à l'usage privé, et définisse sa place dans ce contexte. Ce qu'il fit en le plaçant dans un cadre bien délimité, celui de l'exception. Reste à savoir si cette opération nécessitait l'intervention du législateur. En effet, l'histoire montre que le juge français, au-delà de sa capacité d'interprétation, fertile en jurisprudence, des lois révolutionnaires sur la propriété littéraire et artistique, a su créer des exceptions prétoriennes en la matière.

Section 2. Le droit de citation – une exception admise *contra legem*

78. Contrairement à la doctrine considérant les usages privés comme des prérogatives limitant naturellement les droits exclusifs, le concept du droit de citation a, dès ses premières esquisses, pris la forme d'une exception mobilisable dans le champ d'application des droits d'auteur. Malgré le silence du législateur, la jurisprudence du XIX^e siècle a réussi à élaborer une vision cohérente d'une norme exceptionnelle couvrant les emprunts littéraires (I). Celle-ci s'est toutefois avérée trop rigide pour être appliquée dans le contexte de la citation artistique. Des démarches erratiques du juge français du début du XX^e siècle ont visé à assouplir la norme à l'égard de cette dernière afin de l'adapter à la réalité. Ces démarches ont confirmé l'obsolescence de la logique de dénégation quant à la nécessité de légiférer, adoptée par le législateur à l'égard de la question des exceptions aux droits de l'auteur (II).

I. La citation littéraire et les lois révolutionnaires sur le droit d'auteur

79. L'exception prétorienne couvrant les citations littéraires a suivi la même évolution que le droit d'auteur conçu par les lois révolutionnaires. Fruit du bon sens, et créée *contra legem* par le magistrat à l'époque où le droit d'auteur ne s'intéressait qu'aux intérêts pécuniaires de l'auteur (A), sa forme s'est affinée avec la reconnaissance des prérogatives du droit moral (B).

²⁴⁷ Dans ce sens, C. COLIN, « Devoir d'auteur », *RIDA*, n° 224, avr. 2010, pp. 161-249, spéc. p. 175.

A. L'emprunt littéraire dans le droit d'auteur moniste

80. Malgré la limitation du droit exclusif de reproduction aux usages publics, celui-ci, tel que décrit par la loi de 1793, était un droit absolu dans la mesure où il ne supportait aucune dérogation au profit des usages rentrant dans son champ d'application. Autrement dit, le législateur révolutionnaire n'avait prévu aucun cas, dans lequel la vente, la distribution ou la cession de la propriété de l'ouvrage sans consentement du titulaire serait licite.

Parallèlement, l'article 425 du Code pénal incriminait au titre de contrefaçon, et ce sans aucune exception justifiée par les dimensions de la reproduction ou bien par le but dans lequel elles auraient été faites²⁴⁸, « toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs ». Il en résulte qu'*a priori*, chaque emprunt d'une forme, chaque citation d'une œuvre de l'esprit, et ce quelle qu'en soit la taille (quelques passages ou bien la reproduction *in extenso*), et quel qu'en soit le but (scientifique - illustration, ludique - parodie, pastiche, information - revue de presse), sans le consentement des titulaires étaient susceptibles de violer les droits d'auteur lorsqu'ils étaient incorporés dans un ouvrage publié²⁴⁹.

81. Néanmoins, la doctrine s'est très tôt emparée d'un argument selon lequel il serait irraisonnable d'interdire tout emprunt sans tenir compte de sa taille et du contexte de son incorporation dans l'œuvre citante. A cet égard, Renouard écrivait qu'« *au privilégié appartient le droit exclusif d'exploitation vénale de l'ouvrage de domaine privé : à toute personne appartient la jouissance intellectuelle de l'ouvrage. Interdire à tout écrivain la citation de ses devanciers, refuser aux progrès de la science et de la discussion publique l'emploi de tout passage d'un ouvrage de domaine privé, ce serait tomber dans l'exagération* »²⁵⁰.

²⁴⁸ M. NAST, note sous Cass. crim., 19 mars 1926, *D.P.*, 1927.I.25, spéc. p. 26.

²⁴⁹ Le plagiat suppose nécessairement un élément de publicité, par exemple sous forme de vente ou de location de l'œuvre plagiée. Plus généralement il doit s'agir d'une usurpation de la paternité à l'extérieur de la sphère de l'usage privé, car on ne devient pas plagiaire exclusivement devant sa propre conscience. V., sur ce point : A. CHAUVEAU, F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, Tome VII, E. Legrand, 1842, p. 559 : le plagiat consiste dans « l'action de **publier** sous son nom et comme si on en était l'auteur ; des ouvrages ou des portions d'ouvrages qui ont été composées par un autre », nous soulignons.

²⁵⁰ A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature les sciences et les Beaux-arts*, Tome II Jules Renouard et Cie libraires, 1839, p. 17, E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3^e éd., Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1908, pp. 540-541 : « Si la loi punit la contrefaçon partielle, elle n'interdit pas le droit de citation. Il est clair que citer un passage d'un ouvrage soit pour le discuter, soit pour en tirer un argument au profit d'une opinion ou d'une doctrine que l'on émet est légitime et légal. Le droit réservé à l'auteur, tout exclusif qu'il est, ne saurait aller jusqu'à empêcher cela. La citation non seulement ne cause aucun préjudice à l'auteur cité, mais même

Nombreux furent ainsi les exemples jurisprudentiels dans lesquels les juges atténuèrent l'absolutisme des règles octroyant à l'auteur le droit exclusif de reproduction, au profit de celui qui emprunte et incorpore dans son propre ouvrage quelques passages d'autrui.

82. À titre d'exemple, dans l'affaire tranchée par la Cour de cassation le 3 juillet 1812²⁵¹, une plainte était dirigée par l'éditeur de la traduction de l'ouvrage *Géographie de Pinkerton*, contre le sieur Malte-Brun, auteur du *Précis de Géographie universelle* et coauteur de *Géographie de toutes les parties du monde*. Les raisons de la plainte de l'éditeur se résumaient au fait par le prévenu d'avoir copié dans son ouvrage, à partir de celui de Pinkerton, un nombre très important de pages et d'alinéas, et que les ouvrages ci-dessus mentionnés n'étaient qu'« *un assemblage maladroit des pages nombreuses que le sieur Matle-Brun a découpées çà et là dans les livres d'autrui* »²⁵², sans que soit indiquée dans lesdits ouvrages la source des emprunts ni le nom de Pinkerton. La Cour de cassation, tout en reconnaissant les caractéristiques du plagiat dans les agissements de M. Malte-Brun, a jugé qu'ils « *ne constituaient pas le délit de contrefaçon prévu par la loi* ».

Il ne fait aucun doute que le plagiat²⁵³, consistant en un emprunt d'idées à un auteur et en leur expression sous une forme différente de celle de l'ouvrage original, n'est pas une violation du droit d'auteur, au nom de la règle fondamentale selon laquelle ce dernier ne protège que la forme de l'expression littéraire et artistique²⁵⁴. Le plagiat d'idées, habillées sous une forme originale, « *n'est justiciable que du bon goût* » dit un auteur²⁵⁵. S'il est

ne porte aucune atteinte à sa propriété privative : elle y rend bien plutôt hommage, par cela même qu'elle la reconnaît et la proclame. Refuser le droit de citation, ce serait supprimer le droit, pourtant inviolable, de la critique littéraire ».

²⁵¹ Cass. crim., 3 juill. 1812, S., 1812-1814.I.143, *Journal du Palais*, 1812, p. 535, V. également, pour les commentaires approfondis de cette décision : F. DE LAGLADE, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative...*, Tome IV, Nêve, Firmin Didot, 1824, p. 648 et suiv. et P. A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Tome XII, 5^e éd., J.-P. Roret, Garnery, 1827, p. 473 et suiv.

²⁵² P. A. MERLIN, *loc. cit.*

²⁵³ Défini dans le langage commun comme un « *acte de quelqu'un qui, dans le domaine artistique ou littéraire, donne pour sien ce qu'il a pris à l'œuvre d'un autre* », Grand Larousse Universel, 1997, Tome XII, p. 8177.V. toutefois, pour l'explication de la signification du terme « plagiat » en droit romain, désignant « *le crime de celui qui dérobe, tient dans les fers, vend ou achète un homme libre, ou même l'esclave d'autrui* » : E. LAGRANGE, *Manuel de droit romain ou explication des institutes de Justinien*, 8^e éd., J.-B. Mulot, 1861, p. 594.

²⁵⁴ « (...) *ce n'est pas la reproduction de la pensée que la loi incrimine ; c'est la reproduction de l'ouvrage, quand cet ouvrage a revêtu la pensée d'une forme matérielle ; c'est cette forme qui est l'objet de la protection légale parce qu'elle est saisissable, et qu'elle peut être l'objet d'une propriété ; c'est l'ouvrage, l'édition imprimée ou gravée, parce que cet ouvrage ou cette édition font seuls partie des choses commerciales* », A. CHAUVEAU, F. HELIE, *op. cit.*, p. 554.

²⁵⁵ E. BLANC, *Traité de la contrefaçon en tous genres et de sa poursuite en justice*, H. Plon, Cosse, 1855, p. 155.

grossier et maladroit, il sera désapprouvé par les destinataires de l'ouvrage, mais en aucun cas ne pourra constituer une violation des droits d'auteur²⁵⁶.

La qualification juridique des emprunts faits à l'ouvrage d'autrui devrait être différente lorsque le « plagiat » d'idées s'accompagne d'une reprise partielle de la forme protégée. Tel était le cas dans l'affaire précitée jugée par la Cour de cassation en 1812. Non seulement le prévenu a présenté comme siennes les idées exprimées par Pinkerton, mais aussi ses ouvrages contenaient de nombreux passages, repris au mot près, de l'œuvre de ce dernier. Pourquoi alors la Cour de cassation relaxa-t-elle le plagieur ?

83. On ne saurait comprendre cette décision particulièrement laconique de la Cour de cassation sans faire référence aux conclusions de M. l'avocat général Daniels qui éclairaient les fondements de la licéité des emprunts littéraires dans la première moitié du XIX^e siècle. Ainsi, l'avocat général prend d'abord position sur la nature du droit d'auteur. L'ouvrage de l'auteur, dit-il, « *est un bien qui lui appartient, et dont il a seul le droit de disposer, comme tous les autres citoyens disposent des choses dont ils sont propriétaires* »²⁵⁷. Il en résulte que « *quand on contrefait les productions d'un auteur, on commet contre lui le crime de vol* »²⁵⁸. Ayant posé ces principes, M. Daniels se penche sur leur portée et se demande si « *l'auteur, qui a inséré dans son ouvrage et littéralement copié la centième ou la millième partie d'un autre ouvrage tout récemment publié, doit être puni comme si, sur une somme de cent mille francs que possédait son voisin, il lui en avait enlevé mille ou cent francs ?* »²⁵⁹

84. Certainement, l'absolutisme du texte régissant l'exclusivité du droit de reproduction dicterait une réponse affirmative. Cependant aux yeux de l'avocat général, la propriété littéraire et artistique diffère significativement de celle que détient le propriétaire sur les biens tangibles. Elle est territoriale et non reconnue par toutes les nations civilisées²⁶⁰, elle est temporaire et non transmissible à l'infini par voie de succession²⁶¹. Tout cela pousse l'avocat général à conclure qu'il ne pourrait y avoir de contrefaçon que lorsque le plagiat porte réellement atteinte aux intérêts pécuniaires de l'auteur, et que lorsqu'il y aurait vraiment un préjudice au débit de l'ouvrage original²⁶². Ces conclusions ont trouvé un accueil favorable de la part de la Cour de cassation.

²⁵⁶ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz, 2010, p. 270.

²⁵⁷ P. A. MERLIN, *op. cit.*, p. 474.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 475.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 476.

²⁶² *Ibid.*, p. 477.

On peut y voir l'émergence d'une exception d'origine jurisprudentielle, au profit des actes de plagiat littéraire bénins qui ne constituent pas des cas de pillage portant réellement atteinte à l'original. L'emploi de cette exception s'est ensuite généralisé dans la jurisprudence postérieure²⁶³. Il est important de préciser qu'une telle exception ne constitue pas une limite naturelle du droit de reproduction, car à la différence du copiage pour l'usage privé, l'hypothèse de plagiat, quelle que soit sa gravité, est *a priori* couverte et rendue illicite par l'exclusivité attachée au droit de reproduction dans sa forme issue de la législation révolutionnaire²⁶⁴. Cette exception, dans sa forme embryonnaire, présentait deux faiblesses.

85. La première tient au fait que le contenu de la notion de préjudice séparant les domaines du plagiat négligeable de celui constitutif d'un délit de contrefaçon est flou par nature. Ce qui n'est pas sans nous rappeler la jurisprudence assez chaotique de la première moitié du XIX^e siècle, qui élevait la notion abstraite de préjudice matériel au rang de critère exclusif de licéité de l'usage privé. Ceci étant, la jurisprudence postérieure a réussi à dissiper une partie des incertitudes concernant les critères du plagiat préjudiciable, par la consécration de critères quantitatifs ainsi que de critères qualitatifs selon lesquels, pour qu'il y ait contrefaçon partielle, il faut que la reproduction porte sur une partie « *notable, importante et marquante d'un ouvrage* »²⁶⁵.

La seconde difficulté réside dans le fait que ladite exception ne faisait aucune distinction entre l'hypothèse de plagiat et la citation avec indication du nom de l'auteur.

²⁶³ V. not. : Cass. crim., 24 mai 1845, S., 1845.I.765 : « *Des emprunts faits à l'ouvrage d'autrui ne constituent le délit de contrefaçon qu'autant qu'ils sont assez considérables pour porter réellement atteinte à la propriété de l'auteur* ». Dans le même sens, Cass. crim., 24 mai 1855, S., 1855.I.392 : « (...) *si les lois qui protègent la propriété littéraire, atteignent et punissent toute espèce de contrefaçon, partielle ou totale, elles n'ont pas défini en termes exprès et limitatifs les faits qui constituent la contrefaçon partielle, et elles s'en rapportent à la conscience et à l'appréciation souveraine des juges pour reconnaître, en fait, dans quelles circonstances et d'après quels caractères le délit de contrefaçon peut et doit résulter de la reproduction partielle d'un ouvrage ; - Attendu que l'arrêt constate que les articles empruntés à la Biographie universelle n'en forment point une partie importante ; que ces articles sont comme perdus au milieu des huit volumes du Dictionnaire de la conversation ; que ces deux ouvrages n'ont ni le même but ni la même destination ; qu'il ne peut donc résulter de cette reproduction partielle aucune concurrence nuisible et aucun préjudice pour l'ouvrage intitulé Biographie des frères Michaud, et pour les droits de la dame Thoissier-Desplaces (...)* ».

²⁶⁴ Dans cette optique l'avocat général Daniels remarque : « *On ne prétendra pas, ce semble, que la loi du 19 juill. 1793, en déclarant que les auteurs auront le droit exclusif de vendre leurs ouvrages et d'en céder la propriété en tout ou en partie, ait voulu défendre toute citation littéraire d'un ou de plusieurs passages d'un ouvrage déjà imprimé ; et cependant il faudrait aller jusque-là ; il faudrait dire qu'il n'est pas même permis d'imprimer la pensée d'un auteur qui, par exemple, est dans la persuasion d'avoir trouvé la solution d'un problème, jusqu'alors réputé insoluble, si les mots en tout ou en partie n'admettaient aucune exception, et si la question de contrefaçon devait être jugée d'après les mêmes principes que le vol d'une somme d'argent ; délit dans l'appréciation duquel il importe peu de savoir quelle est la quotité de la somme d'argent que le voleur a prise, si, sur cent mille francs, il a seulement enlevé cent francs ou mille, ou même trois ou quatre cents francs* », P. A. MERLIN, *op. cit.*, p. 476.

²⁶⁵ T. corr. de la Seine, 16 janv. 1812, F. de LAGLADE, *op. cit.*, p. 650. Pour les décisions postérieures reprenant les mêmes critères, V. not. : Paris, 30 mai 1857, *Pataille*, 1857, p. 246, T. corr. de la Seine, 17 avr. 1858, *Pataille*, 1858, p. 245.

Dans l'affaire *Malte-Brun*, l'avocat général Daniels s'est penché sur la question de savoir si les emprunts devenaient automatiquement licites lorsque le « plagieur » rendait dûment hommage à l'auteur de l'œuvre originale en indiquant son nom et la source des passages litigieux, bref, lorsqu'il citait et ne plagiait pas.

86. À cette époque, la réponse qui s'imposait était : « non ». Selon l'avocat général Daniels, « *La conservation de la propriété littéraire est le principal objet de la loi, il n'entraîne pas dans le plan du législateur de s'occuper également de la célébrité de l'auteur. Lorsqu'on a pillé son œuvre, et que cette entreprise fait réellement préjudice à sa propriété, c'est à raison de ce préjudice que le Plagiat prend les caractères de la contrefaçon défendue par la loi (...); n'importe que le prévenu ait cité ou non l'ouvrage qu'il a copié, il suffit qu'il ait voulu s'approprier les bénéfices résultant du débit de l'ouvrage qu'un autre avait fait* »²⁶⁶.

87. Il ne saurait en être autrement, car les lois révolutionnaires sur le droit d'auteur étaient avant tout une « charte » des droits patrimoniaux²⁶⁷, et les considérations relevant du droit moral lui étaient étrangères²⁶⁸. Cependant avec la reconnaissance progressive des attributs du droit moral, et surtout des droits à la paternité de l'œuvre²⁶⁹, l'exception prétorienne a soustrait du champ du droit exclusif de reproduction les emprunts négligeables et non préjudiciables aux intérêts pécuniaires des titulaires. Elle a ainsi dû s'adapter au système du droit d'auteur dualiste, celui-ci reconnaissant, outre les prérogatives économiques, les attributs personalistes.

²⁶⁶ P. A. MERLIN, *loc. cit.*

²⁶⁷ P. MOURON, « De la propriété incorporelle de l'auteur en droit français », *RIDA*, n° 245, juill. 2015, pp. 265-367, spéc. p. 275.

²⁶⁸ A. Bertrand défend le caractère purement économique du droit d'auteur issu des lois révolutionnaires. Il justifie son opinion par l'absence de tout « embryon de droit moral » dans lesdites lois ainsi que par la référence expresse de M. Le Chapelier au système anglais, qui après avoir exposé sa célèbre phrase concernant « *la plus sacrée, la plus légitime de toutes les propriétés (...)* » soutient « *qu'il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelque fruit de leur travail et qu'il faut que pendant leur vie, et quelques années après leur mort, personne ne puisse, sans leur consentement, disposer du produit de leur génie* » pour ensuite conclure « *voilà ce qui s'opère en Angleterre pour les auteurs et le public, par des actes qu'on nomme tutélaires, voilà ce qui se faisait autrefois en France par des privilèges que le roi accordait et ce qui sera dorénavant fixé par une loi, moyen beaucoup plus sage et le seul qu'il convienne d'employer* ». Ces éléments justifient, selon lui, le caractère purement économique des lois révolutionnaires sur le droit d'auteur, A. BERTRAND, *op. cit.*, p. 7. Dans le même sens, Y. GENDREAU, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil », *Revue juridique Thémis*, vol. 27, 1993, pp. 85-108, spéc. pp. 90-91, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, pp. 542-543.

²⁶⁹ T. com. Paris, 30 mars 1835, *Gazette des Tribunaux*, n° 2927, p. 525, Paris, 17 déc. 1838, *Gazette des Tribunaux*, n° 4140, p. 172.

B. Le droit de citation littéraire dans le droit d'auteur dualiste

88. Selon toute logique, si le plagieur, le menteur qui usurpe la paternité d'une œuvre peut ne pas devenir contrefacteur, *a fortiori*, celui qui cite avec indication du nom de l'auteur et du titre de l'œuvre à laquelle il fait un emprunt textuel devrait aussi pouvoir bénéficier d'une clémence du juge.

Cependant, on pourrait se demander si le respect des principes de la déontologie des sciences et des beaux-arts, qui sont progressivement devenus les composantes du droit moral de l'auteur, suffit toujours pour justifier l'impunité à l'égard du droit d'auteur. En réalité, même les citations conformes aux usages de la discipline, en raison de leur taille excessive ou bien du contexte de leur incorporation dans l'œuvre citante, peuvent porter atteinte aux intérêts de l'auteur.

89. A une époque où le droit d'auteur commençait à s'intéresser à la célébrité de l'auteur aussi bien qu'à sa propriété, les auteurs des œuvres citantes ont commencé à invoquer le fait d'avoir respecté les droits moraux de l'auteur de l'œuvre citée pour essayer de légitimer les emprunts excessifs voire les reproductions *in extenso*²⁷⁰. Cela a forcé les juges français à bien distinguer les cas de plagiat des cas de citation, et d'enfermer cette dernière, d'une part, dans le cadre du respect strict du droit moral de l'auteur cité, et, d'autre part, dans les limites quantitatives raisonnables pour sauvegarder ses intérêts pécuniaires.

90. Ainsi, dans la deuxième moitié du XX^e siècle, a émergé l'exception pour citation littéraire, conçue dans une forme proche à celle que nous connaissons aujourd'hui. En premier lieu, cette exception jurisprudentielle couvrait uniquement des passages isolés, et non la majeure partie ou l'intégralité du texte, qui formerait «*une sorte d'abrégé de l'ouvrage*

²⁷⁰ T. corr. de la Seine, 7 août 1855, *Pataille*, 1857, p. 243 : «*Attendu que si l'usage et l'intérêt même de la littérature autorisent les écrivains à se faire des emprunts mutuels, c'est à la condition que ces emprunts n'outre-passent pas la mesure de simples citations, destinées à servir de confirmation ou d'ornement à l'œuvre personnelle de l'écrivain qui les fait (...) Attendu que l'indication du nom de l'auteur dont on dérobe le travail ne saurait légitimer la spoliation (...)*», T. corr. de la Seine, 22 juin 1859, *Pataille*, 1859, p. 271 : «*Attendu, dans l'espèce, en ce qui concerne Jules Lecomte, rédacteur de la Chronique parisienne, qu'il a, dans le numéro de ce journal du jeudi 3 février 1859, publié textuellement et en entier la lettre dont il s'agit, en l'accompagnant même des réflexions dont Charpentier l'avait fait suivre ; - Qu'une semblable publication, de nature à nuire à celle de Charpentier et à porter atteinte à son droit de propriété présente tous le caractère de la contrefaçon ; (...); Que Jules Lecomte ne saurait, pour établir sa bonne foi, s'appuyer sur ce qu'il aurait énoncé à la fin de l'article qu'il était tiré du Magasin de librairie ; qu'une telle précaution offrirait un moyen trop facile d'abriter la contrefaçon* ». V. encore, dans le même sens : une décision intéressante, T. civ. de la Seine, 1^{er} juill. 1859, *Pataille*, 1859, p. 273, dans laquelle les juges se sont penchés sur une reproduction partielle effectuée au mépris des droits d'auteur par M. Alexandre Dumas père et Paris 24 déc. 1859, *Pataille*, 1860, p. 31, T. civ. de la Seine, 3 juin 1892, S., 1892.II.262.

original », rendant inutile la lecture de ce dernier²⁷¹. Les citations devaient absolument être indiquées par des guillemets, et assorties d'une indication précise du nom de l'auteur cité ainsi que du titre de l'ouvrage auquel les emprunts sont faits²⁷². En outre, elles devaient être justifiées par un but polémique, critique ou bien d'illustration²⁷³.

91. Cette exception a parfois été baptisée « droit de citation »²⁷⁴ ce qui, en raison de la lourdeur des traits sémantiques de ladite expression, inspire l'idée d'un vrai droit subjectif à la citation littéraire. Cela n'est guère étonnant, car la justification de cette exception est parmi les plus nobles. Elle trouve son fondement dans la protection de la liberté d'expression ce qui lui donne un pouvoir de conviction non négligeable²⁷⁵.

Il en est ainsi parce que les citations qui servent de base à la création d'œuvres nouvelles, qui fournissent des inspirations à leurs auteurs, constituent l'essence de ce que la doctrine anglo-saxonne appelle le « *transformative use* » (reprise transformative)²⁷⁶. À la différence de l'usager passif, copiant pour satisfaire ses propres besoins, un auteur qui cite l'œuvre d'autrui le fait dans le but d'enrichir une œuvre qu'il est en train de créer.

²⁷¹ E. POUILLET, *loc. cit.* Dans le même sens : T. civ. de la Seine, 3 juin 1892, S., 1892.II.262, précité, Paris, 15 juill. 1897, S., 1899.II.79, Paris, 21 févr. 1901, S., 1902.II.161, D.P., 1902.II.17, note E. POUILLET, T. civ. de Besançon, 20 févr. 1902, D.P., 1903.II.244 : « *S'il est légitime et usuel de citer un ou plusieurs passages d'un ouvrage, soit pour le discuter, soit pour en tirer argument, il n'en saurait être de même lorsque les emprunts faits à l'œuvre d'autrui sont d'une telle importance qu'ils rendent inutile la lecture de l'original ; a fortiori si la reproduction est totale* ».

²⁷² Paris, 3 déc.1894, Pataille, 1895, p. 282, T. civ. de la Seine 21 mars 1889, S., 1891.II.143, Pataille, 1892, p. 197.

²⁷³ T. civ. de la Seine, 3 juin 1892, S., 1892.II.262, précité, T. civ. Besançon, 20 févr. 1902, D.P., 1903.II.244, précité, Paris, 15 juill. 1897, S., 1899.II.79, précité, T. civ de la Seine, 11 mars 1897, D.P., 1898. II. 358 : « (...) toute citation (...) ne constitue pas une contrefaçon ; il est, en effet, légitime et légal de citer un ou plusieurs passages d'un ouvrage, soit pour le discuter, soit pour en tirer argument au profit d'une opinion ou d'une doctrine, et il convient d'apporter dans l'appréciation de ces questions, qui touchent aux droits les plus respectables de la critique historique ou littéraire, la plus large tolérance. La contrefaçon commence là où les emprunts faits à l'œuvre d'autrui sont notables et dommageables, c'est-à-dire assez étendus pour tenir lieu, dans une large mesure, de l'ouvrage lui-même dont ils sont tirés, et de nature à détourner le lecteur de la pensée de lire cet ouvrage ».

²⁷⁴ Pour cette formule v. not. : T. civ. de la Seine, 21 mars 1889, S., 1891.II.143, précité, ainsi que Paris, 15 juill. 1897, S., 1899.II.79 et Paris, 21 févr. 1901, S., 1902.II.161, précité. Dans le même sens, E. POUILLET, *op. cit.*, p. 410, selon lequel « *si la loi punit la contrefaçon partielle elle n'interdit pas le droit de citation* ». Renouard parle en revanche de la « faculté de citation », A.-C. RENOUARD, *op. cit.*, p.17. On trouve également des formules telles que « liberté de citation », J. A. GASTAMBIDE *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres et de la propriété en matière de littérature, théâtre, musique, peinture, dessin, gravure, dessins de manufactures, sculpture, sculptures industrielles, marques, noms, raisons commerciales, enseignes, etc.*, Legrand et Descauriot, 1837, p. 102. En outre, pour A. le Tarnec, « *le droit de citer est, par nature, une tolérance plutôt qu'un droit* », A. LE TARNEC, *Manuel de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 1966, p. 87. A notre avis, le droit de citation n'est pas une liberté, à partir du moment où il devient une faculté conditionnée. Il n'est pas non plus une tolérance, dès lors qu'il est un phénomène normatif. V., sur ce point : *supra*, n° 22 et suiv.

²⁷⁵ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, p. 338.

²⁷⁶ *Infra*, n° 508.

Le droit de citation littéraire ainsi conçu, consolidé à la fin du XIX^e siècle, se présente, à la différence de la copie privée dans sa forme embryonnaire, comme une véritable exception prétorienne, mûrie, avec une structure bien adaptée à la réalité du droit d'auteur dualiste et avec des conditions d'application relativement précises. Ceci étant, les différences entre ces deux constructions jurisprudentielles s'arrêtent là. Le droit de citation d'origine jurisprudentielle subira le feu des critiques à la suite de sa déformation par le juge, déformation engendrée par les défis de la première moitié du XX^e siècle.

II. La citation artistique et les lois révolutionnaires sur le droit d'auteur

92. L'évolution des pratiques dans le domaine des sciences et des beaux-arts, observable lors de la première moitié du XX^e siècle, et plus précisément l'émergence du concept de citation artistique, désignant « *la reproduction graphique de tout ou partie d'une œuvre d'art, peinture ou statue, dans une œuvre écrite* »²⁷⁷, a mis en relief les limites de l'exception prétorienne de citation littéraire élaborée et affinée au cours du siècle précédent **(A)**. L'élargissement incontrôlé de son champ d'application, ayant atteint un degré où l'exception s'en trouvait dénaturée a stimulé une réflexion sur l'office du juge dans la création et l'interprétation de l'exception pour citation, dont les fruits ont annoncé certains traits du nouveau paradigme naissant dans le domaine des exceptions aux droits de l'auteur **(B)**.

A. De la citation littéraire vers la citation artistique

93. L'architecture du droit d'auteur, issue des lois révolutionnaires et complétée par la reconnaissance jurisprudentielle des prérogatives du droit moral, était difficilement conciliable avec l'idée de citation artistique **(1)**. Malgré cette réticence traditionnelle, le juge n'a pas hésité à admettre le jeu de l'exception en dehors du domaine littéraire, ce qui a été perçu par la doctrine majoritaire comme une dénaturation du concept de citation **(2)**.

²⁷⁷ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée*, Dalloz, 1950, p. 354.

1. La réticence traditionnelle à l'égard de la citation artistique

94. La doctrine du droit de citation littéraire telle qu'elle s'est consolidée en France dans la deuxième moitié du XIX^e siècle était-elle applicable à d'autres domaines de création, et notamment à la sphère de l'art figuratif ? En s'appuyant sur l'exception jurisprudentielle précédemment évoquée, peut-on « citer » une œuvre d'art telle qu'une peinture, une sculpture, une œuvre architecturale ?

95. Pour cerner la problématique, il suffit de rappeler que le droit de citation élaboré par le juge français était incompatible avec les reproductions *in extenso*²⁷⁸. Dans cette optique, d'éminents auteurs affirment « *qu'il est de l'essence de la faculté de citer de porter sur un fragment* »²⁷⁹. Cette exigence de reproduction fragmentaire facilement applicable en matière de citation littéraire se heurte à de sérieux obstacles dans la sphère de la citation artistique.

Ainsi, celui qui reproduit une œuvre d'art autre qu'un écrit, même s'il respecte toutes les conditions du droit de citation, c'est-à-dire, poursuite d'un but d'illustration, de polémique ou de critique ; indication la source de l'emprunt et le nom de l'artiste « cité » ; et reprise uniquement d'une partie non substantielle de l'œuvre (détail d'une œuvre architecturale ou d'une image), risque malgré tout de porter gravement atteinte à son droit moral.

Dans la plupart des cas, une reproduction partielle entraîne une mutilation de l'original²⁸⁰. L'expression artistique en dehors du domaine littéraire, est difficilement conciliable avec l'exigence de reproduction partielle dans le cadre de l'exercice du droit de citation²⁸¹. C'est pourquoi de nombreux auteurs, d'hier et d'aujourd'hui, dénoncent

²⁷⁸ *Supra*, n° 88.

²⁷⁹ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée, op. cit.*, p. 356.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 354.

²⁸¹ On pourrait relativiser cet argument si l'on admet qu'en réalité la citation littéraire constitue également une sorte de mutilation de l'œuvre citée. Prendre quelques passages d'un poème, les arracher de leur contexte, n'est-ce pas une mutilation de l'œuvre citée ? Inversement l'on pourrait se demander, comme le fait M. Vivant, « *en quoi le détail serait-il plus mutilant que la citation littéraire ? Pourquoi seule l'œuvre littéraire pourrait-elle être légitimement "dépecée" ?* », M. VIVANT, « Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur », *JCP*, 1989.I.3372. Cette interrogation est légitime, car chaque citation, y compris littéraire, construit une relation entre deux œuvres, l'œuvre citante représente l'œuvre citée dans un contexte inédit, J. A. GIMENEZ MICO, « L'intertexte précolonial et la transculture postcoloniale », in M.-D. POPELARD, A. WALL, *Citer l'autre*, Presses Sorbonne Nouvelle, 2005, pp. 25-38, spéc. pp. 25-26. Cependant comme le fait remarquer A. Françon, « (...) *on a tout de même le sentiment que la défiguration est plus forte si du portrait d'un peintre on ne reproduit que le nez ou une oreille que si l'on copie seulement quelques vers d'un poème* », A. FRANCON, note sous Cass. 1^{re} civ., 13 avr. 1988, *Bull.* I, n° 96, *RTD Com.*, 1989, pp. 238-204, spéc. p. 239. Pour une analyse contemporaine du caractère « réducteur » et nécessairement attentatoire au droit moral de toute courte citation y compris littéraire v. : P. VIVANT, « Courte citation et parodie : des exceptions au droit moral ? », *RLDI*, n° 13, févr. 2006, pp. 59-61, selon lequel, « (...) *étant donné que la courte citation serait soumise au bon vouloir des auteurs, qu'elle soit considérée comme*

le caractère paradoxal de la notion même de « citation artistique »²⁸² et n'hésitent pas à souligner sa nocivité pour la cohérence du droit d'auteur²⁸³.

96. Le problème n'est pas purement académique. Peu de temps après la consolidation du droit de citation, qui avait décidé d'expulser de son champ toute reproduction intégrale, les juges français ont dû se pencher sur le cas de la publication d'un album, « *L'affaire Dreyfus et l'Image* », qui reproduisait sept dessins de M. Ibels en vue d'une synthèse historique. Le Tribunal civil de la Seine²⁸⁴ a reconnu dans ce procédé un outrepassement du droit de citation, et exposé les raisons pour lesquelles l'exception ne pouvait être appliquée dans le domaine de la propriété artistique.

Partant de la conviction selon laquelle un dessin « (...) constitue une œuvre indivisible, qui conserve son individualité, quoique réunie ou associée avec d'autres œuvres, et qu'il ne peut être publié, sous quelque forme que ce soit, sans être entièrement reproduit et ainsi complètement porté à la connaissance des tiers et mis en possession des acheteurs », le juge affirme que le droit de citation « ne s'applique pas en matière de dessins », ce qui exclut du domaine de la citation licite toute reproduction graphique, qu'elle soit intégrale ou partielle²⁸⁵.

Cette décision, rendue en matière de reproduction des dessins, véhicule un message clair. Bien que la propriété littéraire et la propriété artistique soient régies par le même droit d'auteur, les solutions jurisprudentielles élaborées en matière des écrits ne sauraient être mécaniquement transposées à d'autres domaines d'expression artistique²⁸⁶. Cependant, cette approche limpide, voyant dans la citation artistique un concept contradictoire, n'a pas réussi à s'imposer en tant que ligne jurisprudentielle constante.

une exception sur le plan patrimonial ne permettrait pas une utilisation sereine de celle-ci, car à tout moment l'auteur pourrait invoquer le droit au respect dû à l'œuvre. Ainsi, afin d'éviter que l'exception de courte citation ne soit qu'une coquille vide, il est nécessaire que celle-ci ait une incidence sur le droit moral. Et à partir du moment où l'on parle d'incidence sur le droit au respect dû à l'œuvre, il est nécessaire d'envisager, même si à première vue cela peut paraître choquant, qu'il puisse y avoir là une exception au droit moral », ibid., p. 60.

²⁸² H. DESBOIS, *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée, op. cit.*, pp. 354-355.

²⁸³ Selon P. RECHT, « parmi les travaux de sape qui s'organisent de plusieurs côtés pour amoindrir le droit d'auteur, le moins bruyant, mais non le moins important, est la tentative d'introniser une pseudo-citation en matière artistique », P. RECHT, « La pseudo-citation dans le domaine des arts plastiques et figuratifs », *RIDA*, n° XVII, oct. 1957, pp. 85-119, spéc. p. 85.

²⁸⁴ T. civ. de la Seine, 30 nov. 1900, *Pataille*, 1901, p. 244, note G. MAILLARD.

²⁸⁵ G. MAILLARD, note sous T. civ. de la Seine, 30 nov. 1900, *Pataille*, 1901, p. 244.

²⁸⁶ G. MAILLARD, note sous T. civ. de la Seine, 28 oct. 1903, *Pataille*, 1903, p. 314.

2. La déformation du droit de citation par le juge

97. Les premiers signes de l'ouverture du droit de citation prétorien à des citations artistiques sous la forme de reproductions *in extenso* sont observables dans le jugement du Tribunal civil de la Seine du 28 octobre 1903²⁸⁷. Ainsi il a été jugé, par rapport à des reproductions photographiques d'œuvres d'architecture, que l'architecte ne peut s'opposer à la critique de l'immeuble qu'il a construit sur la voie publique, même celle accompagnée d'une reproduction photographique de la façade de son bâtiment, dès lors que ladite reproduction « *ne dénature pas l'effet artistique de l'œuvre et ne puisse tenir lieu de l'original* ».

Ensuite, cette nouvelle tendance libérale a séduit les juges de la Cour de cassation dans la célèbre affaire *Rodin*²⁸⁸. En l'espèce, la question portait sur la licéité des gravures représentant trois sculptures, *Le Penseur*, *La porte de l'Enfer* et *Saint-Jean-Baptiste* d'Auguste Rodin, incorporées dans le livre *Nouvelle Histoire de France illustrée* de l'historien A. Malet. Il résulte de la lecture des décisions des juges du fond que les gravures litigieuses avaient été insérées dans l'ouvrage de Malet « *pour l'intelligence plus complète du livre et aussi pour en rendre la lecture plus attrayante* »²⁸⁹ grâce à l'exposition, outre des faits historiques, du « *tableau de l'évolution à travers les âges de l'art français* »²⁹⁰.

98. Pour le juge de première instance, de telles reproductions, de taille microscopique, ne pouvant tenir lieu d'original ni dénaturer les effets artistiques de celui-ci, relevaient donc du droit de citation²⁹¹. Ce raisonnement fût approuvé par la Cour d'appel de Paris²⁹² et a échappé à la censure de la part de la Cour de cassation qui, pour rejeter le pourvoi,

²⁸⁷ T. civ. de la Seine, 28 oct. 1903, *Pataille*, 1903, p. 314, note G. MAILLARD.

²⁸⁸ Cass. crim., 19 mars 1926, *D.H.*, 1926, p. 250, *D.P.*, 1927.I. 25, note M. NAST, *Pataille*, 1927, p. 65, note A. VAUNOIS.

²⁸⁹ Paris, 2 déc. 1924, *D.H.*, 1924, p. 724.

²⁹⁰ T. corr. de la Seine, 13 déc. 1923, *D.H.*, 1924, p. 39.

²⁹¹ T. corr. de la Seine, 13 déc. 1923, précité : « *Attendu qu'une reproduction, pour être génératrice du délit de contrefaçon, doit présenter certains caractères ; Qu'elle doit notamment se suffire à elle-même, pouvoir suppléer l'original, pouvoir se vendre individuellement, en un mot avoir une valeur commerciale propre ; Attendu que nous ne retrouvons pas ces caractères dans les reproductions faites par la librairie Hachette dans l'ouvrage de Mallet. Qu'il s'agit là d'un livre d'histoire où l'illustration fait corps avec le texte et n'en est là que le commentaire visuel ; Que cette illustration presque microscopique est insérée dans un texte à la fois pédagogique et historique qui en contient beaucoup d'autres ; qu'elle est inutilisable et sans valeur en dehors de l'ouvrage écrit ; **Que c'est là un droit de citation qui appartient incontestablement à l'historien comme au critique**, sous le contrôle de la justice qui doit veiller à ce que la citation ne dégénère pas en contrefaçon », nous soulignons.*

²⁹² Paris, 2 déc. 1924, *D.H.*, 1924, p. 724, précité. Les juges d'appel ajoutent que « *de tels spécimens, surtout s'agissant d'œuvres de la sculpture, (...), ne peuvent être considérées comme des reproductions au sens propre du mot, que la publication de ces spécimens dans un ouvrage qui constitue, non un album reproduisant les productions soit d'un artiste, soit d'une école ou d'une catégorie d'artistes, mais un livre d'enseignement général de l'histoire de France, a le même caractère que la reproduction de quelques lignes d'un écrivain dont on voudrait faire apprécier la manière ou le style* », nous soulignons.

se retrancha derrière le pouvoir souverain des juges du fond quant à l'appréciation de « *l'existence de circonstances sur lesquelles ils se fondent pour dénier la contrefaçon* ».

L'affaire *Rodin* met en relief, toutes les vertus et tous les vices du droit de citation prétorien, et, indirectement ceux de la logique de désintéret du législateur à l'égard de la question des exceptions aux droits de l'auteur.

Le juge, ayant les pleins pouvoirs pour modeler les contours de l'exception, a décidé de pousser l'application du droit de citation jusque dans le domaine de la propriété artistique. Techniquement, rien ne pouvait lui ôter cette mainmise. Face au silence de la loi, le juge a décidé, bien avant l'arrêt *Rodin*, d'enterrer le mythe de l'absolutisme du droit exclusif de reproduction, et ce malgré la rigidité des termes de la loi, qui n'admettaient aucune exception. L'obstacle psychologique, tenant au caractère *contra legem* de l'atténuation des règles du droit d'auteur, était ainsi surmonté. On pourrait considérer dès lors que la solution *Rodin*, admettant le jeu de l'exception pour citation dans l'hypothèse d'une reproduction intégrale, n'était qu'un pas en avant dans l'évolution naturelle de l'exception visant à instaurer, entre les écrivains et les artistes d'autres domaines, une certaine égalité de traitement²⁹³.

Pourtant, tenant à la sauvegarde des intérêts économiques des artistes, la doctrine a formulé une sérieuse objection à l'encontre de cette approche libérale de la Cour de cassation. Rappelons que l'une des principales conditions de la création de l'exception pour citation était son enfermement dans un cadre qui ne perturberait pas l'exploitation commerciale de l'œuvre citée²⁹⁴. La citation littéraire devait susciter la curiosité et encourager la consultation de l'œuvre à laquelle elle est empruntée. Elle se devait d'être un échantillon plutôt qu'un substitut de celle-ci. Le principe selon lequel seules les reproductions fragmentaires relèvent du droit de citation est au service de cette logique d'absence de concurrence entre l'œuvre citante et l'original²⁹⁵.

Certes, dans l'affaire *Rodin* les juges ont légitimé des reproductions microscopiques et ne présentant aucun intérêt en dehors de l'ouvrage consacré à l'histoire de la France. Toutefois, comme le fait remarquer H. Desbois, la généralisation de la pratique

²⁹³ À cet égard il convient de citer un passage de M. Nast : « *Pourquoi donc, malgré les formules absolues du décret de 1793 et de l'article 425 c. pén., a-t-on admis le droit de citation littéraire ? Est-ce parce qu'il n'y a dans la citation littéraire qu'une reproduction partielle ? Évidemment non, puisque les textes interdisent même l'édition, c'est-à-dire la reproduction "en partie". Mais c'est parce qu'il y a une nécessité sociale, qui impose cette limitation de la propriété littéraire* ». Si une telle nécessité est reconnue dans le domaine littéraire, « (...) alors pourquoi les mêmes limites ne seraient-elles pas apportées à la propriété artistique, sous le prétexte que la citation d'une œuvre d'art ne peut consister qu'en une reproduction totale ? Pourquoi les artistes, seraient-ils mieux traités que les écrivains et les musiciens ? », M. NAST, note sous Cass. crim., 19 mars 1926, *D.P.*, 1927.I.25.

²⁹⁴ *Supra*, n° 88.

²⁹⁵ Dans ce sens, C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., Dalloz, 1999, p. 191.

de reproduction d'images d'œuvres d'art dans la littérature, et toute libéralisation du droit de citation dans ce sens, pourraient sérieusement menacer les intérêts pécuniaires des artistes, à la faveur de l'industrie des albums de luxe reproduisant leurs œuvres et générant des revenus considérables²⁹⁶.

99. De plus, dans l'affaire *Rodin*, le fait que les images « citées » aient été incorporées dans une œuvre consacrée à l'histoire de France, incluant « *les portraits des hommes qui ont joué un rôle important dans notre histoire, des reproductions de batailles ou de principaux épisodes de notre vie nationale* »²⁹⁷, semble rompre le lien intellectuel attachant l'œuvre citante à l'univers de l'œuvre citée, du fait de la différence substantielle de leurs objectifs. Les sculptures originales s'adressaient à la sensibilité artistique du spectateur, tandis que le texte litigieux visait principalement à stimuler la conscience du lecteur dans le domaine de l'histoire populaire et non pas celui de l'art²⁹⁸.

Usant de l'emprunt, les reproductions litigieuses peuvent rendre la lecture du texte plus attractive et, par conséquent, faire augmenter le volume d'édition de l'œuvre citante. Ceci étant, elles ne rendent pas forcément hommage à l'auteur de l'œuvre citée. Éventuellement, on pourrait voir ici une tentative d'instrumentalisation du droit de citation visant à légitimer un acte de parasitisme économique²⁹⁹.

100. Eu égard à ce qui précède, il n'est pas étonnant que l'arrêt *Rodin* ainsi que d'autres décisions suivant la même logique de citation *in extenso*³⁰⁰ aient été qualifiés par la doctrine d'« errements »³⁰¹. Elles démontrent que face à la multiplication des champs

²⁹⁶ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978, p. 316.

²⁹⁷ Paris, 2 déc. 1924, *D.H.*, 1924, p. 724.

²⁹⁸ Selon H. Desbois, « *la citation implique une communauté de nature entre l'œuvre à laquelle elle est empruntée et celle, à l'intérieur de laquelle elle prend place : il n'y a pas de commune mesure entre les Lettres et le Arts (...)* », H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, loc. cit. Un artiste autre qu'un écrivain « *ne se propose ni de convaincre, ni de juger, mais directement et immédiatement, d'émouvoir la sensibilité* ». Vu que la citation doit toujours jouer le rôle de commentaire, selon H. Desbois seule pourrait être admise une reproduction d'une œuvre d'art figurant dans un écrit consacré, par exemple, à la critique ou à l'histoire, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée*, op. cit., p. 354.

²⁹⁹ Pour éviter cet effet, il aurait fallu qu'entre le texte et l'image se forme ce que D. Laforest appelle un « chiasme citationnel », un cas dans lequel « *le texte citerait en ce qu'il appellerait à paraître l'image comme quelque chose d'autre (sémiotiquement autre), sans se différencier pour autant de ce qui est signifié par le discours (...)* ». Inversement, dans cette hypothèse « *(...) l'image citerait le contenu d'un épisode, d'un chapitre, dans la mesure où, différente de l'écrit, elle demeurerait l'œuvre d'une instance altérée, mais aussi dans la mesure où elle ne ferait rien d'autre, semble-t-il, que transposer le sens de ce qui est écrit dans son registre propre - iconique - de signification* », D. LAFOREST, « L'image dans le texte : entre subordination et citation », in M.-D. POPELARD, A. WALL, op. cit., pp. 113-123, spéc. pp. 114-115.

³⁰⁰ Il convient de souligner que l'extension du droit de citation sur le domaine de la propriété artistique va de pair avec un certain assouplissement des conditions de cette exception en matière littéraire. Ainsi, en 1916, la Cour de cassation a jugé que « *(...) la reproduction in extenso d'un article de journal faite sans aucune pensée de lucre, avec indication de l'origine et de la signature de l'auteur, ne peut être considérée comme constitutive d'une faute* », Cass. civ., 27 juin 1916, *D.P.*, 1919.I.25, note C. CLARO.

³⁰¹ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, loc. cit.

d'exploitation des œuvres de l'esprit, la liberté dont jouissait le juge en matière d'exceptions aux droits de l'auteur pouvait donner lieu à des solutions difficilement conciliables avec les objectifs dudit droit.

B. La nouvelle politique annoncée en matière d'exceptions

101. Les errements de la Cour de cassation ayant dénaturé le droit de citation, en admettant son jeu dans le domaine des Beaux-Arts, coïncident avec le débat sur la place et la forme de cette exception dans la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

Lors des travaux préparatoires précédant les révisions de la Convention de 1886 par les actes des conférences de Rome (1928) et de Bruxelles (1948), les délégations françaises ont proposé une réglementation stricte du droit de citation **(1)**. Analysées dans le contexte historique de la veille de l'adoption de la loi du 11 mars 1957, ces propositions constituent une ébauche du nouveau paradigme naissant en France en matière d'exceptions aux droits de l'auteur **(2)**.

1. Vers une réglementation stricte du droit de citation

102. Lors des conférences tenues à Rome et à Bruxelles précédant les révisions de la Convention de Berne, la délégation française s'est battue pour une véritable « police de l'emprunt licite »³⁰² **(a)**, manifestant ainsi sa méfiance à l'égard de la logique du droit de citation prétorien **(b)**.

a. La bataille française pour une « police de l'emprunt licite »

103. À l'époque où la Cour de cassation s'est penchée sur l'affaire *Rodin*, le droit de citation n'était régi par aucune norme d'origine *jus conventionnis*. Certes, la convention de Berne dans sa version révisée à Berlin (1908) mentionnait « *la faculté de faire licitement des emprunts* », toutefois elle laissait aux pays signataires la liberté totale dans la précision

³⁰² Selon l'expression de R. PLAISANT, « Rapport général sur les travaux de la Conférence diplomatique de Bruxelles pour la révision de la Convention de Berne », in *Documents de la conférence réunie à Bruxelles, du 5 au 26 juin 1948*, Bureau de l'Union Internationale pour la Protection des Œuvres Littéraires et Artistiques, 1951, pp. 93-109, spéc. p. 100.

des contours de cette faculté. Ceux-ci étaient libres de régler la question au niveau interne ou bien à travers des arrangements particuliers conclus ou à conclure entre eux³⁰³.

Cette politique de désintérêt, de non-nécessité d'intervention du législateur, en matière des citations licites, a conduit à une divergence des solutions adoptées au fur et à mesure par les pays signataires de la Convention de Berne, difficilement conciliable avec les objectifs de celle-ci. De plus, il a été souligné que la réservation des effets uniquement aux termes des arrangements particuliers entre les parties contractantes en matière d'emprunts, peut conduire à la négation d'un des principes directeurs de la convention - celui de l'assimilation de tous les étrangers ressortissants de l'Union de Berne aux citoyens nationaux. Ainsi, sous l'empire du texte de Berlin, il était possible qu'un État unioniste, ayant conclu avec un autre État unioniste un accord particulier autorisant des citations plus étendues que celles prévues par son droit national, refuse l'application de ces dispositions plus libérales à un ressortissant d'un pays tiers, en invoquant le caractère *inter partes* de la force obligatoire de l'arrangement³⁰⁴.

104. Eu égard à ces problèmes, lors des travaux préparatoires à la révision de la Convention par l'acte de la conférence de Rome, le Bureau de l'Union et l'administration italienne ont entrepris un effort d'harmonisation et de rationalisation du droit de citation en proposant la rédaction suivante de l'art 10 de la Convention :

« Il est permis de faire dans un but de critique, de polémique ou d'enseignement des analyses ou courtes citations textuelles d'œuvres littéraires publiées.

En ce qui concerne la faculté de faire licitement d'autres emprunts à des œuvres littéraires ou artistiques, est réservé l'effet de la législation des pays de l'Union, et, s'il est

³⁰³ A. RAESTAD, *La Convention de Berne révisée à Rome 1928*, Les Éditions Internationales, 1931, p. 185. Dans sa version initiale, la convention de Berne ne prévoyait aucune disposition relative aux exceptions aux droits de l'auteur. Pourtant, le texte de la convention révisée à Berlin (1908) disposait, dans son article 10, qu'« en ce qui concerne la faculté de faire licitement des emprunts à des œuvres littéraires ou artistiques pour des publications destinées à l'enseignement ou ayant un caractère scientifique ou pour des chrestomathies, est réservé l'effet de la législation des Pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux ». À cette époque le droit de reproduction n'était pas énoncé dans la Convention de Berne, celle-ci se bornant à assimiler en cette matière les auteurs unionistes aux auteurs nationaux. Cette règle d'assimilation était prévue dans l'art 4, al. 1 de la Convention, selon lequel « les auteurs ressortissants de l'un des Pays de l'Union jouissent, dans les Pays autres que le Pays d'origine de l'œuvre, pour leurs œuvres, soit non publiées, soit publiées pour la première fois dans un Pays de l'Union, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention ». Par conséquent, la réservation, dans l'article 10, de l'effet du droit national en matière d'emprunts était superflue, car le même effet était déjà assuré par l'article 4. V., sur ce point, *Documents de la conférence réunie à Bruxelles, du 5 au 26 juin 1948*, Bureau de l'Union Internationale pour la Protection des Œuvres Littéraires et Artistiques, 1951, p. 244, ainsi qu'E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3^e éd., Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1908, pp. 864-865.

³⁰⁴ V., sur ce point : *Actes de la Conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928*, Bureau de l'Union Internationale pour la Protection des œuvres Littéraires et Artistiques, 1929, p. 74.

plus favorable à l'auteur, celui des arrangements particuliers conclus ou à conclure entre eux.

Tous les emprunts reconnus licites doivent être conformes au texte original et accompagnés de l'indication exacte de la source (titre de l'œuvre, nom de l'auteur, s'il est connu) »³⁰⁵.

Il s'agissait d'une proposition d'instauration d'un droit minimum de citation, échappant à la discrétion des États unionistes³⁰⁶. Ce minimum conventionnel du droit de citation ne couvrait que les citations littéraires. Leur licéité était déterminée par leur brièveté, par leur finalité particulière ainsi que par le respect du droit moral. L'alinéa 1 de ladite proposition ne contredit point le droit de citation tel que consolidé en France dans la deuxième moitié du XIX^e siècle³⁰⁷. Ceci étant, le caractère ouvert des dispositions de l'alinéa 2 de cette proposition, laissant le soin de détermination de la licéité « d'autres » emprunts faits à des œuvres littéraires et artistiques aux États unionistes, a rencontré l'opposition de la délégation française.

105. Celle-ci se battait, lors de la conférence de Rome, pour des normes *jus conventionnis* précises qui constitueraient « *un texte analytique de la réglementation de l'emprunt licite* »³⁰⁸. La proposition de la délégation française relative au droit de citation prenait la forme d'une norme particulièrement rigide, laissant peu de place à la faculté d'emprunt et peu de liberté à l'interprète de l'exception³⁰⁹. En premier lieu, il était proposé de restreindre le champ du minimum conventionnel du droit de citation à des références aux ouvrages lors de l'analyse de ceux-ci, ou à de courtes citations *textuelles* des productions littéraires, scientifiques ou artistiques³¹⁰. En ce qui concerne la citation artistique, il résultait

³⁰⁵ *Ibid.*, pp. 74-75.

³⁰⁶ Telle semble être l'intention des auteurs du projet, qui estiment que l'alinéa 1 de la proposition fixant le cadre minimal du droit de citation n'empêche pas les États unionistes d'élargir son champ d'application, *Ibid.*, p. 74.

³⁰⁷ Sauf peut-être la formule introductive de l'alinéa premier de l'art 10 dans la version proposée - « *Il est permis de* » qui, aux yeux des membres de la délégation française pourrait s'avérer trop encourageante pour les emprunteurs, *Ibid.*, p. 251.

³⁰⁸ H. WISTRAND, *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses œuvres*, Montchrestien, 1968, p. 154.

³⁰⁹ Les modifications concernant la rédaction de l'art 10 ont été proposées par de nombreuses délégations nationales lors de la conférence de Rome. La proposition française est la plus restrictive parmi elles, A. RAESTAD, *op. cit.*, pp. 186-189.

³¹⁰ Proposition française de l'art 10 al. 1^{er} : « *Dans toute œuvre ayant un caractère de critique, de polémique ou d'enseignement, il est licite d'inclure des analyses ou de courtes citations textuelles de toute production littéraire, scientifique ou artistique, sous la condition toutefois que la production analysée ou citée ait été déjà publiée* », *Actes de la Conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928, op. cit.*, p. 100.

de l'exigence du caractère nécessairement textuel des emprunts autorisés qu'il ne pouvait s'agir que de citations textuelles des œuvres musicales³¹¹.

Ensuite, la délégation française souhaitait fixer des limites quantitatives précises aux emprunts autorisés pour les chrestomathies, les anthologies et les ouvrages d'enseignements³¹². Concernant les emprunts aux œuvres de peinture, sculpture, architecture, gravure, dessin ou des arts appliqués, ceux-ci seraient exclus du domaine du droit de courte citation littéraire, car non susceptibles d'une reproduction textuelle. Toutefois, la délégation française, ayant semble-t-il sur sa table de travail la décision *Rodin*, proposa de les autoriser exclusivement pour les ouvrages ayant pour but un enseignement artistique, mais ce uniquement lorsque l'œuvre artistique aurait « *déjà été reproduite graphiquement du consentement de l'auteur* »³¹³.

106. En outre, en partant de la conviction selon laquelle les emprunts excédant le cadre de courte citation textuelle pouvaient enrichir l'emprunteur, la France a souhaité que « *les lois nationales eussent la faculté ou, mieux encore, l'obligation de subordonner l'exercice du droit d'emprunt au paiement d'une redevance* »³¹⁴.

107. Malgré les efforts considérables de la délégation française, la proposition a été rejetée, face à l'opposition de nombreuses délégations nationales qui recherchaient à cette époque plus d'élasticité au regard du minimum conventionnel du droit de citation³¹⁵. Lors de la révision de la conférence de Bruxelles à 1948, la délégation française a encore une fois proposé une réglementation stricte du droit de citation, allant encore plus loin dans la restriction du minimum conventionnel du droit de citation et de la liberté de son interprète, en soumettant la possible rédaction suivante de l'article 10 :

« Dans tous les Pays de l'Union sont licites les courtes citations d'articles de journaux et recueils périodiques, même sous forme de revues de presse.

Il est réservé aux législations nationales des Pays de l'Union et aux arrangements particuliers conclus et à conclure entre eux d'admettre, dans les ouvrages et publications

³¹¹ *Ibid.*, p. 252.

³¹² Proposition française de l'art 10 al. 2 : « *Pour les chrestomathies, anthologies et tous ouvrages d'enseignement, il est licite de faire des emprunts aux œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques déjà publiées, à condition que la totalité des emprunts faits à une seule œuvre n'excède pas trois pages de l'édition originale de cette œuvre, ou, en tout cas, la moitié au plus de cette œuvre, s'il s'agit d'une œuvre scientifique ou littéraire ; une page ou le quart au plus de l'œuvre, s'il s'agit d'une œuvre musicale ; dans ce dernier cas, l'œuvre ne peut jamais être insérée dans une autre composition musicale. Tous les emprunts reconnus licites doivent être entièrement conformes au texte original et accompagnés de l'indication exacte de la source (...)* », *Ibid.*, p. 100.

³¹³ *Ibid.*, p. 252.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 250.

³¹⁵ V., sur ce point : A. RAESTAD, *op. cit.*, p. 188.

destinés à l'enseignement ou ayant un caractère scientifique ou documentaire, ainsi que les œuvres de critique ou de polémique, de courts extraits d'œuvres littéraires, scientifiques ou musicales.

Pour les anthologies ou chrestomathies, les mêmes législations ou arrangements particuliers pourront autoriser l'insertion de courts extraits d'œuvres littéraires, scientifiques ou musicales.

Les citations et extraits mentionnés aux alinéas précédents seront reproduits textuellement et accompagnés de l'indication de la source (en cas d'emprunt fait à un journal ou recueil périodique : nom du journal ou du recueil, nom de l'auteur de l'article ; dans les autres cas : titre de l'ouvrage, nom de l'auteur et de l'éditeur) »³¹⁶.

Il résulte du texte de ladite proposition de la délégation française que celle-ci souhaitait mettre en place un texte complet et analytique, une sorte de « *police de l'emprunt licite* »³¹⁷ régissant les différentes formes que peut prendre la citation littéraire, et surtout, exclure du champ du minimum conventionnel l'idée de citation artistique au-delà des emprunts faits aux œuvres musicales. Ainsi, toutes les citations auxquelles s'intéresserait la Convention devraient être reproduites textuellement. En outre, elles ne concerneraient que des œuvres littéraires, scientifiques ou musicales, des articles de journaux ou des recueils périodiques. De plus, tous les emprunts prendraient la forme de courtes citations ou bien de courts extraits, ce qui, selon la doctrine majoritaire, exclurait les citations d'œuvres artistiques qui, par nature, ne peuvent être courtes³¹⁸.

108. Le contenu dudit minimum conventionnel, proposé par la délégation française en 1948, supposait donc la licéité nécessaire des courtes citations d'articles de journaux et de recueils périodiques, même sous la forme de revues de presse reproduites textuellement. Quant aux autres emprunts, les auteurs du projet ont voulu laisser la question de leur licéité aux législations nationales, et aux arrangements particuliers conclus ou à conclure entre eux. Toutefois cette liberté serait strictement surveillée. La proposition française restreignait l'éventail des œuvres citantes (ouvrages d'enseignement, scientifiques, documentaires, ouvrages de critique ou de polémique, anthologies, chrestomathies), des œuvres citées (œuvres littéraires, scientifiques ou musicales), la taille des emprunts (courts extraits) et encadrait précisément leur forme (reproduction textuelle et l'indication de la source).

³¹⁶ *Documents de la conférence réunie à Bruxelles, du 5 au 26 juin 1948*, Bureau de l'Union Internationale pour la Protection des Œuvres Littéraires et Artistiques, 1951, p. 248.

³¹⁷ R. PLAISANT, *op. cit.*, p. 100.

³¹⁸ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée*, *op. cit.*, p. 361.

Cette fois-ci, les efforts de la délégation française ont abouti à l'adoption du premier alinéa de sa proposition³¹⁹. Les autres propositions ont, encore une fois, failli devant la méfiance de nombreuses délégations nationales à l'égard de la réglementation *jure conventionnis* du droit de citation. Comme le souligne H. Desbois, à cette époque, on accordait au juge national un très grand crédit de confiance en matière de droit d'emprunt³²⁰.

109. Au demeurant, l'expérience jurisprudentielle française a démontré que la liberté du juge en la matière pouvait avoir des conséquences néfastes. Tout en étant l'autorité la plus humaine et la plus proche de la réalité extranormative que la règle de droit a l'ambition de régir, le juge ne saurait aller à l'encontre des objectifs de la politique législative. La bataille des délégations françaises pour la réglementation stricte du minimum conventionnel relatif au droit de citation était le signe d'une certaine méfiance à l'égard du pouvoir du juge en ce qui concerne la conciliation des droits exclusifs avec les intérêts des utilisateurs. Le degré de cette méfiance pouvait être mesuré à travers une analyse de la place qu'occupent les dispositions limitant les droits d'auteur dans la Convention de Berne.

b. La méfiance à l'égard du droit de citation prétorien

110. Selon une partie de la doctrine, l'article 10 de la Convention de Berne se résume à l'édition d'un seuil minimal et obligatoire³²¹ au-dessous duquel le droit national ne saurait limiter la faculté de faire des emprunts à l'œuvre d'autrui à l'égard des auteurs unionistes³²².

³¹⁹ Article 10 al. 1^{er} de la Convention dans sa version de Bruxelles : « Dans tous les pays de l'Union sont licites les courtes citations d'articles de journaux et recueils périodiques, même sous forme de revues de presse ». Al. 2 : « Est réservé l'effet de la législation des Pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux, en ce qui concerne la faculté de faire licitement, dans la mesure justifiée par le but à atteindre, des emprunts à des œuvres littéraires ou artistiques pour des publications destinées à l'enseignement ou ayant un caractère scientifique ou pour des chrestomathies ». Al. 3 : « Les citations et emprunts seront accompagnés de la mention de la source et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source ».

³²⁰ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée*, op. cit., p. 361. Par exemple, la délégation belge s'est montrée très hostile face à l'expression « courte citation » en estimant que l'appréciation des limites raisonnables de l'emprunt devait relever de l'office du juge statuant au cas par cas. Elle propose plutôt les termes « emprunts » ou « extraits ». V., sur ce point : *Documents de la conférence réunie à Bruxelles, du 5 au 26 juin 1948*, Bureau de l'Union Internationale pour la Protection des Œuvres Littéraires et Artistiques, 1951, pp. 248-249 et S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Kluwer, 1987, pp. 489-490.

³²¹ S. RICKETSON, loc. cit., S. I. STRBA, *International Copyright Law and Access to Education in Developing Countries: Exploring Multilateral Legal and Quasi-Legal Solutions*, Nijhof Publishes, 2012, p. 45.

³²² Selon H. Wistrand, « l'article 10 ne contient qu'une réglementation partielle du droit de citation visant les citations d'articles de presse. Le but en est de déterminer le point minimal au-dessous duquel les lois

111. Dans cette optique, la charte d'emprunt licite proposée par les délégations françaises lors des conférences de Rome et de Bruxelles constituerait un minimum du droit de citation, aux contours bien précis, garanti par la Convention, les États unionistes demeurant libres d'étendre cette exception au-delà du cadre prévu par la Convention. Ainsi, pour en revenir à l'idée de méfiance envers le droit de citation jurisprudentiel, l'objectif du texte analytique de l'article 10, précisant de manière minutieuse le cadre des citations nécessairement licites, aurait été uniquement d'éviter une situation dans laquelle la Convention imposerait une définition de l'exception aux contours trop permissifs. Cette interprétation n'emporte pas notre conviction. Il est possible de démontrer qu'en réalité les propositions françaises visaient à établir non pas un « minimum », mais bien un « maximum » du droit de citation conventionnel.

112. La thèse d'un seuil en dessous duquel tout emprunt serait garanti licite, fixé par l'article 10, est fondée sur l'article 19 de la Convention selon lequel « *Les dispositions de la présente Convention n'empêchent pas de revendiquer l'application de dispositions plus larges qui seraient édictées par la législation d'un pays de l'Union* ». Selon la doctrine majoritaire, le terme « dispositions plus larges » doit être interprété dans le sens *in favorem auctoris*³²³, car l'objectif principal de la Convention de Berne consiste à garantir un minimum de protection aux auteurs.

Dans cette perspective, l'instauration d'un minimum du droit de citation constitue une note discordante dans le postulat de la Convention de Berne³²⁴. Il en est ainsi parce qu'à la différence de la plupart des autres dispositions conventionnelles, l'article 10 constitue une provision autorisant une pratique par nature susceptible de porter atteinte aux intérêts des auteurs. La thèse selon laquelle les États unionistes doivent *au moins* autoriser les citations décrites par l'article 10, tout en pouvant étendre le champ du droit de citation au-

nationales ne peuvent descendre quand il s'agit de limiter le droit de citation. (...) Les États unionistes sont tenus de permettre au moins "les courtes citations d'articles de journaux et de recueils périodiques, même sous forme de revues de presse" », H. WISTRAND, Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses œuvres, Montchrestien, 1968, p. 152. Dans le même sens H. DESBOIS, Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée, Dalloz, 1950, p. 362.

³²³ H. WISTRAND, *loc. cit.*, A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz, 2010, p. 15, T. DREIER, B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 73. Ainsi, l'article 19 de la Convention introduit lors de la révision de Berlin (1908) « (...) signifie que le droit conventionnel ne constitue qu'un minimum de protection et que l'auteur peut toujours réclamer dans les différents pays de l'Union le bénéfice de la loi interne si celle-ci s'avère plus favorable pour lui que la Convention, (...) le droit conventionnel est la base de l'Union, mais si le minimum de protection qu'il prescrit se trouve dépassé par des législations plus avantageuses pour eux, l'auteur ou ses ayants droit peuvent revendiquer le bénéfice de celles-ci », *Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris, 1971)*, OMPI, 1978, p. 119.

³²⁴ S. RICKETSON, J. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, Tome I, Oxford University Press, 2012, p. 331.

delà de ce minimum conventionnel suggère que la Convention de Berne instaure non seulement le minimum de protection des auteurs, mais aussi, dans les cas où elle autorise les pratiques qui leur sont potentiellement préjudiciables, donne aux États signataires la tâche de fixer le maximum de celle-ci.

113. Ainsi, pour défendre la thèse du minimum de droit d'emprunt prévu par la Convention, on devrait partager l'opinion selon laquelle « *le fait qu'une législation nationale prévoit une protection dans un cas où cela a été expressément interdit sera contraire à la Convention* », et « *de même qu'il y a un principe de protection minimale (...) on peut affirmer qu'il y a un principe correspondant de protection maximale implicite dans les rares cas où la Convention limite ou interdit la protection* »³²⁵. À suivre cette logique, une exception, en ce qu'elle désigne le niveau maximum de protection des auteurs, désigne aussi le minimum de la prise en compte de l'intérêt du public³²⁶.

La question de savoir si la Convention de Berne prévoyait également un minimum de protection de la collectivité a provoqué un grand débat doctrinal qui n'est pas clos jusqu'à aujourd'hui³²⁷.

Pour les uns, l'idée de consacrer des dispositions impératives protégeant les utilisateurs méconnaît l'esprit de la Convention de Berne³²⁸. D'autres accueillent favorablement la thèse d'un maximum de protection conventionnelle des droits d'auteur (et donc, inversement, d'un minimum de protection de la collectivité)³²⁹ en invoquant à son appui un certain argument de bon sens. Ainsi, à quoi bon prévoir dans la Convention des dispositions restrictives si les lois nationales demeurent libres à y déroger? L'on pourrait

³²⁵ S. RICKETSON, *op. cit.*, p. 681: « *In the same way that there is a principle of maximum protection that operates under article 19 in favour of Union authors, so (it can be argued) there is a corresponding principle of maximum protection to be implied in those few cases where the Convention limits or excludes protection* ». Certains auteurs suivent cette logique en admettant que le droit de citation, consacré par la Convention de Berne, fixe le seuil de la protection maximale de l'auteur. V., dans ce sens : L. BENTLY, U. SUTHERSANEN, P. TORREMANS, *Global Copyright: Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 237.

³²⁶ S. RICKETSON, *loc. cit.*

³²⁷ Lors de la conférence de Rome, la délégation autrichienne a soulevé la question de savoir « *si la Convention se bornait réellement à fixer seulement le minimum de protection dû aux auteurs ou si dans telles de ses dispositions, - par exemple en matière de citations (...), - elle ne réglait pas aussi d'une manière impérative pour les pays contractants, selon les principes du jus cogens, les droits de la collectivité* ». Cette question, jugée très digne d'attention notamment par la délégation tchécoslovaque n'a toutefois pas été soumise à une analyse approfondie, *Actes de la Conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928*, Bureau de l'Union Internationale pour la Protection des œuvres Littéraires et Artistiques, 1929, p. 273.

³²⁸ A. KEREVER, « La règle du "traitement national" ou le principe de l'assimilation », *RIDA*, n° 158, oct. 1993, pp. 75-131, spéc. p. 103 : « (...) *la notion de protection conventionnelle n'est envisagée que pour les seuls auteurs "unionistes", c'est-à-dire justifiant d'un rattachement territorial avec la Convention. Elle est inconcevable s'agissant d'utilisateurs* ».

³²⁹ V. not. : M. MAHBOOB MURSHED, « Curbing Software Piracy in eCommerce: Compatibility with Human Rights: Challenges and Possible Solutions », in M. SINJELA, *Human Rights and Intellectual Property Rights, Tensions and Convergences*, Nijhoff Publishers, 2007, pp. 1-29, spéc. p. 22.

soutenir que « *tant qu'on est fondé à admettre que, là où la Convention exclut ou restreint la protection, on a voulu qu'il y eût jus cogens, on doit refuser à la législation nationale la faculté de déroger à ce jus cogens* »³³⁰. Une interprétation *a contrario*, admettant une possibilité de restriction du droit de citation au-deçà du seuil fixé par la Convention mettrait tout autant en doute l'efficacité des formules impératives de celle-ci³³¹.

114. Les délégations françaises, en défendant la logique d'une police d'emprunt licite lors des conférences de Rome et de Bruxelles, ont-elles voulu instaurer un minimum extensible de protection du public, au détriment de l'auteur de l'œuvre citée ? On peut évoquer les arguments militant en faveur de la thèse selon laquelle, en proposant une réglementation stricte du droit de citation, on a souhaité fixer le maximum de faculté d'emprunt licite applicable dans les relations régies par la Convention de Berne. Une telle interprétation repose sur une vision particulière de l'exception aux droits de l'auteur.

En effet, lors des travaux préparatoires de Rome, la délégation française a souligné, pour expliquer l'attention qu'elle portait aux détails rédactionnels de sa proposition, que « *l'art 10 comporte une tolérance au détriment des auteurs ; il ne faudrait pas, par une rédaction imprudente, laisser croire que cet article fait partie du droit matériel de la Convention* »³³². A la base, le droit matériel de la Convention fixe le cadre du minimum conventionnel dont l'application peut être réclamée lorsque le droit national offrirait à un auteur ressortissant d'un pays conventionnaire une protection plus faible que celle prévue au sein de l'Union³³³. Si le droit de citation ne fait pas partie du droit matériel de la Convention, il est difficilement concevable qu'il puisse être invoqué, en tant que norme indépendante, à l'appui d'une revendication d'un droit quelconque devant le juge national. La clé de compréhension du mécanisme du droit de citation en tant que règle ne faisant pas partie du droit matériel de la Convention se trouve ici. Les délégations françaises n'ont pas voulu faire du droit d'emprunt un droit subjectif véritable, justifiant une revendication

³³⁰ A. BAUM, « Droit international public, Convention de Berne et lois nationales », troisième article, *Le Droit d'Auteur, Revue du bureau de l'Union Internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 15 oct. 1946, pp. 114-119, spéc. p. 118. L'auteur souligne que pour combattre cette thèse il faudrait expliquer pourquoi la Convention a dans certains cas exclu ou restreint la protection et n'a pas laissé la question entièrement à la liberté des législations nationales, *ibid.*, p. 116.

³³¹ Ainsi, selon A. Baum, « *le fait qu' (e) (...) les personnalités qui ont pris part aux conférences ont jugé bon de dire péremptoirement : "la durée ne pourra excéder", "les articles peuvent être reproduits", "la protection ne s'applique pas aux nouvelles du jour", "la disposition n'est pas applicable", tout cela doit avoir une signification, laquelle ne peut être que celle-ci : les membres des conférences ont voulu, au moyen de la rédaction choisie, exprimer une pensée qui ne l'aurait pas été par une autre formule. Mais cette pensée ne peut être à son tour que celle-ci : au moyen du texte choisi serait et devait être enlevé aux pays unionistes le droit de s'écarter, au profit des ressortissants unionistes, de la réglementation conventionnelle* », *ibid.*, p. 117.

³³² *Actes de la Conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928*, Bureau de l'Union Internationale pour la Protection des œuvres Littéraires et Artistiques, 1929, p. 251.

³³³ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, p. 1437.

quelconque, mais uniquement une norme à contenu négatif, à contours bien précis, abusivement appelée « tolérance »³³⁴, pouvant paralyser une revendication des droits d'auteur.

115. Ainsi, sans dénaturer l'esprit de la convention de Berne par la reconnaissance en son sein de normes protégeant les droits des utilisateurs, l'on pourrait estimer que l'auteur unioniste, dont l'œuvre a été victime d'emprunts qu'il juge excessifs, pourra demander au juge national l'application du droit dès lors que celui-ci prévoit un droit de citation moins étendu que celui de la Convention, et cela au nom du principe de l'article 19 (revendication des dispositions plus favorables à l'auteur). Si jamais le droit national concevait un droit de citation plus étendu que celui de la Convention, le même auteur revendiquant ses droits exclusifs pourrait demander l'écart du droit national au profit du minimum prévu par celle-ci et borné par la « tolérance » de l'article 10³³⁵.

En tout état de cause, à suivre cette interprétation, le texte conventionnel réglementant le droit de citation constitue le seuil maximal de la liberté d'emprunt, au-delà duquel le droit national ne saurait limiter l'application des droits d'auteur dans les relations entrant dans le champ d'application de la convention de Berne. Si l'on adopte cette approche interprétative, la méfiance des délégations françaises à l'égard du droit de citation laxiste atteint son paroxysme. Elle donne lieu à une nouvelle vision de l'exception aux droits de l'auteur, rigide, précise, inscrite dans les textes régissant le droit d'auteur, prévoyant le degré maximal « toléré » d'atteinte aux droits de l'auteur, non assimilable au droit subjectif du public. À la veille de l'adoption de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, ce vent de changement soufflera également sur le droit français.

³³⁴ *Supra*, n° 22 et suiv.

³³⁵ A cet égard une comparaison avec le mécanisme du test en trois étapes, introduit par l'acte de Stockholm (1967) paraît intéressante. Le siège de ce mécanisme se trouve dans l'article 9 de la Convention selon lequel : « (1) *Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente Convention jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit.* (2) *Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* », nous soulignons. L'idée présidant la création de cette disposition était de faire d'elle le minimum de protection offert à l'auteur étranger qui pourrait, en s'en prévalant, demander le respect des conditions découlant de l'art 9. 2, dans le cas où le droit national prévoit des exceptions au droit de reproduction trop libérales, P. T STOLL, J. BAUSCHE, K. AREND, *WTO: Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, BRILL, 2009, p. 234. Le principe de minimum de protection instauré par la Convention de Berne signifie que « *les tribunaux des pays unionistes doivent non seulement appliquer le droit matériel de la Convention lorsque le droit national est moins favorable que le droit conventionnel, mais aussi fonder leur recherche du droit sur les dispositions du droit national lorsque celui-ci est plus favorable que le droit conventionnel* », A. BAUM, « Droit international public, Convention de Berne et lois nationales », deuxième article, *Le Droit d'Auteur, Revue du bureau de l'Union Internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 15 sept. 1946, pp. 101-107, spéc. p. 105.

2. Vers un démembrement du droit de citation

116. Le combat pour une exception précisément définie, au niveau conventionnel, de la citation brève ne pouvait *in fine* aboutir sur la garantie d'un contrôle absolu de la dérogation en droit national. La « rigidification » de l'exception prévue par la *Convention* n'a pu qu'instaurer un minimum de protection au profit des auteurs étrangers. Ainsi, comme le souligne F. Pollaud-Dulian, les règles du minimum conventionnel ne constituent que « (...) *les fondations ou l'ébauche d'un droit d'auteur universel encore que les États signataires ne soient pas obligés d'accorder ces prérogatives à leurs nationaux en l'absence d'élément d'extranéité* »³³⁶. L'alignement des législations nationales sur les règles de la Convention de Berne s'imposant en fait et non en droit³³⁷, la police de l'emprunt licite proposée par les délégations françaises lors des conférences de révision de la Convention de Berne ne pouvait définitivement mettre fin aux errements du juge français en la matière que si elle se transformait en une exception consacrée par le droit interne. Toutefois, dans le contexte historique des années cinquante, la transposition pure et simple de l'exception pour courte citation textuelle proposée à Rome et à Bruxelles ne pouvait, à long terme, restituer l'ordre perturbé par la jurisprudence *Rodin*.

³³⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *loc. cit.* Dans le même sens, A. FRANCON, « Les conventions internationales de droit d'auteur comme facteur d'harmonisation des législations nationales », in *Les activités et les biens de l'entreprise, mélanges offerts à Jean Derruppé*, Litec, 1991, pp. 391-397, spéc. p. 394 : « S'agissant de savoir quelles sont les réactions des législateurs nationaux face aux dispositions des Conventions établissant des minima de protection, il faut d'abord dire qu'un alignement sensible des lois nationales sur les Conventions ne s'impose pas en droit, mais seulement en fait. En effet il importe de rappeler que les Conventions n'ont pas la prétention de régler les rapports nationaux d'un État avec ses propres ressortissants, mais seulement les rapports internationaux des ressortissants des autres pays de l'Union avec cet État. (...) Il est donc tout à fait concevable que, dans un pays lié par une Convention, la loi nationale soit moins favorable aux auteurs que ne l'est la Convention. Dans un cas de ce genre, les auteurs étrangers bénéficiant de la Convention peuvent l'invoquer à leur profit, alors même que les auteurs nationaux resteraient soumis à une loi nationale moins favorable ».

³³⁷ A. FRANCON, *loc. cit.*, 394. Certains auteurs estiment que cette conclusion n'est plus d'actualité aujourd'hui en raison de l'art 9. 1, phrase 1 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) selon lequel, « les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention ». Ces dispositions ont élargi le champ d'application géographique de la Convention de Berne à tous les membres de l'OMC (avec la réserve pour les droits moraux qui ne touchent pas au commerce). V., sur ce point, not. : D. M. VICENTE, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Académie de droit international de La Haye, 2009, p. 118. Effectivement, la formule « les membres se conformeront » suggère que les Membres de l'OMC doivent ajuster leurs législations aux dispositions de la Convention de Berne visées par l'art 9. 1 de l'ADPIC. Lesdites dispositions de l'ADPIC auraient donc arraché certaines provisions de la Convention de Berne de leur contexte qui n'assure que la protection des auteurs étrangers. Toutefois, comme le soulignent certains auteurs, une telle interprétation serait contraire à la lettre de l'art 1. 3 de l'ADPIC selon lequel « les Membres accorderont le traitement prévu dans le présent accord aux ressortissants des autres Membres ». Les dispositions de la convention de Berne reprises par l'ADPIC ne sont donc pas applicables dans les situations purement domestiques. V., dans ce sens : P. T. STOLL, J. BAUSCHE, K. AREND, *op. cit.*, pp. 211-214. La Convention de Berne ne fait pas non plus partie de l'ordre juridique de l'Union européenne, F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p. 1403.

117. Premièrement, à cette époque se sont popularisées certaines formes de citation qui, malgré la reproduction des traits essentiels de l'œuvre citée, voire la reprise *in extenso* de sa forme, ne portaient pas atteinte aux intérêts des titulaires. Deuxièmement, on a remarqué l'existence de citations qui par nature ne pouvaient être « courtes » ni « textuelles » et qui, bien que potentiellement préjudiciables, devaient être autorisées au nom de l'intérêt général.

En premier lieu, il convient d'évoquer les revues de presse qui ont significativement gagné en popularité dans la première moitié du XX^e siècle. Dans la plupart des cas, l'effort rédactionnel de l'auteur de ce type d'ouvrage se résumait à la sélection et au regroupement d'articles parus dans différents journaux et périodiques, ainsi qu'à l'indication de leur provenance sans qu'aucun élément polémique soit apporté³³⁸. Selon la doctrine de cette époque, une revue de presse n'était pas forcément « *une discussion illustrée par des citations* »³³⁹. Elle pouvait être une simple juxtaposition des articles portant sur un même sujet³⁴⁰ et présentant un intérêt pour le lecteur malgré leur détachement du journal qui les a publiés³⁴¹.

118. Cette pratique était décrite comme entrée dans les mœurs, et ne suscitait pas de litiges devant les juridictions³⁴². De par sa nature, elle se rapprochait inévitablement de l'anthologie - œuvre dérivée dont le siège d'originalité se trouve dans l'effort de sélection, et qui nécessite l'autorisation du titulaire³⁴³. Cependant, au XX^e siècle, la doctrine commença à analyser les revues de presse sous l'angle du droit de citation³⁴⁴, notamment en raison du caractère relativement inoffensif de celles-ci.

Soulignons qu'une revue de presse paraît avec un retard par rapport aux articles qui la composent. Cela exclut toute concurrence entre les éditeurs de journaux et ceux des revues de presse³⁴⁵. En ce qui concerne les quotidiens, non seulement les revues de presse ne menacent pas le débit des originaux, mais peuvent contribuer, indirectement, à l'écoulement des invendus³⁴⁶.

³³⁸ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée*, op. cit., p. 352.

³³⁹ R. PLAISANT, *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, J. Delmas et Cie, 1970, p. 28.

³⁴⁰ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, op. cit., pp. 318-319, J. LE CALVEZ, note sous Cass. crim., 30 janv. 1978, *Bull. Crim.*, n° 35, *Gaz. Pal.*, 1978.II.466.

³⁴¹ H. WISTRAND, op. cit., p. 157.

³⁴² *Ibidem*, A. LE TARNEC, *Manuel de la Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 1966, pp. 88-89.

³⁴³ J. LE CALVEZ, *loc. cit.*

³⁴⁴ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée*, op. cit., p. 353.

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ *Ibidem*, du même auteur, obs. sous TGI de la Seine, 17 juin 1964, *RTD Com.*, 1964, pp. 782-786, spéc. p. 785. De plus, la doctrine remarque que les revues de presse ne peuvent nuire qu'aux intérêts des éditeurs des journaux qui se confrontent avec les éditeurs des revues de presse sur un pied d'égalité. Ainsi l'éditeur d'un journal ou périodique « touché » par une revue de presse peut toujours commercialiser la sienne. Dans ce sens, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, p. 319, H. WISTRAND, *loc. cit.*, C. COLOMBET,

119. Dans cette optique, pour en revenir à l'idée de la citation textuelle courte, seule citation couverte par une norme exceptive, l'imposition mécanique de la condition de brièveté à toute citation, sans différenciation des emprunts menaçant les intérêts des créateurs de ceux relativement inoffensifs et entrés dans les mœurs, aurait pu au lieu de mettre fin aux errements jurisprudentiels faire naître un contentieux marqué par la casuistique.

En deuxième lieu, le droit de citation limité par l'exigence de brièveté, et donc soumettant toute reproduction intégrale et toute reproduction de la partie essentielle de l'œuvre citée à l'autorisation du titulaire, semble incompatible avec les citations *jocandi causa* sous forme de parodies, pastiches et caricatures. Intuitivement, ces formes d'expression peuvent être situées en dehors de la sphère des droits exclusifs, car n'étant que des expressions à caractère ludique des idées et non pas des formes des ouvrages parodiés, elles échappent à l'emprise du droit d'auteur³⁴⁷. Néanmoins, dans la plupart des cas, la citation parodique, la caricature et le pastiche se réfèrent, de manière plus ou moins directe, à la forme d'une œuvre déterminée et reprennent de nombreux éléments de sa forme³⁴⁸. Ici encore, l'exception monolithique d'une citation limitée par l'exigence de brièveté risquerait de compromettre une pratique relativement inoffensive, entrée dans les mœurs et attachée par la jurisprudence des années trente au droit de citation³⁴⁹.

120. L'éventuelle réforme du droit de citation devait donc concilier ce qui était *a priori* inconciliable. D'un côté, il fallait que la nouvelle exception soit suffisamment rigide pour mettre fin aux errements jurisprudentiels pouvant dénaturer son concept, et de l'autre côté, elle devrait se montrer suffisamment souple pour ne pas compromettre les pratiques communément admises et bénéfiques pour la société. Une tâche herculéenne qui ne pourrait être accomplie qu'à l'occasion d'un grand travail de redéfinition des objectifs et de la forme du droit d'auteur moderne, en somme par la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, approche de droit comparé, Litec, 1992, p. 64.

³⁴⁷ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 321.

³⁴⁸ *Ibid.*, pp. 322-323.

³⁴⁹ V., sur ce point : T. com. de la Seine, 26 juin 1934, *Le Droit d'Auteur, Revue du bureau de l'Union Internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 15 juill. 1935, p. 81. Dans cette affaire il s'agissait d'une reprise, à titre de parodie dans la chanson *Couchés dans le foin*, d'un des passages de l'opéra *Carmen* de Bizet (le fameux air de « Toréador »). Selon le Tribunal, cette reproduction « (...) tend à obtenir un effet comique et parodique entièrement différent de l'effet produit sur le public par l'exécution des couplets de *Carmen* et se réduit ainsi à une simple citation ; (...) bien loin d'exercer la moindre concurrence soit artistique, et alors préjudiciable à la réputation du compositeur Bizet, soit commerciale, et alors dommageable aux intérêts de son éditeur, les auteurs et compositeurs de *Couchés dans le foin*... ne pouvaient rechercher cet effet parodique qu'auprès de personnes connaissant les couples de *Carmen*, seuls les initiés pouvant goûter la citation (...) ».

Conclusions du Chapitre 1

121. Face au désintérêt du législateur à l'égard des exceptions aux droits de l'auteur sur la propriété littéraire et artistique pendant l'empire des lois révolutionnaires, la tâche d'adaptation du droit d'auteur à la réalité extranormative appartenait au juge. Vu l'état de la technique du XIX^e siècle, il n'est pas étonnant qu'à cette époque le débat se soit principalement cristallisé autour de la licéité des reproductions privées, faites à la main ou par le moyen de l'autographie, ainsi qu'autour des emprunts littéraires. Le juge du droit d'auteur a décidé de les libérer de l'autorisation du titulaire, en comblant ainsi le vide créé par le silence de la loi.

Cette opération consistait tantôt à aménager *prataer legem* les contours du droit de reproduction, en «découvrant» ses limites naturelles implicites, tantôt à paralyser *contra legem* les règles régissant ce droit. À chaque fois, les constructions juridiques ainsi élaborées se sont avérées dépourvues de bases conceptuelles stables, et ont pris la forme de doctrines malléables au gré des besoins, par ailleurs souvent dénaturées quand elles étaient appliquées dans le nouveau contexte socioéconomique de la première moitié du XX^e siècle.

Dans ce contexte, a émergé en France un courant de pensée militant pour la sortie de cette phase de prescience des exceptions aux droits de l'auteur. Dans les années vingt est née l'idée d'une exception rigide, analytique et surtout inscrite dans les textes pour réduire au minimum la liberté de son interprète.

Chapitre 2. L'absorption des exceptions par les lois sur le droit d'auteur

122. Les longues années de règne des lois révolutionnaires ont fait émerger une véritable prescience des exceptions aux droits de l'auteur. Malgré le laconisme des textes, le juge du droit d'auteur n'a pas négligé la problématique de conciliation des droits exclusifs avec les intérêts du public. Il a réussi à créer les premières exceptions aux droits de l'auteur. Celles-ci se sont pourtant avérées parfois trop floues pour être opérationnelles, et parfois trop malléables pour résister au risque d'être dénaturées. Prenant conscience de ces problèmes, ainsi que de nombreuses autres failles du système du droit d'auteur bâti sur des lois révolutionnaires inadaptées, le législateur a décidé d'agir.

Dans un contexte où, selon la pensée juridique française, « *une certaine lassitude du droit jurisprudentiel se (faisait) jour, en même temps qu'un regain d'intérêt pour la législation et, partant, pour l'art législatif* »³⁵⁰, le législateur a entrepris une œuvre qui lui a permis de changer diamétralement la forme du droit d'auteur et de ses exceptions (**Section 1**). De cette œuvre législative remarquable, nous pouvons déduire des éléments de l'aspect matériel du paradigme qui a permis aux exceptions françaises d'affirmer leur spécificité, et qui a ensuite défini la tradition française du droit d'auteur (**Section 2**).

Section 1. L'aspect formel du paradigme

123. La forme des exceptions aux droits de l'auteur issues de la loi du 11 mars 1957 découle directement d'une certaine vision du droit d'auteur consacrée par le législateur, ainsi que de la nouvelle politique législative qu'il a décidé de suivre. Il en résulte que l'analyse de la place qu'occupe la loi du 11 mars 1957 dans le discours sur le droit d'auteur (**I**) doit précéder l'analyse de son apport concret en matière d'exceptions (**II**).

I. La place de la loi du 11 mars 1957 dans le discours sur le droit d'auteur

124. La loi du 11 mars 1957 marque une rupture brutale avec le système bâti autour des lois révolutionnaires sur le droit d'auteur. L'analyse du contexte de son adoption révèle l'obsolescence quasi unanimement admise de l'ancien système (**A**), phénomène qui trouve son reflet dans le caractère réformateur des solutions nouvelles (**B**).

³⁵⁰ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, pp. 231-232.

A. Une nouvelle loi (presque) entièrement saluée

125. Le romantisme de la Grande Révolution et son esprit réformateur ont permis de mettre fin à la précarité dans laquelle se trouvaient les auteurs, tantôt dépendants de la générosité des mécènes, tantôt subordonnés aux privilèges octroyés par le Roi³⁵¹. Les lois révolutionnaires sur le droit d'auteur, nobles dans leur laconisme, se sont bornées à consacrer « *de simples éléments de la justice la plus commune* »³⁵², laissant au juge le soin de les confronter à la réalité mouvante.

126. Cette technique privilégiant la concision et la capacité d'abstraction³⁵³ contrastait avec le « légisme » de la pensée juridique française de l'époque moderne. En permettant l'action novatrice de la jurisprudence³⁵⁴, elle séduisait ceux pour lesquels le juge n'était pas qu'un simple exécutant de la loi, mais au contraire, l'autorité humaine par excellence, un acteur de coopération avec le législateur dans la création de la norme, qui conciliait dès lors les principes généraux posés par la législation avec les « *impérieuses données qui tiennent à la nature humaine* »³⁵⁵.

Cela étant, les longues années de règne de ces lois, complétées par une quarantaine de lois et de décrets, spéciaux et fragmentaires³⁵⁶, ainsi que par de nombreuses décisions judiciaires souvent chaotiques, ont démontré l'insuffisance d'un système de droit d'auteur essentiellement jurisprudentiel. Celui-ci ne pouvait plus faire face au développement rapide

³⁵¹ J. PERIDIER, « Rapport fait au nom de la commission de la justice et de législation civile, criminelle et commerciale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale sur la propriété littéraire et artistique », annexe n° 11 au procès-verbal de la Séance du 4 oct. 1956, *JORF, Documents parlementaires*, Conseil de la République, session ordinaire de 1956-1957, pp. 19-27, spéc. p. 19. Dans le même sens, F. POLLAUD-DULIAN, « Le droit moral en France à travers la jurisprudence récente », *RIDA*, n° 145, juill. 1990, pp. 127-314, spéc. p. 129 : « (...) les premières lois françaises sur le droit d'auteur (...) furent rédigées en réaction contre le système des "privilèges" de l'Ancien-Régime, système dans lequel seuls les exploitants (les librairies-éditeurs et les directeurs de théâtre) pouvaient obtenir une protection juridique ».

³⁵² J. PERIDIER, *loc. cit.* Pour A. Bensamoun, les lois révolutionnaires « *offrent des solutions ciblées et ne règlent en aucun cas le sort du droit d'auteur dans son ensemble* », A. BENSAMOUN, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 60.

³⁵³ P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, A. BENFEDDA, *Droit de la Propriété intellectuelle*, 3^e éd., Lextenso, 2012, p. 41.

³⁵⁴ H. DESBOIS, *Cours de propriété littéraire artistique et industrielle*, Les cours de droit, 1969-1970, p. 33.

³⁵⁵ P. MARCILHACY, lors de la séance du 31 oct. 1956 du Conseil de la République, *JORF, Débats parlementaires*, 1^{er} nov. 1956, p. 2148.

³⁵⁶ V. not. : le décret du 5 févr. 1810 concernant les droits sur ouvrages posthumes et inédits d'auteurs morts, la loi des 14-19 juill. 1866 augmentant la durée des droits patrimoniaux des héritiers et ayant cause des auteurs, la loi du 11 mars 1902 étendant l'application de la loi des 19-24 juill. 1793 aux œuvres de sculpture, la loi du 9 août 1910 conservant à l'auteur son droit de reproduction en cas d'aliénation d'un objet d'art, la loi du 20 mai 1920 suivie du décret du 17 déc. 1920 frappant d'une redevance au profit des auteurs les ventes publiques d'objets d'art et la loi du 19 mai 1925 consacrant une valeur seulement probatoire du dépôt légal.

de la technique et à l'industrialisation de l'acte créatif, notamment à travers les bobines de cinéma, les disques de musique, la radiodiffusion ou la télévision³⁵⁷.

127. Au moment où le droit d'auteur français, qui pendant très longtemps constitua dans le monde entier l'archétype du système de protection des auteurs, se mit à subir ce que certains ont appelé « *des assauts de jeunes impatiences* »³⁵⁸, on commença à souligner la nécessité d'une grande « codification »³⁵⁹. Celle-ci devait marquer le passage d'un droit d'auteur « coutumier », fondé sur les interprétations des principes généraux annoncées par les lois de 1791 et 1793, vers un système de protection moderne, fondé sur une loi détaillée³⁶⁰, dessinant de manière complète la frontière entre les droits d'auteur et les prérogatives du public³⁶¹.

³⁵⁷ G. BONNEFOY, *La nouvelle législation sur la propriété littéraire et artistique, Commentaire article par article de la loi 57-927 du 11 mars 1957*, Montchrestien, 1959, p. 1. La raison d'être de la nouvelle loi a été bien exposée, juste après son adoption, par R. Savatier : « *Il vient une heure où un droit encore jeune se rend adulte. Des textes appropriés doivent alors consacrer son importance et éclairer sa croissante complexité. Or, en France, l'indigence de textes était manifeste (...). À peine traçaient-ils le canevas sur lequel avait bordé une jurisprudence protectrice des œuvres de l'esprit. De cette jurisprudence vivante se dégageait une remarquable esquisse juridique. Mais conçu avant le développement des techniques d'expression, de reproduction et de diffusion véritablement modernes, l'instrument restait inadapté à la complexité des problèmes posés par elles. Il répondait difficilement à l'amplitude de la résonance de l'œuvre initiale, adaptée et transmise par la puissance et la vérité des procédés contemporains* », R. SAVATIER, « Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », *JCP*, 1957.I.1398.

³⁵⁸ M. BOUTET, « Considérations générales », *RIDA*, n° spécial XIX, avr. 1958, pp. 13-21, spéc. p. 15.

³⁵⁹ Selon l'expression de M. Isorni utilisée dans son Rapport fait au nom de la Commission de la Justice et de Législation sur le projet de loi n° 8612 sur la propriété littéraire et artistique, annexe au procès-verbal de la séance du 6 mai 1955, n° 10681, *JORF, Documents parlementaires*, Assemblée Nationale, session de 1955, pp. 835-841, spéc. p. 835.

³⁶⁰ Les premières tentatives de codification du droit d'auteur en France remontent à la première moitié du XIX^e siècle. Elles n'ont abouti qu'à l'adoption de la loi du 14 juill. 1866 étendant la durée de la protection à 50 ans après la mort de l'auteur. Ce sont les années vingt et trente qui ont donné naissance à des projets plus importants, tels que le projet Herriot du 24 juin 1927 sur le domaine public payant, le projet de loi sur le contrat d'édition déposé le 8 déc. 1932 par M. de Monzie ou bien le projet J. Zay du 13 août 1936. V., sur l'évolution historique des travaux législatifs précédant l'adoption de la loi du 11 mars 1957 : J. VILBOIS, « Historique », *RIDA*, n° spécial XIX, avr. 1958, pp. 29-71.

³⁶¹ V. : L'exposé des motifs du projet de loi sur la propriété littéraire et artistique, annexe au procès-verbal de la séance du 9 juin 1954, n° 8612, *JORF, Documents parlementaires*, Assemblée Nationale, session de 1954, pp. 985-987, spéc. p. 987 : « *Les lois de 1791 et 1793 sont aujourd'hui bien dépassées; si remarquable qu'ait été, au cours du dernier siècle, l'effort de la jurisprudence, une loi offre des garanties plus sérieuses; (...) la France n'est pas un pays de droit coutumier et il serait absurde de fonder la défense des intérêts des auteurs uniquement sur l'interprétation par les tribunaux, de textes extrêmement anciens et qui se bornent à affirmer quelques principes généraux* ». Dans le même sens, F. HEPP, « Extrait des observations de F. Hepp, sur l'avant-projet de loi concernant la Propriété Artistique et Littéraire », in *Travaux de la commission de la propriété intellectuelle (Décrets du 28 Août 1944 et du 5 Mai 1945), Texte proposé par la Commission en vue d'une ordonnance sur la propriété littéraire et artistique*, Office Professionnel des Industries et Métiers d'Art et de Création, Office professionnel des Industries Arts et Commerces du Livre, 1944-1945, pp. 34-36.

Ceci étant, à cette époque, la conviction que le maintien du *statu quo* était inapproprié ne faisait pas l'unanimité. La question de la nécessité d'une loi nouvelle a fait couler beaucoup d'encre dans les années cinquante³⁶².

Ainsi, à côté du courant moderniste majoritaire souhaitant voir le droit d'auteur français régi par une loi « *digne de son traditionnel prestige* »³⁶³, loi qui remettrait de l'ordre dans un domaine jusqu'ici « *soumis au hasard de la coutume et de l'occasion* »³⁶⁴, il s'est dégagé chez certains commentateurs un esprit conservateur selon lequel la législation révolutionnaire sur le droit d'auteur surmontait encore l'épreuve du temps. Pour eux, cette dernière était un joyau de la technique législative reine, à savoir de celle qui se borne à fixer des principes généraux et laisse au juge le soin « *de les adapter dans leurs esprits aux réalités nouvelles et à la variété des cas d'espèce* »³⁶⁵. Ainsi, la question de l'utilité même de légiférer dans un domaine justement évolutif et hétéroclite a agité la phase des travaux préparatoires à la loi de 1957.

Pour les uns, la nécessité de codification s'expliquait par la conviction que « *la jurisprudence qui a, depuis cent soixante ans, fourni un effort remarquable, ne saurait se substituer à tout ce qui représente de stable et de définitif une loi votée par le Parlement ; (...)* »³⁶⁶. Pour d'autres, l'adoption d'une loi détaillée sur le droit d'auteur apparaissait comme une erreur juridique regrettable, qui en prévoyant chacune des difficultés qui pourraient se présenter dévaloriserait l'autorité de la justice³⁶⁷. Par ailleurs, cette loi risquerait très

³⁶² J. MATHYSSENS, « De la Déclaration Universelle à la conception française du droit d'auteur », in INPI, *Droits d'auteur et droits de l'homme*, Actes du colloque international des 16 et 17 juin 1989, INPI, 1989, pp. 63-66, spéc. p. 63.

³⁶³ A. TOURNIER, « Le bilan de la loi », *RIDA*, n° spécial XIX, avr. 1958, pp. 73-119, spéc. p. 73.

³⁶⁴ M. LAMOUSSE, lors de la discussion du projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale sur la propriété littéraire et artistique au Conseil de la République, séance du 30 oct. 1956, *JORF, Débats parlementaires*, Conseil de la République, 31 oct. 1956, p. 2125.

³⁶⁵ A. TOURNIER, *loc. cit.*

³⁶⁶ J. BORDENEUVE, lors de la discussion du projet de loi sur la propriété littéraire et artistique à l'Assemblée nationale, séance du 20 avr. 1956, *JORF, Débats parlementaires*, Assemblée Nationale, 21 avr. 1956, p. 1426.

³⁶⁷ P. MARCILHACY, *loc. cit.* Le même député défendait, de manière acharnée, le rôle du juge dans la détermination du contenu du droit d'auteur. Lors des travaux préparatoires de la loi de 1957, il a proposé un contre projet de loi sur la propriété littéraire et artistique, composé de quatre articles seulement : « Art 1^{er} - Sont dites œuvres de l'esprit toutes créations, adaptations, reproductions ou exécutions qui sont marquées par la personnalité spirituelle de leur auteur et sont fixées ou utilisées par un moyen quelconque d'écriture, d'enregistrement ou de diffusion. Article 2. - Les œuvres de l'esprit comportent au profit de leur auteur des droits patrimoniaux matériels et incorporels et des droits moraux incorporels. Les droits patrimoniaux peuvent être transmis sans conditions spéciales, à cause de mort, ou cédés entre vifs dans les termes et conditions du droit commun mais seulement par acte écrit. Ledit acte devra être visé par les représentants des associations professionnelles des parties en cause pour être opposable aux tiers. Les droits moraux sont transmissibles à cause de mort aux héritiers de l'auteur à moins que celui-ci n'en ait décidé autrement. Article 3. - Les droits patrimoniaux durent, sauf clause contraire résultant d'un contrat établi conformément aux prescriptions de l'article 2, pendant toute la vie de l'auteur et durant les cinquante années qui suivent sa mort, se perpétuent à ses héritiers. Les droits moraux sont perpétuels, inaliénables

rapidement d'être dépassée par une réalité mouvante, et ferait par conséquent apparaître des conflits insolubles³⁶⁸.

Vu l'attention qu'ont accordée les travaux préparatoires précédant l'adoption de la loi du 11 mars 1957 à la question de la nécessité d'une nouvelle législation sur le droit d'auteur, il était évident que celle-ci marquerait une prise de position du législateur dans le débat sur l'office du juge dans la création et l'évolution des règles du droit d'auteur.

B. Du rejet de l'idée de « codification » à droit constant

128. Entre 1791 et 1957, la jurisprudence a profondément transformé le droit d'auteur³⁶⁹. Sous le règne des lois révolutionnaires sur la propriété littéraire et artistique, le juge français a entrepris l'effort considérable de les adapter à la réalité.

Parmi les nombreuses solutions jurisprudentielles suppléant de leur mieux le laconisme de la loi écrite, on évoquera par exemple l'élargissement du champ d'application du droit de représentation initialement attaché aux spectacles théâtraux³⁷⁰, d'après la lettre de l'article 3 du décret des 13-19 janvier 1791, à toutes les représentations s'effectuant « sur une place publique »³⁷¹. Cela signifie le passage d'une vision analytique et descriptive du droit de représentation vers un modèle universel, couvrant toutes les représentations

et imprescriptibles. Article 4. - *Sauf contrat établi dans les formes prévues à l'article 2, les auteurs ou coauteurs pourront faire la preuve de leurs droits par tous moyens et dans les termes du droit commun* », discussion du projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale sur la propriété littéraire et artistique au Conseil de la République, séance du 31 oct. 1956, *JORF, Débats parlementaires*, Conseil de la République, 1^{er} nov. 1956, p. 2148.

³⁶⁸ J. DEBU-BRIDEL, lors de la discussion du projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale sur la propriété littéraire et artistique au Conseil de la République, séance du 30 oct. 1956, *JORF, Débats parlementaires*, Conseil de la République, 31 oct. 1956, p. 2126.

³⁶⁹ P.-Y. GAUTIER, « Problématique générale : la diversité des sources du droit d'auteur », in *Regards sur les sources du droit d'auteur*, Congrès ALAI, 18-21 sept. 2005, Paris, ALAI, 2007, pp. 67-78, spéc. p. 72.

³⁷⁰ L'art 3 du décret des 13-19 janv. 1791 : « *Les ouvrages des auteurs vivants ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute l'étendue de la France, sans le consentement formel et par écrit des auteurs sous peine de confiscation du produit total des représentations au profit des auteurs* ».

³⁷¹ V. : T. de Paix de Paris, 11 janv. 1889, S., 1889.II.72 : « (...) les expressions de "théâtre public" employées par la loi des 13-19 janv. 1791, doivent être interprétées dans un sens large, et doivent s'entendre de tout lieu public en général, le but du législateur ayant été avant tout de soustraire l'audition des œuvres des auteurs à une publicité, et surtout à des conditions particulières de publicité et d'exécution auxquelles ceux-ci pouvaient avoir des raisons sérieuses de ne point souscrire, comme pouvant compromettre dans une certaine mesure la réputation et le succès de leurs ouvrages et même leur considération personnelle ». Dans le même sens not. : Cass. crim., 19 mai 1859, S., 1860.I.88, Cass. crim., 22 janv. 1869, S., 1870.I.45, Lyon, 4 janv. 1884, S., 1885.II.103. Spécialement, le droit exclusif de représentation entre en jeu dans les cas des cafés faisant jouer des concerts, Cass. crim., 22 janv. 1869 précité, Cass. crim., 4 févr. 1881, S., 1882.II.92, des artistes donnant des concerts dans le salon d'un établissement thermal, Riom, 23 févr. 1859, *Pataille*, 1860, p. 23, Lyon, 28 juill. 1858, *Pataille*, 1860, p. 27 ou bien dans un jardin public, Paris, 12 janv. 1877, *Pataille*, 1877, p. 144.

publiques, souvent effectuées à l'aide de procédés techniques inconnus aux rédacteurs du texte de 1791³⁷².

129. Dans le domaine du droit de reproduction, conçu par les rédacteurs de la loi des 19-24 juillet 1793 comme un attribut attaché aux œuvres écrites et aux créations des arts figuratifs³⁷³, les efforts de la jurisprudence ont conduit à l'élargissement de l'éventail des œuvres protégées³⁷⁴. La jurisprudence a également étendu le contenu du droit de reproduction, initialement limité à la vente, la distribution et la cession de la propriété d'une œuvre, en lui rattachant un «*cortège des prérogatives, qui en dérivent comme les corollaires d'un principe*»³⁷⁵, tels que le droit de traduction³⁷⁶ ou le droit d'adaptation³⁷⁷. À cette extension des prérogatives prévues par les lois révolutionnaires, s'ajoute la création *ex nihilo* du droit moral³⁷⁸.

130. Vu la richesse de l'œuvre jurisprudentielle, dont les exemples décrits plus haut ne sont qu'un fragment, il n'est pas étonnant que les travaux préparatoires de la loi du 11 mars 1957 contiennent de nombreux éloges formulés à son égard. L'admiration pour le travail du juge du droit d'auteur atteint son apogée dans la thèse selon laquelle la nouvelle loi sur le droit d'auteur, loin d'avoir vocation à établir un droit positif nouveau, ne serait qu'une sorte

³⁷² Selon A. Bensamoun, la ponctualité et l'«ascétisme» des lois révolutionnaires s'explique par l'intention de leurs rédacteurs de faire face aux besoins précis dictés par l'état de la technique. En effet, les premières formes sous lesquelles les œuvres étaient exploitées étaient la représentation théâtrale et la reproduction par imprimerie, A. BENSAMOUN, *op. cit.*, pp. 60-61 et p. 80.

³⁷³ Article premier du décret - loi des 19-24 juill. 1793 relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs : «*Les auteurs d'écrits en tous genres, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs, qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront leur vie entière, du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou en partie*».

³⁷⁴ V. not., pour les premières décisions admettant la protection des photographies : Cass. crim., 15 janv. 1864, *Pataille*, 1864, p. 125 : «*Les productions photographiques et spécialement les portraits obtenus à l'aide de la chambre noire et reproduits par la photographie peuvent être considérés comme constituant une propriété artistique rentrant sous la protection de la loi du 19 juill. 1793*». Dans le même sens, Paris, 12 juin 1863, *Pataille*, 1863, p. 226.

³⁷⁵ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée*, Dalloz, 1950, p. 337.

³⁷⁶ Renouard qualifie de «lacune véritable» le silence de la loi française quant à la question de savoir si une traduction d'un ouvrage sans consentement de son auteur constitue un acte de contrefaçon. Cela étant, tenant compte de l'absence de tout texte prohibitif et de la différence de la forme linguistique entre l'original et la traduction, il propose le maintien des traductions en dehors de la sphère des droits exclusifs, A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature les sciences et les Beaux-arts*, Tome II, Jules Renouard et Cie libraires, 1839, pp. 38-41. La jurisprudence a pourtant décidé de faire du droit de traduction un corollaire du droit de reproduction. V. : Cass. req., 12 janv. 1853, S., 1853.I.81, note G. MASSE. Plusieurs décennies plus tard, E. Pouillet est entré en polémique avec les arguments présentés par Renouard et a estimé que le silence de la loi ne prouve absolument rien. Il ajoute que la contrefaçon englobe toute usurpation de la propriété d'autrui et tout fait de tourner à son profit une œuvre d'autrui - soit les caractéristiques que présente une traduction faite sans consentement de l'auteur, E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3^e éd., Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1908, pp. 562-563.

³⁷⁷ Cass. req., 27 févr. 1918, *Pataille*, 1919, p. 53.

³⁷⁸ *Supra*, n° 85 et suiv.

de codification à droit constant, une reprise de l'héritage d'un siècle et demi de jurisprudence³⁷⁹.

À cet égard, A. Bensamoun souligne que sous le règne des lois révolutionnaires, marqué par l'émancipation du juge qui n'hésitait pas à remplir le devoir de façonnement du droit d'auteur, le législateur par son inertie invitait exactement le magistrat à poursuivre dans cette voie³⁸⁰. Vues ainsi, on pourrait déduire que les relations entre le juge et le législateur sous l'empire des lois révolutionnaires étaient harmonieuses, malgré qu'elles ne prenaient pas la forme d'un dialogue véritable, ces deux-là n'étant pas locuteurs à cette époque³⁸¹. À suivre cette logique, la nouvelle loi sur le droit d'auteur ne marquerait qu'un passage, pacifique, de la logique du droit jurisprudentiel vers le modèle du droit écrit.

Aussi séduisante qu'elle puisse paraître, cette vision des relations juge-législateur communément admise par la doctrine, qui souligne, et cela a son importance, le caractère éphémère des textes complétant les lois révolutionnaires,³⁸² n'emporte pas la conviction. En réalité, à plusieurs reprises, le législateur français est intervenu pour combattre les solutions jurisprudentielles allant à l'encontre des impératifs de sa politique législative, ou au moins les encadrer, car les jugeant trop chaotiques.

131. Pour ne prendre que quelques exemples de ces interventions, il convient d'évoquer la loi du 16 mai 1866 niant expressément le caractère contrefacteur de « *la fabrication et (de) la vente des instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique* »³⁸³, alors que la jurisprudence française considérait les reproductions des œuvres musicales à l'aide de cylindres pointés comme rattachées au monopole de la reproduction³⁸⁴. Compte tenu du fait que cette solution jurisprudentielle pouvait entraver les relations

³⁷⁹ J. PERIDIER, rapporteur de la commission de la justice et de législation civile, criminelle et commerciale, lors de la séance du 31 oct. 1956 du Conseil de la République, *JORF, Débats parlementaires*, 1^{er} nov. 1956, p. 2149.

³⁸⁰ A. BENSAMOUN, *op. cit.*, p. 79.

³⁸¹ *Ibidem*.

³⁸² Selon G. Gavin, « (...) mise à part la multitude de projets législatifs qui n'ont jamais abouti, il y a, somme toute, fort peu de choses avant la loi du 11 mars 1957 », G. GAVIN, *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation françaises*, Dalloz, 1960, p. 15. Cette opinion a également été partagée par C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, p. 62, note 202.

³⁸³ Article unique de la loi du 16 mai 1866 relative aux instruments de musique mécanique, S., 1866, *Lois annotées*, p. 21 : « *La fabrication et la vente des instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique qui sont du domaine privé ne constitue pas le fait de contrefaçon musicale prévu et puni par la loi du 19 juillet 1793, combinée avec les articles 425 et suivants du Code pénal* ».

³⁸⁴ V. : Cass. crim., 13 févr. 1863, *Pataille*, 1863, p. 49, S., 1863.I.161 : « *La propriété musicale comprend le droit de reproduire l'œuvre de l'auteur, non seulement par l'impression et la gravure, mais encore par tout mode et procédé susceptible de la porter à la connaissance du public (...) Spécialement, la reproduction des airs, au moyen du pointage ou du piquage, par les boîtes à musique constitue la contrefaçon des œuvres musicales auxquelles ces airs sont empruntés* ». Dans le même sens, Paris, 16 déc. 1859, *Pataille*, 1860, p. 230, Paris, 28 nov. 1861, *Pataille*, 1861, p. 422.

commerciales avec les pays où l'industrie des « boîtes à musique » était en plein essor³⁸⁵, le législateur a décidé de consacrer une mesure de dérogation, assimilée par certains commentateurs de l'époque à une « *attente légère, mais fâcheuse* » à la propriété artistique³⁸⁶, et qui apparaît aujourd'hui comme une ébauche de la première exception, plutôt oubliée, au droit de reproduction prévue par le législateur français.

132. On ne peut non plus oublier les motifs de l'adoption de la loi du 11 mars 1902³⁸⁷, consacrant le principe de l'unité de l'art défendu par Pouillet³⁸⁸. Le problème que ce texte a voulu résoudre était né de la coexistence de la loi des 19-24 juillet 1793 avec celle du 18 mars 1806³⁸⁹. Cette dernière prévoyait que la protection des « dessins » devait être soumise à une obligation de dépôt³⁹⁰. Le juge a par conséquent été confronté à la délicate tâche consistant à définir quelle était la nature d'un dessin, et donc s'il relevait de la protection des créations artistiques ou bien de la protection des créations industrielles, chacune régie par une loi différente³⁹¹. Le premier système conférait une protection du seul fait de la création, le second instaurait une obligation de dépôt. Cette dualité des régimes a donné naissance à une jurisprudence chaotique³⁹². Cela n'était guère étonnant pour la doctrine, qui considérait que le facteur décidant de la protection de la création par l'un ou par l'autre des textes n'était finalement que la sensibilité artistique du juge, et ne se résumait qu'à une « *pure question d'esthétique* »³⁹³.

³⁸⁵ Notamment avec la Suisse. V., sur ce point : la note anonyme sous Paris 1^{er} févr. 1905, S., 1907.II.113 et H. DESBOIS, *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée*, op. cit., p. 311, note 1.

³⁸⁶ Opinion du sénateur Mérimée, exposée dans *Alamanch illustré chronologique, historique, critique et anecdotique de la musique*, 1^{re} année, 1866, A. Ikelmer et Cie, 1866, pp. 107-108.

³⁸⁷ Loi du 11 mars 1902 étendant aux œuvres de sculpture l'application de la loi des 19-24 juill. 1793 sur la propriété artistique et littéraire, *JORF*, 14 mars 1902, p. 1902.

³⁸⁸ V. not. : E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, Marchal et Billard, 1911, pp. 49-54.

³⁸⁹ Loi du 18 mars 1806 portant établissement d'un Conseil de Prud'hommes à Lyon, *Bulletin des lois de l'Empire Français*, Tome IV, 4^e série, p. 352.

³⁹⁰ Section II, De la Conservation de la propriété des Dessins : « 14. *Le conseil de prud'hommes est chargé des mesures conservatrices de la propriété des dessins. 15. Tout fabricant qui voudra pouvoir revendiquer par la suite, devant le tribunal de commerce, la propriété d'un dessin de son invention, sera tenu d'en déposer aux archives du conseil de prud'hommes, un échantillon plié sous enveloppe revêtue de ses cachet et signature, sur laquelle sera également apposé le cachet du conseil de prud'hommes. (...)* ».

³⁹¹ « *Que fallait-il entendre par dessin au sens de la loi de 1806 ; fallait-il limiter le mot dessin aux seuls dessins apposés sur des étoffes, considérer comme dessins certains aspects des tissus, les effets de chiné, moiré ou encore ceux obtenus par l'armure même ; fallait-il, bien que la loi de 1806 n'ait eu, semble-t-il, en vue que les dessins sur étoffe, les dessins en plan, en étendre les dispositions aux dessins en relief, à la forme, à la configuration même des objets ?* », E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, op. cit., p. 36.

³⁹² V., sur ce point not. : C. BOUGEARD, « Les racines du droit d'auteur (*étude historique : XVII^e et XIX^e siècles*) », in I. DE LAMBERTERIE, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1991, pp. 5-14, spéc. p. 12, ainsi que Cass. crim., 8 juin 1860, *Pataille*, 1860, p. 393, Cass. crim., 27 déc 1884, *Pataille*, 1885, p. 319, Cass. crim., 3 mars 1898, *Pataille*, 1899, p. 72.

³⁹³ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Partie spéciale, Sirey, 1954, p. 401.

En outre, la Cour de cassation, en choisissant une interprétation expansive de la condition de dépôt prévue par la loi de 1806, lui a reconnu un effet attributif de protection. Ainsi, l'auteur du dessin, pour pouvoir bénéficier du régime de la loi de 1806 lors d'un éventuel procès, devrait effectuer le dépôt avant toute exploitation. Ce qui revenait à transformer le caractère uniquement déclaratif du dépôt, initialement prévu par la loi de 1806³⁹⁴. La conséquence, comme le souligne Pouillet, était que :

« Désormais, le créateur qui, se croyant protégé dans sa création par la loi de 1793 n'avait pas effectué le dépôt, se trouvait définitivement forclos, si, ce qu'il n'était guère possible de prévoir à l'avance avec certitude, au moins pour un certain nombre de cas, les tribunaux venaient à décider que cette création ressortissait du domaine de la loi 1806 »³⁹⁵.

Un certain correctif législatif à ce « manque d'unité dans la protection des créations de forme »³⁹⁶ a vu le jour avec l'adoption de la loi du 11 mars 1902 étendant le bénéfice de la loi du 1793 aux architectes, sculpteurs et dessinateurs d'ornements, quels que soient le mérite ou la destination de leurs œuvres³⁹⁷.

133. Enfin, le laconisme de la loi de 1793 en ce qui concerne les modalités et les effets de la cession totale ou partielle de l'œuvre protégée a engendré un questionnement qui divisa la doctrine et la jurisprudence pendant plus de soixante ans, celui de savoir si l'aliénation d'une œuvre d'art entraîne l'aliénation du droit de reproduction.

Au milieu du XIX^e siècle, un arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1842³⁹⁸ a consacré un principe, déduit de la lettre des articles 1 et 2 de la loi du 1793, selon lequel « la vente d'un tableau emporte celle du droit exclusif de le reproduire par la gravure ou par tout autre moyen de reproduction alors même que la cession de ce droit n'a pas fait l'objet d'une stipulation particulière ». Cette approche, bien que manifestement contraire aux intérêts de l'auteur et de ce fait réfutée par la doctrine³⁹⁹, a été malgré tout confirmée par la plupart

³⁹⁴ Cass. req., 1^{er} juill. 1850, *D.P.*, 1850.I.203.

³⁹⁵ E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, op. cit., p. 38.

³⁹⁶ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome V, Supplément par J. BONNECASE, Sirey, 1930, p. 787.

³⁹⁷ Ainsi, dans sa version issue de la loi du 11 mars 1902 (parties soulignées), l'article premier de la loi des 19-24 juill. 1793 disposait que : al. 1, « *Les auteurs d'écrits en tous genres, les compositeurs de musique, les architectes, les statuaires, les peintres et dessinateurs, qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront leur vie entière, du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leur leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou en partie* ». Al. 2, « **Le même droit appartiendra aux sculpteurs et dessinateurs d'ornement, quels que soient le mérite et la destination de l'œuvre** ».

³⁹⁸ Cass. ch. réunies, 27 mai 1842, *S.*, 1842.I.385, note G.M., marquant un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure et not. Cass. crim., 23 juill. 1841, *S.*, 1841.I.561, note G. MASSE.

³⁹⁹ V. not. : N.-M. LE SENNE, *Brevets d'invention, traité des droits d'auteur et d'inventeur en matière de littérature, de sciences, d'arts et d'industrie*, Comon et Cie, 1849, p. 154 et suiv., E. BLANC, *Traité de la contrefaçon en tous genres et de sa poursuite en justice*, H. Plon, Cosse, 1855, p. 263 et suiv. À cet égard R. T. Troplong demandait, à propos de la vente d'une œuvre d'art : « (...) croyez-vous que cette vente soit

des décisions ultérieures⁴⁰⁰, pour être finalement rejetée par le législateur dans la loi du 9 avril 1910⁴⁰¹. Cette dernière dispose, dans son article unique, que « *l'aliénation d'une œuvre d'art n'entraîne pas, à moins de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction* ».

134. Les différents errements jurisprudentiels provoqués par le laconisme des lois révolutionnaires sont entrés en conflit avec certaines grandes lignes de la politique législative et ont nécessité l'adoption de nombreux correctifs *ad hoc*, sous forme des lois ponctuelles. Cela indique qu'avant l'adoption de la loi du 11 mars 1957 s'est non seulement établi un réel échange entre le législateur et le juge du droit d'auteur, mais aussi confirme le caractère conflictuel de celui-ci.

En plus des cas où le juge du droit d'auteur a pallié le silence des lois révolutionnaires par des solutions malencontreuses, nombreux furent les flous législatifs auxquels il n'a apporté aucune interprétation claire. Les travaux préparatoires de la loi du 11 mars 1957 soulignent ce défaut. Ainsi, selon M. le sénateur Périquier :

« (...), *il est faux de prétendre que le décret de 1793 était suffisant et qu'il a bien rempli son rôle pendant plus d'un siècle et demi. C'est à tout instant que les lacunes de ce décret nécessitaient des procès interminables (...). Même la jurisprudence qui, certes, avait dégagé des principes intéressants et utiles, n'était pas arrivée à combler toutes les lacunes du décret de 1793. Quelle était exactement la nature juridique du droit d'auteur ? Est-ce que l'usufruit spécial accordé par la loi de 1866 à l'époux survivant de l'auteur devait se cumuler avec l'usufruit de l'article 767 du Code civil ? Qui, au décès de l'auteur, était le mieux qualifié pour défendre le droit moral de l'auteur ? Comment assurer une répression efficace du délit de contrefaçon avec le texte de 1793 ? C'était là autant de questions juridiques, pour lesquelles la jurisprudence était hésitante. C'est autant de questions que résout désormais le projet de loi qui nous est soumis (...)* »⁴⁰².

absolument semblable aux autres ? Croyez-vous que le prix que l'artiste ou le poète ont reçu fera passer dans la main de l'acheteur la propriété de sa pensée, comme s'il se fût agi d'un meuble ou d'un champ ? Est-ce qu'au contraire l'auteur ne reste pas tellement propriétaire de sa pensée qu'il a seul le droit de la reproduire ? Est-ce qu'il n'en a pas le monopole exclusif ?», R. T. TROPLONG, *De l'échange et du louage : commentaire des titres VII et VIII du livre II du Code civil*, Tome III, C. Hingray, 1840, p. 37.

⁴⁰⁰ Not. : T. civ. de la Seine, 27 juill. 1883, A. HUARD, E. MACK, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de propriété littéraire et artistique*, Marchal et Billard, 1891, p. 431, Paris, 18 août 1879, *D.P.*, 1881.II.61, T. civ. Lyon, 26 juin 1901, *D.P.*, 1904.II.198. Dans le même sens, toutefois en soulignant que la vente inconditionnée de l'œuvre d'art n'entraîne que la présomption de l'aliénation de tous les droits, T. civ. de la Seine, 10 déc. 1866, *Pataille*, 1866, p. 401.

⁴⁰¹ Loi du 9 avr. 1910, relative à la protection du droit des auteurs en matière de reproduction des œuvres d'art, *D.P.*, 1911.IV.32.

⁴⁰² J. PERIDIÉ, « Rapport fait au nom de la commission de la justice et de législation civile, criminelle et commerciale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale sur la propriété littéraire et artistique », *op. cit.*, p. 20.

135. À ces questions s'ajoutent celles relatives aux exceptions aux droits de l'auteur. Comment tracer la frontière entre l'usage privé et l'usage public ? Comment encadrer le droit de citation afin de concilier la protection des auteurs avec les besoins légitimes des utilisateurs ? Comment faire tout cela en arrivant à écarter le risque de casuistique et d'arbitraire ? La grande codification du droit d'auteur avait pour ambition de répondre également à ces questions.

II. L'apport de la loi du 11 mars 1957 en matière d'exceptions aux droits de l'auteur

136. La loi du 11 mars 1957 fixe, de manière définitive, la forme sous laquelle sont énoncés les droits exclusifs et les exceptions. Le législateur a décidé de consacrer une vision particulière de l'équilibre entre les droits d'auteur et les intérêts du public. Celui-ci se veut être préétabli (**A**). De cette conception découlent naturellement la rigidité et le caractère analytique des exceptions (**B**).

A. La consécration de l'idée d'équilibre préétabli

137. La loi du 11 mars 1957 répond à la question de la nature du droit d'auteur et essaie de trancher définitivement le débat sur ce sujet⁴⁰³. L'expression « propriété littéraire et artistique » fut consacrée par le titre même de la loi et sa nature affirmée dans son article premier : « *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* ». Cette formule jusnaturaliste⁴⁰⁴ attache une fois pour toutes le droit d'auteur au droit naturel, découvert et non pas créé par la loi. En outre, la vision dualiste du droit d'auteur, faisant cohabiter sous le même toit les droits pécuniaires et le droit moral, avec une prédominance de ce dernier⁴⁰⁵, fut admise par l'autorité de la loi, ce qui marqua l'émergence d'un droit d'auteur personnaliste⁴⁰⁶.

Si cette affirmation du législateur dans le débat sur la nature juridique du droit d'auteur n'était certainement pas en mesure de balayer, du jour au lendemain, ce discours

⁴⁰³ F. HEPP, « Le droit d'auteur "propriété incorporelle" ? », *RIDA*, n° spécial, avr. 1958, pp. 161-191, spéc. p. 161.

⁴⁰⁴ A. DIETZ, « La place du droit d'auteur dans la hiérarchie des normes : la question constitutionnelle », in *Regards sur les sources du droit d'auteur*, Congrès ALAI, 18-21 sept. 2005, Paris, ALAI, 2007, pp. 43-54, spéc. p. 48.

⁴⁰⁵ J. MATHYSSENS, *op. cit.*, pp. 65-66, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, p. 265.

⁴⁰⁶ A. KEREVER, « Révolution française et droit d'auteur », *RIDA*, n° 141, juill. 1989, pp. 3-8, spéc. p. 4.

impliquant des convictions touchant aux valeurs les plus fondamentales⁴⁰⁷, au moins elle a pu le faire « tomber au sommeil »⁴⁰⁸. Ceci constitua le premier signe de l'émergence d'un paradigme véritable, car comme le souligna T. Kuhn, une des fonctions premières de ce dernier était de marquer « l'arrêt des discussions entre les écoles »⁴⁰⁹ et de mettre fin « à la réaffirmation constante des principes fondamentaux »⁴¹⁰. Ce socle prépara le terrain à des solutions plus précises⁴¹¹. La clôture du débat sur la nature du droit d'auteur ainsi que la prise de position par le législateur ont créé la base conceptuelle d'une technique archétypique de formalisation des droits patrimoniaux et des exceptions. Elle consista à énoncer de manière succincte et ouverte les prérogatives dont jouissent les titulaires, et à énumérer de façon exhaustive et autoritaire les exceptions⁴¹².

138. En matière de droits patrimoniaux de l'auteur, le législateur s'est borné à évoquer les principes du droit de représentation et du droit de reproduction, englobant respectivement « la communication directe de l'œuvre au public »⁴¹³ et « la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte »⁴¹⁴. Cet attachement du législateur au général laissa ainsi à l'interprète le soin « d'appréhender le singulier, l'individuel, le concret »⁴¹⁵, et de l'adapter au progrès de la technique⁴¹⁶.

⁴⁰⁷ *Supra*, n° 8 et suiv.

⁴⁰⁸ F. HEPP, *op. cit.*, p. 165.

⁴⁰⁹ T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983, p. 39.

⁴¹⁰ *Ibidem*.

⁴¹¹ *Ibidem*.

⁴¹² Article 41 de la loi du 11 mars 1957 dans sa rédaction initiale (devenu l'article L. 122-5 du CPI) : « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : 1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ; 2° Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée ; 3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source : Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ; Les revues de presse ; La diffusion, même intégrale, par la voie de la presse ou de la radiodiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles ; 4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre ». Ce modèle est devenu typique pour les pays de l'Europe continentale, surtout en Allemagne, en Belgique, au Portugal et en Pologne. V., sur ce point not : P. SIRINELLI, *Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins*, Document de l'OMPI n° WCT-WPPT/IMP/, 3 déc. 1999, Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Genève, 3-7 déc. 1999, p. 18 et suiv.

⁴¹³ Art 27 de la loi du 11 mars 1957.

⁴¹⁴ Art 28 de la loi du 11 mars 1957.

⁴¹⁵ A. BENSAMOUN, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 87. Cela étant, il faut souligner que le juge auquel appartient la tâche de reconnaissance des droits d'auteur est guidé par l'énonciation exemplative des modes de représentation et d'actes de reproduction. Pour le droit de représentation ce sont, selon l'art 27 de la loi du 11 mars 1957 notamment la récitation publique, l'exécution lyrique, la représentation dramatique, la présentation publique, la diffusion, par quelque procédé que ce soit, des paroles, des sons ou des images, la projection publique, la transmission de l'œuvre radiodiffusée par le moyen d'un haut-parleur et éventuellement d'un écran

De cette manière, la loi du 11 mars 1957 essaya de disperser, en tant qu'œuvre législative mûre et réfléchie, les doutes de ceux qui craignaient de la voir se faire rapidement dépasser par la réalité socioéconomique mouvante⁴¹⁷.

139. La méfiance du législateur français envers le juge du droit d'auteur, accumulée au fil des années du règne des lois révolutionnaires, s'est traduite par la mise en place d'exceptions désormais fermées et rigides, à la différence des règles régissant le contenu positif des droits patrimoniaux. Le but de cette technique fut de permettre au législateur de garder le contrôle quasi absolu sur les domaines de la règle et de l'exception.

Jhering enseignait que « *le droit ne se reconnaît pas comme la vérité, il s'établit par la lutte des intérêts, non par la vertu de raisonnements et de déductions, mais par l'action et l'énergie du vouloir en général* »⁴¹⁸. Dans cette optique, le sens de toute loi se traduit par la mise en place d'une hiérarchie entre différents intérêts⁴¹⁹. Cette hiérarchie prend nécessairement forme en discriminant certains intérêts par rapport aux autres, en fonction des valeurs sur lesquelles repose le système du droit⁴²⁰.

140. Le droit d'auteur, tel qu'issu de la grande codification de 1957, sous-entend une vision particulière de l'équilibre entre intérêts antagonistes. N'étant ni un droit absolu ni un droit exclusivement dédié à l'intérêt du public, il se présente plutôt comme un subtil mélange de ces deux extrêmes⁴²¹. Ainsi, l'équilibre consacré par la loi est un alliage contenant un pourcentage significativement plus important de vision personnaliste du droit d'auteur, érigée au rang de ligne directrice d'interprétation de toutes les règles du droit d'auteur, y compris des exceptions.

de radiotélévision placé dans un lieu public. Pour le droit de reproduction, l'art 28 de la loi du 11 mars 1957 énumère, à titre d'exemple : l'imprimerie, le dessin, la gravure, la photographie, le moulage ainsi que tout procédé des arts graphiques et plastiques et tout enregistrement mécanique cinématographique ou magnétique et l'exécution répétée d'un plan ou d'un projet type d'une œuvre d'architecture.

⁴¹⁶ A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences*, Bruylant, LGDJ, 1993, pp. 144-145.

⁴¹⁷ *Supra*, n° 125 et suiv.

⁴¹⁸ R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, Chevalier-Marescq et Cie, 1901, pp. 173-174.

⁴¹⁹ V., sur ce point : les principes de la *Interessenjurisprudenz* exposés par M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Tome II, Les moyens du droit, Dalloz, 1984, p. 169.

⁴²⁰ Selon M. VIRALLY, « (...) si les valeurs juridiques se heurtent aux intérêts de certains individus ou de certains groupes, c'est parce que les intérêts sont eux-mêmes en conflit. La fonction du droit est de régler pacifiquement de tels affrontements en faisant prévaloir ceux des intérêts en présence qui correspondent aux valeurs sur lesquelles il est fondé, ou en les rétablissant dans leur situation antérieure si une atteinte leur a été portée. En un mot, le droit est un instrument de discrimination des intérêts, individuels ou collectifs, destiné à opérer entre eux une conciliation différente de celle qui résulterait du simple rapport des forces (...) ». M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Panthéon-Assas, LGDJ, 2010, p. 30.

⁴²¹ C. CARON, « Les exceptions au regard du fondement du droit d'auteur en droit français », in A. LUCAS, P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, *Les exceptions au droit d'auteur : État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, 2012, pp. 19-25, spéc. p. 21.

La primauté de l'intérêt de l'auteur au sein de l'édifice ainsi conçu est incontestable, « tout simplement parce que c'est celui-ci qui est au centre du dispositif, et qui lui donne sa raison d'être comme l'atteste l'expression même de droit d'auteur »⁴²². Ainsi, certains auteurs décrivent la répartition des forces au sein du droit français comme un « déséquilibre interne »⁴²³, ou bien un « déséquilibre harmonieux »⁴²⁴.

141. Dans le cadre de ce véritable paradigme de déséquilibre programmé, devenu ensuite le modèle pour la tradition continentale du droit d'auteur⁴²⁵, le caractère analytique et fermé de la liste d'exceptions établie par la loi du 11 mars 1957 contraste avec l'énoncé synthétique⁴²⁶ et ouvert du monopole. Ce modèle limitant les prérogatives des utilisateurs « d'après la lettre de la loi », contrairement à celles attribuées à l'auteur « d'après leur esprit »⁴²⁷, consacre ainsi « le règne ostensible de l'auteur à côté du règne discret du public »⁴²⁸, et interdit à ce que soient admises comme exceptions les utilisations autres que celles méticuleusement énumérées par le législateur⁴²⁹. La liberté du juge se trouve donc amputée quant au pouvoir de création d'exceptions nouvelles, et cela au nom du principe d'interprétation stricte des dérogations existantes⁴³⁰ qui bannit tout raisonnement par analogie.

La grande codification du droit d'auteur a donc vocation à mettre fin à la période des exceptions prétorienne, dont la création résultait du jugement de valeur que le magistrat portait sur la règle du droit d'auteur en considération des différents intérêts en présence. Désormais, l'issue du conflit d'intérêts est décidée en amont, au stade de l'édiction des exceptions⁴³¹, ce qui empêche toute redéfinition jurisprudentielle de leurs contours,

⁴²² A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, p. 170.

⁴²³ N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007, p. 113.

⁴²⁴ C. COLIN, « Devoir d'auteur », *RIDA*, n° 224, avr. 2010, pp. 160-249, spéc. p. 191.

⁴²⁵ C. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, n°4, 2006, pp. 389-432, spéc. p. 610.

⁴²⁶ Ledit énoncé synthétique et ouvert du monopole constitue un gage de la souplesse interprétative. Comme le souligne S. Dormont, « (...) les définitions légales de "reproduction" et de "représentation" sont en effet suffisamment souples et neutres pour s'ouvrir aux formes d'exploitation les plus variées », S. DORMONT, *Le conflit entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence*, Thèse, Paris Sud XI, 2011, p. 15.

⁴²⁷ Selon les méthodes de délimitation du droit d'auteur évoquées par M. SAPORTA, « Les frontières du droit d'auteur », Extrait des *Annales de la Propriété Industrielle, Artistique et Littéraire*, fasc. 4, 1951, p. 5.

⁴²⁸ C. CARON, « Les limites externes au droit d'auteur (abus de droit et droits du public) », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'Étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 237-251, spéc. p. 247.

⁴²⁹ B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2012, p. 288.

⁴³⁰ N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007, p. 114.

⁴³¹ B. GALOPIN, *loc. cit.*, Dans le même sens, P. KAMINA, « Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur ? », *D.P.*, 1999, pp. 580-587, spéc. pp. 582-583 : « Cette codification eut deux effets principaux. D'une part, elle a "figé" les exceptions existantes, qui semblent être désormais entièrement contenues dans le texte de la loi. D'autre part, elle a enfermé la jurisprudence dans une interprétation littérale, voire restrictive, de ces textes, dont le traitement des exceptions pour copie privée et courte citation demeure un exemple caractéristique ».

et permet ainsi d'écraser dans l'œuf tout acte d'émancipation du juge. Dans ce système d'équilibre programmé et préétabli, « *le travail d'adaptation du droit au fait est refusé au juge* »⁴³², celui-ci devant appliquer ni plus ni moins que ce qui a été imposé par le législateur - la seule autorité compétente en la matière⁴³³.

B. La concrétisation de l'idée d'équilibre préétabli

142. En créant le système moderne des exceptions aux droits de l'auteur, le législateur français a opéré le choix d'un contingentement des exceptions, d'une rigidité quantitative au sens décrit plus haut⁴³⁴. Le silence législatif, rempli de manière disparate par la jurisprudence, a cédé sa place à des exceptions légales assorties de nombreuses précisions. La rédaction détaillée réduit au minimum la liberté de l'interprète, dans la mesure où celui-ci ne saurait passer outre la multitude de conditions relatives aux faits ou aux sujets de droit concernés par la norme exceptive.

143. Curieusement, si on analyse les exceptions issues de la loi du 11 mars 1957, non pas du point de vue de la quantité des détails dont elles sont assorties, mais en se focalisant sur la qualité des termes employés, on observe que la rigidité quantitative coïncide avec l'usage de nombreuses notions à contenu variable. Cela peut paraître paradoxal, mais en réalité cette technique n'est qu'une confirmation de la maturité de l'œuvre législative de 1957, et ne s'oppose guère à la thèse de rigidité quasi absolue des exceptions qui en découlent.

Ainsi, Roubier fait remarquer que souvent, « *même dans les hypothèses où la loi a établi des règles précises, il arrive qu'elle permette l'appréciation des cas particuliers, ce qui entraînera des corrections dans sa mise en œuvre* »⁴³⁵. Le législateur français a décidé d'inclure, parmi les détails précisant le champ d'application des exceptions aux droits de l'auteur, des expressions telles que « cercle de famille », « usage privé », « indiqués clairement », « lois du genre », « courte citation ». Celles-ci en tant que notions à contenu

⁴³² E. DREYER, « La liberté d'expression comme "droit" concurrent », *RLDI*, supplément au n° 49, mai 2009, pp. 29-33, spéc. p. 31.

⁴³³ Selon, A. Lucas, « *ce qui, tout simplement, n'est pas admissible est de permettre au juge de refaire la loi en imposant un autre équilibre que celui qui a été voulu. Dans les systèmes de droit d'auteur, c'est toujours le législateur qui a défini les exceptions* », A. LUCAS, « Droit d'auteur, liberté d'expression et "droit du public à l'information" (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française) », in A. STRWOEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 123-141, spéc. p. 137.

⁴³⁴ *Supra*, n° 29.

⁴³⁵ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, 2005, p. 110.

variable⁴³⁶ peuvent de par leur nature être des sources d'incertitude. L'on remarque que souvent, l'énoncé d'une même exception mêle conditions d'application précises et notions à contenu variable⁴³⁷. À première vue, ces quelques « fissures », ou bien des lacunes *intra legem* consciemment édifiées par le législateur, font « *obstacle à une mise en œuvre aisée, alors même qu'elles ont une force obligatoire. Elles réclament alors l'appréciation du juge et s'opposent en cela à la règle rigide* »⁴³⁸.

144. Ce point de vue, excessivement attaché à la tradition du positivisme légaliste⁴³⁹ croyant au sens authentique de la loi, ignore, nous semble-t-il, le fait que chaque texte, peu importe son degré de précision, avant d'être appliqué doit être compris⁴⁴⁰ et assimilé par ses destinataires⁴⁴¹. En outre, il doit être adapté à la situation herméneutique propre au contexte spatio-temporel caractérisant son application⁴⁴², souvent très différent de celui du moment de la création de la règle de droit. L'interprétation du texte n'est donc pas limitée aux cas d'obscurité de la loi⁴⁴³. Pour cette raison, le concept d'une « *règle de droit directement opérationnelle* » nous paraît étonnant⁴⁴⁴.

Si la liberté de l'interprète se trouve en général accrue en présence de notions à contenu variable, leur existence n'est pas toujours due à la volonté du législateur de créer des normes facilement malléables par le juge.

À cet égard il convient de souligner que sur le plan purement sémantique, « *malgré la latitude apparente dont jouissent les juges dans l'interprétation des textes de loi, il y a des*

⁴³⁶ C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, annexe, pp. 454-471.

⁴³⁷ Pour une approche critique de cette technique notamment dans le domaine de l'exception française pour courte citation, v. : P. SIRINELLI, « Brèves observations sur le "raisonnable" en droit d'auteur », in *Propriétés Intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, pp. 397-413, spéc. p. 407.

⁴³⁸ C. CASTETS-RENARD, *op. cit.*, p. 75.

⁴³⁹ Dans le cadre de laquelle toute interprétation du droit doit tenir compte exclusivement du texte de la loi, non-lacunaire et contenant la solution de toutes les difficultés. V., sur ce point, not. : B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, p. 58-59.

⁴⁴⁰ M. VILLEY, *op. cit.*, p. 167.

⁴⁴¹ Dans cette optique Savigny a pu écrire : « *Jusqu'ici, j'ai considéré le contenu des sources comme les règles du droit en lui-même, et sous un point de vue extérieur. Mais pour que ces règles passent dans la vie réelle, nous avons de notre côté quelque chose à faire, il faut que nous les assimilions d'une manière déterminée. Cette assimilation peut recevoir plusieurs applications diverses. Le jurisconsulte s'en sert pour recomposer la science sous des formes nouvelles; le magistrat, pour rendre ses jugements; le citoyen, pour régler avec certitude ses rapports sociaux* », M. F. C. DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Tome I, F. Didot frères, 1855, p. 199.

⁴⁴² V., sur ce point : la théorie de la la « fusion des horizons » du texte et de l'interprète, J. GRONDIN, « La fusion des horizons, La version gadamérienne de l'*adaequatio rei et intellectus* ? », *Archives de Philosophie*, n° 2005/3, Tome LXVIII, pp. 401-418.

⁴⁴³ M. F. C. DE SAVIGNY, *op. cit.*, p. 201.

⁴⁴⁴ Pourtant utilisé par de nombreux auteurs. V. not. : P. JESTAZ, « Rapport de syntèse », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *Revue de la Recherche Juridique*, Cahiers de méthodologie juridique n° 3, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, pp. 1181-1193.

limites très réelles aux sens que l'on peut conférer aux termes juridiques »⁴⁴⁵. Les notions floues possèdent un certain spectre de sens indiscutables formant son noyau. Ainsi, selon toute logique, si l'on veut éviter de violer les conventions linguistiques sous-jacentes à la notion de « cercle de famille », on doit admettre que la projection d'une œuvre cinématographique à l'intérieur d'une maison conjugale, avec les époux en tant que spectateurs, constitue indéniablement une représentation privée dans un cercle de famille, alors que la visualisation de la même œuvre sur un grand écran situé dans un lieu public très fréquenté justifiera, sans aucun doute, la revendication des droits d'auteur.

145. Mais surtout, il ne faut pas oublier que même dans les cas les plus difficiles, exposant l'esprit ouvert des termes juridiques, l'interprète est « *guidé par les "politiques sociales" qui ont présidé à l'édition de la règle et qui lui restent toujours sous-jacentes* »⁴⁴⁶. Il doit respecter la cohérence du système juridique au sein duquel les normes floues trouvent leur place et tenir compte du consensus social dont elles sont l'émanation⁴⁴⁷. On comprend donc que les directives d'interprétation, même si elles contiennent des notions à contenu variable, affaiblissent tout de même l'amplitude réelle de la liberté du juge.

146. Les rédacteurs de la loi du 11 mars 1957, ont opté pour un choix d'assurer un minimum d'adaptabilité de l'exception aux circonstances particulières, sans perdre de vue la volonté d'écarter le risque d'arbitraire. Le juge, en interprétant les notions à contenu variable utilisées par le législateur, est guidé par de nombreuses directives dont la principale semble être le respect des principes de la vision personnaliste du droit d'auteur. Comme a pu le remarquer C. Castets-Renard en analysant la différence substantielle entre la technique législative du droit d'auteur révolutionnaire, qui n'énonçait que quelques grands principes juridiques, et la technique de l'époque de la grande codification du droit d'auteur, « (...) *les motifs du choix des notions-cadres sont (...) à rechercher, paradoxalement, dans la volonté de contrôler la norme. En effet, si les notions-cadres réalisent une souplesse normative, elles ne permettent pas pour autant au juge de déterminer souverainement leur contenu. Des directives d'interprétation s'imposent à lui. Au contraire, les principes juridiques le laissent entièrement libre. Or, au vu du contexte en 1957, le législateur comprend certainement qu'il ne peut pas laisser perdurer cette liberté* »⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ E. MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, n° 53, 1979, pp. 33-50, spéc. pp. 42-43.

⁴⁴⁶ P. DUBOUCHET, *Droit et philosophie : Une critique des sciences humaines*, L'Harmattan, 2009, p. 140.

⁴⁴⁷ E. MACKAAY, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁴⁴⁸ C. CASTETS-RENARD, *op. cit.*, p. 48.

147. Eu égard à ce qui précède, la thèse avancée par une partie de la doctrine n'emporte pas notre conviction. Selon elle, la loi de 1957 en tant que texte s'inscrivant dans la continuité, ne modifie guère l'office du juge en matière d'exceptions, celui-ci pouvant toujours, comme c'était le cas sous l'empire du droit antérieur, continuer de faire preuve d'une grande souplesse afin de trouver un juste équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux du public⁴⁴⁹. Selon nous, la loi du 11 mars 1957 constitue au contraire la consécration formelle d'un véritable paradigme de conciliation desdits intérêts, dans lequel le rôle du juge est réduit au minimum. L'artère vitale de ce paradigme étant l'exception aux droits de l'auteur, conçue comme une règle rigide et nécessairement d'origine législative.

Section 2. L'aspect matériel du paradigme

148. Les exceptions telles que formalisées par la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique constituent le fondement d'un nouveau paradigme de conciliation des droits d'auteur avec les intérêts du public. S'il est relativement facile de reconstruire les raisons et le contexte historique de l'émergence de la nouvelle forme d'exception, il n'est pas aussi facile de caractériser l'exception qui en est issue, et cela en raison d'un certain flou terminologique et conceptuel qui règne dans la matière.

Aujourd'hui cet obstacle nuit gravement à la lisibilité des exceptions. En outre, trop souvent, ce flou dénature l'image des évolutions dont elles font l'objet dans le contexte actuel. Afin de surmonter cet écueil, il est nécessaire de caractériser les exceptions aux droits de l'auteur, dans leur forme issue de la grande codification du droit d'auteur, et sous l'angle du paradigme de conciliation du droit d'auteur avec les intérêts du public dans lequel elles s'inscrivent. Une telle analyse permettra de cerner avec précision la nature objective des exceptions **(I)** et de déterminer la nature des prérogatives qu'elles consacrent au profit des utilisateurs **(II)**.

I. Les exceptions au sens objectif

149. Afin de comprendre les exceptions aux droits de l'auteur telles qu'issues de la loi du 11 mars 1957, il convient d'abord de se pencher sur leurs caractéristiques négatives.

⁴⁴⁹ C. GEIGER, « Les exceptions au droit d'auteur en France, Critiques et prospective », in C. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. M. HILTY, *Rencontres franco-allemandes, Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007, pp. 349-360, spéc. 350.

Cela nous permettra de savoir ce que ces règles particulières ne furent jamais, ou bien ce qu'elles ne sont plus aujourd'hui à la suite de l'intervention du législateur en la matière (A). Une telle analyse préparera l'étude de leurs caractéristiques positives, exposant ce qu'elles étaient toujours ou ce qu'elles sont devenues (B).

A. Les caractéristiques négatives des exceptions

150. Les dérogations aux droits de l'auteur sous forme de normes exceptives sont dénommées, en France et à l'étranger, « restrictions », « actes autorisés »⁴⁵⁰ ou bien « libres utilisations »⁴⁵¹, « libertés »⁴⁵², « limites », « limitations » et finalement « tolérances ». En outre, certains auteurs estiment que parmi les exceptions consacrées par le législateur en 1957, plusieurs sont « fausses », et constituent en réalité les limites externes des droits exclusifs. Eu égard à la technique de leur formalisation, et à la structure du paradigme de conciliation des droits d'auteur avec les intérêts du public qu'elles fondent, les exceptions peuvent être distinguées de certains concepts voisins (1). La même approche méthodologique permet de prouver qu'elles sont toutes de véritables exceptions, et que chercher parmi elles des limites externes des droits exclusifs est une entreprise vaine (2).

1. L'exclusion des concepts voisins

151. Commençons par une évidence - les exceptions aux droits de l'auteur issues de la loi du 11 mars 1957 ne sont pas des tolérances. « *La tolérance n'a aucun effet juridique en droit d'auteur* » dit F. Pollaud-Dulian⁴⁵³. Toute assimilation entre ces deux termes constitue un abus de langage qui sous-entend une confusion entre le domaine du droit et celui du fait⁴⁵⁴.

152. Les exceptions en tant que règles strictement encadrées et contrôlées par le législateur ne sont pas non plus des « libertés » ni des « libres utilisations ».

⁴⁵⁰ Sur la diversité des termes utilisés pour désigner les exceptions aux droits d'auteur, v. not. : P. SIRINELLI, *Exceptions et limites aux droits d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 2 et suiv., du même auteur, « Synthèse », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'Étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 133-144, spéc. p. 135.

⁴⁵¹ Bureau international de l'OMPI, *La protection internationale du droit d'auteur et des droits connexes*, http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/fr/activities/pdf/international_protection.pdf, p. 5.

⁴⁵² B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, 2012, p. 158.

⁴⁵³ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, p. 1274.

⁴⁵⁴ *Supra*, n° 22 et suiv.

Il en est ainsi parce que les libertés sont par nature des prérogatives inconditionnées et indéfinies qui se situent en amont de la situation juridique. Cette dernière, quant à elle, est toujours conditionnée⁴⁵⁵. Les libertés consacrent surtout une autonomie, une possibilité de se donner à soi-même ses propres règles de conduite⁴⁵⁶. Dabin écrivait que les libertés sont des « *dons de la nature, déjà représentatifs de valeurs pour chaque individu et même pour la société, mais (...) dépourvus de qualification juridique. La distribution, c'est-à-dire la consécration du droit objectif, avec la limitation concomitante, vient conférer à ces facultés, puissances, libertés (ou intérêts), valeur juridique de droits subjectifs garantis* »⁴⁵⁷. Les libertés ont ainsi vocation à donner naissance à des prérogatives⁴⁵⁸. Elles sont des prérogatives dans leur forme vierge et indéterminée. Ainsi comme le soulignent certains auteurs, « *Les libertés sont des droits largement préorientés (ou prédéterminés), de telle façon que leurs titulaires possèdent, au sein de cette zone préfixée (zone de liberté, nous ajoutons), une capacité d'autodétermination. Si par exemple quelqu'un se voit reconnaître une liberté d'expression, il peut certes en user ou pas, mais surtout il peut indifféremment en user dans la direction qui lui paraît opportune tant qu'il demeure dans le cadre de l'expression de ses idées ou de ses opinions* »⁴⁵⁹.

153. Ni les règles octroyant à l'auteur des droits exclusifs ni les exceptions ne sont des libertés. L'auteur qui jouit indéniablement de la liberté d'expression et décide de créer une œuvre littéraire n'est pas sûr de pouvoir bénéficier des règles octroyant les droits exclusifs, ce bénéfice étant conditionné, parmi d'autres exigences, par l'originalité de l'œuvre. Les libertés se manifestent au moment de l'accession aux droits subjectifs, aux facultés et aux autres prérogatives, mais n'ont pas vocation à préciser les conditions à remplir pour en acquérir la jouissance. Une liberté consacrée par la loi est un droit *in statu nascendi*, un droit potentiel. Les droits d'auteur, véritables droits subjectifs, découlent en revanche de règles les soumettant au jeu des droits causaux, régissant leurs acquisition, exercice et disparition.

⁴⁵⁵ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, pp. 147-151. Dans le même sens, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, 2004, p. 406.

⁴⁵⁶ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998, p. 9. Dans le même sens, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *loc. cit.*, J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, 9^e éd., Tome I, PUF, 2003, pp. 4-6.

⁴⁵⁷ J. DABIN, « Droit subjectif et subjectivisme juridique », in *Le droit subjectif en question*, Archives de philosophie du droit, tome IX, Sirey, 1964, pp. 17-35, spéc. p. 24.

⁴⁵⁸ J. LESUEUR, *Conflits de droits, illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 110.

⁴⁵⁹ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *op. cit.*, p. 10. Dans le même sens, M. LEVINET, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010, p. 5.

Il en est de même pour les exceptions aux droits de l'auteur. Celles-ci, bien que souvent créées en considération des libertés fondamentales⁴⁶⁰, n'y sont pas assimilables. Cette conclusion s'impose dans la mesure où les conditions d'exercice des prérogatives qu'elles confèrent aux usagers sont déterminées par la loi. L'auteur se livrant à la création d'une œuvre dérivée jouit de la liberté d'expression que lui ouvre *a priori* la possibilité de citer un autre auteur. S'il décide de recourir à la citation, de faire usage de la faculté consacrée et encadrée par le législateur, il devra respecter certaines conditions, notamment celle relative à la brièveté de l'emprunt. Par conséquent, la prérogative consistant à la possibilité de citer l'œuvre d'autrui est conditionnée, et son exercice est subordonné aux exigences du droit objectif, ce qui exclut sa qualification en tant que liberté. En bref, les exceptions aux droits de l'auteur, telles qu'issues de la loi du 11 mars 1957, sont des règles issues du droit objectif, encadrant l'exercice de certaines libertés et non pas les libertés elles-mêmes.

2. La dissociation des exceptions et des limites externes des droits de l'auteur

154. Passant outre les termes «restrictions» et «actes autorisés», trop généraux et à faible valeur cognitive, il convient de se pencher sur la question de savoir si parmi les hypothèses exceptionnelles énumérées à l'art 41 de la loi du 11 mars 1957 se trouvaient des limites externes du droit d'auteur. La réponse est nécessairement négative, et repose sur les arguments se référant à la technique de formalisation des droits d'auteur et des prétendues «fausses exceptions» **(a)**, elle-même découlant de l'architecture du paradigme consacré par le législateur **(b)**.

a. Les raisons techniques de la dissociation

155. L'on sait que sous l'empire des lois révolutionnaires sur le droit d'auteur, la licéité des usages privés était fondée sur une limitation des droits d'auteur à l'exploitation publique⁴⁶¹. Dans cette optique, historiquement, les usages qui avec la codification du droit d'auteur se sont transformés en «copie privée» et en «représentations dans le cercle de famille» se situaient, par nature, en dehors du champ d'application des droits exclusifs. Il en résulte qu'avant la loi du 11 mars 1957, la licéité des usages privés ne découlait pas

⁴⁶⁰ *Supra*, n° 4.

⁴⁶¹ *Supra*, n° 73.

de quelconques règles dérogatoires, car pour qu'il y ait eu dérogation, il aurait fallu, selon toute logique, que tel ou tel acte se situe dans le champ d'application de la règle de principe.

156. Une partie de la doctrine considère que la grande codification du droit d'auteur n'a rien changé à cet égard. Partant de la conviction selon laquelle la copie privée s'effectue par une fixation matérielle qui n'est, par nature, pas destinée à être communiquée au public⁴⁶², ils qualifient cette reproduction d'« imparfaite », non couverte par le monopole de reproduction⁴⁶³ et n'entrant pas en conflit avec celui-ci. Le droit d'auteur s'intéresserait ainsi uniquement à l'usage public de l'œuvre, ou bien pour reprendre le vocabulaire des auteurs anglophones, à la diffusion et non pas à la consommation de l'œuvre⁴⁶⁴.

À suivre ce raisonnement, on devrait admettre que la distinction entre l'utilisation publique et l'utilisation privée permet de déterminer ce qui relève ou non du monopole de l'auteur⁴⁶⁵. Certains auteurs issus de la tradition continentale du droit d'auteur approfondissent cette logique en ajoutant que cette limitation du champ d'application de la propriété littéraire et artistique constitue sa spécificité par rapport au droit de propriété « ordinaire ». Le fait, pour le droit d'auteur, de ne s'appliquer qu'à l'égard des utilisations publiques lui permet de se démarquer du droit de propriété qui, quant à lui, s'intéresse à tout usage du bien⁴⁶⁶.

Ainsi la copie privée, qui doit *ex definitione* prendre la forme d'une reproduction non destinée au public, se trouverait en dehors des droits de l'auteur et devrait être analysée comme une limite externe de ceux-ci et non pas comme une exception⁴⁶⁷. Cette idée, exacte dans la perspective historique, ignore cependant d'importantes innovations apportées au système du droit d'auteur par la loi du 11 mars 1957.

157. Pour définir les utilisations couvertes par le droit exclusif de reproduction le législateur ne considère pas uniquement les copies déjà communiquées au public, mais

⁴⁶² La règle de l'article 41, 2 de la loi du 11 mars 1957 couvre : « *les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée* », nous soulignons.

⁴⁶³ Dans ce sens, P. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la "société de l'information" », *RTD Com.*, 2003, pp. 87-108, spec. p. 102.

⁴⁶⁴ N. HELBERGER, P. B. HUGENHOLTZ, « No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law », *Berkeley Technology Law Journal*, n° 22 (3), 2007, pp. 1062-1098, spéc. p. 1065.

⁴⁶⁵ F. SARDAIN, « Le droit d'auteur à l'épreuve du logiciel : l'exemple du droit de décompilation », *CCE*, n° 10, oct. 2002, chron. 24.

⁴⁶⁶ Cette opinion est partagée par la doctrine polonaise majoritaire. V., sur ce point : J. BARTA, *Prawo autorskie, System Prawa Prywatnego*, Tome XIII, C. H. Beck, 2008, p. 138.

⁴⁶⁷ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, p. 325, P. GAUDRAT, F. SARDAIN, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *CCE*, n° 11, nov. 2005, étude 37.

entend le seul acte de fixation de l'œuvre « *par tous procédés qui permettent de la communiquer au public* ». Il est difficile d'imaginer une fixation matérielle ne permettant pas de sortir de la sphère de l'usage strictement privé. Il ne faut pas qu'une simple maladresse rédactionnelle jette de l'ombre sur le sens de la règle. Celle-ci consacre le droit de reproduction s'étendant sur toute fixation matérielle de l'œuvre qui, en l'absence d'une véritable exception, s'intéresserait également aux reproductions « *strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* »⁴⁶⁸.

158. Cette démarche du législateur se comprend en vue de la prééminence de l'intérêt de l'auteur qu'il voulait consacrer. En outre, même si l'on partageait l'opinion selon laquelle le droit d'auteur ne s'intéresse qu'aux utilisations se situant dans une perspective économique, la thèse d'un droit de reproduction s'étendant sur les reproductions strictement privées resterait défendable. En effet, tout est une question de perspective d'évaluation de la dimension « économique » de l'usage en cause. Le caractère personnaliste du droit d'auteur français voudrait qu'on partage l'opinion d'un auteur soulignant qu'« *il importe, pour juger de l'absence de l'élément concurrentiel, de se placer au point de vue de l'auteur et non pas à celui du destinataire de l'œuvre* »⁴⁶⁹. Dans cette optique, bien qu'aux yeux de l'utilisateur les reproductions privées ne fassent pas concurrence aux intérêts pécuniaires de l'auteur, dans la mesure où leur production n'est pas animée par la recherche du lucre, elles engendrent tout de même un manque à gagner pour l'auteur en dispensant le copiste de l'acquisition d'un exemplaire original. Par conséquent, la copie privée apparaît comme une reproduction parfaite, donc régie par le droit de reproduction, à l'intérieur duquel, puisqu'elle est licite, elle constitue bien une exception.

159. Pour se convaincre définitivement du mal fondé de la thèse refusant à la copie privée la qualification d'exception, il convient d'ajouter un argument défendu par une partie de la doctrine polonaise⁴⁷⁰ et formulé par rapport au « *dozwolony użytek osobisty* », l'homologue de l'exception française pour copie privée. Ainsi, le droit polonais autant que le droit français font sortir de la sphère de l'exception certaines copies que l'auteur peut interdire, et que l'on pourrait définir en tant qu'exceptions à l'exception que constitue la copie privée. Aujourd'hui, ces reproductions que l'auteur peut prohiber correspondent en France

⁴⁶⁸ Dans ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, p. 716 : « *Bien que cela ait été discuté, on ne peut pas considérer que, par nature, le droit de reproduction ne s'appliquerait qu'aux reproductions à usage public et qu'il y aurait une liberté de principe ou un droit de reproduire les œuvres pour un usage privé. La faculté de faire des copies privées n'est accordée par la loi qu'à titre d'exception, pour des raisons d'ordre surtout pragmatique, mais la référence à l'usage public ne participe pas de la définition du droit de reproduction* ».

⁴⁶⁹ E. DEL BIANCO, *Le droit d'auteur et ses limites*, Imprimerie H. Jaunin S.A, 1951, p. 124.

⁴⁷⁰ J. BARTA, *op. cit.*, p. 129.

aux « copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 (du CPI) ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique »⁴⁷¹. Dès lors, dire que les reproductions privées se situeraient en dehors du champ d'application du droit de reproduction signifierait une chose : que par rapport à celles-ci (relevant en vérité d'une exception à l'exception), l'auteur jouirait d'un droit forcément *sui generis*, de nature différente que celui qu'il détient à l'égard des reproductions publiques, non couvertes par l'exception première.

Autrement dit, il semble que l'on puisse reprocher aux partisans de la copie privée en tant que « fausse exception » de ne pas avoir répondu à la question suivante : selon eux, quel droit détient l'auteur sur la copie d'un logiciel autre que la copie de sauvegarde réservée strictement à l'usage privé du copiste ? En effet, si la copie n'entre pas dans le périmètre du droit de reproduction du fait de son caractère privé, comment l'auteur pourrait-il « récupérer » un droit de l'interdire (argument *a contrario* de la formule énonciative de la liste des exceptions de l'art L. 122-5 du CPI), et au nom de quel droit ladite interdiction serait-elle permise⁴⁷² ?

Eu égard à l'ensemble de ce qui précède, il semble préférable de considérer la copie privée comme une exception à part entière devenue comme telle à la suite de l'intervention du législateur⁴⁷³. Ce changement de nature est motivé par les insuffisances du système situant l'usage privé en dehors des frontières du droit d'auteur⁴⁷⁴. Non seulement cette interprétation est conforme à la lettre de la loi qui couvre par le droit exclusif toutes les reproductions susceptibles d'être communiquées au public, mais aussi elle nous permet d'éviter le paradoxe auquel conduit inévitablement la thèse contraire.

⁴⁷¹ Article 122-5, 2° du CPI. Pour des raisons évidentes, la rédaction initiale de l'art 41, 2° de la loi du 11 mars 1957 ne comportait pas de référence à une copie d'un logiciel.

⁴⁷² Le problème a également été remarqué par A. Zollinger quand il écrivait que la réserve faite des « copies d'œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée » fait que « le droit exclusif semble s'exercer en cette circonstance, alors même que cette copie est effectuée dans la sphère privée, et réservée à l'usage exclusif du copiste. On ne comprend pas aisément la raison de cette réserve, qui prive de cohérence l'ensemble de la disposition en amenant à penser que le droit patrimonial de l'auteur peut s'exercer jusque dans la sphère privée (et donc que l'article L. 122-5 2° ne pose pas une limite, mais bien une exception de copie privée », A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008, p. 275. Loin de priver de cohérence la disposition en cause, la raison d'être de cette réserve réside dans le fait que l'exception de copie privée est une véritable exception. Dans ce contexte, paralyser son jeu par une autre exception marque, purement et simplement, le retour au droit exclusif de reproduction.

⁴⁷³ Dans ce sens, not. : H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978, p. 300.

⁴⁷⁴ *Supra*, n° 73 et suiv.

160. Les mêmes conclusions valent pour les représentations effectuées dans le cercle de famille. La doctrine majoritaire partage une opinion selon laquelle le droit de représentation, couvrant exclusivement la communication directe de l'œuvre au public, et donc à un nombre indéterminé de personnes, n'engloberait pas les représentations privées, effectuées dans le cercle de famille. Par conséquent, les dispositions législatives relatives à ces dernières devraient être considérées comme dressant une limite externe du droit d'auteur et non pas comme une exception⁴⁷⁵.

161. Ce raisonnement n'est que partiellement vrai. Certes, en principe, le droit de représentation n'entre en jeu que lorsque l'œuvre est communiquée au public, néanmoins, il sera « déclenché » également si la représentation, bien qu'effectuée dans un cercle restreint de famille, n'est pas gratuite.

La conclusion découle de la lecture *a contrario* de l'art 41, 1° de la loi du 11 mars 1957 (article L. 122-5, 1° du CPI) qui dispose que l'auteur ne peut interdire « *Les représentations privées et **gratuites** effectuées exclusivement dans un cercle de famille* » (nous soulignons). Par conséquent, on constate qu'*a priori* le droit de représentation s'intéresse également aux représentations dans le cercle de famille, et ce n'est que par la force d'une exception légale que celles-ci se trouvent autorisées sans le consentement du titulaire⁴⁷⁶.

Admettre le contraire, à savoir considérer qu'une représentation est intrinsèquement en dehors de l'emprise du monopole dès lors qu'elle s'effectue dans un cercle restreint de la famille, conduirait à une incohérence, car une représentation privée, mais non gratuite, bien que située en dehors du monopole, pourrait être interdite. Encore une fois, au nom de quel droit l'auteur pourrait-il interdire un acte non couvert par ses droits exclusifs ?

162. Outre ces arguments, invitant l'interprète à donner un sens à la loi au lieu de l'en priver, l'assimilation de la copie privée et de l'exception pour les représentations dans le cercle de famille à des limites externes des droits exclusifs dénature l'apport de la loi du 11 mars 1957 en la matière.

Si ces exceptions avaient été conçues en tant que limites externes du droit d'auteur, l'autorisation d'un acte relevant du domaine public étant superflue⁴⁷⁷, il aurait suffi

⁴⁷⁵ J. PASSA, « Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013, pp. 13-17, spéc. p. 13, C. ALLEAUME « La mise en balance du droit d'auteur », *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2010, pp. 423-445, spéc. p. 434, C. CARON, « Les exceptions au regard du fondement du droit d'auteur en droit français », in A. LUCAS, P. SIRNELLI, A. BENSAMOUN, *Les exceptions au droit d'auteur, État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, 2012, pp. 19-25, spéc. p. 21, A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz, 2010, p. 328.

⁴⁷⁶ Dans ce sens, S. CARRE, *L'intérêt public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier I, 2004, p. 655.

⁴⁷⁷ C. CARON, « La limite de l'accessoire consacrée avec un nouveau fondement », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull. I*, n° 87, *CCE*, n° 7, juill. 2011, comm. 62.

au législateur de préciser le contenu positif des droits exclusifs, en les attachant à toute communication de l'œuvre au public et toute fixation matérielle suivie de la communication de la copie au public, pour que leurs limites se cristallisent⁴⁷⁸. De plus, si les exceptions couvrant les usages privés étaient des limites externes des droits de l'auteur, elles n'auraient qu'une valeur pédagogique, comme c'est par exemple le cas d'une fausse exception, connue du droit belge, pour consultation de documents administratifs⁴⁷⁹. Celle-ci est en réalité une affirmation de la licéité de l'usage se trouvant en dehors des droits exclusifs, qui ne s'intéressent point à la consultation⁴⁸⁰.

Vu l'architecture du paradigme d'équilibre préétabli consacré par la loi du 11 mars 1957, une telle interprétation, faisant de certaines exceptions des règles de nature purement pédagogique, n'est pas admissible.

b. L'aspect paradigmatique de la dissociation

163. L'idée du désintérêt du droit d'auteur à l'égard des usages privés correspondait à l'état d'esprit du droit issu des lois révolutionnaires sur le droit d'auteur. Nous avons démontré qu'elle ne passait pas l'épreuve du temps, notamment en ce qu'elle permettait au juge, de manière trop libérale, de puiser dans l'aspect négatif des droits exclusifs⁴⁸¹. Seul un monopole ouvert et *a priori* omnipuissant, n'étant paralysé qu'*a posteriori* par les exceptions, permit au législateur de réaliser son objectif - regagner le contrôle sur le volet dérogatoire du droit d'auteur.

164. En outre, seule cette logique lui permet de mettre en place, et de conserver pour l'avenir, un déséquilibre harmonieux entre les intérêts antagonistes, en orientant le processus

⁴⁷⁸ Il convient de rappeler une opinion jadis présentée par la doctrine suisse par rapport à l'assimilation de l'exception pour l'usage privé à une limite du droit d'auteur, selon laquelle « *les limites imposées aux droits de l'auteur dans l'intérêt de la collectivité ont leur source commune dans le droit de jouissance appartenant au public en vertu du don que l'auteur lui a fait de son œuvre* ». Il en résulte qu'« *un texte légal, confirmant expressément que l'usage privé se trouve soustrait au monopole d'exploitation de l'auteur, peut paraître inutile, car il y a là un corollaire indispensable du don au public (...)* », E. DEL BIANCO, *Le droit d'auteur et ses limites*, Imprimerie H. Jaunin S.A., 1951, pp. 127-128.

⁴⁷⁹ V. : l'article 10 al. 1^{er} de la loi belge n° 97/00893 du 12 nov. 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes, Moniteur Belge, 19 déc. 1997, p. 34253, aux termes duquel « *Lorsque la demande de publicité porte sur un document administratif d'une autorité administrative provinciale ou communale incluant une œuvre protégée par le droit d'auteur, l'autorisation de l'auteur ou de la personne à laquelle les droits de celui-ci ont été transmis n'est pas requise pour autoriser la consultation sur place du document ou pour fournir des explications à son propos* ».

⁴⁸⁰ A. STROWEL, « *Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents* », in S. DUSOLIER, J. C. GINSBURG, P. B. HUGENHOLTZ, A. LUCAS, A. STROWEL, *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, Bruylant, 2000, pp. 5-24, spéc. p. 13.

⁴⁸¹ *Supra*, n° 73 et suiv.

d'interprétation de la loi en faveur de l'auteur. Il ne faut pas oublier qu'une loi spéciale, se donnant pour but d'être toujours interprétée *in favorem auctoris*, doit alors combattre le principe d'interprétation neutre propre au droit commun⁴⁸². À cet égard, la distinction entre les exceptions et les limites externes des droits exclusifs est d'importance capitale, car comme le fait remarquer P. Sirinelli, qu'il s'agisse des premières ou des dernières, « *dans les faits, le résultat est le même pour celui qui utilise ainsi l'œuvre, mais, pour la cohérence du droit, il n'est pas indifférent de savoir par quelle voie on parvient à la solution retenue* »⁴⁸³.

165. Dire que parmi les règles prévues par l'art 41 de la loi du 11 mars 1957 certaines sont des limites externes du droit d'auteur et non pas des exceptions risque de confisquer à celles-ci tout le « ballast herméneutique » justifiant leur interprétation stricte *in favorem auctoris*⁴⁸⁴. Admettre qu'il s'agit de limites externes voudrait dire passer outre la hiérarchie naturelle entre la règle et l'exception enracinée dans les valeurs philosophiques de notre société⁴⁸⁵. S'il est évident que l'exception est d'interprétation stricte⁴⁸⁶, parce qu'elle

⁴⁸² P.-Y. GAUTIER, « Les exceptions au regard du droit de l'Union européenne », in A. LUCAS, P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, *Les exceptions au droit d'auteur : État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, 2012, pp. 37-42, spéc. pp. 39-40 : « (...) pourquoi une interprétation du texte favorable à l'auteur ? N'est-ce pas une méthode partielle, alors que l'interprétation en droit commun doit être neutre ? L'interprétation favorable à l'auteur, s'il s'agit d'une exception, va être stricte, s'il s'agit d'un droit exclusif, elle sera large. Le fondement de cette faveur, c'est parce que l'auteur est le créateur de la richesse que nous utilisons tous. Et parce que son droit est fragile ».

⁴⁸³ P. SIRINELLI, *Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins*, Document de l'OMPI, n° WCT-WPPT/IMP/, 3 déc. 1999, Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Genève, 3-7 déc. 1999, p. 2.

⁴⁸⁴ Pour R. Burell et A. Coleman, la question du vocabulaire employé pour désigner les exceptions est un des éléments importants du débat plus large opposant les commentateurs des camps « *pro-owner* » et « *pro-user* ». Ainsi, « (...) proponents of increased copyright protection tend to prefer the language of copyright 'exceptions'. This indicates that these provisions run counter to the ordinary rule and hence that they ought to be interpreted narrowly - that these provisions are to be treated as 'exceptional' », R. BURELL, A. COLEMAN, *Copyright Exceptions : The Digital Impact*, Cambridge University Press, 2005, p. 10. Dans le même sens, J. SPOOR, « General aspects of Exceptions and Limitations on Copyright », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'Étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 27-41, spéc. p. 29 : « Several words are in use to address the derogations from copyright, such as limitations, restrictions or exceptions. As usual, the choice of such a label can be tricky by itself, since the various word may designate concepts of a varying nature and thereby influence the interpretation of the respective provisions ».

⁴⁸⁵ Ainsi, selon C. Geiger, « il ne s'agit pas ici uniquement d'une vague question de terminologie, mais bien d'une question d'ordre fondamental. En effet, il existe une différence notionnelle importante entre ces deux termes. Le terme "exception" implique une hiérarchie : lorsque le strict champ de son application est dépassé, il convient d'en revenir au principe qui est le droit exclusif. Pour utiliser une image, il s'agirait d'un îlot de liberté dans une mer d'exclusivité. Le terme "limitation" n'induit pas un tel ordre de valeur. Au contraire, le champ du droit exclusif se trouve déterminé par ses limites, lesquelles viennent en préciser les contours. Pour utiliser la même image, on se trouverait alors en présence d'un îlot de droit exclusif dans une mer de liberté », C. GEIGER, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur, Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *PI*, n° 13, oct. 2004, pp. 882-891, spéc. p. 887. Dans le même sens, sur la neutralité du terme anglais « *limitation* », utilisé dans le contexte des exceptions aux droits d'auteur, L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts, An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer Law International, 2002, p. 16.

est « *imputée autoritairement sur la règle pour en retrancher un effet* »⁴⁸⁷, tel n'est pas forcément le cas des limites externes du droit qui, ne retranchant rien, annoncent simplement « *la fin du principe* »⁴⁸⁸.

166. Loin d'être réductible à un débat purement linguistique, la distinction entre les exceptions et les limites externes des droits exclusifs est donc un élément essentiel de l'architecture du paradigme de conciliation entre les droits d'auteur et les intérêts du public créé par le législateur français.

Seules les exceptions *dérogent*, et les limites externes des droits d'auteur sont uniquement les frontières de ce à quoi déroge une exception. La licéité de l'acte non compris dans le périmètre des droits exclusifs ressort « *purement et simplement (de) la liberté dont chacun jouit a priori au-delà des frontières de la propriété intellectuelle* »⁴⁸⁹. Par conséquent, un tel acte est licite par nature et n'a besoin d'aucune légitimation *a posteriori*. Il n'y a donc aucune raison de l'interpréter de manière stricte. Une limite externe des droits exclusifs sous-entend l'idée d'une coexistence de deux sphères, en quelque sorte concurrentielles⁴⁹⁰. Pour ces raisons nous ne pouvons que partager l'opinion doctrinale selon laquelle « *le lien intime entre les droits exclusifs et leurs "frontières" (...) ne saurait conduire à admettre une primauté de l'un sur l'autre* »⁴⁹¹, tous deux constituant les deux facettes d'une même médaille⁴⁹².

167. En revanche la directive d'interprétation stricte *in favorem auctoris* découle naturellement des caractéristiques des exceptions qui, de par leur nature, ressemblent à des

⁴⁸⁶ Selon P.-Y. Gautier, « (...) dans le rapport droit exclusif/exceptions il doit y avoir une hiérarchie. Par définition, depuis le droit romain et même avant, il y a le principe et la dérogation », P.-Y. GAUTIER, « Les exceptions au regard du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 41.

⁴⁸⁷ P. GAUDRAT, *loc. cit.*, p. 102.

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

⁴⁸⁹ J. PASSA, *loc. cit.*

⁴⁹⁰ Dans ce sens, P.-Y. GAUTIER, « Le triomphe de la théorie de l'arrière-plan. - (à propos de l'arrêt Paris, 4e ch., sect. B, 12 sept. 2008) », *CCE*, n° 11, nov. 2008, étude 23. Selon C. Geiger, « *les limites au droit exclusif ne constituent pas des exceptions à une règle, mais doivent être considérées comme des techniques par lesquelles la loi délimite le monopole, en s'attachant à maintenir la balance entre les droits des titulaires et ceux des utilisateurs* », C. GEIGER, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur, une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *op. cit.*, pp. 882-891, spéc. p. 888.

⁴⁹¹ C. GEIGER, F. MACREZ, A. BOUVEL, S. CARRE, T. HASSLER, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information ? Réponse du Livre Vert sur "le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance" », *PI*, n° 32, juill. 2009, pp. 231-244, spéc. p. 232.

⁴⁹² Selon C. Geiger, « *If one sees limitations as instruments that determine the scope of a right, and thus specifies the actual legal range of the right by clarifying the uses that copyright law does not capture, it seems unnecessary to differentiate between the scope of protection, on the one hand, and the limitations to copyright on the other. Copyright then can be seen with both an active and a passive aspect as a whole and cannot be separated. Accordingly, the exploitation rights and the limitations to those rights are two sides of the same coin* », C. GEIGER, « Promoting Creativity through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law », *Vanderbilt journal of entertainment and technology law*, n° 3, vol. 12, 2010, pp. 515-548, spéc. p. 522.

servitudes - des inconvénients supportés par le titulaire dans l'intérêt d'autrui⁴⁹³. Étant une sorte d'anomalie, et non pas un élément de définition des droits exclusifs, l'exception aux droits de l'auteur se doit d'être interprétée de manière stricte, toujours *in favorem auctoris*. De ce fait le législateur français, voulant formellement consacrer un droit d'auteur personnaliste, a dû, pour ne pas se contredire, faire de la copie privée et des représentations dans un cercle de famille des exceptions véritables et non pas des limites externes des droits exclusifs.

B. Les caractéristiques positives des exceptions

168. Ayant constaté que les exceptions aux droits de l'auteur telles qu'issues de la technique de formalisation consacrée par la loi du 11 mars 1957 ne sont ni des tolérances, ni des libertés, encore moins des limites externes des droits exclusifs, il convient de se pencher sur les caractéristiques positives de celles-ci.

En tant que règle du droit objectif, l'exception occupe une position particulière par rapport aux droits exclusifs de l'auteur, et par rapport au système du droit d'auteur. Les exceptions apparaissent comme des limites internes des droits subjectifs de l'auteur, prévues par le droit d'auteur objectif⁴⁹⁴. Nous pouvons mettre en relief ces caractéristiques des exceptions aux droits de l'auteur en les comparant à la théorie de l'abus de droit.

Cette dernière, applicable en matière du droit d'auteur est également un outil de rationalisation *des* droits de l'auteur, les limitant de l'intérieur **(1)** toutefois, contrairement aux exceptions, elle n'est pas internalisée par *le* droit d'auteur objectif **(2)**.

1. L'abus de droit et *les* droits de l'auteur

169. Nombreux sont ceux qui admettent la possibilité de paralyser les droits exclusifs de l'auteur par la théorie de l'abus de droit⁴⁹⁵. Le principe de celle-ci consiste essentiellement à permettre au juge « *d'écarter certaines applications indésirables de la règle de droit* »⁴⁹⁶,

⁴⁹³ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., PUF, 2015, p. 346.

⁴⁹⁴ *Supra*, n° 45 et suiv.

⁴⁹⁵ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, p. 331, L. GUIBAULT, « Limitations found outside copyright law », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'Étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 42-54, spéc. p. 49.

⁴⁹⁶ F. POLLAUD-DULIAN, note sous Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2006, *Bull.* I, n° 126, *RTD Com.*, 2006, pp. 370-374, spéc. p. 372.

en l'occurrence la règle attribuant un droit subjectif à l'auteur, et de garantir une certaine déontologie dans son exercice⁴⁹⁷. Reste à savoir comment ladite théorie accomplit cette tâche. À cet égard, un retour aux sources de ce concept apporte des éléments de réponse.

170. Chacun se souvient du célèbre débat opposant Planiol et Josserand, portant sur la position de l'abus de droit par rapport aux frontières des droits subjectifs. Pour le premier, la faute caractérisant l'abus est nécessairement un acte illicite, contraire au droit. Ainsi, dit Planiol, « (...) si j'ai le droit de faire un acte déterminé, je ne suis pas en faute pour l'avoir accompli ; et si j'ai le droit de m'abstenir, je ne suis pas en faute pour l'avoir omis. Par suite, je ne dois rien à personne ; quelque préjudice que mon action ou mon abstention ait causé à autrui »⁴⁹⁸. Dans cette optique, l'usage du droit ne peut jamais devenir abusif, car « le droit cesse où l'abus commence »⁴⁹⁹. Un même comportement donné ne peut pas être à la fois « conforme au droit et contraire au droit »⁵⁰⁰. Dans la conception de Planiol, ce qui est répréhensible se situe nécessairement à l'extérieur de la sphère d'application du droit subjectif⁵⁰¹. L'abus est ainsi un comportement qui dépasse les limites de la prérogative et non pas un acte relevant de son exercice⁵⁰².

En revanche, pour Josserand, il est parfaitement possible « qu'un acte soit tout à la fois conforme à tel droit déterminé et cependant contraire au droit envisagé dans sa généralité et dans son objectivité »⁵⁰³. Dans cette perspective « l'acte abusif est tout simplement celui qui, accompli en vertu d'un droit subjectif dont les limites ont été respectées,

⁴⁹⁷ N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007, p. 110.

⁴⁹⁸ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 1923, p. 287. Dans le même sens, L. DUGUIT, *Les Transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e éd., Librairie Félix Alcan, 1920, p. 200 : « J'admire beaucoup l'effort fait par mes savants collègues pour construire cette théorie de l'abus de droit. Mais ils ne peuvent y arriver, parce qu'elle repose sur une contradiction en soi. Dire que l'exercice abusif d'un droit n'est pas permis, ou encore que celui qui abuse évidemment de son droit ne jouit d'aucune protection légale, c'est dire tout simplement qu'on a fait une chose que l'on a pas le droit de faire, que l'on excède les prérogatives qui se rattachent à tel ou tel droit ».

⁴⁹⁹ M. PLANIOL, *loc. cit.* Ainsi, selon le célèbre adage datant de l'époque Justinien, « *nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur* », (personne n'est censé agir de mauvaise foi, quand il ne fait qu'user de son droit), *Pandectes de Justinien*, Tome XXIII, Dondey-Dupré, 1823, pp. 12-13.

⁵⁰⁰ M. PLANIOL, *loc. cit.*

⁵⁰¹ R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire Allemand*, 2^e éd., Librairie Cotillon, F. Pichon, 1901, p. 370, note 1.

⁵⁰² Pour G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, qui partagent l'opinion de Planiol, « *Ce qui a provoqué un pareil langage c'est que la plupart des droits ne sont pas absolus ; ils ont, au contraire, des limites, au-delà desquelles leur titulaire perd la faculté d'agir et doit être considéré comme étant sans droit. Il peut donc y avoir abus dans la conduite des hommes, non pas quand ils exercent leurs droits, mais bien quand ils les dépassent* », G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, tome III, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1905, p. 1081. Dans le même sens, A. ESMEIN, note sous Cass. req., 29 juin 1897, S., 1898.I.17, pour lequel « *la faute prévue à l'art 1382 ne peut être qu'un acte illicite, et l'exercice d'un droit, dans les limites que la loi lui a tracées, ne saurait être illicite, quelque soit l'intention de celui qui l'exerce* ».

⁵⁰³ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, p. 333.

est cependant contraire au droit envisagé dans son ensemble »⁵⁰⁴. Les critiques de Planiol peuvent donc être repoussées si on tient compte de la différence substantielle entre le droit subjectif et le droit objectif. En effet, ce n'est que dans le cas où la responsabilité est encourue dans l'exercice du droit subjectif, et non dans la situation de défaut de droit retenue par Planiol que la question de l'abus se pose⁵⁰⁵.

171. La doctrine moderne remarque que l'argumentation de Josserand ne suffit pas en elle-même à rationaliser la théorie de l'abus de droit. Ainsi, si l'on partage l'opinion selon laquelle il ne saurait y avoir de droit subjectif sans une décision prise par le droit objectif d'ériger tel ou tel intérêt à ce rang⁵⁰⁶, la présupposition faite par Josserand, consistant à reconnaître une certaine indépendance entre le droit subjectif et le droit objectif apparaît alors comme paradoxale. Dire que le droit objectif consacre un droit subjectif, et y attache des prérogatives précises, pour ensuite sanctionner celui qui s'en sert revient à admettre que le droit objectif permet et interdit en même temps⁵⁰⁷.

Pour surmonter cet obstacle, on a confronté la théorie de l'abus de droit à la distinction entre les limites internes et les limites externes du droit subjectif.

Ainsi, le droit objectif fixe des limites externes et des limites internes au droit subjectif. Il se peut qu'un acte, tout en se situant dans le périmètre du droit subjectif, dont les contours sont fixés par les limites externes, dépasse ses limites internes⁵⁰⁸. Dans ce cas, l'abus de droit est caractérisé. Celui-ci ne désigne pas un acte à la fois permis et interdit par le droit objectif. Le dépassement des limites internes ainsi que le franchissement des limites externes sont tous les deux des actes effectués sans droit et condamnés par le droit objectif.

⁵⁰⁴ *Ibidem.*

⁵⁰⁵ Pour H. Mazeaud, L. Mazeaud et A. Tunc, « *Il y a "défaut de droit" quand une personne sort des limites matérielles de son droit : c'est le cas du cultivateur qui pousse sa charrue sur le champ du voisin ; sa responsabilité est certainement engagée : tout individu qui sort de son droit et cause de ce fait un dommage à autrui en doit réparation : la faute qu'il a commise est certaine. La question de savoir s'il y a "abus d'un droit" se pose au contraire lorsque le titulaire de ce droit demeure dans les limites des prérogatives qui lui sont conférées : lorsqu'il se contente d'exercer ces prérogatives ; telle propriétaire qui, en élevant sur son terrain une clôture démesurée assombrit la maison de son voisin ; tel le plaideur qui, en usant de tous les détours de la procédure, retarde l'issue du procès* », H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome I, Montchrestien, 1965, p. 643.

⁵⁰⁶ Le rejet de cette supposition entraînerait l'assimilation du droit subjectif à un pouvoir de volonté individuelle dont le contenu est déterminé par le sujet du droit et non pas par une règle de droit émanant du corps social. Cela revient à nier sa fonction sociale et, par conséquent, rend inopérante la réflexion sur l'abus de droit. V., sur ce point R. MARTIN, « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », *RTD Civ.*, 1975, pp. 52-65.

⁵⁰⁷ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, p. 751.

⁵⁰⁸ Selon J. Ghestin, « *Les prérogatives accordées à une personne par la loi ne le sont pas de façon absolue. Il y a une mesure à respecter dans leur exercice. Dire qu'un propriétaire a le droit de construire sur son propre terrain ne signifie pas nécessairement qu'il peut construire n'importe quoi n'importe comment. S'il édifie un ouvrage à seule fin de gêner son voisin il sort de son droit, bien qu'il n'en dépasse pas les limites externes* », *Ibidem.*

La spécificité de l'abus de droit réside dans le fait que « *le dépassement du droit subjectif se situe à l'intérieur du cadre délimitant le type de prérogatives reconnues à l'agent* »⁵⁰⁹.

Dans cette perspective, l'objectif de la théorie de l'abus de droit, dans son acception moderne, est de faire tomber « *la conformité apparente de l'action du particulier avec le contenu de son droit* »⁵¹⁰, une analyse plus profonde faisant que « *le comportement du titulaire est de prime abord licite, mais il cesse de l'être s'il apparaît anormal, déloyal, abusif...* »⁵¹¹.

172. Eu égard à ce qui précède, nous pouvons facilement constater que la théorie de l'abus de droit appliquée en matière du droit d'auteur touche les droits exclusifs au même endroit que le fait l'exception. Tous les deux les attaquent de l'intérieur. La théorie de l'abus de droit se différencie toutefois de l'exception aux droits de l'auteur en ce qu'elle n'est pas un outil prévu par le droit d'auteur objectif. Tout en pouvant jouer le rôle d'une limite interne des droits exclusifs, elle constitue avant tout une limite *extra jus auctoris*.

2. L'abus de droit et le droit d'auteur

173. La théorie de l'abus de droit ne fait pas partie du droit d'auteur objectif. Elle apparaît comme un mécanisme de rationalisation externe⁵¹². Les exceptions et l'abus de droit exercent tous deux un rôle d'arbitrage entre les valeurs que consacre le droit d'auteur, et le font de façon peu ou prou similaire. En présence d'une exception, cet arbitrage est internalisé par le droit d'auteur objectif, tandis que l'application de la théorie de l'abus

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 752. Dans le même sens, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Dalloz, 2003, p. 274 et suiv., L. ECK, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, L'Harmattan, 2010, p. 174, G. DECOCQ, « Abus de droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante », in *Droit et technique, études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, pp. 143-159, spéc. p. 145 : « *Il y a dépassement du droit lorsque son titulaire exerce un pouvoir qui lui est refusé (...). En revanche, l'abus de droit se situe dans le cadre des prérogatives conférées par le droit (...). L'abus stricto sensu sanctionne la façon dont est exercée une prérogative dont l'existence est préalablement reconnue. Le dépassement de droit sanctionne l'absence de droit ou le dépassement de droit : le fait d'exercer une prérogative dont l'existence de principe est déniée* ».

⁵¹⁰ A. DE VITA, « L'abus de droit dans le droit du logement », in *L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles*, Actes du dix-neuvième Colloque de droit européen, Luxembourg, 6-9 nov. 1989, Conseil d'Europe, 1990, pp. 122-157, spéc. p. 123.

⁵¹¹ P. ANCEL, G. AUBERT, « Introduction en forme de dialogue franco-suisse », in P. ANCEL, G. AUBERT, CH. CHAPPUIS, *L'abus de droit, Comparaisons franco-suisse*, Presses universitaires de Saint-Étienne, 2001, pp. 15-28, spéc. p. 18. Dans le même sens, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, p. 468 : « (...) le terme d'abus désigne l'acte qui, se couvrant du voile de la conformité à la lettre, sort pourtant des limites qui sont fixées au droit litigieux en considération de son esprit », G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, p. 171, : « *Pour trouver des hypothèses réelles d'abus du droit, il faut que l'acte accompli soit par lui-même irréprochable. Rentrant dans l'exercice normal et habituel du droit, il serait supporté sans recours, s'il n'était pas vicié par l'esprit qui l'inspire* ».

⁵¹² Selon le vocabulaire de N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007, p. 110.

de droit fait jouer un mécanisme qui lui est extérieur⁵¹³. À cet égard, il convient de se demander pourquoi le législateur a voulu internaliser cet arbitrage en créant les exceptions. Les raisons de cette démarche tiennent, encore une fois, à l'architecture du paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur et peuvent être décrites à travers un raisonnement en deux temps.

174. Rappelons que le législateur français a décidé de faire des exceptions les limites internes des droits subjectifs de l'auteur, car cette technique présente un avantage considérable par rapport à la vision privilégiant ses limites externes. En effet, l'auteur qui souhaiterait interdire un acte couvert par une exception, comme celui auquel on reproche un abus de droit, resterait formellement dans les limites de son droit et jouirait, *a priori*, d'un « *privilège d'irresponsabilité* »⁵¹⁴. Pour écarter ce « privilège », il est nécessaire de combattre la présomption de licéité s'attachant, selon toute logique, à l'exercice du droit subjectif⁵¹⁵. Cela n'est possible que si l'on reconnaît l'existence d'un obstacle éthique dont la gravité permet de neutraliser « *le sentiment d'une irresponsabilité dans l'exercice du droit* »⁵¹⁶ dictant, dans des circonstances normales, l'application « *nécessaire et universelle* » d'un principe de droit établi d'une manière abstraite⁵¹⁷.

Puisque l'exception aux droits de l'auteur est également une limite interne des droits subjectifs de l'auteur, on peut lui appliquer les directives d'interprétation attachées à la théorie de l'abus de droit. Le contrôle de ce dernier, vu qu'il trouble l'ordre juridique de façon dérogatoire⁵¹⁸, « *doit rester exceptionnel et ne doit se heurter qu'exceptionnellement aux remparts de la licéité du droit exercé* »⁵¹⁹. La même conclusion vaut également pour l'exception aux droits de l'auteur. Cette caractéristique fondamentale fait des limites internes un outil atténuant l'absolutisme des droits subjectifs tout en soulignant leur prééminence.

⁵¹³ P. KAMINA, « Droit d'auteur et article 10 Conv. EDH : suite... et fin ? », note sous Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, *Bull. I*, n° 229, *Propriété industrielle*, n° 1, janv. 2004, comm. 8.

⁵¹⁴ P. DURAND, « L'évolution contemporaine du droit de la concurrence », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome II, Dalloz, Sirey, 1961, pp. 439-452, spéc. p. 442.

⁵¹⁵ Pour l'existence d'une telle présomption simple de licéité de l'acte accompli dans l'exercice d'un droit v. : C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998, p. 106 et suiv., J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 765 et p. 755 : « (...) la présupposition de rectitude des actes accomplis dans les limites "externes" d'un droit précis est d'une intensité toute spéciale. La question du contrôle de l'usage abusif de ces prérogatives déterminées revêt alors des traits spécifiques. Il s'agit, en effet, en dépit de la garantie de conformité à la loi que confère aux particuliers la définition nette de leurs droits, de vérifier la manière dont ils usent de leurs pouvoirs et de détruire en certains cas le préjugé de licéité très fort dont ils bénéficient ».

⁵¹⁶ G. RIPERT, *op. cit.*, p. 163.

⁵¹⁷ M. ROTONDI, « Le rôle de la notion de l'abus de droit », *RTD Civ.*, 1980, pp. 66-69, spéc. p. 67.

⁵¹⁸ P. ESMEIN, A. PONSARD, *Droit civil français*, Tome VI, Contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile, 7^e éd., Librairie de la Cour de cassation, 1975, p. 546.

⁵¹⁹ C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 106, dans le même sens J. GHESTIN, « L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.*, 1981, II, doct. pp. 379-384, spéc. p. 379.

175. C'est précisément cet effet de déséquilibre harmonieux que recherchait le législateur français lors de la grande codification du droit d'auteur⁵²⁰. Toutefois, le fait que les limites internes des droits d'auteur subjectifs soient laissées à l'extérieur du droit d'auteur objectif est difficilement conciliable avec le caractère programmé et préétabli du déséquilibre évoqué.

Faire appel aux limites *extra jus auctoris* s'oppose à l'idée de prévoyance du législateur en la matière. En outre, il dévoile certains défauts de la technique législative utilisée.

À cet égard, certains auteurs estiment que la théorie de l'abus de droit est la réponse à une déficience du langage légal dans les cas où celui-ci faillit à dessiner correctement les limites d'un droit, conduisant à l'incapacité de ces dernières à encadrer efficacement la variété des usages des droits subjectifs par leurs titulaires⁵²¹. On reproche à ce correctif universel de forcer le juge à remplir la mission du législateur, à savoir reconnaître et faire respecter la finalité sociale des droits subjectifs en leur apportant des limites précises⁵²², en d'autres termes, d'astreindre le juge à mener en lieu et à place du législateur la politique juridique⁵²³. À cet égard, on comprend mieux la nécessité du droit d'auteur objectif à internaliser les limites internes des droits d'auteur subjectifs.

176. L'architecture du paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur, bâti autour d'une liste fermée d'exceptions rigides, s'oppose à ce que soient admises comme limites internes des droits exclusifs des règles ne provenant pas du droit d'auteur objectif (*extra jus auctoris*). Il en est ainsi parce que la grande codification avait pour ambition de priver le juge du droit d'auteur de la possibilité de remodeler l'équilibre voulu par

⁵²⁰ *Supra*, n° 120 et suiv.

⁵²¹ Ainsi, G. Cornil, tout en reprenant les critiques de Planiol écrivait que « *L'expression "abus de droit" contient en soi une contradiction ; car du moment où il y a abus, c'est que les limites du droit ont été franchies : quand on abuse, on sort du domaine du droit. À vrai dire, il est donc impossible qu'il y ait abus de droit. Mais si un droit est imparfaitement défini, il se conçoit qu'il soit fait de ce droit mal défini, un usage abusif, qui sorte en réalité des limites du droit, tout en paraissant rester dans les limites de la définition imparfaite de ce droit. C'est là ce qu'on appelle très justement, en vérité, un abus de droit* », G. CORNIL, *Le droit privé, essai de sociologie juridique simplifiée*, Marcel Giard, 1924, p. 99.

⁵²² A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.*, 1972, pp. 67-70, spéc. p. 70. Dans le même sens, J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 792 : « *Il ne faut pas trop attendre de l'application de la théorie de l'abus de droit. Elle n'est qu'un correctif apporté à la mise en œuvre des droits. Il est difficile sous peine d'accroître dangereusement les incertitudes, de lui faire jouer un rôle beaucoup plus important. C'est au législateur qu'il appartient, en définissant les limites "externes" des droits et en créant des obligations précises de donner les orientations décisives* ».

⁵²³ Dans cette optique on a pu souligner, à l'occasion de l'analyse de la question d'application de la théorie de l'abus de droit en matière de recouvrement des créances, que la grande souplesse inhérente à ce correctif « (...) naît inéluctablement une pesante incertitude (...). Aussi, ne peut-on (...), que recommander aux juges, comme au législateur, de faire preuve d'une extrême prudence dans la détermination des limites qu'il leur semble bon d'apporter au droit de recouvrer son dû », J. MESTRE « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Sirey, 1985, pp. 437-474, spéc. p. 474.

le législateur entre les droits exclusifs et les intérêts du public, ainsi que de mettre en place un modèle de conciliation stable et définitif. À cet égard, l'idée d'une certaine autosuffisance des règles du droit d'auteur est rentrée dans la tradition juridique. Ainsi, celles-ci forment un « ensemble homogène »⁵²⁴ hostile à l'introduction d'« éléments d'analyses externes au droit d'auteur, rompant nécessairement sa cohérence interne »⁵²⁵.

À la base, le droit d'auteur n'est pas autarcique⁵²⁶, toutefois le législateur français a voulu qu'il le devienne, et a décidé d'anticiper les cas d'usage antisocial des droits exclusifs et de les réguler en amont au niveau législatif. À la suite de cette internalisation du conflit entre les droits exclusifs et les intérêts du public, les cas d'application de la théorie de l'abus de droit pour sanctionner le détournement des droits patrimoniaux de l'auteur se sont faits extrêmement rares⁵²⁷. Encore plus rares sont désormais les cas dans lesquels cette limite *extra jus auctoris* est mobilisé avec succès pour paralyser les prérogatives du droit moral. Dans ce dernier cas, l'applicabilité de la théorie est vivement discutée⁵²⁸. Le même argument d'internalisation s'oppose traditionnellement à ce que les droits d'auteur soient limités par des mécanismes du droit de la concurrence ou bien par des droits et libertés fondamentales. Nous y reviendrons⁵²⁹.

⁵²⁴ E. TREPPOZ, « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », *RLDI*, n° 82, mai 2012, pp. 99-101, spéc. p. 101.

⁵²⁵ *Ibidem*.

⁵²⁶ V.-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, n° 192, avr. 2002, pp. 3-109, spéc. p. 83.

⁵²⁷ Dans ce sens, C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 62 et pp. 64-66. Pour le rejet, v. : Paris, 26 sept. 1988, *D.*, 1988, IR, p. 255, Cass 1^{re} civ., 23 nov. 1959, *Bull. I*, n° 490.

⁵²⁸ Pour une telle possibilité v. : P. SIRINELLI, note sous Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, *Bull. I*, n° 157, *RIDA*, n° 151, janv. 1992, pp. 272-290, spéc. p. 283, C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 76 : « (...) nous pouvons constater que le droit d'auteur, dans l'ensemble de ses prérogatives, est susceptible d'abus (...) », ou encore, C. CARREAU, « Propriété intellectuelle et abus de droit », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, pp. 17-41, spéc. p. 28. *Contra*, G. LYON-CAEN, P. LAVIGNE, *Traité théorique et pratique de droit du cinéma français et comparé*, LGDJ, 1957, p. 332, pour lesquels « le droit moral n'a plus de sens si on lui applique la théorie de l'abus de droit ». Dans le même sens, F. POLLAUD-DULIAN, « Le droit moral en France à travers la jurisprudence récente », *RIDA*, n° 145, juill. 1990, pp. 127-314, du même auteur, « Abus de droit et droit moral », *D.*, 1993, chron. XXI, pp. 97-102. Pour la jurisprudence admettant l'abus du droit moral v. : Cass. civ., 14 mai 1945, *D.*, 1945, p. 285, note H. DESBOIS, *JCP*, 1945.II.2835, note R.C., Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, *Bull. I*, n° 157, *JCP*, 1991.II.21760, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD Com.*, 1991, p. 592, note A. FRANCON, *RIDA*, n° 151, janv. 1992, p. 272, note P. SIRINELLI, et, plus récemment, Paris, 19 déc. 2008, *CCE*, n° 3, mars 2009, comm. 22, note C. CARON, Poitiers, 29 juill. 2010, *CCE*, n° 6, juin 2011, comm. 51, note C. CARON. *Contra*, Cass., 1^{re} civ., 5 juin 1984, *Bull. I*, n° 184, *RIDA*, n° 124, avr. 1985, p. 150, *D.*, 1985, IR, p. 312, note C. COLOMBET : l'exercice du droit moral par l'auteur de l'œuvre originale « revêt un caractère discrétionnaire, de sorte que l'appréciation de la légitimité de cet exercice échappe au juge ».

⁵²⁹ E. TREPPOZ, *loc. cit.*

II. Les exceptions au sens subjectif

177. L'architecture du paradigme de conciliation entre les droits exclusifs de l'auteur et les intérêts du public consacré par le législateur français s'oppose, de façon évidente, à ce que les exceptions aux droits de l'auteur soient porteuses des droits subjectifs au profit des utilisateurs (A). La consécration de la vision personnaliste du droit d'auteur opère une hiérarchisation des intérêts en présence, en faisant des prérogatives des utilisateurs de simples facultés protégées par le droit objectif (B).

A. L'exception n'étant pas source des droits subjectifs

178. Le droit d'auteur français confère aux créateurs des droits subjectifs sur leurs œuvres⁵³⁰. Le droit subjectif se définit comme une «*prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui*»⁵³¹. Dans le contexte du droit d'auteur, ces droits subjectifs consistent principalement en un pouvoir juridiquement sanctionné d'exclure les tiers de l'usage de l'œuvre.

L'existence de ce droit subjectif donne naissance au devoir du public de ne pas empiéter sur le terrain réservé à l'auteur⁵³². Les exceptions étant des espaces d'impunité, volontairement soustraits par le législateur du monopole d'exploitation *a priori* absolu, elles

⁵³⁰ C. COLIN, « Devoir d'auteur », *RIDA*, n° 224, avr. 2010, pp. 160-249, spéc. pp. 161-163.

⁵³¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, p. 374. Pour Dabin le droit subjectif représente une «*prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien soit comme dû*», J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 105. En caractérisant le droit subjectif, Roubier propose trois conditions : 1° Il faut une prérogative à laquelle le bénéficiaire du droit peut prétendre. Il ajoute que cette prérogative doit prendre forme d'un avantage et non pas d'une charge. Cette exigence nous permet de distinguer nettement des droits subjectifs et des simples applications du droit objectif. Pour expliquer cette différence, Roubier prend l'exemple suivant : «*si le législateur décide que le père survivant est le tuteur de ses enfants légitimes, il formule une règle qui sera invoquée, quelle que puisse être sa signification concrète dans tel ou tel cas ; c'est un devoir pour le père de prendre cette tutelle (...); mais c'est aussi une prérogative qu'il peut réclamer si on voulait la lui enlever*». Une telle règle appliquée indépendamment de son caractère bénéfique ou désavantageux à l'égard de son destinataire ne constitue pas un droit subjectif. 2° Il faut que la prérogative en cause puisse être transmise à d'autres, car le droit subjectif est assimilable à un bien. 3° Il faut que la prérogative comporte la possibilité de renonciation, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, p. 129. Pour aller plus loin, sur la question d'existence même du droit subjectif, v. : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tome I, E. Boccard, 1927, pp. 15-22. Sur l'incompatibilité du droit subjectif avec la théorie pure du droit en raison du caractère extérieur par rapport à la puissance de l'État, v. : H. KELSEN, «*Aperçu d'une théorie générale de l'État*», *Revue du droit public et de la science politique*, Tome XLIII, 1926, pp. 561-646, spéc. pp. 572-573 et pp. 576-577.

⁵³² C. COLIN, *op. cit.*, p. 163.

ne sont pas, selon la doctrine majoritaire française, porteuses de droits subjectifs ainsi compris⁵³³.

179. Admettre que les utilisateurs jouissent de droits subjectifs consacrés par les exceptions, et par conséquent dire qu'ils peuvent exiger que le monopole cède devant les types d'usages couverts par les exceptions serait une négation de la vision du droit d'auteur consacrée par la loi du 11 mars 1957.

Rappelons que le droit d'auteur français tel qu'issu de ce texte est garant du lien entre les créateurs et leurs œuvres, et non pas gardien de l'environnement socioéconomique dans lequel les auteurs vivent⁵³⁴. La réticence générale du législateur à l'égard de la vision sociale du droit d'auteur, et le principe d'interprétation *in favorem auctoris* des règles du droit d'auteur qui en découle, conduisent la plupart des auteurs à admettre que les exceptions ne sont pas assimilables aux droits des utilisateurs pouvant donner naissance à une créance quelconque sur le titulaire des droits d'auteur⁵³⁵.

180. En outre, la doctrine remarque que la dissociation s'impose eu égard au principe de fonctionnement de l'exception. Ainsi, comme le remarque S. Dusollier, « *le privilège dont bénéficie un utilisateur pour effectuer une copie privée d'une œuvre n'est en rien exclusif et coexiste avec les libertés identiques de toute autre personne se trouvant dans les conditions de l'exception. Le bénéficiaire d'une exception ne peut exclure une autre utilisation identique de l'œuvre et le public se partage à l'identique la liberté d'usage ou d'exploitation de l'œuvre ou de l'invention. Cette absence d'exclusivité est précisément ce qui rend difficile la qualification de l'exception en un véritable droit, en tout cas en droit civil* »⁵³⁶.

Si les exceptions aux droits de l'auteur ne consacrent pas des droits subjectifs au profit des utilisateurs, elles leur confèrent certaines prérogatives, hiérarchiquement inférieures aux droits de l'auteur, sous forme de facultés.

⁵³³ A. STROWEL, « Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents », in S. DUSOLIER, J. C. GINSBURG, P. B. HUGENHOLTZ, A. LUCAS, A. STROWEL, *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?* Bruylant, 2000, pp. 5-24, spéc. p. 16.

⁵³⁴ H. DESBOIS, « Le droit moral », *RIDA*, n° spécial XIX, avr. 1958, pp. 121-159, spéc. p. 127. Dans le même sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, p. 72.

⁵³⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p. 796.

⁵³⁶ S. DUSOLLIER, « Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle », in IRPI, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?* LexisNexis, 2013, pp. 29-48, spéc. pp. 38-39.

B. L'exception étant source d'une faculté

181. Il est de l'essence des droits subjectifs, même les plus absolus, comme le droit de propriété, de porter, à côté des avantages, des devoirs à l'égard des tiers⁵³⁷. Le droit consacre toujours des « situations juridiques » définies comme des conglomérats de droits et de devoirs, plutôt que des droits subjectifs purs⁵³⁸.

C'est dans cette optique que Roubier distingue des « *situations juridiques subjectives* » créant « *principalement des droits plutôt que des devoirs* » et des « *situations juridiques objectives* » qui, quant à elles, « *tendent à reconnaître des devoirs plutôt que des droits* »⁵³⁹. Si on se lance dans l'analyse des droits subjectifs de l'auteur dans ce cadre conceptuel, on les range intuitivement dans la première de ces catégories⁵⁴⁰. Le droit d'auteur confère des droits subjectifs au titulaire, mais il lui demande également de supporter une « servitude » sous la forme d'une exception. Dans cette perspective, en refusant aux exceptions le caractère des droits subjectifs, on ne saurait complètement nier leur portée juridique en les assimilant à des tolérances. Hélas, cette assimilation abusive intervient souvent dans la perspective de dissociation des exceptions et des droits du public⁵⁴¹.

Certes, les exceptions ne sont pas des prérogatives permettant aux utilisateurs d'exiger un certain comportement du titulaire. Néanmoins elles sont indéniablement des règles consacrées par le droit objectif qui énoncent, par le biais de l'affirmation ferme, que « *l'auteur ne peut interdire* » un modèle de comportement à suivre.

182. De cette formule semble découler l'octroi aux utilisateurs d'une faculté, d'une option d'effectuer une copie destinée à l'usage privé, de parodier, de citer...⁵⁴². Cette faculté n'est pas une simple possibilité de fait, mais, pour reprendre le vocabulaire de Roubier, une possibilité légale d'option en vue de la création d'une situation juridique⁵⁴³. L'exercice de cette option par l'utilisateur déclenche toute une série de conséquences juridiques, dont la plus importante semble être la possibilité de repousser l'action en contrefaçon.

⁵³⁷ C. COLIN, *op. cit.*, pp. 163-165, P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 53. Dans le même sens, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, pp. 321-322.

⁵³⁸ P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 52-53, C. COLIN, *op. cit.*, p. 165.

⁵³⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁴⁰ C. COLIN, *op. cit.*, pp. 160-249, spéc. p. 165.

⁵⁴¹ Par exemple, E. DREYER, « Illicéité de la copie privée dont la source est elle-même illicite », note sous Cass. crim., 30 mai 2006, inédit, *D.*, 2006, pp. 2676-2680, spéc. p. 2678.

⁵⁴² C. COLIN, *op. cit.*, p. 171.

⁵⁴³ Pour Roubier, la faculté est « *une option ouverte par la loi entre différents partis déterminés, qui permet à son bénéficiaire de faire naître (ou d'empêcher de naître à une situation juridique nouvelle)* », P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 164.

183. Comme le remarque F. Pollaud-Dulian, l'exception est avant tout un moyen de défense, à ne pas confondre avec un droit subjectif⁵⁴⁴. L'utilisateur agissant dans les limites de l'exception et attaqué par le titulaire peut ainsi réclamer l'application, à son profit, des règles du droit objectif non érigées en droits⁵⁴⁵. L'exception apparaît donc comme une règle du droit objectif protégeant, à travers l'octroi de facultés non assimilables aux droits subjectifs, certains intérêts des utilisateurs⁵⁴⁶. En tout état de cause, puisqu'on est en présence d'intérêts juridiquement protégés et de prérogatives consacrées par le droit, en aucun cas il ne s'agit d'une simple tolérance.

184. Une précision s'impose toutefois. Une telle interprétation des prérogatives, conférées aux utilisateurs par les exceptions, ne peut se justifier que si l'on partage l'opinion de F. Ost, selon laquelle les intérêts et les droits subjectifs se situent « (...) *sur une ligne continue qui mesure des différences de degré et non de nature* », ⁵⁴⁷ et que l'on refuse à la fois la dissociation et la fusion totale de ces deux concepts. En effet, il se peut que le droit objectif protège certains intérêts, plus ou moins légitimes, par le biais de mécanismes autres que la reconnaissance des droits subjectifs.

À cet égard, il convient de rappeler la définition du terme « intérêt » d'A. Gervais. Celui-ci l'assimile à une « *“utilité”, matérielle ou morale, actuelle ou future, en général égoïste, mais parfois altruiste, d'une personne, physique ou morale “porteuse” (...) d'intérêt* »⁵⁴⁸. Cette utilité, poursuit-il « *consiste pour son “porteur” à avoir la possibilité matérielle soit de satisfaire des besoins, soit d'obtenir des avantages, soit d'éviter des inconvénients* »⁵⁴⁹.

Les intérêts ainsi conçus se situent sur le plan de l'être (de l'utilité et de l'existence). Les droits subjectifs relèvent bien évidemment de la sphère du devoir-être ⁵⁵⁰. Ces deux éléments entretiennent pourtant une relation étroite. La reconnaissance d'un droit suppose nécessairement l'existence d'un intérêt, mais l'existence d'un intérêt n'implique

⁵⁴⁴ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 796.

⁵⁴⁵ C. COLIN, *op. cit.*, RIDA, n° 224, avr. 2010, pp. 160-249, spéc. p. 203.

⁵⁴⁶ Dans ce sens, L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts, An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer Law International, 2002, p. 107: « (...) *users of protected works have an objective right to accomplish the acts permitted under the copyright act. Since the user's objective right derives from the reflex effect of the law, its scope is strictly limited to the wording of the copyright act. It is not transferable and confers no independent right of action to enforce it* ».

⁵⁴⁷ F. OST, *Droit et intérêt, entre droit et non-droit : intérêt*, FUSL, 1990, p. 35.

⁵⁴⁸ A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” », in *Mélanges à l'honneur de Paul Roubier*, Tome I, Dalloz, Sirey, 1961, pp. 241-252, spéc. p. 241.

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, pp. 241-242.

pas forcément la reconnaissance d'un droit⁵⁵¹. Certains intérêts, les plus dignes et les plus légitimes, se trouvent érigés au rang de droits (ex. les droits de l'auteur). La satisfaction des intérêts les plus illicites est sanctionnée sur le plan de la responsabilité civile et/ou pénale (ex. la contrefaçon).

185. Entre ces deux extrêmes, il existe selon A. Gervais, des intérêts purs et simples dont la satisfaction n'est ni interdite ni encouragée par le système de protection sociale, ainsi que des intérêts légitimes qui peuvent déclencher une certaine protection « en creux ». À cette dernière catégorie d'intérêts correspond « *une obligation faite aux tiers de tenir compte des intérêts légitimes* » et un quasi-droit limité pour leur porteur « *à obtenir que lesdits intérêts ne soient pas méconnus* »⁵⁵². Il y a par conséquent plusieurs catégories et plusieurs degrés de protection offerte aux intérêts par le droit objectif⁵⁵³.

Il semble que les exceptions peuvent être classées dans la dernière portion de ces catégories intermédiaires des intérêts juridiquement protégés présentées par A. Gervais. N'étant pas des droits subjectifs, elles déclenchent une certaine protection en creux de la part du droit objectif, qui consiste à octroyer une faculté à l'utilisateur. La possibilité d'exercer cette faculté ne peut pas être paralysée par l'action en contrefaçon.

186. Telle semble être la nature subjective des prérogatives conférées aux utilisateurs par le droit d'auteur français. L'esprit de ce dernier se concilie mal avec l'idée d'un droit subjectif découlant de l'exception. En outre, une dérogation sous forme de tolérance consacrée par le droit objectif serait un concept étonnant. En revanche, la coexistence de deux types de prérogatives, d'une part de droits subjectifs reconnus aux auteurs, d'autre part de facultés dont bénéficient les utilisateurs, s'inscrit parfaitement dans le cadre du paradigme consacré par la loi du 11 mars 1957.

Du point de vue de l'auteur, les exceptions créent une sorte de devoir de supporter l'utilisation qui aurait pu être interdite en l'absence de toute dérogation. L'existence de ce devoir particulier place l'auteur dans une situation juridique subjective, qui fait naître des droits plutôt que des devoirs. Inversement, du point de vue des utilisateurs, l'exception les place dans une situation juridique objective créant des devoirs plutôt que des droits.

187. L'idée de déséquilibre harmonieux et préétabli, supposant une hiérarchisation des intérêts en présence, trouve ainsi son reflet également sur le plan des prérogatives que

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 243.

⁵⁵² *Ibidem.*

⁵⁵³ F. OST, *op. cit.*, p. 37. Dans le même sens, P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 49 : « *On a cru aujourd'hui pouvoir donner le nom de droit à toute une série de prérogatives, qui permettent par des moyens divers d'obtenir tel ou tel avantage. Cependant on a perdu de vue que le droit objectif peut protéger tel ou tel bien qui lui paraît particulièrement précieux par des moyens qui ne consistent pas dans la création d'un droit* ».

le droit d'auteur objectif confère aux titulaires des droits d'auteur et aux utilisateurs des œuvres de l'esprit.

Conclusions du Chapitre 2

188. Avec la loi du 11 mars 1957, les exceptions aux droits de l'auteur, nées en dehors du droit d'auteur objectif, ont été absorbées par ce dernier. Désormais, la matière repose sur une idée de déséquilibre, programmé et préétabli, entre les droits d'auteur et les intérêts des utilisateurs. Dans le cadre de ce paradigme consacré par le législateur, la tâche d'atténuation de l'absolutisme des règles du droit d'auteur n'appartient plus au juge. Celui-ci, jadis libre de modeler les contours des droits exclusifs et d'y apporter des dérogations, est désormais lié par une liste fermée d'exceptions, inscrite dans la loi. Grâce à cette nouvelle technique de formalisation, l'exception aux droits de l'auteur a réussi à affirmer sa spécificité organique de sorte qu'elle possède de nombreuses caractéristiques qui lui sont propres.

189. Vu la nature, tant objective que subjective, de l'exception, celle-ci constitue l'artère vitale de la politique d'autarcie du droit d'auteur personnaliste, qui se croit capable d'anticiper ses imperfections et de les éliminer à l'aide de ses propres méthodes.

Conclusions du Titre 1

190. L'analyse du processus historique de formation du modèle français de l'exception aux droits de l'auteur est révélatrice de deux phases de construction du paradigme qui règne désormais en la matière. En premier lieu elle décrit le droit d'auteur à la recherche d'une norme dérogatoire cohérente. En deuxième lieu, elle véhicule l'image d'une tâche accomplie. À ce stade d'analyse, l'exception issue de la grande codification du droit d'auteur apparaît comme une norme aboutie, reflétant, de manière convaincante, les choix idéologiques et politiques propres à la tradition du pays ayant donné naissance au droit d'auteur.

Toutefois, on ne saurait avoir une vision complète du paradigme français des exceptions en nous concentrant uniquement sur ce qui peut être expliqué en son sein et en passant sous silence ses limites. Celles-ci existent bien, ce qui n'étonne guère, car comme le souligne T. Kuhn, « (...) *aucun paradigme accepté comme base de la recherche scientifique ne résout jamais complètement tous ses problèmes* »⁵⁵⁴.

Celui élaboré en matière des exceptions aux droits de l'auteur ne fait que confirmer cette règle.

⁵⁵⁴ T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983, p. 117.

Titre II. Les limites du paradigme

191. Le droit d'auteur français est sorti de la phase préscientifique grâce à la loi du 11 mars 1957, qui était censée générer des règles autosuffisantes en matière de contrôle des limites internes des droits de l'auteur. Si l'on comparait cette situation à une pièce, intitulée « l'exception à la française », et que l'on devait identifier ses acteurs, on se rendrait compte qu'en théorie, l'intrigue n'en prévoit qu'un seul - le législateur français. Celui-ci a décidé d'évincer le juge de la tâche de création des exceptions et a sérieusement limité sa marge de manœuvre dans le domaine de leur interprétation. Le modèle de l'exception issu de la grande codification du droit d'auteur repose entièrement sur une certaine idolâtrie de la loi et un véritable culte du pouvoir législatif.

En réalité, arraché de son contexte historique et situé dans l'environnement juridique actuel, ledit modèle dévoile quelques limites de son pouvoir explicatif, voire des anomalies. Ainsi, l'idée de plénitude du pouvoir du législateur qui accompagne ce modèle est à relativiser, tant en phase de création des exceptions aux droits de l'auteur (**Chapitre 1**) que dans la phase de leur application (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Les limites du paradigme dans la phase de création des exceptions

192. Le législateur français n'est plus aujourd'hui le seul créateur et maître des exceptions aux droits de l'auteur. Le droit de l'Union européenne exerce sur lui une pression, en lui imposant parfois la transposition d'une exception dont la forme contredit la tradition nationale. Cela engendre une perte de contrôle du législateur français sur les contours des exceptions (**Section 1**). En outre, contrairement à ce qui a été voulu par les créateurs de la loi du 11 mars 1957, il existe toujours des cas dans lesquels le juge du droit d'auteur participe à la création des exceptions, de sorte que le nombre des exceptions présentes dans le droit d'auteur français n'est pas entièrement déterminé par le législateur (**Section 2**).

Section 1. La perte de contrôle sur les contours des exceptions

193. Le phénomène de perte de contrôle du législateur français sur les exceptions s'illustre parfaitement à travers la tension qui existe entre l'exception pour courte citation française et son équivalent prévu par les textes supranationaux.

L'exception pour courte citation telle que consacrée par le législateur en 1957, toujours en vigueur dans sa forme initiale, incarne un siècle et demi de la tradition française du droit d'auteur. Elle est peut-être, parmi toutes les exceptions existantes, la plus représentative de cet héritage. La méfiance à l'égard du juge, la prééminence du droit moral, la volonté de réduire au minimum l'atteinte aux droits patrimoniaux, tous ces éléments trouvent leurs reflets dans sa forme particulièrement rigide et dans son énoncé détaillé.

Ceci étant, à l'heure actuelle, l'exception française pour courte citation ne respecte pas les exigences provenant du droit de l'Union européenne (**I**), ce qui invite le juge du droit d'auteur à une interprétation créative (**II**).

I. Le dépassement de l'exception par le droit de l'Union européenne

194. Sur le plan du droit conventionnel ainsi que celui du droit de l'Union européenne, la conception d'origine française de la courte citation a été remplacée par la notion de citation

conforme aux bons usages (A). Entre les deux, il existe une différence substantielle qui provoque une tension entre le droit interne et les textes supranationaux (B).

A. La naissance de la citation conforme aux bons usages

195. En créant l'exception pour courte citation en 1957, le législateur français s'est inspiré de la rédaction de l'article 10 de l'Acte de Bruxelles de la convention de Berne⁵⁵⁵, qui prévoyait la licéité obligatoire, dans tous les pays de l'Union, des courtes citations d'articles de journaux et recueils périodiques et la licéité facultative des emprunts à des œuvres littéraires ou artistiques pour des publications destinées à l'enseignement ou ayant un caractère scientifique ou encore pour les anthologies.

Aux termes de l'art L. 122-5, 3° du CPI⁵⁵⁶, entrent dans le champ d'application de l'exception, sous réserve du respect du droit moral de l'auteur par l'indication précise de son nom et de la source citée, uniquement les : « (...) courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ». À partir de la deuxième moitié du XX^e siècle, la jurisprudence française ne cesse de rappeler la raison d'être de la consécration par le législateur de la condition de brièveté de la citation. Il a été maintes fois affirmé que l'exception pour courte citation est incompatible avec la reproduction intégrale de l'œuvre⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ Selon l'article 10, largement d'inspiration française (V. : *supra*, n° 101 et suiv.) du texte de Bruxelles (1948) : « (1) Dans tous les pays de l'Union sont licites les courtes citations d'articles de journaux et recueils périodiques, même sous forme de revues de presse. (2) Est réservé l'effet de la législation des pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux, en ce qui concerne la faculté de faire licitement, dans la mesure justifiée par le but à atteindre, des emprunts à des œuvres littéraires ou artistiques pour des publications destinées à l'enseignement ou ayant un caractère scientifique ou pour des chrestomathies ».

⁵⁵⁶ Ancien article 41, 3° de la loi du 11 mars 1957.

⁵⁵⁷ V. not. : Cass. 1^{re} civ., 13 avr. 1988, *Bull. I*, n° 96, *Cahiers du droit d'auteur*, n° 10, nov. 1988, p. 19, *RTD Com.*, 1989, p. 238, obs. A. FRANCON, *JCP*, 1989.I.3376 chron. B. EDELMAN. La conclusion selon laquelle la reproduction intégrale n'est pas compatible avec la notion de courte citation demeure inchangée malgré la réduction substantielle du format des œuvres reproduites : Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 1991, *Bull. I*, n° 29, *RIDA*, n° 148, avr. 1991, p. 119, *RTD Com.*, 1991, p. 222, obs. A. FRANCON, *JCP*, 1991.II.21680, note L. BOUCHURBERG, Ass. Plén., 5 nov. 1993, *Bull. AP*, n° 15, *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1993, p. 313, *JCP*, 1994.II. 2201, note A. FRANCON, *D.*, 1994, p. 481, note T. FOYARD, *RJDA*, 1994, n° 1, p. 7, concl. Y. LESEC, Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, *Bull. I*, n° 44, *D.*, 2005, p. 956 note P. ALLAEYS, Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2006, *Bull. I*, n° 463, *PI*, n° 22, janv. 2007, p. 91, obs. J.-M. BRUGUIERE, *RTD Com.*, 2007, p. 91, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *JCP*, 2007.II.10026, note C. MANARA, Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009 *Bull. I*, n° 8 *D.*, 2009, p. 428, obs. J. DALEAU, *CCE.*, n° 4, avr. 2009, comm. 33, note C. CARON, *RLDI*, n° 47, mars 2009, p. 21, obs. L. COSTES. Il faut souligner que la portée de la jurisprudence interdisant d'assimiler les reproductions intégrales aux courtes citations doit être relativisée suite à l'intervention du législateur mettant en place une exception couvrant les reproductions intégrales ou partielles des œuvres d'art graphiques ou plastiques dans le cadre des ventes aux enchères publiques. V. : l'article L. 122-5, 3°, d) du CPI dans sa rédaction issue de la loi n° 97-283 du 27 mars 1997 et de la loi n° 2000-642 du 10 juill. 2000.

et donc, selon la doctrine majoritaire, et pour les raisons que nous avons exposées plus haut⁵⁵⁸, nécessairement cantonnée au domaine littéraire.

196. Le texte français régissant l'exception pour courte citation s'est figé en 1957. De ce fait, sa formulation ignore les modifications intervenues depuis dans les textes supranationaux. Ainsi, selon l'article 10. 1° de la Convention de Berne dans sa version issue de l'acte de Stockholm (1967), « *Dans tous les pays de l'Union sont licites les citations tirées d'une œuvre, déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revues de presse* ». Cet assouplissement remarquable du domaine de la citation licite qui n'a pas échappé aux critiques des commentateurs⁵⁵⁹ et qui a, malgré tout, été repris par l'Acte de Paris (1971), a donné lieu à une nouvelle conception de la citation selon laquelle, pour que les emprunts soient licites, ils doivent être faits à une œuvre rendue licitement accessible au public, conformes aux bons usages et justifiés par le but à atteindre, sans qu'ils doivent forcément être courts.

Ces modifications, proposées lors de la conférence diplomatique de Stockholm par le groupe d'étude suédois et le BIRPI⁵⁶⁰, avaient notamment pour but de rendre plus facile le travail de la presse, susceptible d'être compromis par la condition de brièveté, et de consacrer la pratique de l'application de l'exception pour citation aux œuvres de l'esprit autres que les articles de presse et les recueils périodiques, déjà admise *per analogiam* sur la base du texte conventionnel de 1948⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ *Supra*, n° 90 et suiv.

⁵⁵⁹ V. : H. DESBOIS, « La conférence de Stockholm relative aux droits intellectuels », *Annuaire français de droit international*, n° 13, vol. 13, 1967, pp. 7-46, et H. WISTRAND, *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses œuvres*, Montchrestien, 1968, p. 163. Selon ce dernier, l'introduction du terme « conformes aux bons usages » méconnaît le but poursuivi par la convention de Berne, à savoir celui d'unification des droits nationaux. Les « bons usages » varient d'un pays à l'autre, ce qui peut donner naissance à une mosaïque de solutions législatives et jurisprudentielles différentes. L'auteur regrette ainsi l'abandon de l'idée d'introduction d'une règle conventionnelle forte assurant une harmonisation des droits nationaux.

⁵⁶⁰ Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle, prédécesseur de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.

⁵⁶¹ Selon le groupe d'étude suédois lors de la conférence de Stockholm, la rédaction de l'art 10 issue de l'acte de Bruxelles restreignait le droit de citation de manière injustifiée. Ainsi, « (...) *il est vrai que, normalement, une citation doit être courte, mais ce principe n'a pas une validité absolument universelle. C'est une des tâches principales de la presse que d'orienter ses lecteurs sur les problèmes actuels (...). Une orientation suffisante (...) ne peut être réalisée à moins qu'il ne soit possible de reproduire, dans certains cas, des parties assez considérables d'articles qui constituent les contributions des autres journaux à la discussion publique. De plus, l'auteur peut avoir un intérêt à ce qu'une partie d'une certaine longueur soit reproduite lorsque cela est nécessaire pour que ses opinions soient rapportées de façon correcte et exacte* », Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle, Conférence diplomatique de Stockholm, 1967, Comité d'experts gouvernementaux, *Rapport général du groupe d'étude suédois/BIRPI établi au 1^{er} juillet 1964*, p. 44, disponible sur <ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipodocuments/DA-22-2-fr>

Concernant ce dernier point, on a constaté l'existence, dans le monde de la science, d'une pratique visant à citer les thèses, les livres et d'autres ouvrages qui ne rentrent pas dans la catégorie des articles de journaux et des recueils périodiques, seuls couverts par l'exception obligatoire prévue par le texte de Bruxelles. Ce basculement vers la logique du droit général de citation peut être considéré comme une sorte de contrepartie de la reconnaissance par la Convention de Berne du droit général de reproduction⁵⁶².

Eu égard à ce qui précède, à partir de 1967, et malgré une opposition forte de la délégation française soutenant toujours la conception des « courtes citations »⁵⁶³, la Convention de Berne n'exige plus que la citation licite soit forcément « courte ». Désormais, elle doit être conforme aux bons usages et justifiée par le but à atteindre. Ce qui marque, selon de nombreux commentateurs, le rapprochement de ladite exception avec la construction du *fair use* américain⁵⁶⁴ qui laisse une grande marge de manœuvre à l'interprète et suppose toujours l'appréciation *in casu*.

197. Une conséquence directe de cette modification est une certaine complexification du domaine de l'exception pour citation. L'introduction dans le paysage juridique du concept de citation conforme aux bons usages élargit l'éventail des formes que peut prendre ladite dérogation en fonction de son contexte spatio-temporel et idéologique. Ainsi, de manière générale, il est possible de parler du « droit de courte citation », du « droit de citation conforme aux bons usages », de « l'exception pour courte citation », de « l'exception pour

stockholm1964.pdf. V. sur ce point également : *Actes de la Conférence de Stockholm de la Propriété Intellectuelle, 11 juin - 4 juillet 1967*, OMPI, Genève 1971 vol.1, pp. 116-117 et H. WISTRAND, *op. cit.*, p. 158. Ce changement d'orientation semble faire face aux conclusions du Congrès international de la presse périodique réuni à Bruxelles le 17 mai 1953, militant en faveur de la licéité des reproductions des gravures, dessins, sculptures, peintures ou photographies dans les publications destinées à l'enseignement, les traités d'histoire ou les ouvrages scientifiques ainsi que les commentaires de presse. V. sur ce point : P. RECHT, « La pseudo-citation dans le domaine des arts plastiques et figuratifs », *RIDA*, n° XVII, oct. 1957, pp. 85-119, spéc. p. 85.

⁵⁶² V., sur ce point : *Actes de la Conférence de Stockholm de la Propriété Intellectuelle, 11 juin - 4 juillet 1967*, OMPI, Genève, 1971, vol. 1, pp. 111-116 et spécialement, à propos d'une certaine harmonie entre la reconnaissance du droit général de reproduction et du droit général de citation, *ibidem*, p. 117.

⁵⁶³ La délégation française, soutenue par les représentants de la Belgique et de l'Italie expliquait sa position par la nécessité d'éviter le pillage des œuvres provoqué par la consécration d'une exception trop large, H. WISTRAND, *op. cit.*, p. 159. Cette approche n'est pas novatrice et caractérise les agissements des délégations françaises tout au long de tous travaux de révision de la Convention de Berne. V., sur ce point : S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Kluwer, 1987, p. 490.

⁵⁶⁴ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz, 2010, p. 335. Dans le même sens, sur l'influence de la doctrine anglo-saxonne sur le droit de citation conventionnel, H. WISTRAND, *op. cit.*, p. 162, S. RICKETSON, *op. cit.*, p. 492, W. F. PATRY, *Copyright Law and Practice*, Tome II, Greenwood Press, 1994, p. 1279, L. BOUCHURBERG, *Le droit de citation Propriété littéraire et artistique Droits voisins et Droit des marques Étude de droit comparé œuvres littéraires œuvres artistiques et photographiques œuvres musicales œuvres audiovisuelles banques de données/logiciels/jeux vidéo*, Masson, 1994, p. 23.

citation conforme aux bons usages»⁵⁶⁵. Chacune de ces appellations renvoie vers une construction juridique différente.

198. Au-delà de la modification du cadre de l'exception pour citation au niveau *jus conventionnis*, la formule ouverte prévoyant la licéité des citations conformes aux bons usages, et dont les objectifs ne sont indiqués que de façon exemplative, a été reprise par la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (dite directive société de l'information)⁵⁶⁶, qui dispose, dans son article 5, 3°, d), que les États membres ont la faculté de prévoir une exception ou limitation *« lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue, pour autant qu'elles concernent une œuvre ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée et qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi »*⁵⁶⁷.

199. Dans cette optique, certains auteurs remarquent qu'en raison de cet élargissement du champ d'application de l'exception pour citation au niveau supranational, la rédaction en vigueur de l'article L. 122-5, 3° du CPI reprenant littéralement les dispositions de l'art 41, 3 de la loi du 11 mars 1957, est une règle « hors-la-loi » à l'égard de la Convention de Berne et le droit de l'Union européenne⁵⁶⁸. Cette conclusion doit être nuancée.

⁵⁶⁵ Pour se rendre compte de la complexité du statut de l'exception pour citation à travers le monde, il suffit de constater que certaines législations étrangères ont mélangé la conception de « courte citation » issue de l'acte de Bruxelles et la loi 1957 et la formule nouvelle « citations conformes aux bons usages » en créant une sorte du système hybride de « courte citation conforme aux bons usages », mélangeant la condition de brièveté, le catalogue fermé des buts justifiant les emprunts et le principe de conformité aux bons usages. V. par exemple : loi n° 2005-30 du 5 avr. 2006 relative à la protection du droit d'auteur et des droits voisins en République de Benin dont l'article 15 dispose que : *« Sont licites, sous réserve que le titre de l'œuvre et le nom de son auteur soient mentionnés, les analyses et courtes citations tirées d'une œuvre déjà licitement rendue accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure où elles sont justifiées par le but scientifique, critique, polémique, d'enseignement ou d'information à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et de périodiques sous forme de revues de presse »*. D'autres pays ont repris quasi littéralement l'exception telle qu'issue du texte conventionnel. V., par exemple : l'art 14 de la loi marocaine (loi n° 2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins telle que modifiée et complétée par la loi n° 34-05), selon lequel *« nonobstant les dispositions de l'article 10 ci-dessus, il est permis, sans l'autorisation de l'auteur et sans le paiement d'une rémunération, de citer une œuvre licitement publiée dans une autre œuvre, à la condition d'indiquer la source et le nom de l'auteur si ce nom figure à la source et à la condition qu'une telle citation soit conforme aux bons usages et que son ampleur ne dépasse pas celle justifiée par le but à atteindre »*.

⁵⁶⁶ JOCE, L. 167, 22 juin 2001, pp. 10-19.

⁵⁶⁷ Nous soulignons.

⁵⁶⁸ A. BERTRAND, *op. cit.*, p. 335.

B. La persistance contestable de la courte citation à la française

200. Contrairement aux apparences, le conflit réel entre la courte citation et la citation conforme aux bons usages ne se manifeste que sur le plan de la conformité de l'exception française au droit de l'Union européenne. Certains auteurs ont essayé de neutraliser ce conflit en estimant que le législateur national décidant de transposer une exception facultative prévue par la directive 2001/29/CE peut également ajuster ses contours en fonction de la tradition interne. Cette thèse du double degré de liberté du législateur national en matière de transposition des exceptions facultatives (1) n'emporte pas la conviction (2).

1. La justification de la thèse de double degré de liberté du législateur national

201. Selon A. Bertrand, la divergence entre les règles du droit national et celles du droit international et européen en matière d'exception pour courte citation fait ressurgir des interrogations touchant au principe de supériorité des traités et accords régulièrement ratifiés sur les lois nationales, prévu par l'article 55 de la Constitution française ainsi qu'au principe de primauté du droit de l'Union européenne sur la législation nationale⁵⁶⁹.

D'après le même auteur, le juge français qui examine les cas qui lui sont soumis et fonde ses décisions sur les règles nationales relatives à la courte citation viole les règles constitutionnelles énonçant les engagements internationaux de la France et celles du droit de l'Union européenne. Le même « délit » aurait été commis par le législateur français du fait qu'il s'abstient, en pleine connaissance de cause, de mettre la loi nationale en conformité avec les textes supranationaux⁵⁷⁰.

202. Le conflit entre la courte citation prévue par le droit français et la citation conforme aux bons usages établie par la Convention de Berne n'est en réalité qu'apparent. Selon la doctrine majoritaire, les dispositions de la Convention de Berne ne constituent que le minimum de protection et n'empêchent pas à ce que la loi nationale offre aux titulaires des droits la protection plus étendue⁵⁷¹, par exemple à travers une exception plus stricte. L'article 19 de la Convention, norme de rang supérieur, restreint l'effet de primauté du droit matériel conventionnel sur la loi nationale, en n'exigeant son application que lorsque celui-ci

⁵⁶⁹ *Ibidem.*

⁵⁷⁰ *Ibidem.*

⁵⁷¹ *Supra*, n° 108 et suiv.

s'avère plus protecteur que la loi nationale⁵⁷². En outre, comme nous l'avons souligné plus haut⁵⁷³, le minimum conventionnel ne s'appliquant que dans des situations avec un élément d'extranéité, l'alignement total des législations nationales aux dispositions de la Convention de Berne s'impose uniquement en fait et non pas en droit.

203. En revanche, la question de conformité de l'exception pour courte citation avec le droit de l'Union européenne est beaucoup plus complexe, et cela en raison de la contradiction apparente entre l'objectif d'harmonisation présidant l'adoption de la directive 2001/29/CE et le caractère facultatif de la plupart des exceptions aux droits de l'auteur qu'elle consacre.

L'harmonisation des exceptions prévues par les États membres semble être au centre des préoccupations de la directive société de l'information. Cet objectif est nettement affirmé dans son considérant 31 selon lequel : « (...) *Les exceptions et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les États membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique. Les disparités qui existent au niveau des exceptions et des limitations à certains actes soumis à restrictions ont une incidence négative directe sur le fonctionnement du marché intérieur dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. Ces disparités pourraient s'accroître avec le développement de l'exploitation des œuvres par-delà les frontières et des activités transfrontalières. Pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, ces exceptions et limitations doivent être définies de façon plus harmonieuse (...)* »⁵⁷⁴.

En souhaitant éliminer ces disparités, la directive dresse une liste limitative de vingt-trois exceptions ayant vocation à être transposées en droits internes. Pourtant, contrairement à ce que l'on pourrait s'attendre en vue de l'objectif d'harmonisation poursuivi par le texte, seule l'exception pour les actes de reproduction provisoires a revêtu un caractère obligatoire. La transposition des autres exceptions a été laissée à la discrétion des droits internes.

⁵⁷² Dans ce sens, B. EDELMAN, « La représentation d'une œuvre artistique dans une œuvre audiovisuelle », note sous Cass 1^{re} civ., 4 juill. 1995, *Bull. I.* n° 295, *D.*, 1996, pp. 4-8 spéc. p. 7. Selon la jurisprudence française (V. not. : Paris, 14 mars 2007 n° 06/03307), l'application directe de l'article 10 de la Convention de Berne n'est pas envisageable dans le cadre du conflit entre la courte citation prévue par le droit français et la citation conforme aux bons usages consacrée par la Convention de Berne. En effet, selon la Cour d'appel de Paris, dans une affaire opposant une société belge poursuivant en contrefaçon une société française : « (...) *les sociétés intimées prétendent à tort que l'exigence de courtes citations imposée par l'article L.122-5-3) -a) du Code de la propriété intellectuelle serait contraire à l'article 10 de la Convention de Berne, alors que le régime de protection instauré par celle-ci constitue un régime de protection minimum qui n'empêche pas l'application de dispositions plus favorables* ». En imposant les critères plus sévères de l'exception de citation, le droit français ne fait que renforcer la protection de l'auteur, ce qui permet d'écarter tout grief de violation du principe de primauté.

⁵⁷³ *Supra*, n° 114.

⁵⁷⁴ Nous soulignons.

Chaque État membre peut ainsi puiser dans le catalogue, appelé parfois la « *shopping list* »⁵⁷⁵, et choisir les exceptions qu'il souhaite transposer, sans être autorisé, en raison de l'exhaustivité du système ainsi conçu⁵⁷⁶, à prévoir des exceptions non présentes dans la liste de la directive⁵⁷⁷. Sur ce dernier point, l'article 5, 3°, o) de la directive, appelé la « clause de grand-père »⁵⁷⁸ accorde une dérogation dans le cadre de laquelle le droit interne peut prévoir des exceptions dans « *certaines autres cas de moindre importance pour lesquels des exceptions ou limitations existent déjà dans la législation nationale* »⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ S. DUSOLLIER, « Exceptions and technological measures in the European copyright directive of 2001 - an empty promise », *IIC*, n° 34(1), 2003, pp. 62-75, spéc. p. 66.

⁵⁷⁶ La conclusion s'impose à la lumière du considérant 32 de la directive : « *La présente directive contient une liste exhaustive des exceptions et limitations au droit de reproduction et au droit de communication au public* ».

⁵⁷⁷ V., dans ce sens not. : J. REINBOTHE, « Provisions on Exceptions in the European Community Proposed Directive on Copyright and Related Rights in the Information Society », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'Étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 63-70, spéc. pp. 64-65. Pour autant, cela ne veut pas dire que toutes les exceptions prévues par le droit de l'Union européenne se trouvent dans la directive 2001/29/CE. La directive du 14 mai 1991, 91/250/CEE, *JOCE*, L. 122, 17 mai 1991, pp. 42-46, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, a dressé, dans ses articles 5 et 6 une liste fermée d'exceptions obligatoires couvrant les actes nécessaires à l'utilisation d'un logiciel conformément à sa destination, la copie de sauvegarde d'un logiciel, l'observation, l'étude et le test du fonctionnement d'un logiciel, et la reproduction du code du logiciel à des fins d'interopérabilité. La directive 96/9/CE du 11 mars 1996, *JOCE*, L. 77, 27 mars 1996, pp. 20-28, concernant la protection juridique des bases de données, a prévu, dans son article 6, une faculté, pour les États membres de mettre en place des exceptions aux droits d'auteur sur les bases de données pour : la reproduction à des fins privées d'une base de données non électronique, l'utilisation uniquement à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, l'utilisation à des fins de sécurité publique ou aux fins d'une procédure administrative ou juridictionnelle ainsi que pour les hypothèses relatives à d'autres exceptions au droit d'auteur traditionnellement prévues par leur droit interne.

⁵⁷⁸ D. VOORHOOF, « La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect du droit d'auteur ? », in A. STROWEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 39-69, spéc. p. 55, note 28, C. GEIGER, F. SCHONHERR, « Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: The Need to Reconsider the Acquis regarding Limitations and Exceptions », in T. SYNODINOU, *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Kluwer Law International, 2012, pp. 133-167, spéc. p. 137.

⁵⁷⁹ Le même article de la directive assortit néanmoins de sérieuses restrictions la possibilité du maintien des exceptions étrangères à la *shopping list*, ne l'admettant que « *pour autant que cela ne concerne que les utilisations analogiques et n'affecte pas la libre circulation des marchandises et des services dans la Communauté, sans préjudice des autres exceptions et limitations prévues au présent article* ». Parmi de telles exceptions mineures qui ont pu survivre en France malgré leur absence au sein du dispositif européen, la doctrine indique celle de l'article L. 523-11 al. 2. du Code du patrimoine, interdisant à l'auteur du rapport des fouilles archéologiques préventives réalisées par un opérateur autre que l'établissement public de « *s'opposer à son utilisation par l'État, par l'établissement public ou par les personnes morales dotées de services de recherche archéologique avec lesquelles il est associé en application du quatrième alinéa de l'article L. 523-1 ou par des organismes de recherche et des établissements d'enseignement supérieur, à des fins d'étude et de diffusion scientifiques à l'exclusion de toute exploitation commerciale* ». Dans la même catégorie se trouvent, selon certains auteurs, les dispositions de l'article 95, III de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, qui organisent la cession des droits d'exploitation des données de l'inventaire général du patrimoine culturel protégées au titre de la propriété littéraire et artistique. Aux termes de l'article précité, ceux-ci « *sont cédés gratuitement à la personne publique ou privée assurant les opérations d'inventaire, exclusivement pour la constitution de celui-ci et pour sa mise à disposition du public lorsqu'elle est effectuée à titre gratuit, ainsi qu'au département, à la région et à l'Etat pour le même usage et aux mêmes conditions* ». Sur cette thématique, v. : B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2012, pp. 47-48, M. CORNU, « À propos des productions intellectuelles de la recherche, entre logique privative et nécessités publiques », *PI*, n° 20, juill. 2006, pp. 270-280, spéc. p. 275.

204. Certains auteurs soulignent que dans cette perspective très peu contraignante, chaque législateur a la possibilité de « trouver l'équilibre qui lui paraît le plus approprié, en prenant en compte les revendications du public »⁵⁸⁰. L'objectif de cette technique serait ainsi de ne pas contraindre les États membres à adopter des exceptions qui ne correspondent pas à leurs traditions ou à leurs besoins⁵⁸¹, tout en leur imposant une liste fermée d'exceptions.

Cette technique est paradoxale compte tenu de l'objectif d'harmonisation⁵⁸². On la présente communément, à côté de l'absence de tout effet transfrontière des exceptions⁵⁸³, comme le plus grand échec de la directive société de l'information⁵⁸⁴. Sur sa base peuvent surgir au moins deux lignes d'interprétation différentes dans l'explication de la portée du caractère facultatif de la quasi-totalité des exceptions prévues par la directive, parmi lesquelles se trouve celle couvrant la citation conforme aux bons usages⁵⁸⁵.

⁵⁸⁰ A. LUCAS, « Droit d'auteur, liberté d'expression et "droit du public à l'information" (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française) », in A. STRWOEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 123-141, spéc. p. 137.

⁵⁸¹ J. REINBOTHE, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁸² L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 228. Selon l'auteure, la liberté des États en matière de transposition des exceptions facultatives au lieu d'assurer l'harmonisation « (...) conduit évidemment à une disharmonie ». Dans le même sens not. : P.-Y. GAUTIER, « Problématique générale : la diversité des sources du droit d'auteur », in *Regards sur les sources du droit d'auteur*, Congrès ALAI, 18-21 sept. 2005, Paris, ALAI, 2007, pp. 67-78, spéc. p. 72, E. DREYER, « L'information par l'image et le droit d'auteur », *CCE*, n° 3, mars 2004, chron. 6, spéc. n° 3, E. TREPOZ, « L'adaptation des exceptions du droit d'auteur au numérique : vers une recherche d'alignement », *CCE*, n° 7, juill. 2010, étude 14. Selon P. Sirinelli, « Une harmonisation avec une liste fermée est peut-être une bonne chose. (...). Mais, dès lors que cette liste ne s'impose pas aux États membres qui peuvent se contenter d'y emprunter ce qui leur convient, on peut douter de la réalité de l'harmonisation », P. SIRINELLI, « Synthèse », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'Étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 133-144, spéc. p. 139.

⁵⁸³ Ce défaut est particulièrement souligné par la doctrine anglo-saxonne. V. : M. MARTIN-PRAT, « The Future of Copyright in Europe », *Columbia Journal of Law & the Arts*, n° 38, 2014-2015, pp. 29-47, spéc. p. 42.

⁵⁸⁴ J. GRIFFITHS, « Constitutionalising or harmonising ? The Court of Justice, the right to property and European copyright law », *European Law Review*, n° 38(1), 2013, pp. 65-78, spéc. p. 72. V., pour l'approche critique, not. : B. HUGENHOLTZ, « Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid », *EIPR*, n° 22(11), 2000, pp. 499-505, spéc. pp. 501-502, V.-L. BENABOU, « La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *CCE*, n° 10, oct. 2001, chron. 23, J. PASSA, « La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *JCP*, 2001.I.331, P.-Y. GAUTIER, « De la transposition des exceptions : à propos de la directive "droit d'auteur dans la société de l'information" », *CCE*, n° 11, nov. 2001, chron. 25, C. CARON, « La nouvelle directive du 9 avr. 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », *CCE*, n° 5, mai 2001, chron. 13, C. ZOLYNSKI, « Les limites de l'harmonisation communautaire », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013, pp. 18-20, spéc. p. 18, F. GOTZEN, « Une approche synthétique des exceptions au droit d'auteur dans le droit de l'Union européenne », in A. LUCAS, P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, *Les exceptions au droit d'auteur, État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, 2012, pp. 43-51.

⁵⁸⁵ C. ZOLYNSKI, « Les limites de l'harmonisation communautaire », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013, pp. 18-20, spéc. pp. 18-19, P.-Y. GAUTIER, « De la transposition des exceptions : à propos de la directive "droit d'auteur dans la société de l'information" », *CCE*, n° 11, nov. 2001, chron. 25.

205. Ainsi, on pourrait penser que le caractère facultatif des exceptions signifie que le législateur national jouit de la liberté non seulement quant au fait de transposer certaines exceptions mentionnées dans le texte de la directive, mais aussi, *a fortiori*, en matière de leur adaptation au contexte et à la tradition du droit national⁵⁸⁶.

Dans cette optique, les États membres seraient libres de décider s'il convient de transposer telle ou telle exception, mais aussi de déterminer la manière de la transposer en droit national⁵⁸⁷. Une telle logique d'harmonisation *a minima*⁵⁸⁸ voudrait que les exceptions consacrées par le droit national ne soient pas identiques, mais « *globalement équivalentes à leurs homonymes de la directive* »⁵⁸⁹.

206. À suivre ce raisonnement, l'exception de courte citation française ne se trouverait pas « hors-la-loi » à l'égard du droit de l'Union européenne, d'autant plus que la brièveté peut être considérée comme une caractéristique inhérente de toute citation. Par ailleurs,

⁵⁸⁶ V., dans ce sens, les conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire C-145/10, *Eva-Maria Painer c/Standard Verlags GmbH*, présentées le 12 avr. 2011 *Rec. I-12540*, point 148 : « *L'article 5, paragraphe 3, de la directive prévoit une série de restrictions facultatives. Les États membres peuvent prévoir les restrictions qui y sont nommées, mais ne sont pas tenus de le faire. Dès lors que les États membres ont le pouvoir de décider du principe même de prévoir ou non l'une des restrictions énumérées audit paragraphe 3, ils ont, conformément au principe qui potest majus, potest et minus, en principe également celui de décider des modalités concrètes de cette restriction* ». Dans le même sens, F. POLLAUD-DULIAN, note sous Cass., 1^{re} civ., 26 mai 2011, inédit, *RTD Com.*, 2012, pp. 120-124, spéc. p. 121. Pour la thèse selon laquelle les lois nationales peuvent prévoir des exceptions plus restrictives que le texte de la directive v. : A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, p. 330, P. SIRINELLI, « Propos introductifs », in A. LUCAS, P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, *Les exceptions au droit d'auteur, État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, 2012, pp. 9-16, spéc. p. 11, B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2012, p. 40. À la supposer admise, le législateur belge n'a pas fait usage de cette faculté en matière des citations. En transposant la directive 2001/29/CE il a supprimé l'exigence de brièveté qui ne figure plus parmi les conditions de l'exception pour citation. D'après l'art 21 al. 1^{er} de la loi belge du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, dans sa rédaction issue de la loi de transposition du 22 mai 2005, *Moniteur Belge*, 27 mai 2005, p. 24997, codifié dans l'article XI.189 § 1^{er} du Code de droit économique, sont licites « *les citations, tirées d'une œuvre licitement publiée, effectuées dans un but de critique, de polémique, de revue, d'enseignement, ou dans des travaux scientifiques, conformément aux usages honnêtes de la profession et dans la mesure justifiée par le but poursuivi, ne portent pas atteinte au droit d'auteur* ». Il résulte des travaux préparatoires de la loi de transposition que ladite modification avait pour but notamment d'inclure dans le champ d'application de l'exception les reproductions d'œuvres plastiques. V., sur ce point : F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, « Le droit d'auteur et les droits voisins désormais dans l'environnement numérique : la loi du 22 mai 2005 ne laisse-t-elle pas un chantier ouvert ? », *Journal des Tribunaux*, n° 6215, 4 mars 2006, pp.133-144, spéc. p. 136.

⁵⁸⁷ L. GUIBAULT, « Evaluating Directive 2001/29/EC in the Light of the Digital Public Domain », in M. D. DE ROSNAY, J. C DE MARTIN, *The Digital Public Domain, Foundations for an Open Culture*, Open Book Publishers, 2012, pp. 61-79, spéc. p. 67.

⁵⁸⁸ Logique qui se manifeste, selon certains auteurs, déjà dans la décision d'harmoniser le droit d'auteur à l'aide d'une directive qui, à la différence du règlement, « *lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* », (article 288 TFUE). V., sur ce point : C. CARON, « La nouvelle directive du 9 avr. 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », *op.cit.*

⁵⁸⁹ C. CARON, « Les exceptions, L'impact sur le droit français », *PI*, n° 2, janv. 2002, pp. 25-30, spéc. p. 26. L'auteur remarque qu'une telle interprétation est conforme à la théorie d'harmonie préétablie selon laquelle l'État est dispensé de l'obligation de transposition d'une « *règle qui existe déjà, dans ses grandes lignes, dans sa législation* », *ibidem*, p. 27.

cette dernière, à partir du moment où elle devient « longue », ou bien intégrale, semble contredire les exigences du test en trois étapes⁵⁹⁰, initialement prévu par la convention de Berne⁵⁹¹ et repris par la directive 2001/29/CE dans son article 5, 5°, selon lequel les exceptions autorisées « *ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit* ».

2. Le rejet de la thèse de double degré de liberté du législateur national

207. L'argument *a maiori ad minus* selon lequel le législateur national jouit, outre la liberté de transposer les exceptions facultatives, de la possibilité de leur adaptation au contexte national n'emporte pas la conviction. Une telle interprétation nie complètement l'idée d'harmonisation des exceptions aux droits de l'auteur.

Certes, vu le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, on ne saurait admettre qu'une « bonne » transposition des directives européennes équivaut toujours à la reprise formelle et textuelle de leurs dispositions par le droit interne⁵⁹². Pourtant, en tout état de cause, il faut que la transposition atteigne les résultats prescrits par la directive⁵⁹³. La liberté de transposition des exceptions facultatives, combinée avec la liberté de leur adaptation au gré des particularismes nationaux, ne peut conduire qu'à une grande disparité des solutions adoptées par les Pays membres, difficilement conciliable avec l'objectif d'harmonisation et la rigidité inhérente à la liste fermée d'exceptions. Cela a été affirmé par la CJCE à propos de l'exception pour les enregistrements éphémères⁵⁹⁴ ainsi que

⁵⁹⁰ F. POLLAUD-DULIAN, note sous Cass 1^{re} civ., 26 mai 2011, inédit, *RTD Com.*, 2012, pp. 120-124, spéc. p. 121.

⁵⁹¹ *Supra*, p. 73, note 340.

⁵⁹² CJCE, 23 mai 1985, *Commission des Communautés européennes c/République Fédérale d'Allemagne*, aff. 29/84, *Rec.* p. 1667, spéc. point 23, CJCE, 9 avr. 1987, *Commission des Communautés européennes c/République Italienne*, aff. 363/85, *Rec.* p. 1740, spéc. point 7 : « (...) la transposition en droit interne d'une directive n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle de ses dispositions dans une disposition légale expresse et spécifique et peut, en fonction de son contenu, se satisfaire d'un contexte juridique général, dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise (...) ». Surtout, une reprise textuelle des dispositions de la directive n'est pas nécessaire dans le cas d'une transposition préétablie, à savoir, une situation dans laquelle « le droit national préexistant assure les résultats prescrits par la directive », C. ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires : Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 2007, p. 87.

⁵⁹³ V. sur ce point : F.-X. MILLET, *Le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition : étude de droit comparé France-Allemagne*, L'Harmattan, 2011, pp. 31-32.

⁵⁹⁴ CJUE, 26 avr. 2012, *DR et TV2 Danmark c/NCB - Nordisk Copyright Bureau*, aff. C-510/10, publié au Recueil numérique, *Journal de droit européen*, n° 196, 2/2013, p. 59 obs. S. DUSOLLIER, A. DE FRANCQUEN, *RTD Eur.*, 2012, p. 964, obs. E. TREPPOZ : « (...), s'il est loisible aux États membres (...), d'introduire l'exception des enregistrements éphémères dans leur droit interne, une interprétation selon

par la CJUE par rapport aux contours de l'exception de parodie⁵⁹⁵. Les exceptions prévues par la directive deviennent, à côté de la « compensation équitable », des notions autonomes du droit de l'Union européenne⁵⁹⁶. Ces dernières correspondent aux dispositions du droit de l'Union européenne ne comportant aucun renvoi express au droit national pour déterminer leur sens et leur portée. Selon la Cour de Justice, de telles notions doivent trouver une interprétation uniforme dans tous les États membres, et cela au nom de l'exigence de l'application uniforme du droit de l'Union européenne et du principe d'égalité⁵⁹⁷. Dans cette optique, la thèse du double degré de liberté du législateur national en matière de transposition des exceptions facultatives n'est pas défendable.

208. S'agissant précisément du domaine de l'exception pour citation conforme aux bons usages, prévue par la directive, tout argumentaire en faveur de la liberté du législateur interne de le transposer « à la française » semble être balayé par l'arrêt *Eva-Maria Painer*

laquelle les États membres, qui, faisant usage de la faculté que leur reconnaît le droit de l'Union, ont introduit une telle exception, étaient libres d'en préciser, de manière non harmonisée, les paramètres, notamment quant à la nature des moyens mis en œuvre pour réaliser lesdits enregistrements éphémères, serait contraire à l'objectif de ladite directive (...), dans la mesure où les paramètres de cette exception seraient susceptibles de varier d'un État membre à l'autre et seraient, partant, à l'origine d'incohérences potentielles (...)», (point 36). En annotant cette décision S. Dusollier et A de Francquen soulignent que « dans sa volonté de poursuivre l'harmonisation du droit d'auteur, même au-delà de ce qui est prévu par les textes, la Cour de justice de l'Union européenne dénie toutefois aux États membres, dès qu'ils ont choisi de transposer une exception prévue dans la liste de la directive 2001/29, d'en préciser les paramètres si ceux-ci sont définis dans le texte européen, au motif que cela nuirait à l'objectif d'harmonisation poursuivi. La Cour se départit ainsi, il nous semble, des analyses qui sont généralement faites de l'harmonisation réalisée par cette directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information, en vertu desquelles les États conserveraient une relative liberté dans la définition des conditions des exceptions reprises dans celle-ci », S. DUSOLLIER, A. DE FRANCQUEN, obs. sous CJUE, 26 avr. 2012, *DR et TV2 Danmark c/NCB - Nordisk Copyright Bureau*, aff. C-510/10, publié au Recueil numérique, *Journal de droit européen*, n° 196, 2/2013, pp. 59-71, précitées, spéc. p. 62.

⁵⁹⁵ CJUE, 3 sept. 2014, *Johan Deckmyn Vrijheidsfonds VZW c/Helena Vandersteen et autres*, aff. C-201/13, publié au Recueil numérique, *RTD Com.*, 2014, p. 815, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.*, 2014, p. 2097, note B. GALOPIN : « la notion de "parodie", qui figure dans une disposition faisant partie d'une directive qui ne comporte aucun renvoi aux droits nationaux, doit être considérée comme une notion autonome du droit de l'Union et être interprétée de manière uniforme sur le territoire de cette dernière (...) », (point 15), « Cette interprétation n'est pas infirmée par le caractère facultatif de l'exception visée à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29. En effet, une interprétation selon laquelle les États membres qui ont introduit cette exception seraient libres d'en préciser les paramètres de manière non harmonisée, susceptible de varier d'un État membre à l'autre, serait contraire à l'objectif de ladite directive (...) », (point 16), nous soulignons.

⁵⁹⁶ V. : CJUE, 3 sept. 2014, *Johan Deckmyn Vrijheidsfonds VZW c/Helena Vandersteen et autres*, aff. C-201/13, publié au Recueil numérique, précité.

⁵⁹⁷ V. not. : pour le caractère autonome de la notion de « compensation équitable » dans le contexte de la rémunération pour copie privée, CJUE, 21 oct. 2010, *Padawan SL c/Sociedad General de Autores y Editores de Espana (SGAE)*, aff. C-467/08, *Rec.* p. I-10055, *RTD Com.*, 2010, p. 710, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.*, 2010, p. 2646, obs. J. DALEAU, *Europe*, n° 12, déc. 2010, comm. 434, note L. IDOT, 16 juill. 2009, *JCP*, n° 50, 13 déc. 2010, 1256, note L. MARINO, *CCE*, n° 1, janv. 2011, comm. 2., note C. CARON, et des notions d'originalité et de reproduction, CJCE, 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S c/Danske Dagblades Forening*, (ci-apès *Infopaq*), aff. C-5/08, *Rec.* I-06569, *PI*, n° 33, oct. 2009, p. 378, obs. V.-L. BENABOU, *RTD Com.*, 2009, p. 312 obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD Com.*, 2009, p. 715, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 11, nov. 2009, comm. 97, note C. CARON, *JCP*, n° 39, 21 sept. 2009, 272, note L. MARINO.

de la CJUE du 1^{er} décembre 2011⁵⁹⁸. En l'espèce, la Cour de Justice a été saisie dans le contexte très médiatisé de l'enlèvement de Natascha Kampusch⁵⁹⁹. Après la fuite de la jeune fille d'entre les mains de son ravisseur, les journaux autrichiens et allemands ont publié ses photographies scolaires prises par Eva-Maria Painer. La revendication des droits d'auteur par la photographe devant le juge autrichien a conduit à la formulation de nombreuses questions préjudicielles portées devant le juge de la CJUE. Parmi ces dernières, on peut trouver une interrogation tenant à la possibilité pour le législateur national de limiter le jeu de l'exception aux cas d'incorporation de la citation à une œuvre littéraire protégée par le droit d'auteur, excluant ainsi les reproductions brutes⁶⁰⁰.

À la lumière de la directive 2001/29/CE, est-il possible que l'exception de citation joue exclusivement dans les cas où l'œuvre citée est incorporée dans une œuvre littéraire protégée ? À cette question, la Cour de Justice répond par la négative. Elle rappelle qu'une telle limitation du champ d'application de l'exception n'est pas une condition figurant parmi celles prévues par le texte de la directive. En outre, le juge de la CJUE fait référence à l'idée du « juste équilibre » entre les droits exclusifs et les intérêts du public assuré par la directive⁶⁰¹, ce qui invite à une interprétation textuelle des exceptions qu'elle prévoit.

Il en résulte, comme le souligne V.-L. Benabou, qu'il n'est pas possible pour le législateur national de « réserver à la citation un sort moins favorable que celui qui résulte du libellé même de la directive. Celui-ci ne constitue donc pas une simple orientation de l'esprit de l'exception, mais une disposition précise qui se doit d'être transposée telle

⁵⁹⁸ CJUE, 1^{er} déc. 2011, *Eva-Maria Painer c/Standard Verlags GmbH et autres*, aff. C-145/10, *Rec.* p. I-12533, (ci-après *Painer*), *D.*, 2012, p. 471, note N. MARTIAL-BRAZ, *CCE*, n° 3, mars 2012, comm. 26, note C. CARON, *RTD Com.*, 2012, p. 120 note F. POLLAUD-DULIAN.

⁵⁹⁹ Pour les détails, v. not. « Affaire Kampusch : les terreurs secrètes de Natascha », *Nouvel Observateur*, 7 sept. 2006.

⁶⁰⁰ Point 43, question 2, a) et point 129 de l'arrêt *Painer*.

⁶⁰¹ V. : les points 129-137, not. le point 129 de l'arrêt *Painer* : « (...) il convient de relever d'emblée que l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29 énonce une série de conditions pour son application, parmi lesquelles ne figure pas l'exigence selon laquelle une œuvre ou un autre objet protégé doivent être cités dans le cadre d'une œuvre littéraire protégée par le droit d'auteur », le point 132 : « S'agissant du contexte dans lequel s'inscrit l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29, il importe de rappeler que, ainsi qu'il ressort du trente et unième considérant de cette directive, en appliquant ladite directive il convient de maintenir un "juste équilibre" entre les droits et les intérêts des auteurs, d'une part, et ceux des utilisateurs d'objets protégés, d'autre part », le point 134 : « l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29 vise à réaliser un juste équilibre entre le droit à la liberté d'expression des utilisateurs d'une œuvre ou d'un autre objet protégé et le droit de reproduction conféré aux auteurs », le point 135 : « Ce juste équilibre est assuré, en l'occurrence, en privilégiant l'exercice du droit à la liberté d'expression des utilisateurs par rapport à l'intérêt de l'auteur à pouvoir s'opposer à la reproduction d'extraits de son œuvre qui a déjà été licitement rendue accessible au public, tout en assurant à cet auteur le droit de voir, en principe, son nom indiqué » et le point 136 : « Dans cette perspective bipolaire, le point de savoir si la citation est faite dans le cadre d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou, au contraire, d'un objet non protégé par un tel droit, est dépourvu de pertinence ».

qu'elle »⁶⁰². Cela nous montre que le conflit entre l'exception française de courte citation et l'exception pour citation conforme aux bons usages, prévue par la directive, ne concerne pas uniquement la condition de brièveté, mais également la construction de la règle française selon laquelle les courtes citations doivent être « justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées »⁶⁰³.

209. En outre, dans la même ligne de raisonnement, il faudrait signaler l'incompatibilité de l'exception française avec celle prévue par la directive, en ce que la première pose, de manière impérative, la condition du respect du droit moral de l'auteur de l'œuvre citée par l'indication de son nom et de la source de la citation, alors que la seconde l'assortit d'une réserve « à moins que cela ne s'avère impossible »⁶⁰⁴.

210. Le raisonnement présenté par la Cour de Justice dans la décision *Eva-Maria Painer* démontre qu'au-delà de la logique d'harmonisation *a minima* des exceptions, expliquant le caractère facultatif de la liste dressée par la directive, se cache un postulat d'harmonisation maximale, tendant à uniformiser le paysage des exceptions nationales.

Eu égard à ce qui précède, il est préférable de considérer que la directive laisse ouverte la question de transposer telle ou telle exception, mais une fois que le législateur national opte pour son inscription dans le droit interne, il doit la transposer de manière fidèle, en suivant la logique du « tout ou rien »⁶⁰⁵. Les exceptions figurant dans la « *shopping list* » de la directive constituent chacune un élément monolithique s'imposant tel quel au législateur national, plutôt qu'une série des normes-modèles malléables en fonction des traditions des États membres⁶⁰⁶.

211. Vainement pourrait-on prétendre que le test en trois étapes laisse au législateur national une marge de manœuvre quant à la façon de transposer des exceptions, car dans

⁶⁰² V.-L. BENABOU, « Arrêt “Painer” : la protection par le droit d'auteur d'une photographie de portrait utilisée à des fins de recherche d'une personne disparue », obs. sous l'arrêt *Painer*, *Journal de droit européen*, n° 189, mai 2012, pp. 146-148, spéc. p. 147. Dans le même sens, V.-L. BENABOU, « Un contre-exemple : bref aperçu sur le rôle créateur de la jurisprudence », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013, pp. 21-26, spéc. p. 25, S. CARRE, « Le rôle de la Cour de Justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union », in C. GEIGER, *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, 2013, pp. 1-58, spéc. pp. 46-47.

⁶⁰³ Article 122-5, 3, a) du CPI, nous soulignons.

⁶⁰⁴ C. CARON, note sous Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, *Bull. I*, n°8, *CCE*, n°4, avr. 2009, comm. 33.

⁶⁰⁵ C. ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires : Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., pp. 144-146. Dans le même sens, C. CARON, « Les exceptions, L'impact sur le droit français », op. cit., p. 27.

⁶⁰⁶ Dans ce sens, J. GRIFFITHS, « Constitutionalising or harmonising? The Court of Justice, the right to property and European copyright law », *European Law Review*, n° 38(1), 2013, pp. 65-78, spéc. p. 72.

sa version prévue par la directive, le test s'adresse au juge appliquant les exceptions nationales, et non pas au législateur transposant les exceptions prévues par le droit de l'Union.

Avant l'adoption de la directive 2001/29/CE, les exigences du test en trois étapes ne s'imposaient qu'aux législateurs nationaux, dans le cadre des obligations résultant de la Convention de Berne⁶⁰⁷. L'article 5, 5° de la directive en change diamétralement la perspective dans la mesure où il dispose que les exceptions « *ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit* ». Cette transformation du triple test, jusqu'ici instrument international, en un principe de l'acquis communautaire, fait du juge national le destinataire de ce dispositif⁶⁰⁸.

212. L'opposition entre la courte citation et la citation conforme aux bons usages ne saurait non plus être totalement atténuée par l'argument présenté par une partie de la doctrine française, selon lequel la brièveté est une condition inhérente à la définition même de la citation⁶⁰⁹.

Ainsi, la force de persuasion de cet argument digne d'attention se trouve affaiblie face à l'imprégnation déjà signalée de la doctrine de citation conforme aux bons usages par les éléments du *fair use*. À supposer que son mariage avec la doctrine anglo-saxonne pourrait aller jusqu'à l'emprunt des méthodes d'interprétation propres à cette dernière, la condition de brièveté en tant qu'élément définitionnel de la citation pourrait être critiquée sous l'angle de la doctrine américaine dite « *de minimus* »⁶¹⁰.

En effet, aux États-Unis, il n'est pas concevable d'appliquer l'exception de *fair use* en cas d'utilisation non substantielle d'une œuvre, telle qu'une reprise de quelques passages

⁶⁰⁷ V. sur ce point not. : *Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris, 1971)*, OMPI, 1978, p. 62-65.

⁶⁰⁸ Dans ce sens not. : T. AZZI, « La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé », *CCE*, n° 7, juill. 2007, étude 16, spéc. n° 14, S. CARRE, « Rapport français », in R. M. HILTY, S. NERISSON, *Balancing Copyright - A Survey of National Approaches*, Springer-Verlag, 2012, pp. 387-429, spéc. p. 399. Il convient toutefois de signaler que ladite question est vivement discutée dans la doctrine. Sur le caractère équivoque des dispositions de la directive commentées et l'hétérogénéité des approches quant à la détermination du véritable destinataire du test en trois étapes v. not. : C. GEIGER, « La transposition du test des trois étapes en droit français », *D.*, 2006, pp. 2164-2167, S. DUSOLLIER, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *Intellectuele Rechten, Droits Intellectuels*, n° 2, 2005, pp. 213-223, J. GRIFFITHS, « The 'Three-Step Test' in European Copyright Law - Problems and Solutions », *Intellectual Property Quarterly*, n° 4, 2009, pp. 428-457.

⁶⁰⁹ Ainsi, selon F. Pollaud-Dulian, « (...) la citation doit être courte. Si cette condition n'est pas expressément posée par l'article 5, paragraphe 3, lettre d) de la directive, c'est qu'elle va de soi : une citation ne peut être intégrale et doit être courte pour mériter cette dénomination », F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, p. 855.

⁶¹⁰ Formule tirée de l'adage latin « *de minimus non curat lex* ». V., sur ce point : P. EL KHOURY, *Le Fair Use et le Fair Dealing, Étude de droit comparé*, Éditions Thémis, 2005, p. 16 note 55.

de l'œuvre citée⁶¹¹. Dans une telle situation, c'est la doctrine « *de minimus* » qui s'applique. Ce qui est « *de minimus* », n'est pas du *fair use*⁶¹², et ce dernier, permettant même des emprunts importants, commence là où se termine le premier⁶¹³. Il en résulte que de l'autre côté de l'Atlantique, pour qu'une citation relève de l'exception *fair use*, elle ne peut pas être courte. Au contraire, elle doit être suffisamment longue et substantielle pour dépasser les limites, ajoutons assez floues, de la doctrine « *de minimus* ».

213. Eu égard à ce qui précède, la thèse de violation par la France des exigences posées par les textes supranationaux en matière d'exception pour courte citation défendue par A. Bertrand⁶¹⁴ emporte la conviction, mais uniquement en ce qui concerne la non-conformité de la législation française avec les dispositions de la directive 2001/29/CE.

Plus généralement, ladite tension nous montre que le législateur français n'est plus libre de poursuivre sa politique traditionnelle en matière d'exceptions aux droits de l'auteur. Aujourd'hui, on observe une coexistence de deux visions de l'équilibre du droit d'auteur, qui comme le montre l'exemple de l'exception pour citation, ne sont pas faciles à concilier. Le principal effet indésirable de cette anomalie est le fait qu'avec cette coexistence de deux équilibres du droit d'auteur différents s'éveillent les ambitions du juge.

II. L'interprétation créative du juge de l'exception pour courte citation

214. Malgré l'inertie du législateur français en matière d'exception pour courte citation, ces dernières années sont marquées par l'éloignement du juge du droit d'auteur de la lettre de l'exception. Apparemment en conformité avec la nouvelle conception de la citation consacrée par les textes supranationaux, le magistrat n'hésite pas à assouplir les conditions de l'exception pour courte citation afin de l'adapter aux besoins de la nouvelle société de l'image et du numérique (A). Curieusement, parfois le remodelage des contours de cette exception emblématique pour la tradition du droit d'auteur français prend également la forme

⁶¹¹ P. EL KHOURY, *op. cit.*, p. 15.

⁶¹² Ainsi, comme l'explique un auteur, « *if the reproduction is de minimis, that is, "copying has occurred to such a trivial extent as to fall below the quantitative threshold of substantial similarity", there is no infringement. However, these standards, which depend upon the particular circumstances of a case, provide no hard and fast rules* », J. MAZZONE, « Copyfraud », *New York University Law Review*, n° 3, vol. 81, 2006, pp. 1026-1100, spéc. p. 1048.

⁶¹³ P. EL KHOURY, *op. cit.*, p. 16. V., sur ce point : *Warner Bros, Inc. c/American Broadcasting Companies, Inc.*, 720 F. 2 d 231 (1983), ainsi que *Ringgold c/Black Entertainment Television, Inc.*, 126 F.3d 70 (1997).

⁶¹⁴ *Supra*, n° 209 et suiv.

d'une restriction de son champ d'application d'une façon non prévue par la loi. Pour nous en convaincre, nous analyserons un concept récent de courte citation non aléatoire (B).

A. L'ouverture progressive de la courte citation à la société de l'image et du numérique

215. La question de la relation entre l'exception pour courte citation et la citation conforme aux bons usages inscrite au sein de la directive n'est pas véritablement tranchée par la jurisprudence française. Les décisions françaises s'abstiennent de tirer des conséquences de cette divergence entre l'exception française et celle prévue par la directive 2001/29/CE.

À cet égard, évoquons l'affaire dans laquelle il s'agissait des reproductions intégrales de vignettes des œuvres d'Hergé portant sur les aventures de Tintin. Devant la Cour d'appel de Versailles⁶¹⁵, l'argument tiré de l'incompatibilité entre l'exception de courte citation et celle prévue par la Convention de Berne et par la directive société de l'information a été soulevée⁶¹⁶, toutefois les juges du fond l'ont balayé en estimant, de façon traditionnelle, « (...) que la citation s'entend par nature d'un extrait, d'un passage, d'une œuvre constituant un tout, et qui a pour finalité d'illustrer la pensée de son auteur » et en ajoutant « que dans le cas d'une bande dessinée, même si les dessins sont accompagnés de textes, il s'agit essentiellement d'une œuvre graphique dont seule une reproduction, totale ou partielle, peut traduire les formes et l'esthétique ».

Le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté par la Cour de cassation⁶¹⁷, pour laquelle les reproductions intégrales n'entrent pas dans le champ d'application des textes internationaux évoqués, et qui estime qu'elles « (...) n'étaient, en tout cas, pas faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi et, partant, qu'elles ne pouvaient relever des exceptions prévues par lesdits textes ».

216. Cette solution est critiquable. Selon P. Sirinelli, elle s'explique par l'absence « d'obligation générale d'interprétation des exceptions françaises à la lumière du texte de la

⁶¹⁵ Versailles, 17 sept. 2009, n° 08/04297, *RTD Com.*, 2010, p. 114, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RLDI*, n° 55, déc. 2009, p. 17, obs. L. COSTES.

⁶¹⁶ « Considérant que les sociétés F. et F. DIRECT concluent : - que la France a ratifié la version de la convention de Berne dite de l'Acte de Paris entrée en vigueur le 10 juillet 1974 et que cette version dispose en son article 10.1 que "sont licites les citations tirées d'une œuvre, déjà rendues licitement accessibles au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée du but à atteindre...", formulation retranscrite dans l'article 5.3 d) de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins (...), - que l'article 10.1 de la convention de Berne, dont les sociétés F. demandent l'application directe, ainsi que l'article 5.3 de la directive concernent tant les œuvres littéraires que les œuvres et/ou objets protégés et que ces textes mettent fin au concept restrictif de "courte citation" auquel le jugement entrepris se réfère ; (...) ».

⁶¹⁷ Cass 1^{re} civ., 26 mai 2011, inédit, *RLDI*, n° 73, juill. 2011, p. 26, obs. M. TREZEGUET, *RTD Com.*, 2012, p. 120, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.*, 2012, p. 2844, obs. P. SIRINELLI.

directive européenne du 22 mai 2001 »⁶¹⁸. Ce dernier principe aurait été, selon le même auteur consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 janvier 2009⁶¹⁹.

En réalité, la jurisprudence précitée de la Cour de cassation consacre un principe selon lequel le juge national ne saurait interpréter les exceptions internes à la lumière des dispositions de la directive 2001/29/CE, tant que cette dernière n'est pas encore transposée en droit national, la transposition des exceptions demeurant facultative. Dans ce cas, selon la Cour de cassation, la liste des exceptions facultatives ne peut pas « *servir au juge national de règle d'interprétation pour étendre la portée d'une disposition de la loi nationale à un cas non prévu par celle-ci* ». *A contrario*, rien ne s'oppose à ce que le juge national interprète à la lumière de la directive une disposition du droit interne correspondant à une exception prévue par la directive.

Dans cette optique, comme le fait à juste titre remarquer C. Caron, « (...) *le droit de citation de l'article L. 122-5, 3 °, du Code de la propriété intellectuelle pourrait peut-être être interprété à l'aune de l'article 5, 3, d) de la directive qui est dédié à l'exception de citation. Dans ce cas, le texte communautaire n'est pas utilisé, pour reprendre les termes de la Cour de cassation, afin "d'étendre la portée d'une disposition de la loi nationale à un cas non prévu par celle-ci" puisqu'il s'agit d'interpréter le droit de citation français par référence à l'exception communautaire dédiée à la citation* »⁶²⁰.

217. Par conséquent, rien ne semble s'opposer aujourd'hui à ce que la conformité de l'exception française pour courte citation avec la vision différente de cette dérogation consacrée par le droit supranational soit assurée par le juge du droit d'auteur. D'ailleurs, ce processus d'adaptation semble déjà être en cours. Dans la plupart des cas, les censures opérées par la Cour de cassation, défendant l'architecture de l'exception de citation issue de la loi du 11 mars 1957, ne concernent que les reproductions intégrales. De ce fait, elles laissent ouverte la question de la licéité des citations fragmentaires autres que littéraires. Cette inertie de la Haute Juridiction engendre, depuis des années, la prolifération de décisions de juges du fond s'éloignant du cadre traditionnel de la courte citation, cantonné au domaine littéraire, et ce au profit de la conception de citation conforme aux bons usages pouvant être appliquée dans n'importe quel domaine d'expression artistique.

⁶¹⁸ P. SIRINELLI, obs. sous Cass 1^{re} civ., 26 mai 2011, inédit, *D.*, 2012, pp. 2844-2847, précitée, spéc. p. 2845.

⁶¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, *Bull.* I, n° 8, précité.

⁶²⁰ C. CARON, note sous Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, *Bull.* I, n 8, *CCE*, n° 4, avr. 2009, comm. 33 précitée.

218. Ainsi, de plus en plus souvent, l'adjectif « courte » est interprété sous l'angle purement quantitatif sans tenir compte de sa dimension qualitative, ce qui permet d'appliquer l'exception en dehors du domaine littéraire. Le raisonnement basé sur la règle d'interprétation *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*, appliqué au droit de la courte citation⁶²¹, a conduit les juges du fond à admettre le jeu de l'exception au bénéfice des extraits d'une œuvre audiovisuelle incorporés dans une autre œuvre audiovisuelle⁶²², et cela malgré la sensibilité du domaine impliquant des investissements considérables⁶²³, ou bien pour les citations musicales⁶²⁴ qui, selon la doctrine traditionnelle éveillent des sensations et ne contiennent aucun élément de « jeu d'idées », condition nécessaire de la citation licite⁶²⁵.

Pour certains auteurs, ces nouveaux errements jurisprudentiels en matière d'exception pour courte citation marquent l'ouverture du système des exceptions au « passage récent d'une société de l'écrit à une société de l'image et du numérique »⁶²⁶. Cette ouverture s'accompagne d'une certaine redéfinition jurisprudentielle des contours d'une exception consacrée par le législateur, prenant la forme de leur assouplissement. Ceci étant, la redéfinition de l'équilibre voulu par le législateur en matière d'exception de citation ne s'arrête pas aux tentatives de libéralisation de ses conditions. À titre de curiosité, nous observerons que parfois le juge français procède à la restriction de son champ d'application en ajoutant à la loi une condition qu'elle ne prévoyait pas.

⁶²¹ Le raisonnement bien exposé dans un jugement du TGI Paris, du 15 mai 1991, n° 11527/90, JurisData n°1991-603361, dans lequel le fait de montrer des peintures exposées dans un théâtre à l'occasion d'une émission télévisée a été considéré comme étant une courte citation : « *Attendu qu'aux termes de l'article 41-3 de la loi du 11 mars 1957, un auteur ne peut pas interdire "les courtes citations justifiées par le caractère critique... ou d'information de l'œuvre dans laquelle elles sont incorporées"* ; *Attendu que ce texte ne comporte aucune limitation de son champ d'application à un type d'œuvres littéraires notamment comme le soutient à tort la SPADEM; qu'il concerne l'ensemble des œuvres artistiques telles les peintures, les sculptures* ».

⁶²² TGI Paris, 14 sept. 1994, RIDA, n° 164, avr. 1995, p. 407. Dans cette décision, la possibilité de citer une œuvre audiovisuelle dans une autre œuvre audiovisuelle est reconnue implicitement, bien qu'en l'espèce le jeu de l'exception n'ait pas été admis en raison de la taille excessive du fragment « cité » (17 minutes 36 secondes incorporées dans une émission de 58 minutes). Pour la même possibilité de se prévaloir de l'exception sur le terrain analogique des droits voisins, v. : Paris, 15 juin 1989, RIDA n° 143, janv. 1990, p. 321, note P.-Y. GAUTIER, *RTD Com.*, 1990, p. 210, obs. A. FRANCON, *D.*, 1990, p. 293, obs. T. HASSLER.

⁶²³ V., sur ce point : L. BOCHURBERG, « Le droit de citation en matière audiovisuelle », *Gaz. Pal.*, 27-28 oct. 1995, pp. 1198-1203.

⁶²⁴ Implicitement, TGI Paris, 12 sept. 2007, RIDA n° 214, oct. 2007, p. 359.

⁶²⁵ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée*, Dalloz, 1950, p. 357. À cet égard, F. Pollaud-Dulian constate la chose suivante : « (...) on voit mal comment une œuvre musicale ou d'art plastique (dans laquelle s'insérerait la citation) pourrait être qualifiée d'œuvre à caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information », F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, pp. 860-861.

⁶²⁶ B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2012, p. 296.

B. La naissance de la courte citation non aléatoire ?

219. La réécriture jurisprudentielle des contours de l'exception pour courte citation prend parfois la forme d'ajout d'une condition non prévue par la loi. À cet égard, il convient d'évoquer la très médiatisée affaire *Martinière*, tranchée par le TGI de Paris⁶²⁷. En l'espèce, après avoir numérisé un certain nombre d'œuvres, sans avoir fait, à l'origine du programme, aucune distinction entre les ouvrages libres et ceux sous droits⁶²⁸, la société américaine Google a lancé un service permettant un tirage automatique de courts extraits des œuvres numérisées (de quelques phrases, reprenant le terme recherché par l'utilisateur, présentées sous forme de bandeaux de papier virtuel), ainsi que de leurs références comportant le titre, l'image de la couverture du livre, le nom de l'auteur et les détails relatifs à la publication, et leur mise à la disposition du public totalement gratuite⁶²⁹. L'internaute pouvait ainsi s'assurer que le contenu de l'ouvrage qu'il recherche correspondait bien à ses intérêts.

Abstraction faite de la question controversée de la loi applicable au litige⁶³⁰, il faut remarquer que dans le jugement commenté, le juge a refusé d'admettre le jeu de l'exception française pour courte citation dans le cas spécifique du moteur de recherche *Google book search*. Pour fonder sa solution, il a notamment soutenu « *que l'aspect aléatoire du choix des extraits représentés dénie tout but d'information tel que prévu par l'article L. 122-5, 3* ».

220. Comme le souligne la doctrine, cette décision, bien que rendue par une juridiction de première instance, « *a une portée symbolique dans la mesure où elle entend marquer*

⁶²⁷ TGI Paris, 18 oct. 2009, *JCP*, n° 9, 1^{er} mars 2010, 247, note A. LUCAS, *JCP*, n° 17, 26 avr. 2010, 486, obs. J. GINSBURG, P. SIRINELLI, *CCE*, n° 5, mai 2010, étude 11, obs. F.-M. PIRIOU.

⁶²⁸ Au début de son existence le programme *Google Book Search* concernait quinze millions de livres. V. : L. MAUREL, *Bibliothèques numériques : le défi du droit d'auteur*, Presses de l'Enssib, École supérieure des sciences de l'information et des bibliothèques, 2008, p. 26.

⁶²⁹ J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, Lextenso, LGDJ, 2011, p. 268.

⁶³⁰ La numérisation des œuvres ainsi que leur mise à disposition du public ont eu lieu aux États-Unis. Si l'application du droit américain et de la doctrine du *fair use* ne garantissait pas à Google le gain de cause en raison de la flexibilité, et donc l'imprévisibilité, de ladite exception ouverte, la condamnation en application du droit français était beaucoup plus probable. V., sur ce point not. : A. STROWEL, *Quand Google défie le droit, Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, De Boeck & Larcier 2011, pp. 37-38. En premier lieu, la question du droit applicable pouvait *a priori* être résolue par référence à l'article 5. 2° de la Convention de Berne selon lequel « (...) l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée », ce qui, malgré les apparences combattant en faveur d'application du *lex fori*, implique selon la jurisprudence de la Cour de cassation la désignation du *lex loci delicti*. Dans ce sens, Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2002, *Bull.* I, n° 75, *D.*, 2002, p. 2999, note N. BOUCHE, *D.*, 2003, p. 58, note M. JOSSELIN-GALL, *JCP*, 2002.II.10082, note H. MUIR WATT, *Revue critique de droit international privé*, 2003, p. 440, note J.-M. BISCHOFF. Cette argumentation soutenue par Google n'a pas été suivie par le TGI de Paris qui s'est prononcé en faveur de l'application de la loi française, en tenant compte des liens plus étroits du litige avec la France. Pour aller plus loin, v. not. : F.-M. PIRIOU, obs. sous TGI Paris, 18 oct. 2009, *CCE*, n° 5, mai 2010, étude 11, précitées.

un coup d'arrêt en France au processus de la numérisation d'ouvrages (...)»⁶³¹, et a provoqué un grand débat doctrinal sur la lecture de l'exception pour courte citation. Le jeu de ladite exception ne semble pas possible en l'absence de toute œuvre seconde incorporant les citations et justifiant le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information⁶³². Néanmoins, dans un passé pas si lointain, il a été admis par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation la licéité d'une base des données comportant des résumés signalétiques d'articles des journaux⁶³³.

En outre, l'affirmation par le tribunal d'un principe appelé par la doctrine, avec une dose de plaisanterie, «*l'aléa chasse la citation*»⁶³⁴ dépasse le cadre de l'interprétation stricte de l'exception pour courte citation, dans la mesure où l'on assiste à une sorte de réécriture jurisprudentielle des conditions légales de celle-ci par l'ajout d'un critère étranger à la loi⁶³⁵.

Dans cette optique, il nous semble regrettable que le jugement commenté, frappé par appel interjeté par la société Google, n'ait pas été censuré par les juridictions d'ordre supérieur, en raison de la résolution amiable du conflit. Les décisions précitées marquent une certaine émancipation des juges du fond dans le cadre de la détermination de la balance d'intérêts en matière d'exception pour courte citation. Son interprétation créative démontre que l'avènement du numérique a bouleversé la vision traditionnelle du déséquilibre harmonieux, bâti, à l'ère de l'analogique, autour des exceptions rigides et statiques. Ce dernier est aujourd'hui soumis à des forces destructrices, dont la source se trouve justement dans l'institution que le législateur français n'a pas cherché à associer dans la définition du déséquilibre harmonieux caractéristique pour le droit d'auteur français.

Section 2. Les signes de perte de contrôle sur le nombre d'exceptions existantes

221. Le paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur français fait du législateur le seul décideur en matière de création des exceptions. Il a été mentionné que les tentatives

⁶³¹ C. FERAL-SCHUHL, *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'Internet*, 6^e éd., Dalloz, 2010, p. 483.

⁶³² F.-M. PIRIOU, obs. sous TGI Paris, 18 oct. 2009, *CCE*, n° 5, mai 2010, étude 11, précitées. La force de cet argument est toutefois à relativiser après la décision de la CJUE *Eva-Maria Painer*. V., sur ce point : *supra*, n° 88, 93, 216.

⁶³³ Cass. Ass. Plén. 30 oct. 1987, *Bull. AP*, n° 4, *RTD Com.*, 1988, p. 57, obs. A. FRANCON, *D.*, 1988, somm. comm., p. 206, obs. C. COLOMBET, *D.*, 1988, p. 21, obs. J. CABANNES.

⁶³⁴ A. SIGHN, « "Google Books" : morceaux choisis », *RLDI*, n° 57, févr. 2010, pp. 6-11, spéc. p. 10.

⁶³⁵ V., sur ce point : J. HUET, E. DREYER, *op. cit.*, p. 271, qui remarquent, à juste titre, qu'«*il n'a jamais été exigé que la citation ait un caractère "non-aléatoire"*», pour ajouter qu'«*il est loin d'être sûr que les extraits d'œuvres effectués par le service "Google Search" aient eu un tel caractère : ils sont motivés par la présence d'un mot clé recherché dans une œuvre et entouré de quelques mots précédents et suivants. Un logiciel préside à cette recherche, lequel a été conçu par une intelligence humaine ce qui exclut que son fonctionnement ait un caractère aléatoire*».

d'harmonisation du droit d'auteur au niveau européen remettent en cause cet axiome qui a défini la tradition française du droit d'auteur. Si cette situation s'explique mal dans le cadre du paradigme classique, elle semble être une conséquence naturelle des engagements de la France, découlant de sa qualité d'État membre de l'Union européenne.

Une anomalie plus grave, observable aujourd'hui, consiste en l'émancipation du juge du droit d'auteur, qui n'hésite pas à modifier le catalogue des exceptions en y ajoutant des éléments nouveaux. À cet égard, l'œuvre jurisprudentielle relative à la théorie de l'arrière-plan et aux reproductions accessoires est à évoquer. Dans ce domaine, la redéfinition par le magistrat des limites externes des droits d'auteur (I) a progressivement conduit à la réanimation de la logique des exceptions prétoriennes (II).

I. La théorie de l'arrière-plan : la redéfinition jurisprudentielle des limites externes des droits de l'auteur

222. Déjà sous l'empire des lois révolutionnaires, le juge du droit d'auteur se montrait clément face aux reproductions accessoires des œuvres. Cette jurisprudence, soustrayant ces dernières du pouvoir d'exclusion du titulaire, a pu survivre à la grande codification du droit d'auteur, parce que traditionnellement on y voyait une affirmation des limites externes des droits d'auteur et non pas une exception (A). Ce qui est passé inaperçu, c'est le fait qu'en réalité elle a remodelé les droits patrimoniaux de l'auteur (B).

A. La survie de la théorie de l'arrière-plan due à sa nature de limite externe des droits de l'auteur

223. La question de la licéité des reproductions des œuvres protégées, effectuées « par hasard » à l'occasion de présentation d'un autre objet ou d'un autre événement, n'est pas nouvelle. Avant l'adoption de la loi du 11 mars 1957, il s'est développé une certaine « tolérance » jurisprudentielle face aux reproductions accessoires des monuments et des œuvres d'art situés dans les lieux publics. L'idée vient de la pensée de Renouard pour lequel il ne saurait y avoir de contrefaçon « *s'il ne s'agit plus que de vues pittoresques exécutées d'après un monument architectural, un jardin, une maison. L'œuvre du peintre ou du dessinateur ne cause aucun tort, n'apporte aucune concurrence au produit dû à la*

pensée de l'architecte ; et cette copie exécutée par un art tout autre et par des procédés entièrement dissemblables, ne saurait être regardée comme une contrefaçon »⁶³⁶.

Ainsi, en 1903, le Tribunal civil de Châteaudun a jugé qu'il est permis de reproduire, sans consentement de l'auteur, des œuvres « *sous un aspect purement pittoresque et dans un ensemble de paysage* »⁶³⁷. C. Colombet voyait dans cette jurisprudence la consécration d'un cas de reproduction libre, justifié par le caractère accessoire de celle-ci par rapport au sujet principal de l'œuvre nouvelle⁶³⁸. La réalité de cette indulgence du magistrat face à certaines reproductions accessoires, ensuite généralisée, ne fait aucun doute⁶³⁹.

224. Bien évidemment, si la reproduction est libre, nous ne sommes pas en présence d'une exception aux droits de l'auteur, mais plutôt d'une limite externe de celui-ci. C'est pourquoi sont erronées ou mal formulées la qualification, jadis admise par la doctrine et suivie par certains auteurs contemporains⁶⁴⁰, de la reproduction accessoire en tant qu'exception, ainsi que toutes les interrogations qui ont surgi au sujet de sa compatibilité avec la liste exhaustive des exceptions mise en place par la loi du 11 mars 1957⁶⁴¹.

⁶³⁶ A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature les sciences et les Beaux-arts*, Tome II, Jules Renouard et Cie libraires, 1839, pp. 80-81.

⁶³⁷ T. civ. de Châteaudun, 10 déc. 1903, *Pataille*, 1905, p. 218.

⁶³⁸ C. COLOMBET, obs. sous Paris, 30 mai 1985, *D.*, 1986, somm. comm., p. 186, spéc. p. 186.

⁶³⁹ Et cela malgré quelques fausses idées quant au contexte de son ancrage dans la pratique jurisprudentielle, partagées par de nombreux auteurs. Ainsi, H. Desbois, cite une décision du Tribunal civil de Mirecourt du 10 juill. 1924, *D.H.*, 1924 p. 680, qui a prétendument « *soustrait à toute condamnation le commerçant qui vendait des cartes postales, dont le sujet était l'inauguration d'une statue élevée à la mémoire des combattants de la guerre de 1914-1918 (...)* ». Selon le même auteur, le tribunal aurait vu dans la nécessité de solliciter le consentement du sculpteur une entrave inacceptable à l'intérêt public, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978, pp. 323-325. Ces enseignements ont été repris par de nombreux auteurs. V. not. : C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Dalloz 1999, p. 197, E. PIERRAT, *Reproduction interdite ? Le droit à l'image expliqué aux professionnels et à ceux qui souhaitent se protéger*, Maxima, 2002, p. 89, du même auteur, *Le droit d'auteur et l'édition*, Éditions du cercle de la librairie, 2005, p. 182 et, implicitement, A. FRANCON, *Cours de propriété littéraire artistique et industrielle 1996/1997*, Litec, 1996, p. 238, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, p. 867. Ladite décision rendue, en réalité, par le Tribunal de commerce de Mirecourt a condamné la reproduction d'un monument par la carte postale au motif qu'il constituait son objet principal, et que de plus la carte litigieuse portait la mention « Le Monument », ce qui, aux yeux du juge du tribunal de commerce, « *indiquait (...) la volonté de reproduire l'œuvre principalement* ». Cela étant, certains auteurs remarquent à juste titre que le raisonnement *a contrario* pourrait conduire à l'admission de la licéité de la reproduction si celle-ci n'avait pas eu pour l'objet principal le monument. Dans ce sens, J. LARRIEU, « *Propriété et symbole révolutionnaire ou le buste de Marianne* », in G. KOUBI, *Propriété & Révolution*, Actes du Colloque de Toulouse 12-14 oct. 1989, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990, pp. 251-261, spéc. p. 256.

⁶⁴⁰ V. not. : X. PRES, *Les sources complémentaires du droit d'auteur français, Le juge, l'Administration, les usages et le droit d'auteur*, Presses universitaires d'Aix-Marseille 2004, pp. 106-107, J.-C. GALLOUX, « *Exceptions et limitations au droit d'auteur : Exception française ou paradoxe français ?* », in C. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. M. HILTY, *Rencontres franco-allemandes, Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007, pp. 321-334, spéc. p. 332.

⁶⁴¹ C. COLOMBET, obs. sous Paris, 30 mai 1985, *D.*, 1986 somm. comm., p. 186, précitées, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978, pp. 323-325.

La théorie jurisprudentielle des reproductions accessoires, dénommée dans les sources plus récentes la théorie « de l'arrière-plan »⁶⁴², a survécu à la grande codification du droit d'auteur, et ce malgré l'absence de toute consécration d'une exception légale reprenant ses lignes. Elle doit sa viabilité à sa nature juridique qui fait d'elle une limite externe des droits d'auteur. La jurisprudence plus récente ne laisse subsister aucun doute sur ce point et prouve que le terrain des limites externes des droits d'auteur est toujours ouvert à la créativité du juge. Celui-ci n'hésite pas à profiter de cette marge de liberté que lui offre la technique de l'énoncé succinct et ouvert des droits exclusifs.

225. Ainsi, il a été jugé par la Cour d'appel de Paris, déjà sous l'empire du système issu de la loi du 11 mars 1957, dans une affaire concernant une photographie publicitaire d'un véhicule prise avec les paysages modernistes du quartier la Défense en arrière-plan, que la fontaine monumentale autour de laquelle tournait le litige, ne représentait, sur un cliché, « *qu'un accessoire du sujet principal qui est l'automobile* ». Selon le juge, dès lors que ladite reproduction accessoire n'est pas en mesure de communiquer les caractéristiques principales de l'œuvre litigieuse, prise dans son ensemble, on ne saurait parler d'une « *reproduction portant atteinte aux droits que l'auteur de la fontaine tient de l'art. 40 de la loi du 11 mars 1957* »⁶⁴³.

Le même raisonnement a également séduit la Cour de cassation. Cette dernière a d'abord cantonné l'application de la théorie de l'arrière-plan aux reproductions ou représentations accessoires des œuvres situées dans les lieux publics⁶⁴⁴. Plus tard, elle s'est abstenue de censurer la décision des juges du fond, pour lesquels l'apparition accessoire d'une photographie figurant sur la couverture d'un ouvrage dans un film publicitaire ne réalise pas une représentation de celle-ci⁶⁴⁵. Cette solution consacre le principe d'indifférence du critère du lieu public ou privé en tant que critère d'application de la théorie de l'arrière-plan⁶⁴⁶.

⁶⁴² P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., PUF, 2015, p. 118.

⁶⁴³ Paris, 30 mai 1985, *D.*, 1986 somm. comm., p. 186 obs. C. COLOMBET.

⁶⁴⁴ V. : Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, *Bull. I*, n° 295, *D.*, 1996, p. 4, note B. EDELMAN, *D.*, 1996, p. 73, obs. T. HASSLER, qui consacre le principe selon lequel « *la représentation d'une œuvre située dans un lieu public n'est licite que lorsqu'elle est accessoire par rapport au sujet principal présenté* ». Certains auteurs voient dans cette jurisprudence la consécration d'une exception véritable. Dans ce sens not. : Y. GAUBIAC, « France : rapport général », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'Étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 226-235, spéc. p. 235. Nous considérons que la formule utilisée par le juge « *n'est licite que* » peut désigner une exception aussi bien qu'une limite des droits exclusifs.

⁶⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2001, *Bull. I*, n° 172, *RIDA*, n° 192, avr. 2002, p. 423, *PI*, n° 1, oct. 2001, p. 62, obs. A. LUCAS, *D.*, 2001, p. 2517 note J. DALEAU.

⁶⁴⁶ J. DALEAU, note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2001, *Bull. I*, n° 172, *D.*, 2001, pp. 2517-2518, spéc. p. 2517.

B. L'atteinte à la définition légale des droits patrimoniaux

226. Contrairement à ce qui a pu être affirmé par une partie de la doctrine, le juge appliquant la théorie de l'arrière-plan, conçue comme une limite externe des droits exclusifs, porte atteinte à la définition légale des droits patrimoniaux de l'auteur (A). Les raisons de l'adoption d'une telle technique par le juge tiennent, paradoxalement, à l'architecture de l'équilibre préétabli du droit d'auteur (B).

1. La réalité de l'atteinte à la définition légale des droits patrimoniaux

227. Les applications évoquées de la théorie de l'arrière-plan sous-entendent une redéfinition des droits patrimoniaux de l'auteur. La représentation consiste en une « *communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque* »⁶⁴⁷. La reproduction, quant à elle est une « *fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte* »⁶⁴⁸. Le texte de loi ne fait aucune distinction entre les communications de l'œuvre au public à titre principal et celles à titre accessoire. Il n'est pas douteux que même les reproductions accessoires permettent au public de prendre connaissance de l'œuvre d'une manière ou l'autre⁶⁴⁹.

228. Le système du droit d'auteur, orienté vers la protection de l'auteur et déterminant le degré de prise en compte de l'intérêt général au stade de l'édiction de la liste fermée des exceptions, parmi lesquelles vainement chercherait-on les hypothèses correspondant à la théorie de l'arrière-plan, voudrait que les lacunes et les zones d'ombre du texte soient interprétées en faveur de l'auteur. Toutefois, comme le souligne B. Galopin, en ce qui concerne la théorie de l'arrière-plan, le juge a préféré, par la voie d'une certaine fiction juridique s'exerçant sur les données réelles constituant les conditions d'application de la règle juridique⁶⁵⁰, légitimer les pratiques entrant *de facto* dans le champ d'application des droits exclusifs. Suite à cette opération, nous sommes en présence d'une solution respectant le caractère fermé de la liste des exceptions, mais contaminée par un haut degré d'artifice⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ Article L. 122-2 du CPI, l'ancien article 27 de la loi du 11 mars 1957.

⁶⁴⁸ Article L. 122-3 du CPI, l'ancien article 28 de la loi du 11 mars 1957.

⁶⁴⁹ Dans ce sens, P. SIRINELLI, obs. sous Paris, 12 sept. 2008, *RIDA*, n° 219, janv. 2009, pp. 237-265, spéc. pp. 251-253.

⁶⁵⁰ B. GALOPIN, « Accessoire : la Cour de cassation assume l'exception prétorienne », note sous Cass., 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull. I*, n° 87, *RLDI*, n° 73, juill. 2011, pp. 20-24, spéc. p. 21.

⁶⁵¹ A. BENSAMOUN, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, n° 224, avr. 2010, pp. 2-159, spéc. p. 105.

Chaque fiction juridique n'est qu'«*un mensonge technique consacré par la nécessité*»⁶⁵². L'analyse des éléments constitutifs de la théorie de l'arrière-plan nous force à constater que son approbation par la Cour de cassation signifie la création d'une nouvelle règle jurisprudentielle précisant les contours des droits patrimoniaux de l'auteur. Selon cette dernière, ne donnent lieu au déclenchement de la protection que les reproductions et représentations non seulement conformes aux conditions prévues par la loi, mais aussi « non accessoires »⁶⁵³.

229. Ainsi, n'emportent pas notre conviction les thèses qui voient dans l'application jurisprudentielle de la théorie de l'arrière-plan la mise en exergue d'une vérité évidente, selon laquelle la communication accessoire de l'œuvre au public échappe par nature aux droits exclusifs⁶⁵⁴.

En outre, il convient de souligner que les essais de conceptualisation de la théorie de l'arrière-plan, par référence à une prétendue exception aux droits de l'auteur tirée de la règle *de minimus non curat praetor*⁶⁵⁵, apparaissent comme purement théoriques. Si la force indéniable dudit adage a pu inspirer l'élaboration de la théorie, à partir du moment où l'on est en présence d'une négation ferme et non équivoque du droit exclusif, il ne semble pas qu'on puisse parler d'une construction autre qu'une limite externe des droits d'auteur, aux définitions desquelles a été ajouté un critère de caractère non accessoire de la communication de l'œuvre au public.

2. Les raisons de l'atteinte à la définition légale des droits patrimoniaux

230. La redéfinition des frontières du droit d'auteur par rapport à la lettre de la loi étant admise, reste à comprendre ses motifs. Sur ce point, il semble opportun de souligner, avec F. Pollaud-Dulian, qu'à l'origine de la théorie de l'arrière-plan se trouve un certain sentiment de bon sens. Ainsi, « *si le cameraman, le photographe ou le peintre prend pour sujet une scène de rue, une cérémonie, un paysage ou un personnage, on ne saurait lui*

⁶⁵² R. IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Tome IV, éd. A. Marescq, 1878, p. 295.

⁶⁵³ Dans ce sens, J. DALEAU, note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2001, *Bull.* I, n° 172, *D.*, 2001, pp. 2517-2518, précitée, spéc. p. 2518.

⁶⁵⁴ M. VIVANT, J-M BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3^e éd., Dalloz, 2015, p. 527, Dans le même sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 868.

⁶⁵⁵ Entrepris par quelques auteurs. V. not. : C. CARON, « De la représentation accessoire d'une œuvre de l'esprit », note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, *Bull.* I, n° 134, *CCE*, n° 5, mai 2005, comm. 78.

reprocher l'apparition accessoire de l'œuvre d'autrui, dans le cadre où se place son propre sujet »⁶⁵⁶.

En outre la théorie commentée se justifie d'un point de vue économique. Comme le fait à juste titre remarquer S. Dormont, en son absence, « *les coûts de transaction générés par l'autorisation et la rémunération des auteurs dont l'œuvre est reproduite - ou représentée - de manière accessoire seraient prohibitifs au regard des intérêts financiers en jeu* »⁶⁵⁷.

Eu égard à ces justifications, la théorie de l'arrière-plan se présente, pour certains auteurs, comme une construction juridique dont la légitimité n'est pas discutée et qui ne nuit point à la sécurité juridique⁶⁵⁸. Vu la réalité de la redéfinition prétorienne des contours des droits exclusifs qu'elle entraîne, il serait risqué de partager cette dernière opinion. En effet, l'ajout d'un critère supplémentaire de reconnaissance des droits d'auteur dans les cas où le public peut prendre connaissance de l'œuvre, et cela dans le système indéniablement orienté *in favorem auctoris*, est loin de constituer un gage de sécurité juridique...

231. Pourtant, en présence d'un système fermé d'exceptions, le juge, guidé, semble-t-il par le ressentiment profond à l'égard du statisme de l'équilibre interne du droit d'auteur, a dû trouver ailleurs des « échappatoires » pour que la rigidité, à ses yeux excessive, de la lettre de la loi ne soit pas assimilée à une entrave à la création⁶⁵⁹. Comme le remarque un auteur, le recours aux limites externes permet de « *dépasser la logique des exceptions censément prévues de façon limitative* »⁶⁶⁰.

Si le juge était autorisé de réanimer la logique ancienne de création *ex nihilo* des exceptions prétoriennes, ou bien, si la loi avait prévu une exception couvrant les hypothèses de reproduction et représentations accessoires, il ne serait pas obligé, dans sa mission d'adaptation du droit à la réalité, de mettre un pas sur le terrain glissant de la fiction juridique et de nier un droit exclusif pour contourner la rigidité du système d'exceptions.

⁶⁵⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 867.

⁶⁵⁷ S. DORMONT, *Le conflit entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence*, Thèse, Paris Sud XI, 2011, p. 283.

⁶⁵⁸ X. PRES, *op. cit.*, p. 107. Dans le même sens, L. MARINO, *Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur*, *JCP*, n° 30, 26 juill. 2010, doctr. 829.

⁶⁵⁹ P. SIRINELLI, obs. sous Paris, 12 sept. 2008, *RIDA*, n° 219, janv. 2009, pp. 237-265, spéc. p. 251. Dans le même sens, pour expliquer la raison d'être de la figure logique de la Cour de cassation dans un autre arrêt consistant à situer l'inclusion fortuite et accessoire d'une œuvre en dehors de la sphère des droits d'auteur, C. Castets-Renard souligne que « *ce raisonnement contestable a certainement été guidé par la volonté de contourner le régime juridique des exceptions légalement consacrées* », C. CASTETS-RENARD, « *Etre et avoir... et apparaître accessoirement ! Ou comment limiter le monopole de l'auteur* », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull. I*, n° 87, *D.*, 2011, pp. 1875-1879, spéc. p. 1878.

⁶⁶⁰ P. MOURON, « *La parodie, nouvelle limite externe au droit des dessins et modèles* », *RLDI*, n° 98, nov. 2013, pp. 72-77, spéc. p. 76.

Comme l'enseignait Jhering, « toute fiction, à cause de son imperfection même, avertit la science d'avoir à rechercher le plus rapidement possible un moyen plus parfait »⁶⁶¹. Un nouvel espoir, pour sortir de ladite logique des limites externes, critiquable d'un point de vue formel, mais compréhensible sous l'angle des exigences de pure équité, est apparu à l'horizon avec l'adoption de la directive 2001/29/CE. Celle-ci a mis en place, dans sa « shopping list » d'exceptions facultatives, une série des normes dérogatoires pouvant, *a priori*, correspondre aux hypothèses factuelles couvertes par la théorie de l'arrière-plan. Il s'agit ici de l'exception pour utilisation au cours de cérémonies religieuses ou de cérémonies officielles, organisées par une autorité publique⁶⁶², pour utilisation d'œuvres réalisées pour être placées en permanence dans des lieux publics⁶⁶³ et finalement, celle pour inclusion fortuite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé dans un autre produit⁶⁶⁴.

II. La réanimation prudente de la logique des exceptions prétoriennes

232. La théorie de l'arrière-plan, initialement conçue comme une limite externe des droits exclusifs, ne s'est pas figée dans cette forme. Elle s'est progressivement transformée en une véritable exception prétorienne. Ce qui a permis ce passage, c'est la consécration par la directive 2001/29/CE d'un certain nombre d'exceptions facultatives qui pourraient couvrir les reproductions et les représentations accessoires. Ces exceptions n'ont toutefois pas été transposées en droit français. Le juge du droit d'auteur, tenté de les transposer à la place du législateur (A), a réussi à intégrer l'une d'entre elles dans le catalogue des exceptions françaises en faisant preuve d'une habileté spectaculaire (B).

A. La tentation d'une transposition jurisprudentielle des exceptions facultatives

233. La possibilité pour le juge de transposer en lieu et place du législateur une exception facultative prévue par la directive 2001/29/CE n'est pas exclue par le droit de l'Union

⁶⁶¹ R. IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, éd. A. Marescq, Paris, 1878, Tome IV, p. 296.

⁶⁶² Article 5, 3, g) : «(Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations) lorsqu'il s'agit d'une utilisation au cours de cérémonies religieuses ou de cérémonies officielles organisées par une autorité publique ».

⁶⁶³ Article 5, 3, h) : «(Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations) lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'œuvres, telles que des réalisations architecturales ou des sculptures, réalisées pour être placées en permanence dans des lieux publics ».

⁶⁶⁴ Article 5, 3, i) : «(Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations) lorsqu'il s'agit de l'inclusion fortuite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé dans un autre produit ».

européenne (1), ceci étant, traditionnellement, la Cour de cassation française se montrait hostile à une telle démarche (2).

1. La compétence non exclue par le droit de l'Union européenne

234. L'émergence des exceptions pouvant couvrir les reproductions et les représentations entrant dans le champ d'application de la théorie de l'arrière-plan en droit de l'Union européenne coïncide en France avec le déroulement de l'affaire *Place des Terreaux*⁶⁶⁵. En l'espèce, les auteurs du réaménagement de la célèbre place publique lyonnaise querellaient les éditeurs de cartes postales présentant des vues diurnes et nocturnes de celui-ci. Outre les œuvres (des colonnes et des petites fontaines) des demandeurs, les clichés litigieux comportaient des éléments d'œuvres historiques tombées dans le domaine public. La Cour de cassation a refusé de qualifier ceux-ci de reproductions contrefaisantes, en considérant que l'œuvre protégée « *se fondait dans l'ensemble architectural de la place des Terreaux dont elle constituait un simple élément* » et de ce fait, sa présence sur les cartes postales « *était accessoire au sujet traité, résidant dans la représentation de la place, de sorte qu'elle ne réalisait pas la communication de cette œuvre au public* ».

S'agissant du fond de la solution adoptée par les hauts magistrats, cette décision, fortement médiatisée et interprétée à tort par certains auteurs comme créant une nouvelle exception aux droits de l'auteur⁶⁶⁶, ne présente pas d'intérêt particulier. En fin de compte, nous sommes en présence d'une application des principes dégagés par les décisions précédentes relatives aux représentations et reproductions accessoires échappant aux droits exclusifs⁶⁶⁷. Par conséquent, tout en ajoutant qu'il est particulièrement audacieux de « *de considérer l'aménagement d'une place comme un élément accessoire lorsque la photographie ne représente que cette même place...* »⁶⁶⁸, nos observations relatives à la redéfinition des droits patrimoniaux de l'auteur par la théorie de l'arrière-plan valent également pour cette décision.

⁶⁶⁵ Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, *Bull.* I, n° 134, *D.*, 2005, p. 1645, obs. P. ALLAEYS, *D.*, 2005, p. 1026, obs. J. DALEAU, *RTD Com.*, 2005, p. 306, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 5, mai 2005, comm. 78, note C. CARON, *JCP*, n° 23, 8 juin 2005.II.10 072, note T. LANCRENON, *RLDA*, n° 82, mai 2005, p. 35, obs. L. COSTES, *RLDI*, n° 4, avr. 2005, p. 14, obs. L. COSTES.

⁶⁶⁶ V., dans ce sens : P.-Y. GAUTIER, « Problématique générale : la diversité des sources du droit d'auteur », in *Regards sur les sources du droit d'auteur*, Congrès ALAI, 18-21 sept. 2005, Paris, ALAI, 2007, pp. 67-78, spéc. p. 73.

⁶⁶⁷ Dans ce sens, C. CARON, « De la représentation accessoire d'une œuvre de l'esprit », note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, *CCE*, n° 5, mai 2005, comm. 78 précitée.

⁶⁶⁸ C. CARON, « Le droit d'auteur menacé par les exceptions prétoriennes », note sous TGI Lyon, 4 avr. 2001, *CCE*, n° 6, juin 2001, comm. 57.

Ceci étant, au lendemain de la transposition tardive de la directive 2001/29/CE par la loi DADVSI, la tentation de sortir de la logique discutable de négation du droit exclusif au profit de véritables exceptions atteint son paroxysme. Après la mise en place de la liste d'exceptions que les États membres ont la faculté de prévoir, et parmi lesquelles on trouve des hypothèses correspondant aux cas couverts par la théorie de l'arrière-plan, le juge souhaitant la transformer en une exception véritable trouverait un appui dans le texte de la directive. Désormais, une telle démarche pourrait ne plus constituer une création *ex nihilo* d'une exception prétorienne, mais plutôt une transposition jurisprudentielle de la directive.

235. Sur ce dernier point, une question fondamentale se pose - à qui appartient la tâche de transposer les exceptions facultatives prévues par la directive 2001/29/CE ? Vainement chercherait-on la réponse dans le texte du dispositif européen, qui se contente d'ouvrir la faculté de transposition des exceptions aux « États membres » sans préciser si celles-ci doivent forcément être consacrées par la loi. De manière générale, certains auteurs soulignent que *« l'obligation de transposition d'une directive ne consiste pas nécessairement, pour mettre la législation en conformité, à changer la loi. Une pratique répétée, voire une jurisprudence établie permettent, le cas échéant, de mettre l'État en règle avec ses obligations communautaires pour lui éviter les foudres d'un recours en manquement »*⁶⁶⁹. De plus, il a été affirmé dans la jurisprudence *Marleasing* de la CJCE qu'*« en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive, pour atteindre le résultat visé par celle-ci »*⁶⁷⁰. Dans cette optique, le juge se trouverait peut-être doté d'un pouvoir de transposition des exceptions facultatives. Reste toutefois à savoir quels sont la finalité et les résultats visés par la directive 2001/29/CE en matière d'exceptions...

Quoi qu'il en soit, tout en soulignant l'absence d'une définition légale de la notion d'« État membre » en droit de l'Union européenne⁶⁷¹, certains auteurs estiment que là où les

⁶⁶⁹ V.-L. BENABOU, « Un contre-exemple : bref aperçu sur le rôle créateur de la jurisprudence », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013, pp. 21-26, spéc. p. 23. Dans le même sens, A. BENSAMOUN, « L'exception fondée sur l'accessoire : accessoirement non transposée... », obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull. I*, n° 87, *RLDI*, n° 72, juin 2011, pp. 6-9, spéc. p. 8, C. ZOLYNSKI, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull. I*, n° 87, *L'Essentiel, Droit des contrats*, n° 6, p. 7, précités.

⁶⁷⁰ CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing SA, c/Comercial Internacional de Alimentación*, aff. C-106/89, *Rec. p.* I-4135, point 8.

⁶⁷¹ Ce qui s'explique certainement par l'attachement des autorités de l'Union européenne au principe d'autonomie institutionnelle et de neutralité. Dans ce sens, A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002, p. 40 et suiv. Plus généralement, sur le caractère abstrait de la notion d'« État membre » et le danger que cela représente pour *« l'effectivité interne du droit*

textes y font référence, ils le font pour « *atteindre l'ensemble de la puissance publique nationale* »⁶⁷², à savoir l'ensemble des organes et des institutions disposant des moyens « *de commander et de se faire obéir sur l'ensemble territoire national* »⁶⁷³. Ainsi, la détermination de ceux d'entre eux qui seront chargés d'exécuter le droit de l'Union est une affaire nationale et cela au nom du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres⁶⁷⁴. Il en résulte, qu'au moins d'un point de vue du droit de l'Union européenne, la compétence du juge du droit d'auteur dans le domaine de la transposition des exceptions prévues par la directive 2001/29/CE n'est pas exclue.

2. La compétence exclue en droit interne

236. Si la compétence du juge du droit d'auteur de transposer une exception facultative à la place du législateur n'est pas exclue, la Cour de cassation française est, semble-t-il, d'un avis différent. Selon elle, le juge ne saurait, en puisant dans l'article 5 de la directive, « *étendre la portée d'une disposition de la loi nationale à un cas non prévu par celle-ci* »⁶⁷⁵ tant que le législateur n'a pas encore transposé le dispositif européen. À *minori ad maius*, devrait être exclue toute possibilité d'une transposition jurisprudentielle d'une exception non connue du droit national et prévue par la directive même après la transposition de la directive par le législateur national⁶⁷⁶.

Ainsi la Cour de cassation semble s'aligner sur l'opinion maintes fois exprimée par la doctrine belge, selon laquelle « *la directive ne prévoit que des facultés et il n'appartient pas*

communautaire », v. : P. DURAND, *La notion d'État dans l'ordre juridique communautaire*, Thèse, Paris Sud XI, 2000, pp. 15-25.

⁶⁷² A. RACLET, *op. cit.*, p. 84.

⁶⁷³ *Ibidem*.

⁶⁷⁴ V. not., quant à la détermination de la nature des autorités nationales habilitées à mettre en œuvre les obligations découlant du droit communautaire : CJCE, 12 juin 1990, *République Fédérale d'Allemagne c/Commission des Communautés européennes*, aff. C-8/88, *Rec. p. I-2321*, point 13 : « *Il incombe à toutes les autorités des États membres, qu'il s'agisse d'autorités du pouvoir central de l'État, d'autorités d'un État fédéré ou d'autres autorités territoriales, d'assurer le respect des règles du droit communautaire dans le cadre de leurs compétences. En revanche, il n'appartient pas à la Commission de se prononcer sur la répartition des compétences opérée par les règles institutionnelles de chaque État membre (...)* ». S'agissant des modalités d'exécution des obligations découlant du droit communautaire, la transposition des directives européennes se fait, par nature, au respect du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. Ces derniers sont libres de choisir les formes et les moyens de transposition dès lors que ceux-ci assurent « *l'effet utile des directives* », CJCE, 8 avr. 1976, *Jean Noël Royer*, aff. 48-75, *Rec. p. 497*, point 73. Pour aller plus loin, sur la question d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres dans le cadre des lois de transposition, v. not. : F.-X. MILLET, *Le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition : étude de droit comparé France-Allemagne*, L'Harmattan, 2011, pp. 30-31, J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., LGDJ, 2010, pp. 981-1000.

⁶⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, *Bull. I*, n° 8, précité.

⁶⁷⁶ Dans ce sens, C. CARON, « *Le juge français face à la disposition facultative d'une directive* », note sous Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, *CCE*, n° 4, avr. 2009, comm. 33.

au magistrat de décider en lieu et place de l'État s'il y a lieu d'en user»⁶⁷⁷. Cette dernière conception sous-entend l'idée selon laquelle le pouvoir judiciaire est quand même un élément étranger à la définition de l'État membre au sens du droit de l'Union européenne.

237. De plus, abstraction faite de la portée de la directive 2001/29/CE, tout écart du juge par rapport à la lettre de la loi en matière d'exceptions entre en conflit avec la logique fondamentale du système du droit d'auteur français. Cela signifie-t-il que, faute de transposition par le législateur français des exceptions correspondant aux hypothèses couvertes par la théorie de l'arrière-plan, cette dernière restera à jamais une conception artificielle s'appuyant sur une fiction juridique ? Loin de là.

Si le magistrat n'est pas autorisé à élargir la liste d'exceptions dressée par le droit national en y incorporant des cas empruntés à l'article 5 de la directive, la jurisprudence récente de la Cour de cassation démontre qu'il n'hésite pas à le faire à travers des démarches interprétatives particulièrement audacieuses, en s'appuyant sur la prétendue volonté du législateur.

B. La création d'une nouvelle exception prétorienne camouflée

238. Le juge français a récemment transformé la théorie de l'arrière-plan en une véritable exception. Dans le but d'atténuer le sentiment de violation des principes fondamentaux du droit d'auteur français, il a décidé de camoufler sa démarche en faisant référence non pas à une exception, mais à une limitation prévue par la directive **(1)**, et en invoquant la prétendue transposition préétablie de celle-ci **(2)**.

1. Le déguisement d'une exception prétorienne en une limite externe des droits exclusifs

239. La réanimation de la logique des exceptions prétorienes, chose que la jurisprudence *Place des Terreaux* n'a pas osé admettre, est devenue réalité avec l'arrêt

⁶⁷⁷ J. F HENROTTE, note sous Tribunal de première instance de Bruxelles, 25 mai 2004, *Test-Achats c/Emi Belgium, Sony Belgium, Universal Music, Bertelsmann*, *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, n° 26, 2004, pp.1157-1166, spéc. p. 1165. Dans le même sens C. CASTETS-RENARD, « *Etre et avoir... et apparaître accessoirement ! Ou comment limiter le monopole de l'auteur* », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull. I*, n° 87, *D.*, 2011, pp.1875-1879, spéc. p. 1878 : « *La marge d'appréciation communautaire s'adresse aux législateurs nationaux et non aux juges* ».

récent de la Cour de cassation⁶⁷⁸, qui mit fin à la saga jurisprudentielle concernant la revendication de droits d'auteur sur des planches de dessins pédagogiques, apparaissant de manière fortuite et accessoire dans le film documentaire « *Être et Avoir* » présentant la vie courante d'une école rurale. L'arrêt attaqué de la Cour d'appel de Paris⁶⁷⁹ a affirmé une solution qui pourrait être qualifiée de reprise pure et simple de la théorie de l'arrière-plan, telle que consolidée à travers de nombreuses décisions antérieures. Ainsi, pour les juges d'appel, « *Le fait qu'il ne s'agisse pas d'une œuvre exposée dans un lieu public au sens de la décision sur la "place des Terreaux" ne signifie pas que l'accessoire serait exclu, la nature publique ou privée du lieu n'ayant pas d'incidence sur l'existence du monopole, seul important la notion de communication au public ; (...) s'il n'y a pas communication au public que ce soit, dans un lieu public ou privé, le monopole n'est pas atteint ; (...) ces illustrations qui ne sont que l'accessoire du sujet principal ne sont pas communiquées au public (...)* ». Tout en rejetant le pourvoi dirigé contre ladite décision classique, la Cour de cassation apporte une précision importante à la solution des juges du fond.

Ainsi, pour la Haute Juridiction, les faits litigieux constituent une « *inclusion fortuite d'une œuvre, constitutive d'une limitation au monopole d'auteur, au sens de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, telle que le législateur a, selon les travaux préparatoires, entendu la transposer en considération du droit positif* ». Cette démarche interprétative de la Cour de cassation est fort intéressante du point de vue du paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur.

240. En premier lieu, le terme « limitation au monopole d'auteur » utilisé attire notre attention. Certains auteurs estiment, en se fondant sur les termes employés par l'art 5 de la directive 2001/29/CE (« exceptions ou limitations »), que celui-ci opère une distinction entre les exceptions et ce que nous qualifions comme les limites externes des droits d'auteur, à savoir les cas ne donnant pas lieu au déclenchement de la protection⁶⁸⁰. Dans cette optique,

⁶⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull.* I, n° 87, *RIDA*, n° 229, juill. 2011, p. 341, obs. P. SIRINELLI, *JCP*, n° 28, 11 juill. 2011, 814, note M. VIVANT, *CCE*, n° 7, juill. 2011, comm. 62, note C. CARON, *RLDI*, n° 72, juin 2011, p. 6, obs. A. BENSAMOUN, *RLDI*, n° 73, juill. 2011, p. 20, obs. B. GALOPIN, *D.*, 2011, p. 1875, note C. CASTETS-RENARD, *D.*, 2012, p. 2836, obs. P. SIRINELLI, *RTD Com.*, 2011, p. 553, note F. POLLAUD-DULIAN, *L'Essentiel, Droit des contrats*, 1^{er} juin 2011, n° 6, p. 7, obs. C. ZOLYNSKI, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, 1^{er} juill. 2011, n° 7, p. 2, obs. C. BERNAULT.

⁶⁷⁹ Paris, 12 sept. 2008, *JurisData* n° 2008-370395, *RIDA*, n° 219, janv. 2009, p. 384 et p. 237, obs. P. SIRINELLI, *PI*, n° 30, janv. 2009, p. 53 obs. A. LUCAS et p. 56 obs. J.-M. BRUGUIERE, *RTD Com.*, 2009, p. 137, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE.*, n° 11, nov. 2008, étude 23, note C. CARON, *RLDI*, n° 43, nov. 2008, p. 57, obs. B. KHALVADJIAN.

⁶⁸⁰ C. CASTETS-RENARD, « *Être et avoir... et apparaître accessoirement ! Ou comment limiter le monopole de l'auteur* », *op. cit.*, p. 1878. La thèse selon laquelle l'article 5 de la directive fait la distinction entre les limites externes du droit d'auteur et les exceptions est également partagée par C. CARON, « La limite de l'accessoire consacrée avec un nouveau fondement », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *CCE*,

si l'on considère que la Cour de cassation, en se référant à la limitation du monopole au sens de la directive, a en réalité voulu dire qu'il s'agissait d'une limite naturelle de celui-ci, articulé par l'art 5 de la directive⁶⁸¹, on devrait admettre que la décision commentée n'est point révolutionnaire et ne se heurte pas à l'obstacle du système fermé d'exceptions légales propre à la tradition moderne du droit français.

Toutefois, cette interprétation n'emporte pas la conviction, car l'article 5 de la directive 2001/29/CE ne prévoit pas de limites externes des droits exclusifs. Ses articles 2 et 3 mettent en place les droits *a priori* absolus de reproduction et de communication de l'œuvre au public⁶⁸². Par conséquent, chacune des hypothèses visées par l'article 5 n'est soustraite de l'emprise des droits exclusifs que par la force d'une norme exceptionnelle. Si la directive avait voulu articuler les limites externes à côté des exceptions, on aurait certainement vu en son sein une unité rédactionnelle consacrée aux représentations dans le cercle de famille. Du point de vue de la directive, celles-ci échappent à l'emprise du droit exclusif de communication de l'œuvre au public prévu dans son article 3, et doivent par conséquent, à la différence du droit français, être considérées comme une limite externe du droit de représentation⁶⁸³.

241. Vu les sens communément attachés aux termes « exceptions » et « limitations », nous pourrions être tentés de considérer que le vocabulaire utilisé par la directive reflète la distinction entre les exceptions assorties d'une rémunération et les exceptions pures⁶⁸⁴. À l'appui de cette thèse, on évoquera le fait qu'au sein de l'article 5, 2 de la directive, relatif

n° 7, juill. 2011, comm. 62. *Contra*, pour une thèse selon laquelle, faute d'explications apportées par le législateur européen quant à la signification de ces deux termes, il ne faut pas lui consacrer une attention particulière, M. VIVANT, « Droit d'auteur et théorie de l'accessoire : et si l'accessoire révélait l'essentiel ? », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *JCP*, n° 28, 11 juill. 2011, 814 précitée.

⁶⁸¹ Dans ce sens C. CASTETS-RENARD, « *Etre et avoir... et apparaître accessoirement ! Ou comment limiter le monopole de l'auteur* », *op. cit.*, p. 1878, tout en soulignant que la qualification d'exception aurait dû être retenue en l'espèce.

⁶⁸² Article 2 de la directive 2001/29/CE : « *Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie* », nous soulignons. Article 3 : « *Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* », nous soulignons.

⁶⁸³ Pour une telle qualification des représentations dans un cercle de famille à la lumière de la *shopping list* des exceptions prévues par la directive, L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 217. Ce qui fait des représentations dans le cercle de famille, dans le contexte de la directive, une limite externe, c'est le fait que le dispositif européen, en définissant le droit de représentation, évoque « toute communication au public » et, à la différence du droit français, ne fait aucune distinction entre les communications gratuites et à titre onéreux.

⁶⁸⁴ Telle est la thèse défendue par A. Lucas et H.-J. Lucas dans la 2^e édition de leur *Traité*, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Litec, 2001, p. 251.

aux « exceptions ou limitations » au droit de reproduction, on peut trouver des dérogations conditionnées par la « compensation équitable »⁶⁸⁵ et celles qui n'en sont pas assorties.

Cela étant, pour contrer cet argument, il suffit de constater que l'art 5, 3° de la même directive n'assortit aucune dérogation d'une obligation de compensation, alors que ces dispositions sont également couronnées par le même chapeau d'« exceptions ou limitations ». De plus, comme le souligne S. Dusollier⁶⁸⁶, certains considérants de la directive emploient la même formule générale « exceptions ou limitations » pour traiter tantôt les dérogations assorties, aux termes de son article 5, d'une compensation au profit des titulaires des droits⁶⁸⁷, tantôt les cas pour lesquelles le même texte n'exige aucune rémunération⁶⁸⁸.

242. Malgré cette impasse exégétique qui nous empêche de savoir ce que la directive prévoit réellement quand elle évoque les exceptions ou les limitations, l'absolutisme des droits exclusifs énoncés par son texte, et indirectement l'absence de dispositions relatives aux représentations dans un cercle de famille, nous permettent d'exclure du spectre des hypothèses envisageables les limites externes des droits d'auteur. S'il ne s'agit pas de limites externes, quels autres mécanismes, sinon les exceptions, peuvent entrer en jeu quand la Cour de cassation se réfère à « *l'inclusion fortuite d'une œuvre, constitutive d'une limitation au monopole d'auteur, au sens de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001* » ?

Il semble que ladite référence à une « limitation » ne soit qu'un trompe-l'œil, qui, dans le contexte du flou terminologique qui règne dans la matière, permet d'absorber une partie de l'énergie destructive dont la jurisprudence *Etre et Avoir* est porteuse. Cela étant dit, les mesures de précaution prises par les juges de la Cour de cassation réanimant la logique d'exceptions prétoriennes ne s'arrêtent pas là.

2. L'hypothèse d'une transposition préétablie

243. Il est évident qu'aucun texte du droit d'auteur français ne consacre l'exception pour inclusion fortuite. Pourtant, en motivant sa décision dans l'affaire *Etre et Avoir*, la Cour de cassation ajoute que la « limitation » pour inclusion fortuite constitue une dérogation « *que le législateur a, selon les travaux préparatoires, entendu (...) transposer en considération du droit positif* ».

⁶⁸⁵ V. : l'article 5, 2, lettres a), b), e).

⁶⁸⁶ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, 2007, p. 546.

⁶⁸⁷ Considérants 37, 38, 39 et 52.

⁶⁸⁸ Considérants 40, 41 et 42.

La doctrine avance deux lectures de cette motivation énigmatique. Selon la première, il s'agit ici d'affirmer que le droit français connaissait déjà, avant l'adoption de la loi de transposition en 2006, l'exception pour inclusion fortuite et par conséquent, sa transposition étant préétablie⁶⁸⁹, il aurait été superflu de l'inclure dans le catalogue national. Selon la seconde, la Cour de cassation « *a voulu signifier alors que le législateur a entendu, à un moment du processus législatif, transposer cette exception, avant d'en abandonner l'idée* »⁶⁹⁰.

S'agissant de la seconde des approches mentionnées ci-dessus, et abstraction faite de la question de savoir s'il est possible de déduire, des travaux préparatoires de la loi DADVSI, la volonté d'une transposition de l'exception pour inclusion fortuite⁶⁹¹, on ne saurait en tirer les mêmes conclusions ambitieuses expliquant la solution de la Cour de cassation dans l'arrêt *Etre et avoir*. En effet, il n'est pas concevable de considérer des propositions défilant au cours de travaux préparatoires, et non reprises par le texte définitif de la loi, en tant qu'éléments du droit positif pouvant servir de base pour les décisions de justice.

Quant à la thèse d'une éventuelle transposition préétablie ou implicite, elle ne fait pas l'unanimité. Les critiques formulées par la doctrine à son égard se résument au constat selon lequel le silence délibéré du législateur national en matière de l'exception pour inclusion fortuite équivaut tout de même à son rejet⁶⁹². Certes, les principes directeurs du droit d'auteur français nous forcent à admettre qu'il ne peut y avoir d'exception sans texte, néanmoins, ladite critique de la solution *Etre et Avoir* est, nous semble-t-il, entachée, par une erreur logique. Ainsi, qu'auraient fait les rédacteurs de la loi DADVSI s'ils avaient reconnu

⁶⁸⁹ Dans ce sens, C. ZOLYNSKI, obs sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *L'Essentiel, Droit des contrats*, n° 6, p. 7 précités, spéc. p. 7.

⁶⁹⁰ B. GALOPIN, « Accessoire : la Cour de cassation assume l'exception prétorienne », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull. I*, n° 87, *RLDI*, n° 73, juill. 2011, pp. 20-24 précitée, spéc. p. 23.

⁶⁹¹ En général, la doctrine est hostile à une telle interprétation. V. not. : A. LUCAS, note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, *PI*, n° 45, oct. 2012, pp. 405-406, spéc. p. 406.

⁶⁹² Tel semble être le sens des développements de C. Castets-Renard, qui écrit, au sujet de la prétendue transposition préétablie de l'exception pour inclusion fortuite : « *On avouera ne pas être convaincue par les termes employés, car de transposition, à proprement parler, il n'y en a pas ! Certes, le renvoi au droit positif est habile, car il permet d'inclure la jurisprudence et de faire admettre que le droit français consacrait déjà cette exception, de sorte que la transposition formelle, dans la loi, serait rendue superflue. Mais, précisément, la valeur de cette reconnaissance jurisprudentielle interroge, dans la mesure où le législateur communautaire et, ensuite, le législateur français sont intervenus pour se prononcer explicitement sur cette exception, rendue possible en droit communautaire, mais totalement ignorée du droit français. Dans ces circonstances, le juge peut-il toujours proclamer cette exception ? Ne doit-on pas considérer que le législateur français a désormais repris la main pour la refuser ?* », C. CASTETS-RENARD, « *Etre et avoir... et apparaître accessoirement ! Ou comment limiter le monopole de l'auteur* », *op. cit.*, p. 1878.

le caractère préétabli de la transposition de l'exception pour inclusion fortuite ? Selon toute logique ils auraient gardé le silence...⁶⁹³.

244. Dans cette optique, à notre avis, mieux vaut attaquer la thèse de transposition préétablie en rappelant tout simplement la vraie nature juridique de la théorie de l'arrière-plan, telle qu'ancrée dans la jurisprudence française antérieure à l'affaire *Etre et Avoir*. Au moment de l'adoption de la loi DADVSI, le droit positif ne connaît pas l'exception pour inclusion fortuite au sens de la directive 2001/29/CE, parce que cette dernière constitue une exception aux droits de l'auteur, alors que la théorie de l'arrière-plan consacrée par la jurisprudence française, correspondant en partie aux hypothèses couvertes par l'exception pour inclusion fortuite, délimite la frontière des droits exclusifs. Autrement dit, s'il est vrai que le droit d'auteur français connaît un mécanisme jouant un rôle proche de celui de l'exception pour inclusion fortuite, ce mécanisme n'est pas une exception, mais une limite externe des droits exclusifs. La différence entre l'exception et la limite externe étant substantielle, la thèse de transposition préétablie doit être rejetée.

245. Dans l'affaire *Etre et Avoir* la Cour de cassation semble être consciente du mal fondé de l'argumentation défendant l'existence de l'exception d'inclusion fortuite en droit d'auteur français. Elle a donc tenté, à travers une argumentation habile, prenant forme d'un vrai « tour de passe-passe »⁶⁹⁴, de réinterpréter la jurisprudence antérieure et de nous faire croire que l'exception pour l'inclusion fortuite existe en droit français depuis l'aube du droit d'auteur. Elle le fait en anticipant la critique qui pourrait être basée sur le principe traditionnel selon lequel « *le juge national ne peut pas étendre fortement une exception existante, ni créer de nouvelles exceptions en allant rechercher, dans l'article 5 de la directive, celles que le législateur n'a pas cru bon de transposer dans son droit interne* »⁶⁹⁵.

Bien que ledit maquillage juridique semble convaincre une partie de la doctrine⁶⁹⁶, nous sommes dans l'obligation de constater que l'exception d'inclusion fortuite, si elle existe aujourd'hui en droit d'auteur français, est d'origine prétorienne. Malgré son caractère attentatoire aux principes fondamentaux du droit d'auteur français, cette nouvelle exception

⁶⁹³ Dans ce sens, P. SIRINELLI, obs. sous Paris, 12 sept. 2008, *RIDA*, n° 219, pp. 231-265 précités, spéc. p. 261.

⁶⁹⁴ C. MARECHAL, « Les exceptions au droit d'auteur sur les œuvres d'art », *CCE*, n° 10, oct. 2015, étude 18, spéc. n° 5.

⁶⁹⁵ C. CARON, note sous Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, *CCE*, n° 4, avr. 2009, comm. 33 précitée.

⁶⁹⁶ V. not. : L. MARINO, *op. cit.*, p. 226 pour laquelle l'exception commentée « *est admise depuis longtemps par la Cour de cassation* ». À l'appui de cette conviction, l'auteure se réfère notamment à la jurisprudence *Place des Terreaux*.

transposée en droit interne par les soins du magistrat se pérennise, ce dont attestent des exemples de décisions postérieurs y faisant expressément référence⁶⁹⁷.

246. Somme toute, dans la théorie de l'arrière-plan, la jurisprudence *Etre et Avoir* marque le passage de celle-ci du terrain glissant des limites externes des droits d'auteur vers la logique encore plus contestable d'une exception jurisprudentielle⁶⁹⁸. De manière générale, elle constitue un pas en arrière dans l'histoire du droit d'auteur français, vers l'époque des exceptions prétoriennes. Ce retour en grâce de la logique du droit ancien est une anomalie dont le siège réside dans le fait qu'en réalité, la liste d'exceptions aux droits de l'auteur dressée par le législateur n'est pas fermée.

247. Il ne semble pas que l'introduction en droit français de l'exception, connue de nombreuses législations étrangères⁶⁹⁹, et dénommée communément la « liberté de panorama »⁷⁰⁰ ou bien la « servitude publique de panorama »⁷⁰¹, change diamétralement cette situation.

Le projet de loi pour une République numérique prévoit l'ajout d'une exception au catalogue de l'article L. 122-5 du CPI, couvrant « *les reproductions et représentations d'œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l'exclusion de tout usage à caractère directement*

⁶⁹⁷ V. not. : Paris, 13 juin 2014, n° 13/15182, *PI*, n° 53, oct. 2014, p. 389, obs. A. LUCAS et surtout Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, *Bull.* I, n° 162, *D.*, 2012, p. 2071, obs. C. PETIT, *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 607, obs. L. USUNIER, *D.*, 2012, p. 2075, obs. C. CASTETS-RENARD, *CCE*, n° 9, sept. 2012, comm. 91, note C. CARON, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, 15 oct. 2012, n° 9, p. 7, obs. C. BERNAULT, *PI*, n° 45, oct. 2012, p. 405, obs. A. LUCAS : « (...) la notion " d'inclusion fortuite dans un autre produit ", retenue par les dispositions invoquées de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, doit s'entendre comme une représentation accessoire et involontaire par rapport au sujet traité ou représenté, ce qui n'était pas le cas de la réduction de la photo sous forme de vignette ».

⁶⁹⁸ À noter que même avant la jurisprudence *Etre et avoir*, certaines juridictions de fond n'ont pas hésité à présenter la théorie de l'arrière-plan comme une exception aux droits de l'auteur. Pour s'en convaincre, v. not. : Paris, 21 mars 2008, n° 06/13 001, *RTD Com.*, 2008, p. 549, note F. POLLAUD-DULIAN, *PI*, n° 28, juill. 2008, p. 327, obs. J-M. BRUGUIERE, concernant la reproduction accessoire de l'image des meubles de Le Corbusier dans lequel le juge rappelle : « *Considérant, cela exposé, que les exceptions relatives au libre exercice du droit d'auteur s'interprètent restrictivement, étant rappelé que la théorie de l'accessoire a été élaborée principalement en raison des conflits existant entre le droit d'auteur et l'exercice d'autres droits (tel celui du droit à l'information); Considérant qu'en l'occurrence, comme d'ailleurs l'avait relevé le tribunal, la photographie est visuellement découpée en deux parties : la moitié haute plus claire représentant une bibliothèque et un mur blanc comportant une fenêtre et la moitié basse sombre représentant le parquet WENGE et les meubles LE CORBUSIER; que ces meubles ne sont ainsi nullement en arrière plan de la photographie, mais sont parfaitement identifiables et constituent un élément aussi important que le parquet présenté, les objets en cause participant au caractère luxueux recherché pour présenter les parquets commercialisés par la société ABTO* ».

⁶⁹⁹ V., par exemple : l'article 59 de *Urheberrechtsgesetz* allemand du 9 sept. 1965, BGBl.I S.1273 : « *Il est permis de reproduire, distribuer et mettre à la disposition du public des œuvres placées en permanence dans les routes et les voies publiques ou des espaces ouverts publics. Dans le cas des bâtiments, cette autorisation ne s'étend qu'à la façade* », nous traduisons.

⁷⁰⁰ De l'expression allemande *Panoramafreiheit*.

⁷⁰¹ E. DEL BIANCO, *Le droit d'auteur et ses limites*, Imprimerie H. Jaunin S.A, Lausanne, 1951, p. 130.

ou indirectement commercial »⁷⁰². Il s'agit d'une transposition, très tardive de l'exception facultative prévue par l'article 5, 3^o, h) de la directive 2001/29/CE. Celle-ci s'étend sur « *l'utilisation d'œuvres, telles que des réalisations architecturales ou des sculptures, réalisées pour être placées en permanence dans des lieux publics* ».

On voit bien que le champ d'application de l'exception de panorama telle qu'inscrite dans le projet de loi sur la République numérique est beaucoup plus restreint que celui de son homologue européen. La directive énumère les œuvres architecturales et les sculptures uniquement à titre d'exemple, alors que le texte français cantonne le jeu de l'exception à ces deux catégories d'œuvres. En outre, vainement chercherait-on dans le dispositif européen l'exclusion des usages à caractère commercial⁷⁰³.

Cette divergence est difficilement conciliable avec le principe selon lequel les États membres souhaitant transposer des exceptions facultatives ne peuvent pas les assortir de conditions plus restrictives que celles prévues par la directive⁷⁰⁴. Par conséquent, il se peut qu'en ce qui concerne sa conformité avec le droit de l'Union européenne, l'exception française de panorama partage le sort de celle pour courte citation.

248. Mais surtout, il convient de souligner qu'en possédant un champ d'application aussi restreint, cette nouvelle exception n'est pas en mesure de rétablir la cohérence au sein du système d'exceptions, rompue par la jurisprudence appliquant la théorie de l'arrière-plan. Comme le souligne C. Caron, la restriction du champ d'application de l'exception voulue par le législateur français fait que « *les peintures, fresques, créations relevant du street art, tags, etc., ne sont donc pas concernées par l'exception de panorama* »⁷⁰⁵. Il en résulte que si l'exception est adoptée dans cette forme, même après l'entrée en vigueur de la loi pour une République numérique, les représentations et les reproductions de toutes les créations autres que les œuvres architecturales et les sculptures situées dans les lieux publics, pourront continuer à être appréhendées sous l'angle de la théorie de l'accessoire et de l'exception prétorienne d'inclusion fortuite.

Ajoutons qu'il est particulièrement étonnant que le législateur français décide de transposer l'exception de panorama au lendemain de la révision de la directive 2001/29/CE

⁷⁰² Article 18^{ter} du projet de loi pour une République numérique, modifié par le Sénat en première lecture, n^o 131, 3 mai 2016.

⁷⁰³ Pour une approche critique de cette divergence v. : C. CARON, « Exception de panorama : lorsque la montagne accouche d'une souris », *JCP*, n^o 6, 8 févr. 2016, 144.

⁷⁰⁴ *Supra*, n^o 215.

⁷⁰⁵ C. CARON, *loc. cit.*

dans le cadre de laquelle celle-ci risque d'être réécrite⁷⁰⁶, mais s'abstient de regagner son pouvoir sur le terrain de l'exception d'inclusion fortuite.

⁷⁰⁶ Ainsi, le 9 déc. 2015, la Commission européenne a exprimé sa volonté de « clarifier l'actuelle exception de l'Union permettant l'utilisation d'ouvrages conçus pour être installés à demeure dans l'espace public (la «liberté de panorama»), afin de prendre en considération les nouveaux canaux de diffusion », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur*, COM (2015) 626 final, disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/FR/1-2015-626-FR-F1-1.PDF>, p. 9.

Conclusions du Chapitre 1

249. L'équilibre préétabli du droit d'auteur est un équilibre construit et contrôlé par le législateur qui détermine, de manière souveraine et arbitraire, les contours et le nombre d'exceptions aux droits de l'auteur. Ce fait est une des pierres angulaires de la tradition française du droit d'auteur telle que définie par la loi du 11 mars 1957.

Ceci étant, certaines transformations actuelles du contexte normatif entourant la liste fermée des exceptions françaises entrent en conflit avec l'idée de souveraineté du législateur en la matière. Ainsi, nous avons remarqué qu'avec l'avènement de l'objectif d'harmonisation des exceptions au niveau européen, la forme que doit revêtir telle ou telle exception est prédéterminée par le droit de l'Union européenne, de sorte que le législateur national n'est plus véritablement maître de l'ouvrage, ni libre de défendre sa vision de conciliation des droits exclusifs avec les intérêts du public. L'exemple de l'exception pour courte citation montre que la coexistence de deux listes d'exceptions, nationale et européenne, ne prend pas forcément la forme d'une cohabitation pacifique. Au contraire, il est révélateur des divergences fondamentales existant entre la tradition française du droit d'auteur et l'ébauche du droit d'auteur harmonisé au niveau européen.

Le même droit de l'Union européenne qui condamne aujourd'hui cette exception française emblématique, résumant l'effort de la grande codification du droit d'auteur, sert de base pour l'élargissement de la liste d'exceptions internes par le juge. Ce dernier, autorité évincée de la tâche de réajustement de l'équilibre du droit d'auteur par la loi du 11 mars 1957, n'a pas hésité à puiser dans la liste d'exceptions facultatives prévues par la directive pour transposer en droit interne l'exception d'inclusion fortuite, en réanimant ainsi la logique des exceptions prétorienne. Contrairement aux apparences, si les lois révolutionnaires sur le droit d'auteur sont formellement abrogées, leur esprit nourrit toujours les ambitions du juge du droit d'auteur, dont le pouvoir de créer des exceptions aux droits de l'auteur s'intègre mal dans le paradigme d'équilibre préétabli dudit droit.

Chapitre 2. Les limites du paradigme dans la phase d'application des exceptions

250. Si le modèle issu de la loi du 11 mars 1957 n'a pas réussi à garantir au législateur la maîtrise complète du processus de création des exceptions aux droits de l'auteur, il n'est pas étonnant que l'application de celles-ci connaisse également des anomalies.

Le législateur français a réduit au minimum la liberté du juge en matière d'interprétation des exceptions, en faisant d'elles des normes particulièrement précises. Tout cela pour que l'exception soit une norme autosuffisante, capable de séparer et de hiérarchiser avec précision les droits exclusifs et les intérêts des utilisateurs. Selon toute logique, pour que l'exception puisse accomplir ces tâches, elle doit être une règle juridique s'imposant *erga omnes*.

Ceci étant, il n'est pas sûr que les exceptions françaises puissent jouer pleinement leur rôle. Le doute provient du fait que, d'une certaine manière, leur normativité se trouve atténuée par l'effet des mesures techniques de protection des œuvres (**Section 1**), et leur force obligatoire assouplie du fait de la possibilité de leur contractualisation (**Section 2**).

Section 1. La normativité des exceptions et les mesures techniques de protection

251. À l'ère du numérique, outre l'adaptation du droit d'auteur aux exigences liées au principe d'harmonisation des exceptions au sein de l'Union européenne, le législateur français doit faire face au défi de concilier celles-ci avec les mesures techniques permettant aux titulaires de contrôler les modalités d'exploitation de leurs œuvres.

La légalité de ces verrous techniques, inscrite dans la directive 2001/29/CE et consacrée par le législateur français, permet une intrusion inquiétante de la logique de tolérance au sein du système d'exceptions aux droits de l'auteur, qui trouve difficilement sa place dans le cadre du paradigme d'équilibre préétabli (**I**). Bien que le droit français prévoie des mécanismes limitant l'effet pervers des mesures techniques de protection, mécanismes visant à garantir l'exercice des prérogatives des utilisateurs, et par conséquent empêcher la dilution de leur normativité, l'efficacité de ceux-ci, ainsi que leur conformité à la tradition du droit d'auteur français reste douteuse (**II**).

I. L'irruption de la logique de tolérance au sein du système d'exceptions

252. L'irruption de la logique de tolérance au sein du système des exceptions, incompatible avec la tradition française du droit d'auteur, est due à un certain effet pervers des mesures techniques de protection, qui permettent aux titulaires de contrôler non seulement les actes d'exploitation soumis à leur autorisation, mais également ceux relevant des exceptions **(A)**. À la suite de la découverte d'un conflit entre les mesures techniques de protection et les exceptions, la question de leur conciliation s'est posée devant le juge du droit d'auteur. Celui-ci, dans un contexte particulièrement médiatisé, s'est désisté de cette tâche au profit d'une nouvelle autorité administrative indépendante **(B)**.

A. L'effet pervers des mesures techniques de protection

253. À première vue, il n'y a rien d'anormal dans le fait, pour le titulaire des droits d'auteur, de contrôler les actes d'exploitation de l'œuvre à l'aide des mesures techniques de protection. Celles-ci peuvent être considérées comme un prolongement naturel des droits exclusifs **(1)**. Toutefois, la protection supplémentaire qui en résulte constitue une anomalie qui n'est pas compatible avec l'idée de l'équilibre du droit d'auteur construit par le législateur à l'aide des exceptions à valeur normative **(2)**.

1. Le prolongement des droits exclusifs

254. À une époque où la technologie numérique rend faciles la reproduction et la représentation sans consentement des titulaires, le recours à la technique de verrouillage physique des œuvres peut apparaître comme une solution simple et efficace pour garantir le respect des droits d'auteur⁷⁰⁷.

Un tel verrouillage physique est possible grâce aux mesures techniques de protection des œuvres, définies en droit français par l'article L. 331-5 du CPI, issu de la transposition de l'art 6, 3° de la directive du 22 mai 2001. Ainsi, celles-ci représentent toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, permet d'« (...) empêcher ou (de) limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur

⁷⁰⁷ A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz, 2010, p. 287.

ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme (...)».

De telles mesures techniques, empêchant ou limitant les utilisations non autorisées par les ayants droit, sont protégées par le droit français, notamment en vertu des dispositions des articles. L. 335-3-1 et L.335-3-2 du CPI, qui prohibent aussi bien le fait d'y porter atteinte afin d'altérer la protection d'une œuvre, que certains actes relatifs aux moyens conçus ou adaptés à cette fin⁷⁰⁸

255. Il est évident, à la lumière de la définition légale des mesures techniques de protection, que leur logique s'oppose à celle des exceptions aux droits de l'auteur⁷⁰⁹. Les mesures techniques de protection peuvent facilement entrer en conflit avec les exceptions. Elles constituent une traduction technique de la volonté des titulaires⁷¹⁰. Leur usage délimite « *ce qui est concrètement possible (indépendamment de ce qui est licite et illicite) de façon à ce que les tiers n'aient d'autre choix que de s'y conformer* »⁷¹¹. Les mesures techniques de protection sont aveugles, disent des auteurs⁷¹² ; étant trop brutes pour pouvoir prendre en compte les subtilités de la législation, elles ne sont pas capables de différencier les usages qu'elles rendent techniquement impossibles⁷¹³.

Malgré leur « cécité », la licéité du recours aux mesures techniques de protection s'impose. Ainsi, comme le souligne T. Maillard, « *Il semble assez inévitable que pour gagner sur le plan de l'effectivité du monopole, on perde sur celui de la plasticité du monopole*

⁷⁰⁸ Cette protection par le droit interne des mesures techniques a été mise en place par la loi de transposition de la directive 2001/29/CE n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (dite loi DADVSI) et aménagée par la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (dite loi HADOPI I). Elle fait face aux obligations résultant des dispositions de l'article 11 du Traité OMPI sur le droit d'auteur du 20 déc. 1996, de l'art 6 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 et de l'art 27, 5° de l'Accord commercial anti-contrefaçon signé par la France le 26 janv. 2012.

⁷⁰⁹ Dans ce sens, T. MAILLARD, « La réception des mesures techniques de protection des œuvres en droit français : Commentaire du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *Légipresse*, n° 208, II, 2004, pp. 8-15, spéc. p. 12, M. DIENG, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse, Paris II Panthéon-Assas, 2012, p. 29, U. SUTHERSANEN, « Some initial thoughts on copyright, human rights and market freedom », in G. WESTKAMP, *Emerging Issues in Intellectual Property, Trade, Technology and Market Freedom: Essays in Honour of Herchel Smith*, Edward Elgar Publishing, pp. 35-53, spéc. pp. 40-41, et, spécifiquement par rapport à l'exception pour copie privée, X. LINANT DE BELLEFONDS, « Triple blindage », *CCE*, n° 7, juill. 2004, repère 7.

⁷¹⁰ M. DIENG, *op. cit.*, p. 196.

⁷¹¹ P. GAUDRAT « Sombre actualité... projet de la loi sur le droit d'auteur, les droits voisins et la société de l'information et la copie privée empêchée », *RTD Com.*, 2006, pp. 386-405, spéc. p. 389.

⁷¹² M. DIENG, *loc. cit.*, C. GEIGER, « Droit d'auteur et droit du public à l'information : relation conflictuelle ou pacifique », in A. STRWOEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 103-122, spéc. pp. 113-114.

⁷¹³ S. DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, 2007, pp. 152-153.

(...)»⁷¹⁴. La légitimité des mesures techniques de protection découle naturellement du principe d'exclusivité des droits d'auteur, du pouvoir d'autoriser et d'interdire tel ou tel acte d'exploitation de l'œuvre⁷¹⁵.

256. Le droit positif français semble suivre cette logique. La transposition de la directive 29/2001/CE, dont le cœur même constitue la légalisation expresse des mesures techniques de protection et la mise en place de leur protection pénale⁷¹⁶, marque la fin des hésitations quant à la licéité de celles-ci.

La doctrine remarque qu'au final, on pourrait distinguer «*trois couches de protection*» des titulaires : la protection légale *a posteriori*, conférée par le droit d'auteur, la protection technique *a priori*, par le biais des mesures techniques, et finalement la protection légale contre le contournement de ces dernières⁷¹⁷. La protection des droits subjectifs de l'auteur s'opère en effet à trois niveaux, celle du public, elle, par le biais de simples facultés dont la force se résume, sur le plan pratique, à celle du moyen de défense. Une fois la mesure technique protégée par les règles du droit objectif, elle confère aux ayants droit un «*nouveau pouvoir d'exclure en marge du monopole d'exploitation*»⁷¹⁸, consistant en la capacité de délimiter le spectre des actes techniquement possibles à accomplir.

⁷¹⁴ T. MAILLARD, « Les mesures techniques de protection des œuvres : sauveur ou fossoyeur du droit d'auteur », in D. LE METAYER, *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruylant, 2010, pp. 93-106, spéc. p. 104. V. également : T. MAILLARD, « Le monopole malmené : l'impact des mesures techniques de protection et d'information », *RLDI*, supplément au n° 49, mai 2009, pp. 69-72, spéc. p. 70 : « *Il n'y a pas de sens à affirmer un attachement de principe au droit exclusif tout en contestant sans nuance le bien-fondé des mesures techniques et de leur protection juridique. Si l'on ne veut pas des mesures techniques - ce qui peut se comprendre -, il faut en accepter les implications, par exemple tourner la page du droit exclusif et chercher un autre mode de protection juridique de la création. Si c'est, en revanche, un droit centré sur le monopole d'exploitation que l'on souhaite préserver, il faut admettre le recours à ces mesures techniques, sous une forme ou une autre, et accepter le principe d'une protection juridique ferme, qui tienne compte notamment de leur inflexibilité et des contraintes de sécurité qui sont les leurs. C'est une question de cohérence* ».

⁷¹⁵ Dans ce sens, not. : M. P. PUGATCH, « The Economics of DRM in Capitalist Markets », *Know IP - The Stockholm Network's Monthly IPR Journal*, n° 2, vol 3, févr. 2007, pp. 4-6, spéc. p. 5 : « *By definition, right-owners (...) have the right to restrict the unauthorised use of their products and DRM is an expression of that right. Some people may dislike the purpose and function of DRM (they may also dislike other law enforcement mechanisms), but as long as the IP system is in place DRM should be considered as a legitimate and, of course, legal tool to be used (...)* ».

⁷¹⁶ F. POLLAUD-DULIAN, « Les rapports de l'exception de copie privée avec les mesures techniques de protection », obs. sous TGI Paris, 30 avr. 2004, *JurisData* n° 2004-241517, *RTD Com.*, 2004 pp. 486-491 spéc. p. 487.

⁷¹⁷ T. MAILLARD, « Le monopole malmené : l'impact des mesures techniques de protection et d'information », *op. cit.*, p. 70, J. DE WERRA, « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie) », *RIDA*, n° 189, juill. 2001, pp. 67-213, spéc. p. 77, X. LINANT DE BELLEFONDS, « Triple blindage », *loc. cit.*, S. DUSOLLIER, « L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection », *CCE*, n° 11, nov. 2006, étude 29.

⁷¹⁸ M. DIENG, *op. cit.*, p. 195.

2. Une anomalie potentielle

257. S'il n'est pas douteux que le principe de la troisième couche de protection des titulaires, en tant que le prolongement du pouvoir d'exclusion inhérent aux droits de l'auteur est légitime comme l'est la serrure d'une porte de maison, sa puissance excessive peut potentiellement ruiner l'édifice de l'équilibre préétabli du droit d'auteur, bâti grâce au système des exceptions. Comme le souligne la doctrine, « (...) dès lors qu'elles restreignent la liberté d'action de ceux qui ont accédé aux œuvres, les mesures techniques remettent forcément en cause les équilibres internes du droit d'auteur au détriment des utilisateurs (...) »⁷¹⁹.

Cette remise en cause de l'équilibre interne de la matière peut devenir inquiétante. L'exception aux droits de l'auteur conçue comme une règle de droit, lorsque confrontée aux mesures techniques de protection surpuissantes, risque de voir changer sa nature juridique et de s'approcher dangereusement de la logique de la tolérance, perdant ainsi sa normativité⁷²⁰.

Pour s'en convaincre, il suffit de constater que celui qui recourt au verrouillage technique de son œuvre de l'esprit, en limitant ou en excluant la possibilité d'accomplissement d'actes couverts par une exception, rend précaire la situation de l'utilisateur. Le titulaire, muni du pouvoir de rendre techniquement inexécutables les actes que la loi lui interdit d'interdire, et qui décide de ne pas entraver l'exercice de telle ou telle exception, devient dans un certain sens le « tolérant », dans la mesure où il s'abstient d'agir en vue de paralyser les prérogatives des utilisateurs alors qu'il aurait pu le faire.

Dans cette optique, à supposer la liberté totale du recours aux mesures techniques de protection, les atténuations de la force obligatoire des droits exclusifs construites par le législateur sous forme de normes exceptives s'apparenteraient à des mécanismes dérogatoires de nature complètement différente.

258. L'imprégnation éventuelle des exceptions par la logique de tolérance nous conduirait à admettre que le législateur n'est plus en charge de la séparation des utilisations soumises à autorisation et celles qui y échappent. Cette tâche appartiendrait, sinon *de jure*, au moins *de facto* aux titulaires. En présence de ce danger, maintenir les exceptions « mobilisables » face aux mesures techniques de protection apparaît, comme une volonté

⁷¹⁹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, p. 773.

⁷²⁰ *Supra*, n° 22 et suiv.

de défendre la tradition française du droit d'auteur. Cette quête nécessite une certaine régulation en matière de verrous techniques, tâche que l'on a, en premier lieu, cru pouvoir déléguer au juge.

B. Le juge confronté à la question de sauvegarde des exceptions

259. La question de sauvegarde des exceptions contre les mesures techniques de protection a donné lieu à une véritable saga jurisprudentielle dans l'affaire *Mulholland Drive*. Dans le contexte de la transposition par le législateur français de la directive 2001/29/CE, le juge français s'est soustrait à la tâche de conciliation de l'exception pour copie privée avec les mesures techniques de protection.

À l'origine de l'affaire *Mulholland Drive* se trouve un consommateur qui, ayant acquis un disque DVD du célèbre film de David Lynch, n'a pas pu effectuer de reproduction du fait d'un dispositif anticopie, dont l'existence n'était pas indiquée sur la jaquette du disque. L'acquéreur, soutenu par l'association l'Union fédérale des consommateurs *Que Choisir*, a attaqué le producteur et le distributeur du disque litigieux en faisant expressément référence à l'article L. 122-5 du CPI, prévoyant à ses yeux le droit à la copie privée. En outre, il a invoqué l'article L. 111-1 du Code de la consommation, imposant au vendeur professionnel une obligation d'information quant aux caractéristiques essentielles du bien vendu.

260. Face à l'argument tiré du prétendu droit à la copie privée, le juge a été, pour la première fois de l'histoire du droit d'auteur français, amené à prendre position dans le conflit opposant l'exercice d'une exception aux droits de l'auteur aux mesures techniques de protection⁷²¹. Pour la première fois est apparue devant une juridiction française la question tenant à l'architecture même du paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur, celle de savoir s'il est permis au titulaire de faire usage de son pouvoir d'exclusion à l'endroit précis où le législateur a mis en place une « interdiction d'interdire »⁷²².

⁷²¹ T. MAILLARD, « Licéité de la mesure technique de protection interdisant la copie privée d'un DVD », note sous TGI Paris 30 avr. 2004, JurisData n° 2004-241517, *JCP E*, n° 30, 22 juill. 2004, 1101.

⁷²² Selon la formule d'A. LATREILLE, « Les limitations techniques. Conditions de régulation et périmètre des exceptions », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013 pp. 6-12, spéc p. 6.

En première instance, le Tribunal de Grande Instance de Paris⁷²³ a rejeté les demandes du consommateur soutenu par l'association. En se fondant sur le texte de la directive 2001/29/CE, non encore transposée en droit français, le juge rappelle le caractère facultatif de l'exception pour copie privée⁷²⁴. Ensuite, il a constaté que « *le législateur n'a pas (...) entendu investir quiconque d'un droit de réaliser une copie privée de toute œuvre, mais a organisé les conditions dans lesquelles la copie d'une œuvre échappe (...) au monopole détenu par les auteurs (...)* », pour enfin faire référence à la règle du test en trois étapes. Cette dernière, appliquée en l'espèce, conduit le juge à affirmer que la copie envisagée par le consommateur porterait une atteinte, nécessairement grave⁷²⁵, à l'exploitation normale de l'œuvre.

Ensuite, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt infirmatif spectaculaire du 22 avril 2005⁷²⁶, a donné droit aux demandes du consommateur. Les juges d'appel ont également fait l'usage du test en trois étapes. Cependant, contrairement au raisonnement de la juridiction du premier degré, l'application stricte du test les a conduits à reconnaître, de manière implicite, un véritable droit à la copie privée⁷²⁷. Selon eux, lorsque l'utilisateur reste dans le cadre de l'exception, « *le projet de copie étant effectué par lui-même, pour être utilisé, certes à l'extérieur de son domicile, mais dans un cercle familial restreint* », son acte respecte les conditions prévues par l'article 5, 5° de la directive. La cour d'appel ajoute que la copie privée, dans son principe, n'est pas une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et qu'en l'espèce elle n'aurait pas causé un préjudice injustifié aux titulaires des droits. En revanche, le consommateur, lui, « *a subi un véritable préjudice du fait du comportement fautif des sociétés qui ont "verrouillé" totalement par des moyens techniques le DVD en cause* ».

261. Cette solution libérale a été réformée par la Cour de cassation dans un arrêt du 28 février 2006⁷²⁸. Toujours en appliquant le test en trois étapes, celle-ci estime que

⁷²³ TGI Paris, 30 avr. 2004, JurisData n° 2004-241517, *RTD Com.*, 2004, p. 488, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, 2004, n° 7, juill. 2004, comm. 85, note. C. CARON, *JCP E*, n° 30, 22 juill. 2004, 1101, note T. MAILLARD, *JCP*, 2004.II.10135, note C. GEIGER.

⁷²⁴ Le caractère facultatif de l'exception pour copie privée découlant de l'art 5, 2° de la directive a conduit le juge à la conclusion selon laquelle le droit communautaire n'avait pas « *pour effet de reconnaître et encore moins d'instaurer un droit général à la copie privée* ».

⁷²⁵ Car affectant « *un mode d'exploitation essentielle de ladite œuvre, indispensable à l'amortissement de ses coûts* ». Il semble que l'essor du piratage numérique ne soit pas sans incidence sur le raisonnement du juge.

⁷²⁶ Paris, 22 avr. 2005, n° 04/14933, JurisData n° 2005-268600, *RTD Com.*, 2006, p. 102, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.*, 2005, p. 1573, note C. CASTETS-RENARD, *CCE*, n° 6, juin 2005, comm. 98, note C. CARON, *JCP*, n° 39, 28 sept. 2005.II.10126, note C. GEIGER.

⁷²⁷ Dans ce sens, C. CASTETS-RENARD, « Le retour en grâce de la copie privée », note sous Paris, 22 avr. 2005, n° 04/14933, JurisData n° 2005-268600, *D.*, 2005, pp. 1573-1576, précitée, spéc. p. 1575.

⁷²⁸ Cass 1^{re} civ., 28 févr. 2006, *Bull. I*, n° 126, *RTD Com.*, 2006, p. 370, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD Com.*, p. 386, obs. P. GAUDRAT, *JCP*, 2006.II.10084, note A. LUCAS, *D.*, 2006, p. 784,

« l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, propre à faire écarter l'exception de copie privée s'apprécie au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre, sous forme de DVD, représente pour l'amortissement des coûts de production cinématographique ».

L'interprétation du test en trois étapes ainsi opérée prend la forme d'un véritable arrêt de principe⁷²⁹. La Haute juridiction semble poser une règle à portée générale selon laquelle le juge doit appliquer le test en trois étapes en tenant compte non seulement des faits de l'espèce, mais aussi de la réalité du nouvel environnement socioéconomique, ce qui rend la tâche de conciliation des mesures techniques de protection avec les exceptions aux droits de l'auteur particulièrement délicate⁷³⁰.

262. Curieusement, cette interprétation didactique du test en trois étapes opérée par la Cour de cassation n'a pas été suivie par les juges de renvoi. Dans un arrêt du 4 avril 2007⁷³¹, la Cour d'appel de Paris a certes décidé de repousser les arguments tenant au bénéfice effectif de l'exception pour copie privée, mais sur le fondement d'irrecevabilité de l'action et non pas sur celui de non-conformité de l'utilisation aux conditions du test en trois étapes. Après avoir déclaré l'action de l'association irrecevable sur un fondement purement procédural, tenant au fait qu'au lieu d'intervenir volontairement dans la procédure, celle-ci a décidé de former une action à titre principal⁷³², la cour s'est penchée sur la question de la recevabilité de l'action du consommateur, et estima qu'« il résulte de la nature juridique de la copie privée que celle-ci (...), ne constitue pas un droit, mais une exception légale au principe de la prohibition de toute reproduction intégrale ou partielle d'une œuvre protégée faite sans le consentement du titulaire de droits d'auteur ». Elle ajoute également

obs. J. DALEAU, *CCE*, n° 4, avr. 2006, comm. 56, note C. CARON, *Légipresse*, n° 231, III, 2006, p. 71, note V.-L. BENABOU, *PI*, n° 19, avr. 2006, p. 179, obs. A. Lucas, *RLDI*, n° 15, avr. 2006, p. 37, note D. MELISON.

⁷²⁹ F. POLLAUD-DULIAN, obs. sous Cass 1^{re} civ., 28 févr. 2006, *Bull. I*, n° 126, *RTD com.*, 2006, pp. 370-374, spéc. p. 374.

⁷³⁰ *Ibidem*.

⁷³¹ Paris, 4 avr. 2007, n° 06/07506, *JurisData* n° 2007-329335, *D.*, 2007, p. 1209, obs. J. DALEAU, *CCE*, n° 5, mai 2007, comm. 68, note C. CARON, *D.*, 2007, p. 1991, obs. C. LE STANC.

⁷³² Selon l'article L. 421-2 du Code de la consommation dans sa rédaction antérieure aux modifications apportées par la loi n° 201-344 du 17 mars 2014 et par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, « Les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 421-1 et agissant dans les conditions précisées à cet article peuvent demander à la juridiction civile, statuant sur l'action civile, ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite ». En appliquant cet article, les juges d'appel affirment que « si les associations agréées de consommateurs peuvent intervenir à l'instance introduite sur la demande initiale en réparation du préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs, en raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale, à l'effet notamment d'obtenir réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs, en revanche elles ne peuvent, à cette fin, introduire l'instance ».

qu'« il se déduit de cette qualification que si la copie privée peut être, à supposer les conditions légales remplies, opposée pour se défendre à une action, notamment en contrefaçon, elle ne saurait être invoquée, comme étant constitutive d'un droit, au soutien d'une action formée à titre principal, peu important, au regard du principe pas de droit pas d'action, l'existence d'une rémunération pour copie privée acquittée par les consommateurs ».

L'action du consommateur est donc déclarée irrecevable, faute d'intérêt à agir et non pas mal fondée du fait de la violation des exigences du test en trois étapes. Cette nouvelle solution fut ensuite confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 19 juin 2008 qui constitue l'épilogue de l'affaire *Mulholland Drive*⁷³³.

Est-ce donc la fin de la copie privée ? Une affirmation de la conception française du droit d'auteur ? Ou bien une dénaturation de cette dernière ? Un pas en avant, ou bien en arrière, dans la lutte contre le piratage numérique ? En analysant ladite solution sous l'angle systémique, nous nous limiterons à lui attacher trois épithètes : paradoxale, étonnante, mais toutefois prévisible.

263. Paradoxale, car d'un côté, en ce qu'elle refuse de voir les exceptions en tant que droits subjectifs des utilisateurs, elle constitue une affirmation nette des principes issus de la loi du 11 mars 1957, essentiels pour l'architecture du déséquilibre harmonieux de la matière. D'un autre côté, en refusant aux bénéficiaires la protection contre les effets des mesures techniques de protection, la même solution passe outre l'imprégnation du système du droit d'auteur par la logique de tolérance, contribuant ainsi paradoxalement à l'érosion du même paradigme. Tout en voulant préserver le déséquilibre en la matière, le juge semble oublier que celui-ci est censé être préétabli, et non malléable par les manifestations de la volonté des titulaires.

264. Étonnante, parce que le raisonnement fondé uniquement sur l'irrecevabilité de l'action du consommateur demandant la possibilité d'exercer son « droit » à l'exception, paralysé par les mesures techniques de protection, semble ignorer les enseignements de l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 28 février 2006⁷³⁴. Après ce dernier, les commentateurs

⁷³³ Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, *Bull.* I, n° 177, *RTD Com.*, 2008, p. 551, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.*, 2008, p. 1824, obs. J. DALEAU, *CCE*, n° 9, sept. 2008, comm. 102, note C. CARON, *RLDI*, n° 40, juill. 2008, p. 14, obs. L. COSTES.

⁷³⁴ *Supra*, n° 269.

s'attendaient plutôt à des condamnations systématiques de la copie privée résultant de la mobilisation du test en trois étapes⁷³⁵.

265. Prévisible, parce que la décision est intervenue au moment où le législateur français, en transposant la directive 2001/29/CE, a créé un système institutionnel de garantie de certaines exceptions, bâti autour d'une nouvelle autorité administrative indépendante, à laquelle appartiendra, au lieu et place du juge du droit d'auteur la tâche de conciliation des logiques contradictoires des mesures techniques de protection et des exceptions aux droits de l'auteur. Compte tenu de cette intervention du législateur, la « démission » du juge en matière de sauvegarde de l'exception pour copie privée paraît justifiée.

Somme toute, les deux derniers épisodes de l'affaire *Mulholland Drive* marquent « la démission de l'autorité judiciaire » de la « tâche ingrate de l'articulation des exceptions avec les mesures techniques »⁷³⁶. Le bénéficiaire des exceptions, réclamant leur exercice effectif en présence des verrous techniques, se trouve donc renvoyé vers les dispositions relatives à la sauvegarde des exceptions issues de la transposition de la directive société de l'information par la loi DADVSI⁷³⁷.

II. Le mécanisme légal de sauvegarde des exceptions

266. En France, le système de sauvegarde des exceptions aux droits de l'auteur contre les mesures techniques de protection est un dispositif complexe prenant la forme d'un subtil mélange des règles imposées par le droit de l'Union européenne et celles adoptées, en toute liberté, par le législateur national. Son champ d'application n'est pas universel. Certaines exceptions et certains types d'utilisation de l'œuvre ne bénéficient d'aucune protection légale contre leur paralysie par les mesures techniques de protection **(A)**. D'autres relèvent de la compétence d'une autorité administrative indépendante, qui est censée les maintenir opérationnelles en mettant en œuvre son pouvoir quasi juridictionnel **(B)** et, plus récemment, consultatif **(C)**.

⁷³⁵ V., dans ce sens : C. CARON, « Affaire Mulholland Drive : suite et (peut-être) épilogue ! », note sous Paris, 4 avr. 2007, n° 06/07506, JurisData n° 2007-329335, CCE, n° 5, mai 2007, comm. 68.

⁷³⁶ M. DIENG, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse, Paris II Panthéon-Assas, 2012, pp. 415-416.

⁷³⁷ Dans ce sens, C. CARON, *loc.cit.*

A. Le champ d'application restreint

267. Le système français de sauvegarde des exceptions contre les mesures techniques de protection possède un champ d'application restreint. La loi le délimite en excluant du spectre de la protection certaines exceptions jusqu'à établir une sorte de hiérarchie entre celles dont l'exercice est garanti et celles ne méritant aucune protection **(1)**. En outre, même dans le cas des exceptions privilégiées, leur bénéfice n'est pas assuré dans le cadre des services interactifs **(2)**.

1. L'exclusion *a limine* de certaines exceptions

268. Malgré la prévalence apparente des mesures techniques de protection sur les exceptions, consacrée tant par le texte de la directive 2011/29/CE que par celui de l'art L. 331-5 al. 1 du CPI, le législateur français a organisé un système de sauvegarde des exceptions contre les atteintes qui peuvent leur être portées par le recours immodéré des titulaires aux mesures techniques de protection. Le siège dudit système se trouve dans les dispositions des articles L. 331-6 et suivants du CPI⁷³⁸.

Conformément aux dispositions de l'article 6, 2° de la directive 2011/29/CE, le législateur français a décidé de consacrer un certain nombre d'exceptions « privilégiées », bénéficiant d'une protection contre l'effet des mesures techniques de protection⁷³⁹

⁷³⁸ Ces dispositions relatives à la conciliation des exceptions et des mesures techniques de protection sont issues des obligations découlant notamment de l'art 6, 3 de la directive 2011/29/CE selon lequel : « 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 parties concernées, les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national conformément à l'article 5, paragraphe 2, points a), c), d) et e), et à l'article 5, paragraphe 3, points a), b) ou e), puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question. Un État membre peut aussi prendre de telles mesures à l'égard du bénéficiaire d'une exception ou limitation prévue conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b), à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ou de la limitation concernée et conformément aux dispositions de l'article 5, paragraphe 2, point b), et de l'article 5, paragraphe 5, sans empêcher les titulaires de droits d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions conformément à ces dispositions. (...) ». Il en résulte que les États membres sont tenus de mettre en place un système de protection subsidiaire de certaines exceptions « privilégiées » (lorsque le droit national le prévoit), dont l'exercice doit être assuré en cas d'absence d'initiative privée visant à concilier les mesures techniques de protection et l'exercice effectif des exceptions.

⁷³⁹ Le législateur européen a ainsi voulu « assurer malgré tout l'équilibre entre la défense des droits des créateurs et les aspirations légitimes des utilisateurs d'œuvres », P. SIRINELLI, « La directive "Société de l'information" : apport réel ou fictif au droit d'auteur ? », in IRPI, *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, Litec, 2001, pp. 79-96, spéc. p. 95.

afin, comme le souligne la doctrine, d'empêcher la « *modification de l'équilibre naturel entre les droits et exceptions* »⁷⁴⁰ causée par l'avènement des verrous techniques.

La conciliation entre les exceptions et les mesures techniques de protection est paradoxale dans la mesure où, d'une part l'art L. 331-5 annonce la protection juridique des mesures empêchant les utilisations non autorisées par les titulaires des droits, et d'autre part, le principe de conciliation suppose, *nolens volens*, l'admission de telles utilisations.

269. L'article 331-7 du CPI, issu de la loi DADVSI et modifié par les lois HADOPI et HADOPI II, dispose que « *les titulaires de droits qui recourent aux mesures techniques de protection définies à l'article L. 331-5 peuvent leur assigner pour objectif de limiter le nombre de copies. Ils prennent cependant les dispositions utiles pour que leur mise en œuvre ne prive pas les bénéficiaires des exceptions visées au 2° de l'article L. 331-31 de leur exercice effectif (...)* ». Cet article renvoie aux dispositions relatives aux missions conférées aujourd'hui à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur l'Internet (HADOPI). Parmi celles-ci figure, selon les dispositions de l'article L. 331-31, 2°, alinéa 1^{er} du CPI, la mission de veiller « *à ce que la mise en œuvre des mesures techniques de protection n'ait pas pour effet de priver les bénéficiaires des exceptions définies aux : -2°, e du 3° à compter du 1er janvier 2009, 7° et 8° de l'article L. 122-5 ; -2°, dernier alinéa du 3° à compter du 1er janvier 2009, 6° et 7° de l'article L. 211-3 ; -3° et, à compter du 1er janvier 2009, 4° de l'article L. 342-3 ; - et à l'article L. 331-4* ». Selon l'alinéa 2 du même article, la Haute Autorité « *veille également à ce que la mise en œuvre des mesures techniques de protection n'ait pas pour effet de priver les personnes bénéficiaires de l'exception de reproduction à des fins de collecte, de conservation et de consultation sur place mentionnée au 2° de l'article L. 132-4 et aux articles L. 132-5 et L. 132-6 du Code du patrimoine. (...)* ».

270. Il en résulte que les exceptions privilégiées dont la protection contre les mesures techniques est assurée par le droit français sont, selon l'ordre de l'article L. 331-31, 2° du CPI, en matière du droit d'auteur⁷⁴¹, la copie privée, l'exception pédagogique, l'exception en faveur des personnes handicapées, l'exception en faveur des bibliothèques, musées et archives⁷⁴², l'exception pour les actes entrepris à des fins de procédure parlementaire

⁷⁴⁰ G. VERCKEN, « La consécration des mesures techniques de protection, un combat d'arrière-garde ? », *PI*, n° 25, oct. 2007, pp. 413-418, spéc. p. 413.

⁷⁴¹ En outre, la protection prévue par l'art L. 331-31, 2° du CPI concerne certaines exceptions apportées au droit *sui generis* du producteur de la base de données.

⁷⁴² Le dispositif protège également leurs homologues en matière des droits voisins.

de contrôle, juridictionnelle ou administrative prévue par la loi ou des actes entrepris à des fins de sécurité publique⁷⁴³, et l'exception en faveur du dépôt légal⁷⁴⁴.

271. En lisant *a contrario* les dispositions ci-dessus évoquées, il faut constater que les exceptions autres que celles qui sont privilégiées ne bénéficient d'aucune protection particulière contre l'emploi abusif des mesures techniques de protection⁷⁴⁵. En privilégiant certaines exceptions, le législateur français n'a fait que suivre les instructions de la directive 2001/29/CE⁷⁴⁶. Toutefois, la justification du choix opéré par les auteurs de cette dernière de créer une telle « hiérarchie inédite des exceptions »⁷⁴⁷ est loin d'être évidente⁷⁴⁸. La doctrine ne cesse de s'étonner de la distinction opérée par la directive, car dans les exceptions exclues de toute protection, telle que par exemple le droit de citation, certaines sont porteuses de valeurs parmi les plus dignes d'attention⁷⁴⁹.

Eu égard à ce qui précède, il paraît clair que les titulaires des droits peuvent impunément paralyser l'exercice des exceptions autres que celles qui sont privilégiées. Ces dernières étant malléables par la volonté unilatérale des titulaires des droits,

⁷⁴³ Ladite exception concerne tous les droits prévus par la partie première du CPI consacré à la propriété littéraire et artistique.

⁷⁴⁴ Mais uniquement en ce qui concerne l'impossibilité pour l'auteur d'interdire aux organismes dépositaires la reproduction de l'œuvre lorsque cette dernière est nécessaire à la collecte, à la conservation et à la consultation sur place. L'article L. 132-4, 1 du Code du patrimoine prévoit également une exception en faveur de la « consultation de l'œuvre sur place par des chercheurs dûment accrédités par chaque organisme dépositaire sur des postes individuels de consultation dont l'usage est exclusivement réservé à ces chercheurs ». Cette dernière exception n'est pas garantie selon l'art L. 331-31, 2° du CPI. L'exception de reproduction à des fins de collecte, de conservation et de consultation sur place prévue par l'art L. 132-4, 2° est, quant à elle, garantie également en matière des droits voisins et en celle du droit *sui generis* du producteur de la base de données.

⁷⁴⁵ V.-L. BENABOU, « De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques », *PI*, n° 25, oct. 2007, pp. 423-435, spéc. p. 433.

⁷⁴⁶ *Supra*, note 743.

⁷⁴⁷ T. MAILLARD, « Les mesures techniques de protection des œuvres : sauveur ou fossoyeur du droit d'auteur », in D. LE METAYER, *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruylant, 2010, p. 93-106, spéc. p. 105.

⁷⁴⁸ En l'absence de précisions quant à ce sujet provenant de la directive même ou des travaux préparatoires précédant son adoption, certains auteurs estiment qu'il s'agissait de dégager les exceptions « les plus affectées par les mesures techniques », A. LATREILLE, T. MAILLARD, « Mesures techniques de protection et d'information », *J.-CL.*, Propriété littéraire et artistique, fasc. 1660, spéc. n° 161, dernière mise à jour 16 févr. 2015. Dans le même sens, A. LATREILLE, « Les limitations techniques. Conditions de régulation et périmètre des exceptions », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013, pp. 6-12, spéc. p. 8, T. MAILLARD, *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, Thèse, Paris XI, 2009, p. 213. La doctrine souligne que les exceptions privilégiées par la directive sont des exceptions d'intérêt général, G. VERCKEN, « La protection des dispositifs techniques (II) Recherche clarité désespérément : à propos de l'article 6. 4° de la directive du 22 mai 2001 », *PI*, n° 2, janv. 2002, pp. 52-57, spéc. p. 53.

⁷⁴⁸ C. GEIGER, « Les exceptions au droit d'auteur en faveur de la création dérivée », in *Droit d'auteur et liberté d'expression*, ALAI, ALADDA, 2008, pp. 338-347, spéc. pp. 344-345.

⁷⁴⁹ V.-L. BENABOU, *op. cit.*, p. 432. Pour la critique du catalogue des exceptions privilégiées excluant l'exception pour citation, v. : T. MAILLARD, « Les mesures techniques de protection des œuvres : sauveur ou fossoyeur du droit d'auteur », *op. cit.*, p. 105.

elles semblent devenir des constructions juridiques étonnantes - des tolérances consacrées par la loi⁷⁵⁰.

272. Certes, comme le souligne V.-L. Benabou⁷⁵¹, le verrouillage de l'œuvre qui rend inexploitable l'exception non protégée ne signifie pas forcément la fin de celle-ci. Ainsi, le bénéficiaire peut parfois contourner les verrous techniques en exploitant le « trou analogique »⁷⁵². Cependant, une telle possibilité de pur fait n'est ouverte qu'en présence de mesures techniques permettant la consultation de l'œuvre⁷⁵³. La pratique montre toutefois que les mesures techniques contrôlent souvent l'accès même à l'œuvre⁷⁵⁴.

2. L'exclusion de la protection dans le cadre des services interactifs

273. Selon l'article L. 331-8 du CPI, l'obligation de garantir l'exercice effectif des exceptions privilégiées ne s'applique pas lorsque l'œuvre est disponible au public « *selon des dispositions contractuelles convenues entre les parties, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit* ». Ladite limitation résulte de l'obligation imposée par l'article 6, 4^o, al. 4 de la directive Société de l'information⁷⁵⁵, consistant à exclure la protection des exceptions privilégiées dans le cadre de la distribution des œuvres dite « à la demande ».

Il en résulte l'absence de toute obligation pour les titulaires des droits, de prendre des dispositions visant à garantir l'exercice des exceptions privilégiées lors de la mise à disposition du public d'œuvres par le biais de services interactifs à la demande, à la seule

⁷⁵⁰ *Supra*, n° 22 et suiv.

⁷⁵¹ V.-L. BENABOU, *op. cit.*, p. 434.

⁷⁵² Ang., « *Analog Hole* » ou « *Analog reconversion issue* ». Typiquement, le « contournement » d'une mesure technique de protection par le biais du trou analogique consiste à reproduire un certain contenu verrouillé à l'aide des techniques analogiques. On pense, par exemple, au copiage, à la main ou à l'aide d'un poste informatique d'un livre numérique protégé contre l'opération communément appelée « copier-coller ». V., sur ce point : J. A THOMAS, F. CUPPENS, N. CUPPENS-BOULAHIA, « Environmental Constraints Management in Digital Right Licences », in N. CUPPENS-BOULAHIA, P. OWEZARSKI, SAR-SSI 2008 3rd Conference on Security in Network Architectures and Information Systems Loctudy, France - 13-17 October 2008, Editions Publibook, 2008, pp. 85-101, spéc. p. 86.

⁷⁵³ V.-L. BENABOU, *loc. cit.*, A. LATREILLE, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁵⁴ V., sur ce point, U. SUTHERSANEN, « Some initial thoughts on copyright, human rights and market freedom », in G. WESTKAMP, *Emerging Issues in Intellectual Property, Trade, Technology and Market Freedom: Essays in Honour of Herchel Smith*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2007, pp. 35-53, spéc. p. 40.

⁷⁵⁵ L'exclusion prend également appui dans le considérant 53 de la directive selon lequel « *la protection des mesures techniques devrait garantir un environnement sûr pour la fourniture de services interactifs à la demande, et ce de telle manière que le public puisse avoir accès à des œuvres ou à d'autres objets dans un endroit et à un moment choisis par lui. Dans le cas où ces services sont régis par des dispositions contractuelles, le premier et le deuxième alinéas de l'article 6, paragraphe 4, ne devraient pas s'appliquer. Les formes non interactives d'utilisation en ligne restent soumises à ces dispositions* ».

condition que les modalités d'utilisation desdits services soient régies par des dispositions contractuelles convenues entre les parties⁷⁵⁶.

274. Cette dernière limitation de l'exclusion est illusoire. Comme le souligne M. Dieng, la plupart des conventions en matière des services interactifs à la demande sont des contrats d'adhésion réduisant la phase des pourparlers à quelques « clics »⁷⁵⁷.

275. De plus, le champ d'application de l'exclusion instaurée par l'art L. 331-8 du CPI, est particulièrement vaste. Le fait qu'elle couvre les œuvres mises à disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit nous conduit inévitablement à conclure que sont exclus de la protection des exceptions tous les contenus disponibles sur l'Internet, quelle que soit leur nature (les œuvres littéraires, musicales, cinématographiques...) et quel que soit leur mode de diffusion (*diffusion en flux*, gratuite ou payante, abonnements...)⁷⁵⁸. Certains auteurs estiment même que la largeur de la définition des services interactifs exclus de la protection des exceptions vide le dispositif de tout son intérêt⁷⁵⁹.

B. La sauvegarde des exceptions privilégiées à travers le pouvoir quasi juridictionnel

276. La mission de sauvegarde des exceptions privilégiées, au-delà des exclusions ci-dessus commentées, est aujourd'hui confiée à l'HADOPI, selon les dispositions de l'article L. 331-31 du CPI. Dans son rôle de défenseuse de certaines exceptions contre les mesures techniques de protection, celle-ci est l'héritière de l'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT) issue de la loi DADVSI. Dans son aspect matériel, le système de sauvegarde des exceptions bâti autour du pouvoir quasi juridictionnel de ladite autorité administrative indépendante apparaît comme un mécanisme protecteur, potentiellement efficace, de l'équilibre du droit d'auteur (1). Toutefois, les contraintes procédurales qui s'y attachent contrebalancent cette impression (2).

⁷⁵⁶ M. DIENG, *op. cit.*, pp. 360-361.

⁷⁵⁷ M. DIENG, *op. cit.*, pp. 374-375. Dans le même sens, G. GOMIS, « L'influence des mesures techniques sur les pratiques contractuelles », *RLDI*, supplément au n° 49, mai 2009, pp. 73-77, spéc. p. 73.

⁷⁵⁸ A. LATREILLE, *op. cit.*, pp. 11-12.

⁷⁵⁹ *Ibidem*.

1. L'aspect matériel de la protection

277. Historiquement, selon l'article L. 331-17 alinéa 1 du CPI dans sa rédaction initiale issue de la loi DADVSI, l'ARMT assurait « *une mission générale de veille dans les domaines des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par le droit d'auteur ou par les droits voisins* ». À cette mission générale de surveillance s'ajoutait une fonction quasi juridictionnelle de conciliation des mesures techniques de protection avec les exceptions privilégiées. L'émergence de ce dispositif a engendré la démission du juge de la charge de cette tâche⁷⁶⁰.

Le siège de ce pouvoir quasi juridictionnel se trouvait dans les dispositions de l'article L. 331-15 du CPI, qui prévoyait au premier lieu, en cas de différend, né autour d'une paralysie d'une exception privilégiée par des verrous techniques, une procédure de conciliation visant à y mettre fin. En cas d'échec de celle-ci, l'ARMT était dotée d'un pouvoir décisionnel. Elle pouvait ainsi rendre, dans le respect du principe du procès contradictoire, des décisions motivées contenant des injonctions facultativement assorties d'astreintes. Les décisions ainsi rendues étaient susceptibles de recours devant la Cour d'appel des Paris, à l'instar de celles de certaines autres Autorités administratives indépendantes⁷⁶¹.

Ce pouvoir quasi juridictionnel confié à l'ARMT, et plus précisément son potentiel de générer des sanctions à l'égard des titulaires paralysant l'exercice des exceptions, apparaît, *a priori*, comme un mécanisme protecteur du paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur empêchant la dilution d'au moins une partie des exceptions aux droits de l'auteur. Ceci étant, la liste des exceptions privilégiées, dont le respect était assuré par l'ARMT n'était pas complète sous le régime antérieur à la loi HADOPI.

278. À cette époque, l'ARMT n'assurait que la sauvegarde de l'exception au bénéfice des personnes handicapées, de l'exception au profit des bibliothèques, musées et archives,

⁷⁶⁰ V., sur ce point : *supra*, n° 270 et suiv., T. MAILLARD, *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, *op. cit.*, p. 365.

⁷⁶¹ V. sur ce point, L. RAPP, « Nature et pouvoirs de l'Autorité de régulation des mesures techniques de protection », *RLDI*, n° 23, janv. 2007, pp. 64-69. Il faut noter que l'octroi aux autorités administratives indépendantes du pouvoir de prononcer les sanctions fait, depuis des années, l'objet des critiques doctrinales. V., par exemple, J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP*, 1986.I.3254. Il en est ainsi parce que ce pouvoir peut facilement entrer en conflit avec le principe de séparation des pouvoirs. Ainsi, des autorités administratives indépendantes, en prononçant des sanctions, semblent exercer un pouvoir de type juridictionnel. Si l'on ajoute que celles-ci exercent souvent également le pouvoir réglementaire, il se pose une véritable question de constitutionnalité du pouvoir de sanction qui leur a été confié. V., sur ce point : Conseil Constit., 28 juill. 1989, 89-260 DC, *Rec.* p. 71, Conseil Constit., 17 janv. 1989, 88-248 DC, *Rec.* p. 18.

de l'exception pédagogique et de l'exception pour la copie privée⁷⁶². Par conséquent, se trouvaient exclues du domaine de la protection l'exception de sécurité publique, connue du droit français au moment de l'adoption de la directive 2001/29 et couverte par l'obligation de sauvegarde imposée par celle-ci, ainsi que l'exception en faveur des organismes chargés du dépôt légal, mise en place par la loi DADVSI.

Cette dernière exception semble également relever de l'obligation de sauvegarde imposée par la directive, qui en dressant dans son article 6, 4° la liste des exceptions obligatoirement garanties se réfère à l'article 5 paragraphe 2, point c) qui prévoit la faculté, pour les États membres, de mettre en place une exception pour des actes « *de reproduction spécifiques effectués (...) par des archives* »⁷⁶³.

279. Le lien unissant ladite exception prévue par la directive et l'exception française pour le dépôt légal est le fait que le dépôt légal soit assimilable à l'archivage des œuvres de l'esprit⁷⁶⁴. L'ensemble des documents conservés dans le cadre du dépôt légal correspond aux « archives » au sens du Code du patrimoine⁷⁶⁵.

En décidant de ne pas protéger ces deux exceptions, le législateur a semble-t-il considéré qu'elles n'étaient pas susceptibles d'entrer en conflit avec les mesures techniques de protection⁷⁶⁶. Cela étant, dans son rapport annuel de 2008, l'ARMT a pointé ces défauts de transposition en rappelant que « *la directive définit (...) de manière limitative les exceptions qui, lorsqu'elles existent en droit interne, doivent bénéficier du mécanisme de garantie* »⁷⁶⁷.

⁷⁶² V. : l'art L. 331-8 du CPI dans sa version issue de la loi DADVSI.

⁷⁶³ Dans ce sens, Autorité de régulation des mesures techniques, rapport annuel 2008, p. 32.

⁷⁶⁴ Dans ce sens, B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2012, p. 40. Si cette opinion emporte notre conviction, il convient de signaler que les œuvres d'esprit n'épuisent pas l'éventail des documents assujettis à l'obligation de dépôt légal. Ainsi comme le souligne E. Dreyer, le dépôt légal s'applique à « toute création de forme » constituant un vecteur de « communication » avec le public et lui adressant une « information », E. DREYER, *Le dépôt légal, essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, LGDJ, 2003, p. 112.

⁷⁶⁵ Article 211-1 du Code du patrimoine : « *Les archives sont l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur forme et leur support matériel, produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité* ». Selon certains auteurs, grâce à cette assimilation, l'exception française pour dépôt légal ne méconnaît pas le principe d'exhaustivité de la *shopping list* des exceptions prévues par la directive parmi lesquelles vainement chercherait-on celle *expressis verbis* en faveur des organismes du dépôt légal, B. GALOPIN, *op. cit.*, pp. 40-41. Dans le même sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, p. 411.

⁷⁶⁶ Autorité de régulation des mesures techniques, rapport annuel 2008, p. 32. Dans le même sens, par rapport à l'exception de sécurité publique, T. MAILLARD, *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, *op. cit.*, p. 344.

⁷⁶⁷ Autorité de régulation des mesures techniques, rapport annuel 2008, p. 31.

280. À la suite de cet avis exprimé par l'ARMT, accompagné d'une proposition de rectification de la liste des exceptions garanties⁷⁶⁸, la loi HADOPI a élargi le catalogue des exceptions privilégiées. Désormais, l'article L. 331-31 du CPI vise toutes les exceptions dont la sauvegarde est prévue par la directive, y compris celles initialement omises.

Cette modification louable ne signifie pas pour autant que le législateur français a fait tout ce qu'autorise la directive Société de l'information pour empêcher la dilution de la normativité des exceptions aux droits de l'auteur.

2. L'aspect formel de la protection

281. Dans le système mis en place par la loi DADVSI, les modalités de la saisine de l'ARMT étaient régies par l'article L. 331-13 du CPI, qui permettait à tout bénéficiaire d'une exception privilégiée de porter à l'attention de l'Autorité tout différend relatif aux restrictions apportées par les mesures techniques de protection. Cette liberté de saisine était toutefois contrebalancée par l'existence des risques financiers considérables⁷⁶⁹ qu'encourait le requérant faisant appel à l'ARMT. Cette dernière était autorisée de mettre à la charge du demandeur tout ou partie des frais de procédure en cas de rejet de sa demande, y compris les frais d'expertises éventuelles⁷⁷⁰. Si l'on ajoute à cela les frais liés aux recours éventuels et le temps qui peut s'écouler entre la saisine initiale et la sanction prononcée à l'égard des titulaires des droits par l'ARMT, il est peu probable qu'un individu puisse réellement devenir interlocuteur dans le système de sauvegarde des exceptions mis en place par la loi DADVSI.

De plus il ne faut pas oublier que les mesures relevant du pouvoir quasi juridictionnel de l'ARMT n'intervenaient qu'à titre subsidiaire, en l'absence de règlement amiable de la question du conflit en cause⁷⁷¹. L'existence de cette procédure obligatoire de conciliation, potentiellement longue et coûteuse, nous force à constater que dans le système de sauvegarde des exceptions issu de la loi DADVSI, le pouvoir quasi juridictionnel de l'ARMT présentait un double degré de subsidiarité.

282. Ainsi, selon l'article L. 331-9 du CPI dans sa rédaction initiale, « *Les titulaires de droits qui recourent aux mesures techniques de protection (...) peuvent leur assigner pour*

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 36.

⁷⁶⁹ T. MAILLARD, *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, Thèse, Paris XI, 2009, p. 386.

⁷⁷⁰ Article R. 331-28, al. 4 du CPI dans sa rédaction issue du décret n° 2007-510 du 4 avr. 2007 relatif à l'Autorité de régulation des mesures techniques.

⁷⁷¹ Article L. 331-15 du CPI dans sa rédaction initiale issue de la loi DADVSI.

objectif de limiter le nombre de copies. Ils prennent cependant les dispositions utiles pour que leur mise en œuvre ne prive pas les bénéficiaires des exceptions visées à l'article L. 331-8 (exceptions privilégiées) de leur exercice effectif. Ils s'efforcent de définir ces mesures en concertation avec les associations agréées de consommateurs et les autres parties intéressées ». Dans cette optique le pouvoir quasi juridictionnel de l'ARMT, lui-même comprenant une phase de conciliation obligatoire, ne pouvait être mis en œuvre qu'à titre subsidiaire, en cas de carence d'initiative privée⁷⁷².

Si le premier degré de subsidiarité est imposé par le texte de la directive, celle-ci ordonnant la prise par les États membres de « mesures appropriées » en vue de la sauvegarde des exceptions privilégiées en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires⁷⁷³, le second (la subsidiarité d'intervention du pouvoir quasi juridictionnel de l'ARMT) semble être une invention du législateur français. Par conséquent, la voie menant vers une sanction prononcée à l'encontre du titulaire recourant, sans modération, aux mesures techniques de protection était particulièrement longue.

283. Outre le poids excessif de la procédure sanctionnant l'abus des mesures techniques dans sa forme issue de la loi DADVSI, le décret n° 2007-510 du 4 avril 2007, relatif à l'Autorité de régulation des mesures techniques, a introduit l'article R. 331-2 du CPI, en vertu duquel les décisions prises par l'Autorité en matière de conciliation des exceptions et des mesures techniques de protection « *ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale d'une œuvre ou d'un objet protégé par un droit de propriété intellectuelle, ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits de propriété intellectuelle* ».

Ce reflet du fameux test en trois étapes, restreignant davantage les possibilités de protection des exceptions privilégiées, traduit la volonté du législateur français d'insérer la procédure de sauvegarde des exceptions privilégiées dans le cadre du respect des droits de la propriété intellectuelle⁷⁷⁴. Désormais le test en trois étapes accompagne les exceptions à chaque stade de leur vie, ce qui crée inévitablement un effet de « ceinture et bretelles ».

⁷⁷² M. DIENG, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse, Paris I Panthéon-Assas, 2012, p. 330, T. MAILLARD, *op. cit.*, p. 380.

⁷⁷³ Article 6, 4, al. 1^{er} de la directive 2001/29/CE.

⁷⁷⁴ T. MAILLARD, *op. cit.*, p. 375, E. A. CAPRIOLI, « L'ARMT nouvelle est arrivée ! », *CCE*, n° 6, juin 2007, comm. 88. T. Maillard voit dans cette soumission de la procédure de sauvegarde des exceptions au test en trois étapes la consécration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Rec.* p. 88, *D.*, 2006, p. 2157, obs. C. CASTETS-RENARD, *PI*, n° 20, juill. 2006, p. 240 obs. V.-L. BENABOU, *CCE*, n° 10, oct. 2006, comm. 140, obs. C. CARON, *LPA*, n°161, 14 août 2006, p. 4, obs. J.-E. SCHOETTL : « (...) les mesures de conciliation adoptées par le législateur entre droit d'auteur et droits voisins, d'une part, objectif d'"interopérabilité", d'autre part, ne sauraient porter atteinte aux prérogatives des auteurs et des titulaires de droits voisins sans méconnaître l'exigence constitutionnelle de transposition ; que

Ainsi, la création des exceptions y est soumise dans la limite des dispositions de la Convention de Berne, à l'instar de leur application dans les cas concrets appréciés par le juge suite à l'adoption de la directive 2001/29/CE. Ce deuxième cas d'application du dispositif en question apparaît déjà comme suffisamment attentatoire à l'idée de l'équilibre préétabli du droit d'auteur, dans la mesure où, comme le remarque T. Azzi, « *l'utilisateur risque désormais de se trouver dans une situation imprévisible. Il se croit a priori dispensé d'autorisation, car sous l'effet d'une exception, mais le juge, usant du test des trois étapes, va rétablir a posteriori le droit exclusif* »⁷⁷⁵.

284. Ceci étant, la loi DADVSI a élargi le champ d'application du test en trois étapes au-delà de ce qui est imposé *expressis verbis* par les textes supranationaux. De l'exigence de la conformité de l'exercice de l'exception au test découle naturellement la limitation de la liberté de son bénéficiaire de faire valoir ses intérêts devant l'ARMT. En effet, il n'est pas douteux que seul l'exercice de l'exception garantie par la loi (et donc, conforme aux exigences du test) puisse être réclamé devant l'ARMT⁷⁷⁶. Ensuite, le même test limitait l'ARMT dans l'exercice de son pouvoir décisionnel en matière de sauvegarde des exceptions privilégiées.

285. Enfin, il ne faut pas oublier qu'en vertu de l'article L. 331-9 alinéa 2 du CPI, dans sa rédaction issue de la loi DADVSI, le test en trois étapes encadrerait également le recours par les titulaires, aux mesures techniques de protection limitant le nombre des copies, en ce qu'il permettait auxdits dispositifs anti-copiage de veiller à ce que l'exercice des exceptions privilégiées n'ait pas pour effet de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni de causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire.

À cet égard, il a été jugé par le Conseil constitutionnel que « *les dispositions de la section intitulée "Mesures techniques de protection et d'information", (...), devront être entendues comme n'interdisant pas aux auteurs ou aux titulaires de droits voisins de recourir*

la même considération vaut pour les mesures de conciliation arrêtées par la loi déferée entre les droits des auteurs et des titulaires de droits voisins, d'une part, et l'exercice effectif de l'exception pour copie privée », T. MAILLARD, loc. cit.

⁷⁷⁵ T. AZZI, « La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé », CCE, n° 7, juill. 2007, étude 16. L'auteur remarque toutefois que ladite intrusion d'un mécanisme ressemblant au *fair use*, au sein du déséquilibre harmonieux du droit d'auteur français, n'est peut-être pas si nocive si l'on reconnaît au *triple test* ce que l'auteur appelle « l'effet atténué ». « *Pour ce faire, il suffit d'observer que, dans son libellé, le test des trois étapes est très vague. On peut alors le considérer comme la simple formulation nouvelle des règles d'interprétation de la loi mises à la disposition des tribunaux depuis fort longtemps. Il s'agirait, ni plus ni moins, d'une version modernisée du principe d'interprétation stricte des exceptions et du principe selon lequel la loi cesse de s'appliquer lorsque la ratio legis n'est plus respectée, le tout mâtiné d'une exigence de proportionnalité. Or, ces principes sont utilisés constamment par les magistrats en droit de la propriété littéraire et artistique* », *ibidem*.

⁷⁷⁶ T. MAILLARD, *op. cit.*, p. 376.

à des mesures techniques de protection limitant le bénéfice de l'exception à une copie unique, voire faisant obstacle à toute copie, dans les cas particuliers où une telle solution serait commandée par la nécessité d'assurer l'exploitation normale de l'œuvre ou par celle de prévenir un préjudice injustifié à leurs intérêts légitimes »⁷⁷⁷. Selon le Conseil, seule cette interprétation respecte le principe, posé par la directive, selon lequel l'exercice de chaque exception doit être conforme aux exigences du test en trois étapes⁷⁷⁸. Il en résulte qu'une exception peut être totalement paralysée par les titulaires des droits d'auteur, à l'aide des mesures techniques de protection dès lors que l'exercice de celle-ci porterait atteinte aux éléments constitutifs du test en trois étapes⁷⁷⁹. Ce dernier devient ainsi en France, outre sa fonction originaire de correctif *a posteriori*, un « instrument préventif des violations du monopole »⁷⁸⁰ justifiant le recours aux mesures techniques de protection.

286. Eu égard à ce qui précède, il est clair que loi DADVSI a dressé face au système de sauvegarde des exceptions privilégiées une véritable « forteresse juridique »⁷⁸¹. Les principaux remparts de celle-ci sont le caractère subsidiaire et la complexité de la procédure pouvant conduire à la sanction de l'usage abusif des mesures techniques de protection, ainsi que sa soumission totale au test en trois étapes. Vu la solidité dudit édifice, il n'est pas surprenant que l'ARMT pendant les deux années de son existence n'ait jamais fait usage de son pouvoir décisionnaire en matière de sauvegarde des exceptions.

Dans son rapport annuel couvrant la période du 24 avril 2007 au 31 octobre 2008, l'Autorité a constaté n'avoir rendu aucune décision relative à la sauvegarde des exceptions⁷⁸², faute de saisines. Parmi les motifs d'une telle inertie, elle énumère, sans que cela nous surprenne, les difficultés liées à l'application des textes et notamment la complexité du mécanisme de saisine et les risques financiers encourus par le demandeur en cas de rejet de sa demande⁷⁸³.

287. L'ARMT a suggéré des modifications législatives relatives à sa mission de sauvegarde des exceptions. En premier lieu, elle a proposé le renforcement de son rôle doctrinal par l'ouverture d'une possibilité de saisine pour avis, « sur toute question relative

⁷⁷⁷ Conseil constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Rec.* p. 88, précitée, considérant 37.

⁷⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁷⁹ E. TREPPOZ, « L'adaptation des exceptions du droit d'auteur au numérique : vers une recherche d'alignement », *CCE*, n° 7, juill. 2010, étude 14, spéc. n° 10.

⁷⁸⁰ T. AZZI, *loc. cit.*

⁷⁸¹ V.-L. BENABOU, « Patatras ! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juill. 2006 », obs. sous Conseil constit., 27 juil. 2006, n° 2006-540 DC, *Rec.* p. 88, *PI*, n° 20, juill. 2006, pp. 240-242, précitées, spéc. p. 242.

⁷⁸² Autorité de régulation des mesures techniques, rapport annuel 2008, p. 3.

⁷⁸³ *Ibidem.*

aux mesures techniques de protection et d'information, à l'exercice effectif des exceptions », et par la mise en place d'une obligation de consultation de l'Autorité « *sur tout projet de loi ou de décret intéressant le champ de la propriété littéraire et artistique ou de la société de l'information* »⁷⁸⁴.

Les recommandations formulées par l'ARMT ont résonné pendant les travaux sur la loi HADOPI⁷⁸⁵ et aboutirent à une certaine redéfinition du système français de sauvegarde des exceptions aux droits de l'auteur.

C. Vers la sauvegarde des exceptions privilégiées à l'aide des instruments du droit souple

288. En déléguant à l'HADOPI la mission de sauvegarde des exceptions contre les mesures techniques de protection, jusqu'ici réservée à l'ARMT, le législateur décide avant tout de renforcer son pouvoir consultatif en la matière **(1)**. Cette décision résolue se heurte à de nombreux obstacles tenant à l'architecture du droit d'auteur français, notamment en ce qu'elle marque une rupture avec l'origine législative de l'équilibre du droit d'auteur **(2)**.

1. Le renforcement du rôle doctrinal de l'Autorité administrative indépendante

289. Au-delà des modifications déjà signalées opérées par la loi Création et Internet, consistant à élargir la liste des exceptions privilégiées et à déléguer les missions jusqu'ici réservées à l'ARMT à l'HADOPI, les règles relatives au pouvoir quasi juridictionnel de cette dernière en matière de sauvegarde des exceptions ont échappé à la novélisation.

Ainsi, le législateur a décidé de préserver le double degré de subsidiarité de la procédure⁷⁸⁶. Sont également préservées, dans l'état du droit actuel, la possibilité de faire un recours contre la décision de l'HADOPI devant la Cour d'appel de Paris⁷⁸⁷ et la possibilité de mettre à la charge du demandeur les frais de procédure et d'expertise éventuels en cas de rejet de ses prétentions⁷⁸⁸. Enfin, toute décision de l'HADOPI dans le domaine

⁷⁸⁴ Autorité de régulation des mesures techniques, rapport annuel 2008, pp. 35-36.

⁷⁸⁵ V. not. : M. THIOLLIÈRE, Rapport fait au nom de la commission des Affaires culturelles sur le projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, n° 53, Sénat, session ordinaire de 2008-2009. Annexe au procès-verbal de la séance du 22 oct. 2008, p. 88-89.

⁷⁸⁶ Pour le premier degré de subsidiarité, v. : l'article L. 331-7 du CPI. Pour le second, l'article L. 331-35 du même code.

⁷⁸⁷ Article L. 331-35, al. 3 du CPI.

⁷⁸⁸ Article R. 331-75 du CPI.

de conciliation des exceptions privilégiées et des mesures techniques de protection doit toujours être conforme aux exigences du test en trois étapes⁷⁸⁹. Vu l'immobilisme du système, il n'est pas étonnant que jusqu'au moment où nous écrivons ces lignes, l'HADOPI n'ait toujours pas été saisie en vue de l'exercice de son pouvoir décisionnel⁷⁹⁰. Toutefois, il ne faut pas oublier que la loi Création et Internet a confié à la Haute Autorité une nouvelle mission consultative.

290. Dans l'esprit des recommandations présentées par son prédécesseur, l'HADOPI se trouve aujourd'hui dotée d'un nouveau pouvoir consultatif lui permettant d'être saisie, pour avis de toute question relative à la mise en œuvre effective d'une exception privilégiée⁷⁹¹

La décision de lui conférer le pouvoir d'émettre des avis se justifie par la nature juridique dudit organisme. Les administrations indépendantes sont avant tout les organismes consultatifs. Dans le cadre de l'exercice de leur « pouvoir d'influence »⁷⁹², justifié notamment par la particularité de leur organisation, les autorités administratives indépendantes sont souvent saisies pour avis. Le plus souvent, ces derniers prennent forme d'avis simples, ou d'avis obligatoires. À titre exceptionnel elles sont habilitées à émettre des avis conformes, porteurs d'un vrai pouvoir coercitif à l'égard de ses destinataires, équivalant à une véritable décision⁷⁹³.

Étant donné que le caractère conforme de l'avis est habituellement articulé *expressis verbis* par le texte de la loi⁷⁹⁴, les dispositions de l'art L. 331-36 du CPI ne suggèrent pas le caractère coercitif des avis de l'HADOPI en matière de sauvegarde des exceptions. Il est donc difficilement concevable de voir dans ce nouveau pouvoir consultatif un moyen de sanctionner directement la paralysie des exceptions privilégiées par les mesures techniques de protection, qui permettrait à leur bénéficiaire d'outrepasser la lourdeur de la procédure « ordinaire » de sauvegarde des exceptions.

⁷⁸⁹ Article R. 331-64 du CPI.

⁷⁹⁰ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd., LexisNexis, 2015, p. 337.

⁷⁹¹ Article L. 331-36, al. 2 du CPI.

⁷⁹² M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1991, p. 69.

⁷⁹³ F. GAZIER, Y. CANNAC, « Les autorités administratives indépendantes », *Études et documents du Conseil d'État*, n°35, 1983-1984, pp. 13-47, spéc. p. 22, M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1991, p. 71. Pour aller plus loin sur la question, v. not. : M. HERVIEU, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Dalloz, 2012, pp. 59-63.

⁷⁹⁴ La mission consistant à rendre des avis conformes a été confiée, par exemple, à la Commission des infractions fiscales dans le domaine des poursuites pénales en matière de fraude fiscale (article L. 228, al. 1^{er} du Code de procédure fiscale) et, historiquement, au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel en matière de nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France (article 47-4 de la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication [Loi Léotard], dans sa rédaction antérieure à la modification par la loi n° 2013-1028 du 15 nov. 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public).

291. Néanmoins, il ne faut pas oublier que là où les autorités administratives indépendantes ne rendent pas d'avis conformes et ne font pas usage de leur pouvoir décisionnel, un « pouvoir de sagesse » voire un certain « pouvoir normatif de fait »⁷⁹⁵ s'exerce sur les praticiens et indirectement sur le législateur et le juge⁷⁹⁶, à travers les avis non conformes et les recommandations. Les dernières années montrent que l'HADOPI n'hésite pas à faire usage de ce pouvoir en matière de sauvegarde des exceptions.

292. Ainsi, en 2012, la Haute Autorité a été saisie par la Bibliothèque Nationale de France pour avis en matière du conflit de certaines mesures de protection utilisées par les titulaires des droits et l'exception au profit des organismes de dépôt légal dont elle est bénéficiaire⁷⁹⁷. Dans son avis n° 2013-1 du 30 janvier 2013, la Haute Autorité a estimé qu'« *il serait préférable pour garantir les finalités du dépôt légal institué par la loi et permettre la constitution des archives de l'avenir, que les documents numériques conservés par la Bibliothèque nationale de France ne comportent pas de mesures techniques de protection* »⁷⁹⁸.

293. En outre, en 2014, l'HADOPI a pu se prononcer sur la question de protection de l'exception pour copie privée contre les restrictions de copiage pratiquées par certains fournisseurs d'accès à Internet. La saisine concernait le fait que l'enregistrement de certains programmes télévisés n'était possible qu'à l'aide du matériel fourni par ceux-ci, et que les copies ainsi réalisées étaient soumises à des restrictions d'usage limitant l'interopérabilité et la conservation des fichiers, de sorte qu'en cas de changement de fournisseur ou bien du matériel d'enregistrement, ils devenaient illisibles⁷⁹⁹. Dans son avis n° 2014-1 du 11 septembre 2014, la Haute Autorité invita « *les opérateurs de télévision par ADSL ou satellite à proposer aux téléspectateurs, dans un délai raisonnable, une faculté de copie*

⁷⁹⁵ M. HERVIEU, *op. cit.*, p. 366.

⁷⁹⁶ A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, 2009, pp. 59-74, spéc. p. 61, F. GAZIER, Y. CANNAC, « Les autorités administratives indépendantes », *Études et documents du Conseil d'État*, n° 35, 1983-1984, pp. 13-47, spéc. p. 13.

⁷⁹⁷ Consultation de l'HADOPI par la Bibliothèque Nationale de France, disponible sur <http://www.hadopi.fr/actualites/actualites/avis-de-l-hadopi-suite-la-saisine-de-la-bnf>. En saisissant la Haute Autorité, la BNF a notamment signalé que la présence des mesures techniques, qui protègent certains documents sous format numérique, empêche ou limite le nombre des copies qui peuvent être effectuées en vue d'assurer leur conservation et leur consultation dans les conditions prévues par la loi. Cela pose des difficultés considérables du point de vue de l'accomplissement des missions légales de la Bibliothèque Nationale, et apparaît, aux yeux de cette dernière, comme une entrave à l'exercice effectif de l'exception pour dépôt légal.

⁷⁹⁸ HADOPI, avis n° 2013-1, relatif à l'exception de dépôt légal, disponible sur <http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/AvisBnFs.pdf>.

⁷⁹⁹ HADOPI, avis n° 2014-1, relatif à l'exception de copie privée des programmes télévisés, disponible sur <http://www.hadopi.fr/sites/default/files/20140911-Avisexception-copiepriveedesprogrammes.pdf>, points 10-11.

privée des programmes télévisés qui leur permette de réaliser des copies durablement conservables et disposant d'une interopérabilité suffisante pour l'usage privé du copiste »⁸⁰⁰.

2. La rupture avec l'origine législative de l'équilibre du droit d'auteur ?

294. À première vue, la décision du législateur de réguler les exceptions à l'aide des instruments du droit souple produit par l'HADOPI apparaît comme une décision en conformité avec la tradition française du droit d'auteur. Pour s'en convaincre, il suffit de comparer la solution française avec celle adoptée par le législateur belge, qui a décidé de déléguer la mission de conciliation des exceptions aux droits de l'auteur avec les mesures techniques de protection au juge judiciaire **(a)**. Ceci étant, l'intrusion d'un « troisième acteur » dans l'équilibre du droit d'auteur français demeure difficilement explicable dans le paradigme traditionnel **(b)**.

a. Les avantages par rapport au modèle belge

295. Plusieurs enseignements découlent de ces premiers avis rendus par la Haute Autorité en matière de sauvegarde des exceptions. En premier lieu, à titre liminaire, il convient de noter qu'il dissipe le climat de résignation qui se faisait ressentir dans la littérature sur le sujet.

Une partie de la doctrine suggère que la question de la conciliation des exceptions avec les mesures techniques de protection est un sujet dépassé et cela en raison de la renonciation progressive des titulaires à ce type de protection⁸⁰¹. L'activité récente de l'HADOPI en la matière montre cependant que la discussion est loin d'être privée d'objet. En outre, au moins en ce qui concerne les interrogations de la BNF, il semble que le débat dépasse aujourd'hui son socle traditionnel qui était le piratage numérique, pour dévoiler des

⁸⁰⁰ Outre l'usage de son pouvoir consultatif en matière de sauvegarde des exceptions, l'HADOPI a rendu un avis en matière d'interopérabilité des mesures techniques de protection. V. : avis n° 2013-2 rendu sur la saisine de l'association VideoLAN, disponible sur http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Avis_videoLAN.pdf.

⁸⁰¹ Dans ce sens, not. : C. CARON, note sous Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, *Bull.* I, n° 177, *CCE*, n° 9, sept. 2008, comm. 102, précitée, qui écrivait, déjà en 2008, qu'« *on ne parle plus beaucoup des mesures techniques de protection, dont l'abandon est même parfois évoqué. (...) Or, de nos jours, les polémiques, si elles existent bel et bien (car le droit d'auteur ne peut pas se passer de passions excessives et violentes qui donnent l'impression que, de telle qualification juridique, dépend l'avenir de l'humanité...), force est de constater qu'elles ont délaissé les mesures techniques (...)* ».

enjeux d'intérêt général. Il se peut que la question de la préservation du patrimoine culturel de la nation soit désormais en jeu.

296. Outre le rafraîchissement du débat sur la sauvegarde des exceptions, l'émergence de ce pouvoir consultatif de l'HADOPI peut avoir des conséquences paradigmatiques importantes. Pour s'en convaincre, notons d'abord qu'à première vue, la délégation de la mission de conciliation des exceptions avec les mesures techniques de protection à une autorité administrative indépendante s'inscrit bien dans la tradition du droit d'auteur français en ce qu'elle marginalise le rôle du juge. La délégation au magistrat de cette tâche délicate a été envisagée lors de l'élaboration de la loi DADVSI⁸⁰². Elle se heurte pourtant à de sérieux obstacles tenant à l'architecture du droit d'auteur français. L'intervention du juge en la matière aurait pu conduire à la redéfinition de la nature des exceptions françaises, et plus précisément leur assimilation aux droits subjectifs.

Ce rapprochement est observable sur l'exemple du droit belge, qui n'a pas hésité à prévoir une action spécifique ouverte aux bénéficiaires des exceptions. Ces derniers peuvent l'intenter devant le président du tribunal de première instance, afin d'obtenir une injonction faite aux titulaires des droits recourant aux mesures techniques de protection incompatibles avec certaines exceptions de prendre les mesures nécessaires pour permettre l'exercice de celles-ci⁸⁰³. La doctrine remarque que ce système est un signe de dépassement de la logique purement protectrice des exceptions, facilement dissociables des droits subjectifs⁸⁰⁴.

Certes, l'exemple belge peut apparaître comme une interprétation extrême de la notion de « mesures appropriées » à l'aide desquelles les États membres doivent apaiser le conflit entre les mesures techniques de protection et les exceptions aux droits de l'auteur.

⁸⁰² V., sur ce point, CSPLA, Compte-rendu de la séance plénière du 5 déc. 2002, disponible sur <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Seances-plenieres/Seances-plenieres-du-CSPLA-2001-2002>, p. 23. Une telle solution n'aurait point contredit les dispositions de la directive 2001/29/CE, dans la mesure où celle-ci ne précise pas la forme de l'intervention étatique exigée en vue de la protection des exceptions privilégiées se contentant d'évoquer des « mesures appropriées ». Dans ce sens, A. JABER, *Les infractions commises sur l'internet*, L'Harmattan, 2009, p. 172. Toutefois, comme le souligne G. Vercken, du fait de la crainte d'une jurisprudence chaotique, l'idée a été abandonnée. Les premières versions du projet de la loi de transposition envisageaient la mise en place d'un système de conciliation bâti autour d'un collège des médiateurs. Le même auteur souligne, à juste titre, l'incompatibilité de cette dernière solution avec les principes fondamentaux du droit d'auteur français. En effet, son adoption aurait abouti à consacrer « une égalité entre la légitimité des intérêts des titulaires et des bénéficiaires des exceptions », G. VERCKEN, « Mesures techniques et copie privée : round 1 ? », *Légipresse*, n°198, 2003, I, pp. 17-18, spéc. p. 18.

⁸⁰³ Article XI. 336 du Code de droit économique belge.

⁸⁰⁴ V., sur ce point : S. DUSOLLIER, « Les nouvelles dispositions belges en matière de protection technique des œuvres », *Auteurs & Médias*, 2005, pp. 532-549, spéc. p. 545 : « C'est la première fois qu'en droit d'auteur, une action, qui se rapproche fort d'une action en cessation, est octroyée aux utilisateurs d'œuvres. L'existence de cette sanction judiciaire des exceptions devrait également avoir pour conséquence de rendre les exceptions concernées plus proche des véritables droits subjectifs (...) ».

Déléguer cette tâche au juge judiciaire n'implique pas forcément la création d'une action spécifique mettant en relief le contenu positif des exceptions. Pourtant, il ne faut pas oublier que les magistrats français n'ont pas hésité avant l'entrée en vigueur de la loi DADVSI à assimiler la copie privée à un droit subjectif, même en l'absence sur le plan législatif de toute action garantissant la sauvegarde des exceptions⁸⁰⁵.

297. Dans cette optique, au lieu de risquer de nouveaux errements jurisprudentiels remettant en cause le déséquilibre harmonieux du droit d'auteur, le législateur français, traditionnellement méfiant à l'égard du juge, a décidé de confier cette tâche de conciliation à une autorité administrative indépendante, tout en réduisant au minimum pouvoir décisionnel de celle-ci. La doctrine souligne également que le législateur a ainsi voulu éviter d'accabler les tribunaux par le contentieux excessif qui aurait pu naître dans ce domaine particulièrement sensible⁸⁰⁶.

Ladite décision ne saurait évidemment échapper aux critiques dirigées contre la prolifération des autorités administratives indépendantes dans le paysage institutionnel français⁸⁰⁷. Cela étant, la souplesse organisationnelle et le professionnalisme caractérisant ce type d'institutions semblent, *a priori*, pouvoir assurer la pérennité de la régulation et la cohérence de la politique adoptée en matière de sauvegarde des exceptions⁸⁰⁸.

De plus, le choix d'une autorité administrative indépendante en tant que régulatrice des mesures techniques de protection présente des avantages considérables par rapport au modèle belge, en ce que la régulation effectuée par la « magistrature des sages » rayonne

⁸⁰⁵ *Supra*, n° 268.

⁸⁰⁶ T. MAILLARD, *op. cit.*, p. 365.

⁸⁰⁷ V. not. : les réserves exprimées par P. Gérald, selon lequel la multiplication des autorités administratives indépendantes est « susceptible d'apparaître comme une remise en cause des structures traditionnelles de l'État et de favoriser la défiance des citoyens à l'égard de ces dernières ». Tout en saluant le rôle des autorités administratives indépendantes consistant à « assurer de façon indépendante certaines missions de service public », il remarque une « contradiction fondamentale » au niveau de leur nature institutionnelle. Ainsi, lesdites autorités exercent une autorité administrative sans être soumises au contrôle hiérarchique du gouvernement, P. GERALD, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Tome I, n°404, Sénat, session ordinaire de 2005-2006, annexe au procès-verbal de la séance du 15 juin 2006, p. 8. Cette absence du contrôle administratif fait l'originalité des autorités administratives indépendantes par rapport aux autres autorités administratives, soumises en principe au pouvoir hiérarchique ou au contrôle de tutelle. La multiplication de ce type d'institution favorise le transfert du pouvoir vers les « sages ». Une telle « aristocratisation » du paysage institutionnel peut induire un sentiment d'impuissance de l'administration traditionnelle face aux nouveaux défis, impliquant souvent le jeu des libertés fondamentales, P. SERRAND, *Manuel d'institutions administratives françaises*, PUF, 2015, pp. 293-307. Pour aller plus loin, sur l'essai de systématisation des autorités administratives indépendantes, l'hétérogénéité de leurs missions et modèles d'organisation, v. not. : C. DEBBASCH, F. COLIN, *Administration publique*, Economica, 2005, pp. 951-953.

⁸⁰⁸ T. MAILLARD, *loc. cit.*

au-delà des limites du pouvoir du magistrat, enfermé dans l'aspect contentieux des relations sociales⁸⁰⁹. La force du droit souple édicté par l'HADOPI se fait ressentir *erga omnes*.

Dans cette optique, la dévolution de la mission de sauvegarde des exceptions à l'HADOPI apparaît non seulement comme un reflet de la méfiance traditionnelle du législateur à l'égard du juge, mais aussi comme une conséquence naturelle de la prise de conscience de l'utilité des autorités administratives indépendantes⁸¹⁰. Ces dernières sont souvent présentées comme des éléments du paysage institutionnel français, capables d'édicter des solutions « acceptées » par le corps social⁸¹¹, et participant activement à une régulation prenant la forme d'une recherche de l'équilibre dans les secteurs sensibles⁸¹².

Toutefois, sans vouloir remettre en question ces nombreux éloges formulés à l'égard des autorités administratives indépendantes, la dévolution à une institution de ce type de la mission de sauvegarde des exceptions paraît, d'un certain point de vue, plus attentatoire aux principes fondamentaux du droit d'auteur français que l'exercice de la même tâche par le juge judiciaire.

⁸⁰⁹ Suppléer la carence de l'initiative privée dans le domaine de conciliation des mesures techniques de protection avec les exceptions aux droits d'auteur en s'adressant à la sagesse du juge « envisage de résoudre le problème par rapport à un utilisateur singulier », S. DUSOLLIER, L. BODSON, A. CRUQUINAIRE, F. DE PATOUL, « La transposition de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information : le législateur belge à la croisée des chemins », *Intellectuele Rechten - Droits Intellectuels*, n° 1, 2002, pp. 46-63 spéc. p. 58. Selon les mêmes auteurs, « que ce soit par le biais du recours en justice ou de la médiation, seul l'utilisateur qui se sera plaint de l'entrave à l'exercice d'une exception bénéficiera d'une solution ». Dans le même sens, par rapport aux limites du pouvoir du juge en la matière et l'impossibilité pour lui de dégager une « ligne générale » permettant aux acteurs du marché d'anticiper leurs actions, G. VERCKEN, « Mesures techniques et copie privée : round 1 ? », *Légipresse*, n° 198, 2003, I, pp. 17-18, spéc. p. 18.

⁸¹⁰ Le Conseil d'État avance trois justifications de la création des autorités administratives indépendantes : « offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État ; permettre une participation élargie de personnes d'origines et de compétences diverses ; et notamment de professionnels, à la régulation d'un domaine d'activité ou au traitement d'un problème sensible ; assurer l'efficacité de l'intervention de l'État en termes de rapidité, d'adaptation à l'évolution des besoins et des marchés et de continuité dans l'action », Conseil d'État, Rapport public 2001, jurisprudence et avis de 2000, Les autorités administratives indépendantes, *Études et documents du Conseil d'État*, n° 52, p. 275.

⁸¹¹ A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, 2009, pp. 59-74, spéc. p. 62.

⁸¹² Le « maintien de l'équilibre » permettant d'assurer « le bon fonctionnement » d'un système complexe sont les éléments formant la définition courante de la « régulation » selon *Le Petit Robert*, 2014, p. 2170. M.-A. Frison-Roche définit la régulation comme « l'organisation, le maintien et la pérennité d'un équilibre dans un ensemble », M. FRISON-ROCHE, Introduction à la troisième partie intitulée « La redécouverte des "piliers du droit" : le contrat et la responsabilité », in J. CLAM, G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 279-292, spéc. p. 279. Certains auteurs définissent la régulation, purement et simplement comme « la mission des autorités administratives indépendantes », R. RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation, Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L'Harmattan, 2012, p. 25, comme « le profil général de l'action des AAI », M. J. GUEDON, *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 1991, p. 88 ou bien comme « l'ensemble des normes unilatérales "molles", c'est-à-dire formellement non impératives et/ou non sanctionnées, mais ayant vocation à être suivies », M. COLLET, « Valeur(s) de la régulation », in M. DEGUERGUE, L. FONBAUSTIER, *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, pp. 241-253, spéc. p. 247.

b. Les inconvénients en vue de l'idée de l'équilibre préétabli

298. La doctrine contemporaine s'accorde sur le fait que les avis et les recommandations des autorités administratives indépendantes sont, en l'absence de prédétermination de leur valeur juridique par le législateur⁸¹³, des « actes atypiques »⁸¹⁴ relevant du droit proposé, « souple », indicatif et programmatore⁸¹⁵.

Ces actes complètent l'éventail, allant de pouvoirs juridiques traditionnels à des actions plus souples, des pouvoirs des autorités administratives indépendantes⁸¹⁶. Ces « actions souples » correspondent au principal objectif de la création de ce type d'organismes, à savoir la volonté d'éviter une intervention directe de l'État dans des secteurs particulièrement sensibles⁸¹⁷, leur régulation rapide et efficace par des moyens diversifiés⁸¹⁸.

Il est de l'essence même des autorités administratives indépendantes de rechercher, par la voie de la conciliation et de la persuasion, des solutions équitables visant à compenser les insuffisances du droit dur⁸¹⁹. Dans le cadre de cette mission, la notion d'équité joue un rôle primordial⁸²⁰. La pratique montre que malgré son caractère non contraignant, le droit proposé énoncé par les autorités administratives indépendantes s'avère particulièrement « performant »⁸²¹.

299. Tout en échappant au contrôle du juge administratif⁸²², ce droit souple est doté d'un pouvoir d'influence non négligeable, d'une « force normative », comme certains auteurs

⁸¹³ B. LAVERGNE, « La densification normative des recommandations des autorités administratives indépendantes », in C. THIGIERGE, *La densification normative, Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013, pp. 239-251, spéc pp. 239-240.

⁸¹⁴ *Ibidem*.

⁸¹⁵ M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités indépendantes*, LGDJ, 2003, pp. 20-21. Dans le même sens, A.-S. BARTHEZ, *op. cit.*, pp. 60-61, M. HERVIEU, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Dalloz, 2012, p. 361, N. DECOOPMAN, « À propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation », in J. CLAM, G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 249-257, spéc. pp. 251-252.

⁸¹⁶ M.-J. GUEDON, *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 1991, p. 99.

⁸¹⁷ N. DECOOPMAN, *op. cit.*, p. 249.

⁸¹⁸ C. DEBBASCH, F. COLIN, *Administration publique*, Economica, 2005, p. 951, J.-L. AUTIN, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *Revue du droit public et de la science politique*, 1988, II, pp. 1213-1227, spéc. p. 1220.

⁸¹⁹ Dans ce sens, F. DREYFUS, F. D'ARCY, *Les institutions politiques et administratives de la France*, Economica, 1993, p. 268, H. MAISL, « Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ? », in C.-A. COLLIARD, G. TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, pp. 75-89, spéc. 76.

⁸²⁰ J.-L. AUTIN, *op. cit.*, p. 1223.

⁸²¹ Selon le vocabulaire d'A.-S. BARTHEZ, *op. cit.*, p. 62.

⁸²² Selon P.-A. Jeanneney, « ces recommandations peuvent, si le régulateur fait preuve de suffisamment d'habileté (...), bénéficier d'une certaine immunité contentieuse si aucun juge n'est saisi ou s'il admet, au vu de leur formulation, qu'elles n'ont pas de valeur réglementaire », P.-A. JEANNENEY, « Le régulateur producteur

appellent une « force de référence » de la norme, du pouvoir de « *servir de modèle pour réguler les conduites et les pratiques, mais aussi pour transformer le droit*⁸²³, au sens de droit positif ou de pensée juridique »⁸²⁴, dans la mesure où il est souvent suivi par ses destinataires⁸²⁵. Les instances qui l'émettent exercent ainsi « *une véritable autorité, confortée par la stature morale de leurs membres et par la publicité de leurs rapports* »⁸²⁶.

300. Vu l'architecture de l'équilibre préétabli du droit d'auteur construit par le législateur, la régulation des exceptions aux droits de l'auteur par le biais de règles du droit souple édictées par une autorité administrative indépendante soulève la question de légitimité de l'intervention de cette dernière. Cette réponse du droit français au conflit entre les exceptions aux droits de l'auteur et les mesures techniques de protection, loin de l'avoir résolu, fait participer au processus de définition de l'équilibre du droit d'auteur un nouvel acteur, étranger à la régulation traditionnelle à travers le dialogue entre le législateur et le juge.

Dans cette optique, ce qui est inexplicable dans le cadre de la conception française du droit d'auteur n'est pas le contenu du droit souple édicté par l'HADOPI. Cette dernière se montre d'ailleurs, pour l'instant, hostile à l'égard des mesures techniques de protection paralysant l'exercice des exceptions prévues par le législateur. La véritable anomalie réside dans le fait de lui confier cette tâche de régulation.

Ce nouvel acteur de l'équilibre du droit d'auteur français est compté parmi les institutions « *auréolées de compétence, d'impartialité, de réactivité, d'adaptabilité et d'indépendance* »⁸²⁷. Loin d'être un serviteur du législateur, ce nouvel organisme est son interlocuteur actif, qui réfléchit, propose et met en œuvre « *une méthode moderne qui met sur*

de droit », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, pp. 44-51, spéc. p. 48.

⁸²³ Le succès que connaît aujourd'hui le droit souple remet en question la conception traditionnelle de la juridicité. En effet, comme le remarque M. Collet, « *malgré les efforts formidables déployés depuis des siècles pour distinguer des normes juridiques des autres normes qui guident les comportements humains (...), la frontière entre ces deux mondes apparaît toujours plus difficile à fixer. D'une part, les normes produites par les acteurs les plus "officiels" du droit empruntent des formes de moins en moins impératives et de moins en moins prescriptives (...). D'autre part, des acteurs dont le rattachement au club des producteurs de droit officiels est parfois assez tenu proposent des modèles de comportement très comparables à ceux élaborés par les producteurs traditionnels, et venant effectivement "normer" les comportements en complément des réquisits de la loi, des règlements et des décisions de justice* », M. COLLET, « Valeur(s) de la régulation », *op. cit.*, p. 242.

⁸²⁴ C. THIBIERGE, « Synthèse, La force normative », in C. THIBIERGE, *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, pp. 741-811, spéc. p. 757.

⁸²⁵ P. GERALD, Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome I, n° 404, Sénat, session ordinaire de 2005-2006, annexe au procès-verbal de la séance du 15 juin 2006, p. 34.

⁸²⁶ *Ibidem*.

⁸²⁷ A.-S. BARTHEZ, *loc. cit.*

la table les enjeux et ouvre le débat à tous ceux qui veulent bien l'enrichir de leurs compétences, de leur expérience, de leurs convictions »⁸²⁸.

Le domaine jadis réservé à la sagesse du juge, ensuite devenu sanctuaire du pouvoir législatif, accueille aujourd'hui une institution inhabituelle et des mécanismes régulateurs atypiques, potentiellement dotés d'un grand pouvoir d'influence sur la pratique de la mise en œuvre du déséquilibre harmonieux du droit d'auteur et indirectement sur le législateur. Les choix du législateur en matière des exceptions, jusqu'ici arbitraires, risquent de devenir des décisions collectives et surtout - des décisions trop motivées par les règles souples édictées par l'HADOPI.

301. C'est peut-être sur ce dernier point que la participation du « troisième pouvoir », ni législatif ni judiciaire, au débat autour de l'équilibre du droit d'auteur contredit la tradition du droit d'auteur français de manière la plus évidente. La forme qu'ont prise les exceptions françaises est le fruit de l'arbitrage législatif entre les valeurs opposant la vision personnaliste à la conception sociale de celui-ci. Elle est la manifestation de choix culturels propres à l'État français⁸²⁹. Si une décision émanant du Parlement n'est pas totalement discrétionnaire⁸³⁰, sa nature est « politique » et arbitraire dans la mesure où, tout en se situant obligatoirement dans le cadre du rapport de constitutionnalité, elle « *établit elle-même ses priorités, selon les cas et les dessins* »⁸³¹. Au-delà des contraintes inhérentes à sa soumission aux normes supérieures, le législateur reste le seul juge de l'opportunité de légiférer dans un domaine donné et surtout, s'agissant du choix du contenu de la loi, il « *apprécie librement comment régir telle situation, sous réserve de ne pas contredire une norme supérieure ou de ne pas commettre d'erreur de droit* »⁸³².

Comme le remarque un auteur, rares sont les constitutions qui prévoient le principe général d'interdiction de l'arbitraire applicable au législateur⁸³³. Ceci étant, la force de persuasion du droit souple édicté par les autorités administratives indépendantes, engendre

⁸²⁸ M. THIOLLIÈRE, « Pourquoi HADOPI ? », in J.-M. BRUGUIÈRE, *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz, 2011, pp. 95-100, spéc. p. 99.

⁸²⁹ V.-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, n° 192, avr. 2002, pp. 3-109, spéc. p. 79.

⁸³⁰ Dans la mesure, notamment, où elle est soumise à des normes supérieures et leur interprétation opérée par le juge constitutionnel. V., sur ce point, not. : A. BOCKEL, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in G. CONAC, H. MAISL, J. VAUDIAUX, *Itinéraires, Études en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, pp. 43-59, L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », in M. WALINE, *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Éditions Cujas, 1977, pp. 33-48.

⁸³¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'hypothèse de l'interrégulation », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Les risques de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2005, pp. 69-80, spéc. p. 73.

⁸³² A. BOCKEL, *op. cit.*, p. 56.

⁸³³ L. ECK, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, L'Harmattan, 2010, p. 404.

une sorte de transformation du pouvoir législatif en un pouvoir lié. En conséquence, l'équilibre préétabli du droit d'auteur français risque de perdre une partie de la « mysticité » inhérente à la tradition de celui-ci, si les décisions législatives jusqu'ici motivées par les croyances entourant la vision personnaliste du droit d'auteur deviennent subordonnées, sinon *de jure* au moins *de facto*, aux règles édictées par l'HADOPI, imprégnées de pragmatisme.

302. En outre, en élargissant les compétences consultatives de l'HADOPI en matière de régulation des exceptions aux droits de l'auteur, le législateur français a encouru le risque inhérent à une telle opération, qui s'était déjà manifesté dans d'autres domaines d'intervention des autorités administratives indépendantes, et qui consiste en un développement de leur « *propre "jurisprudence", (...) en marge des dispositions législatives* »⁸³⁴.

Ainsi, en se méfiant du juge du droit d'auteur, le législateur français a fait un choix de sagesse en confiant la mission de régulation des mesures techniques de protection à une autorité administrative indépendante. Toutefois, s'il a encadré au maximum son pouvoir décisionnel, jusqu'à le rendre illusoire, il semble avoir ouvert une brèche dans l'édifice de l'équilibre préétabli du droit d'auteur en étendant son pouvoir consultatif.

Section 2. La force obligatoire des exceptions et le phénomène de contractualisation

303. À l'ère numérique, outre la redéfinition de l'équilibre du droit d'auteur par la volonté unilatérale des titulaires des droits de recourir aux mesures techniques de protection, le paradigme d'équilibre préétabli doit faire face à un nouveau phénomène émergent consistant à remodeler les contours des exceptions par voie conventionnelle.

Dans la mesure où le contrat portant sur les modalités d'exercice des prérogatives couvertes par une exception est en réalité un moyen définissant le régime juridique du droit

⁸³⁴ M. COLLET, « La réforme de la CNIL ou les ruses de l'État "post-moderne" », in *Annales de la régulation*, vol. 1, LGDJ, 2006, pp. 127-150, spéc. p. 131. L'on peut se convaincre de la réalité de ce procédé consistant, purement et simplement, à l'usurpation, par une autorité administrative indépendante du pouvoir réglementaire, sous couvert de l'exercice du pouvoir consultatif en rappelant, par exemple, l'arrêt du Conseil d'État (3 juill. 2000, *Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et autres c/CSA, Lebon*, p. 289, *Légipresse*, n° 174, 2000, III, p. 132, note B. DELCROS, *CCE*, n° 12, déc. 2000, comm. 133, obs. G. DECOQC) annulant un communiqué du Conseil supérieur de l'audiovisuel (n° 414 du 22 févr. 2000, *Légipresse*, n° 170, II, 2000, p. 40, obs. B. DELCROS), par lequel ce dernier a autorisé la publicité télévisée pour des sites Internet contribuant à la promotion des entreprises opérant dans les secteurs frappés de l'interdiction de la publicité télévisuelle, énumérés par l'art 8 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992. Pour le Conseil d'État, en décidant ainsi, « *le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne s'est pas borné à interpréter les dispositions du décret, mais a fixé une règle juridique nouvelle* », et cela en l'absence de tout texte législatif reconnaissant sa compétence pour édicter une telle règle.

d'auteur⁸³⁵, l'idée de l'équilibre préétabli du droit d'auteur voudrait que tout aménagement contractuel des exceptions soit impossible. Comme le remarque C. Caron, si l'on met les exceptions à l'abri de la volonté contractuelle, « *la sécurité juridique y gagne car il est évident que les utilisateurs doivent savoir, à l'avance, si tel acte peut ou non être couvert par une exception. Et, surtout, il ne faut pas oublier que le droit d'auteur est le résultat d'un subtil équilibre dont les exceptions au monopole sont l'un des piliers emblématiques* »⁸³⁶.

304. La révolution numérique favorise cependant l'essor d'un nouveau modèle économique de gestion directe des contenus culturels au plus près de leurs utilisateurs⁸³⁷. Ainsi, munis des mesures techniques de protection « *les producteurs de films, de musique, de textes ne vendront plus d'exemplaires, mais autoriseront seulement les consommateurs à les voir, les écouter, les lire, à en user suivant des modalités fixées contractuellement* »⁸³⁸.

305. Confrontée au phénomène émergent de contractualisation des exceptions aux droits de l'auteur, la doctrine contemporaine pose une question fondamentale quant à la nature impérative ou supplétive des exceptions aux droits de l'auteur. Pour prendre position dans ce débat, la plupart des auteurs adoptent une approche consistant à déduire la nature de l'exception à partir de la construction de celle-ci. Hormis certains cas dans lesquels la question a été tranchée par les textes, cette méthode déductive s'avère pourtant inutile. En droit positif, elle ne peut conduire qu'à une impasse exégétique particulièrement regrettable **(I)**. Son abandon au profit d'une approche inductive s'impose et donne des résultats inexpliqués dans le cadre de la tradition française du droit d'auteur **(II)**.

I. La contractualisation des exceptions - l'inutilité de l'approche déductive

306. Pour déterminer la nature impérative ou supplétive des exceptions aux droits de l'auteur, certains auteurs opèrent une déduction à partir de leur aspect objectif **(A)**, tandis que d'autres se focalisent plutôt sur la nature des prérogatives qu'elles confèrent aux utilisateurs **(B)**. Les deux méthodes ne donnent pas de résultats satisfaisants.

⁸³⁵ J.-S. BERGE, « Remarques conclusives : quelle contractualisation pour quelle propriété intellectuelle ? », in J.-M. BRUGUIERE, *Les contrats de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2013, pp. 129-132, spéc. p. 130.

⁸³⁶ C. CARON, « L'interopérabilité au service de la libre concurrence », *CCE*, n° 1, janv. 2012, com. 2.

⁸³⁷ C. ALLEAUME, « La contractualisation des exceptions, La situation en France », *PI*, n° 25, oct. 2007, pp. 436-442, spéc. p. 436.

⁸³⁸ L. PFISTER, « Mort ou transfiguration du droit d'auteur ? Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », *Bulletin des Bibliothèques de France*, n° 5, Tome LI, n°5, 2006, pp. 5-13, spéc. p. 12.

A. La déduction à partir de l'aspect objectif de l'exception

307. Pour savoir, si telle ou telle exception aux droits de l'auteur est une règle impérative ou bien supplétive, il est possible de s'appuyer sur son aspect objectif et de l'analyser à l'aide des méthodes d'interprétation logique (1), ainsi que linguistique (2).

1. L'impasse de l'analyse logique

308. En ce qui concerne certaines des exceptions connues du droit d'auteur français, le législateur a expressément affirmé leur caractère impératif. Selon toute logique, celles non assorties de cette précision devraient être considérées comme supplétives (a). Aussi séduisante qu'elle puisse paraître, cette argumentation n'est pas défendable en raison de la présence des exceptions dont la supplétivité a été reconnue *expressis verbis* (b).

a. La supplétivité *a contrario* des exceptions à statut incertain

309. Il se peut que le législateur, en prévoyant une règle de droit, lui confère une valeur supplétive ou impérative par le recours aux expressions fermes et non équivoques, tantôt ouvrant aux sujets intéressés la possibilité de l'écart de la norme⁸³⁹, tantôt en articulant, *expressis verbis*, son caractère « d'ordre public »⁸⁴⁰. Pourtant, la loi reste souvent muette sur ce point. L'article 122-5 du CPI, constituant le cœur du système français d'exceptions aux droits de l'auteur, se contente d'annoncer la formule neutre suivante : « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire (...)* ».

310. Cela étant, le droit d'auteur français connaît des exceptions dont le caractère impératif a été expressément articulé dans le texte de la loi. Il en est ainsi des exceptions pour la copie de sauvegarde d'un logiciel, pour l'observation, l'étude et le test du fonctionnement d'un logiciel et pour la reproduction du code du logiciel à des fins d'interopérabilité

⁸³⁹ Par exemple, l'article 1651 du Code civil : « *S'il n'a rien été réglé à cet égard lors de la vente, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance* », l'article 1943 du Code civil : « *Si le contrat ne désigne point le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt* ». Les formules indiquant, de manière expresse, la supplétivité de la règle sont diverses et les exemples de leur utilisation multiples. Pour aller plus loin, v. : C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, pp. 15-16.

⁸⁴⁰ Par exemple, l'article 1388 du Code civil : « *Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle* », ou bien article 16-9 du même Code, déclarant, par rapport aux dispositions du chapitre II, Livre 1^{er} du Code civil relatif au respect du corps humain que « *les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public* ».

(exception pour décompilation), prévues respectivement par les II, III et IV de l'article L. 122-6-1 du CPI dont le caractère d'ordre public a été affirmé dans le V du même article par les termes suivants : « *Toute stipulation contraire aux dispositions prévues aux II, III et IV du présent article est nulle et non avenue* »⁸⁴¹. Doit-on admettre que les autres exceptions et surtout celles de l'article L. 122-5 du CPI sont supplétives ? Certains auteurs semblent suivre cette voie, en soulignant, très logiquement, que le rejet de ce raisonnement *a contrario* conduirait à la négation du sens des précisions dont sont assorties les exceptions impératives précitées⁸⁴².

311. D'autres répondent que les exceptions impératives du domaine du droit d'auteur spécial des logiciels et celles de l'art L. 122-5 du CPI ne sauraient être interprétées les unes à la lumière des autres, et cela du fait de la différence des époques et des contextes de leur adoption⁸⁴³. On ajoute également, que l'art L.122-6-1 du CPI dans son V, affirmant le caractère impératif des exceptions prévues dans ses II, III et IV, reprend les dispositions de l'art 9,1° de la directive du 14 mai 1991⁸⁴⁴, selon lequel « *Toute disposition contractuelle contraire à l'article 6 (décompilation) ou aux exceptions prévues à l'article 5 paragraphes 2 (copie de sauvegarde) et 3 (observation, étude, test) sera nulle et non avenue* »⁸⁴⁵. Le fait que la majorité des exceptions visées dans l'article L. 122-5 corresponde en revanche « *à des dispositions européennes muettes sur le caractère impératif ou non des exceptions en cause* »⁸⁴⁶ indique qu'en réalité le législateur n'a pas pris parti dans le débat sur la nature de ces exceptions⁸⁴⁷.

312. Ces arguments visant à combattre la supplétivité déduite *a contrario* de l'impérativité des exceptions de l'article L. 122-6-1, II, III et IV du CPI n'emportent pas la conviction. En premier lieu, souligner la différence des périodes et des contextes d'adoption des articles L. 122-5 et L. 122-6-1 du CPI sous-entend une vision simpliste du processus de création des exceptions du droit d'auteur français. En présence des exceptions récentes issues de la loi DADVSI, nous ne pouvons pas nous faire séduire par un raisonnement

⁸⁴¹ V. également, en matière du droit *sui generis* du producteur de la base de données : l'exception pour l'extraction ou la réutilisation d'une partie non substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base des données, par la personne qui y a licitement accès prévue par l'art 342-3, al. 1^{er}, 1° du CPI et pour laquelle le même article dispose, dans son alinéa 4, que « *toute clause contraire au 1 ci-dessus est nulle* ».

⁸⁴² V. not. : C. ALLEAUME, *op. cit.*, p. 438.

⁸⁴³ J. PASSA, « Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013, pp. 13-17, spéc. p. 15.

⁸⁴⁴ Directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

⁸⁴⁵ Nous précisons.

⁸⁴⁶ J. PASSA, *loc. cit.*

⁸⁴⁷ *Ibidem*.

assimilant le bloc des règles dudit article aux «vieilles exceptions» issues de la loi du 11 mars 1957, par opposition aux exceptions «nouvelles» mises en place lors de la transposition des directives sur les logiciels et les bases des données.

En outre, le refus de la possibilité d'interprétation des dispositions d'une même loi les unes à la lumière des autres va à l'encontre du principe de la cohérence du système de droit en tant qu'«ensemble des normes considérées comme totalité»⁸⁴⁸. On ne saurait admettre que le «nouveau législateur» n'a pas eu sur sa table de travail les textes anciens, et qu'en conséquence les nouvelles exceptions en matière de logiciels et de bases des données s'assimilent, sur le plan de leur exégèse, à des «monades» arrachées du contexte normatif les entourant⁸⁴⁹.

313. S'agissant de la thèse de la transposition mécanique des dispositions communautaires sans parti pris sur le caractère impératif ou supplétif des exceptions, notons par exemple que l'article L. 122-5 du CPI transposant l'article 6,1 ° de la directive du 11 mars 1996⁸⁵⁰, concernant la protection des bases de données et relatif à l'exception pour les actes nécessaires à l'accès au contenu de la base de données et à son utilisation normale⁸⁵¹, n'articule point son caractère d'ordre public⁸⁵², et cela malgré la disposition ferme et non équivoque de l'art 15 de la même directive, selon lequel «*Toute disposition contractuelle contraire à l'article 6 paragraphe 1 (...) est nulle et non avenue*»⁸⁵³. Le législateur a donc

⁸⁴⁸ H. RABAULT, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, 1997, p. 133.

⁸⁴⁹ Pour Savigny, l'expression indéterminée de la loi, qui ne renferme pas aucune pensée complète, est un des aspects de sa défectuosité. Pour la surmonter il propose une démarche consistant à l'examen de la législation dans son ensemble et ajoute : «*ce moyen peut être appliqué de deux manières à l'interprétation d'une loi défectueuse. On peut interpréter la partie défectueuse à l'aide des autres parties de la même loi, et c'est la voie la plus sûre (...); on peut interpréter la loi défectueuse à l'aide des autres lois (...). L'interprétation obtenue par ce dernier moyen sera d'autant plus certaine que les lois seront plus rapprochées; si elles émanent du même législateur, l'interprétation atteindra son plus haut degré de certitude. On peut néanmoins se servir aussi des lois antérieures, dans la supposition légitime que le législateur a eu ces lois devant les yeux, et que dès lors elles sont le complément de sa pensée (...)*», M. F. C DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Tome I, F. Didot frères librairie, 1855, p. 215.

⁸⁵⁰ Directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

⁸⁵¹ Article 6, 1 de la directive 96/9/CE : «*L'utilisateur légitime d'une base de données ou de copies de celle-ci peut effectuer tous les actes visés à l'article 5 qui sont nécessaires à l'accès au contenu de la base de données et à son utilisation normale par lui-même sans l'autorisation de l'auteur de la base. Dans la mesure où l'utilisateur légitime est autorisé à utiliser une partie seulement de la base de données, le présent paragraphe s'applique seulement à cette partie*».

⁸⁵² Article L. 122-5, 5° du CPI : «*Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire (...) Les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat*».

⁸⁵³ En outre, les dispositions précitées de l'article L. 122-5, 5° du CPI français et de l'article 6.1 de la directive 96/9/CE diffèrent sur deux autres points. Ainsi, si l'exception prévue par la directive couvre les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données et à son utilisation normale, le texte français se contente de permettre l'accès sans se prononcer sur la question d'utilisation normale. De plus, lesdites actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données doivent, selon la disposition française, s'exercer dans les limites de l'utilisation prévue par le contrat. Cette dernière précision est visiblement plus restrictive que celle de la

gardé le silence quant au caractère impératif ou supplétif d'une exception en passant outre l'indication précise du texte de la directive, ce qui prouve définitivement que la transposition en droit interne des exceptions communautaires n'est pas une reprise pure et simple des formules utilisées par les directives.

Certains auteurs estiment que l'exemple de l'exception pour les actes nécessaires à l'accès au contenu de la base des données et à son utilisation normale ne fait que prouver l'impérativité implicite de toutes les exceptions de l'article L. 122-5 du CPI, et que par conséquent l'affirmation du caractère d'ordre public de l'exception de son 5^o n'était pas nécessaire⁸⁵⁴. Peut-être que là où la loi nationale est muette, il convient de reconnaître le caractère impératif des exceptions ? Si ladite thèse d'impérativité implicite des exceptions du droit commun permet de masquer la divergence entre le texte du CPI, relatif à l'exception pour l'accès au contenu de la base des données, et son homologue européen, elle ne peut pas expliquer pourquoi les exceptions de l'article L.122-6-1, II, III, IV du CPI ont été expressément déclarées impératives. Si en matière d'exceptions le silence du législateur à l'égard des unes équivaut à leur impérativité, à quoi correspond l'affirmation expresse du caractère d'ordre public des autres ?

Somme toute, tous les arguments ci-dessus évoqués ne sont pas en mesure de combattre la thèse de supplétivité des exceptions de l'article L. 122-5 déduite *a contrario* de l'impérativité expresse de celles de l'article L. 122-6-1, II, III, IV du CPI. Ce qui impose son rejet, c'est son caractère réversible.

b. La réversibilité de l'argumentation

314. Une exception s'est vue expressément reconnaître une valeur supplétive par des termes fermes et non équivoques de la loi. Il s'agit de celle prévue dans l'art L. 122-6-1, I, al. 1. du CPI relative aux reproductions et aux modifications nécessaires à l'utilisation

deuxième phrase de l'article 6, 1 de la directive. Il en résulte qu'en contradiction apparente avec les prescriptions européennes, les actes nécessaires à l'utilisation normale d'une base de données sont en France soumis à l'autorisation des titulaires des droits et le spectre des actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données, en principe soustrait du monopole, est restreint par le contrat. Sur la question de non-conformité des dispositions françaises avec les provisions de la directive sur les bases de données et des difficultés pratiques auxquelles elle peut donner naissance. Sur ce point, v. : L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts, An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer Law International, 2002, pp. 216-217.

⁸⁵⁴ V., sur ce point : M. DIENG, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse, Paris, Panthéon-Assas, 2012, pp. 141-142.

du programme d'ordinateur, y compris à la correction des erreurs⁸⁵⁵. Tout en prévoyant une exception, le même texte dans son alinéa 2 autorise l'auteur à « *se réserver par contrat le droit de corriger les erreurs* ». Cette faculté est souvent utilisée en pratique⁸⁵⁶. Le caractère supplétif de cette exception est limité dans la mesure où les aménagements contractuels autorisés ne peuvent exclure qu'une partie des actes qu'elle vise⁸⁵⁷. Si on raisonne *a contrario*, on affirmera que l'exception prévue dans l'art L. 122-6-1, I, al. 1^{er} est impérative par rapport aux actes de reproduction et aux modifications autres que ceux effectués dans le but d'éliminer les erreurs d'un logiciel. L'extension de cette logique peut nous amener à une conclusion contraire à celle formulée par les partisans de la thèse de suppletivité de l'exception en l'absence d'affirmation de son caractère impératif. Ainsi, comme le fait remarquer à juste titre J. Passa, l'exemple ci-dessus évoqué, celui d'une exception dont le caractère supplétif a été expressément articulé par la loi, nous permet peut-être de dire que « *l'exception est dotée d'un caractère supplétif lorsque le texte le prévoit et que, dès lors que*

⁸⁵⁵ Parmi les prérogatives attachées au droit de l'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel figurent notamment : « *La reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme* », (article L. 122-6, 1^o du CPI) et « *la traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification d'un logiciel et la reproduction du logiciel en résultant* », (article L. 122-6, 2^o du CPI). L'article L. 122-6-1, I, al. 1^{er} du CPI prévoit une exception selon laquelle « *les actes prévus aux 1^o et 2^o 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* ».

⁸⁵⁶ H. BITAN, *Droit des créations immatérielles, Logiciels, Bases de données, Autres œuvres sur le Web 2.0*, Lamy, 2010, p. 65. Selon M. Dieng, la *ratio legis* dudit mécanisme s'explique par le fait que « *l'auteur est le mieux à même de corriger efficacement les erreurs que comporte son programme* », M. DIENG, *op. cit.*, p. 143, note 626.

⁸⁵⁷ Ce qui peut soulever un doute quant à la conformité du texte français avec les dispositions de la directive 91/250/CEE relative à la protection des logiciels. L'exception de l'art L. 122-6-1, I, al. 1 du CPI est issue de la transposition de l'art 5, 1 de ladite directive : « *Sauf dispositions contractuelles spécifiques, ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire les actes prévus à l'article 4 points a) et b) lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination, y compris pour corriger des erreurs* », nous soulignons. L'art 9 de la directive précise que « *Toute disposition contractuelle contraire à l'article 6 ou aux exceptions prévues à l'article 5 paragraphes 2 et 3 sera nulle et non avenue* ». Il en résulte que la directive réserve le caractère impératif aux exceptions permettant d'effectuer une copie de sauvegarde d'un logiciel (article 5. 2^o de la directive) et l'exception de décompilation (article 5. 3^o de la directive). Quant à l'exception qui nous intéresse, la directive reconnaît *expressis verbis* son caractère supplétif sans établir une distinction entre les actes permettant « la correction des erreurs » et d'autres reproductions et modifications nécessaires à l'utilisation d'un logiciel. Dans cette optique, si le législateur français a jugé nécessaire d'affirmer le caractère supplétif des dispositions de l'article L. 122-6-1, I, al. 1 du CPI, n'aurait-il fallu qualifier comme supplétif l'ensemble des prescriptions de ladite exception ? En outre, l'article L. 122-6-1, I, al. 2 du CPI habilite l'auteur à se réserver, par voie contractuelle, le droit de déterminer les modalités particulières auxquelles seront soumis les actes nécessaires à l'utilisation du logiciel. Cette possibilité ne concerne que les actes de reproduction et les modifications nécessaires à l'utilisation du logiciel autres que la correction des erreurs, la suppletivité de l'exception en cause est partielle sur ce point. Tout en pouvant fixer les modalités de son exercice, l'auteur ne peut pas paralyser son principe, ce qui contredit la lettre de l'article 5, 1^o de la directive, qui semble accorder le caractère supplétif même à son principe consistant à l'impossibilité pour l'auteur d'interdire les actes énumérés après la formule « *sauf dispositions contractuelles spécifiques* ».

ce n'est pas le cas à l'article L. 122-5, toutes les exceptions de cet article sont impératives »⁸⁵⁸.

2. L'impasse de l'analyse linguistique

315. Toujours dans l'optique du raisonnement déductif, une partie de la doctrine souhaite déterminer la nature impérative ou supplétive des exceptions à statut incertain à l'aide des outils de l'analyse linguistique. À cet égard, une exégèse de la formule introductive de l'article L. 122-5 du CPI (« l'auteur ne peut interdire ») a été opérée. De nombreuses incertitudes entourant sa signification **(a)** ainsi que les raisons de son emploi **(b)** commandent l'abandon de cette méthode.

a. La formule « l'auteur ne peut interdire » - une signification incertaine

316. Certains auteurs suivent la méthode exposée par A. Huguet selon laquelle, pour déterminer la nature impérative ou supplétive d'une règle donnée en cas de silence du législateur, « il faut rechercher dans les formules légales la discrimination entre les textes impératifs et les textes interprétatifs ou supplétifs de volonté »⁸⁵⁹. Dans cette perspective, on a pu soutenir que la formule « l'auteur ne peut interdire » exclut tout aménagement contractuel des exceptions de l'article L. 122-5 du CPI, car dans l'optique de celui-ci « l'auteur ne se voit reconnaître ni de faculté ni de permission (...). Au contraire, il ne lui est pas permis d'interdire les exceptions. Autrement dit, il lui est interdit de les interdire »⁸⁶⁰.

En premier lieu, le sens du verbe « interdire » n'est pas compatible avec la réalité d'une relation contractuelle. « Interdire », c'est « priver autoritairement quelqu'un du droit de faire quelque chose »⁸⁶¹. Dans le cadre d'un contrat, en vertu duquel toute citation ou bien

⁸⁵⁸ J. PASSA, « Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur », *RLDI*, supplément au n°94, juin 2013, pp. 13-17, spéc. p. 15.

⁸⁵⁹ A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Études sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ, 1962, p. 10.

⁸⁶⁰ C. GEIGER, « "Constitutionalising" intellectual property law? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union », *IIC*, n°37(4), 2006, pp. 371-406, spéc. p. 401, note 135, Dans le même sens, M. DIENG, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse, Paris I, Panthéon-Assas, 2012, p. 146, M. C. PIATTI, « Un équilibre de principe - ou un droit d'auteur qui préserve et encourage la création », *RLDI*, 2012, n°82, mai 2012, pp. 85-89, spéc. p. 89, C. CARON, « Les exceptions au regard du fondement du droit d'auteur en droit français », in A. LUCAS, P. SIRNELLI, A. BENSAMOUN, « Les exceptions au droit d'auteur, État des lieux et perspectives dans l'Union européenne », Dalloz, 2012, pp. 19-25, spéc. p. 23, B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2012, p. 362 et, par rapport à l'art 41 de la loi du 11 mars 1957, A. HUGUET, *op. cit.*, p. 196.

⁸⁶¹ *Grand Larousse Universel*, Tome 8, Larousse-Bordas, Paris, 1997, p. 5629.

toute copie privée serait interdite, il est difficile de parler d'une privation autoritaire des prérogatives du public par le titulaire des droits. La formation d'un contrat suppose le consentement de deux parties. Dans cette optique « l'article L. 122-5 serait (...) lu comme un texte faisant interdiction à l'auteur d'interdire de manière générale. Cela n'interdirait pas au cocontractant de l'auteur d'accepter de prendre connaissance des œuvres à des conditions différentes de celles de l'article L. 122-5 - à des conditions fixées dans le contrat et, comme telles, acceptées par lui »⁸⁶².

Cela étant, l'essor actuel des contrats d'adhésion, conclus à distance par voie électronique et portant sur les conditions d'utilisation des œuvres de l'esprit⁸⁶³ nous forcent à constater que le phénomène de contractualisation des exceptions prend, *de facto*, la forme d'une décision unilatérale des titulaires des droits.

317. Peu importe, dirait-on, que l'on soit en présence d'une interdiction pour l'auteur d'interdire. La légalisation et la protection juridique des mesures techniques de protection ainsi que le trompe-l'œil du régime de protection des exceptions contre leurs effets n'ont-ils pas déjà prouvé que la volonté unilatérale des titulaires des droits peut paralyser l'exercice des exceptions ?⁸⁶⁴ Les mesures techniques de protection peuvent être appliquées pour étendre le champ de la réservation privative aux hypothèses couvertes par les exceptions. Pourquoi refuserait-on les mêmes effets à la volonté unilatérale renforcée par un consentement du cocontractant, aussi fictif soit-il ?⁸⁶⁵

⁸⁶² C. ALLEAUME, « La contractualisation des exceptions, La situation en France », *PI*, n° 25, oct. 2007, pp. 436-442, spéc. p. 438.

⁸⁶³ « Sur les réseaux numériques (...), il y a fort à parier que les licences électroniques deviennent la règle. Qu'il s'agisse de journaux, de musique, d'informations contenues dans une base de données, de logiciels ou de livres, l'accès à des contenus culturels et informationnels se réalisera par le biais d'un simple click qui marquera simultanément le consentement à un contrat de licence. On parle de contrats 'mouse-click', 'click-through' ou 'click-wrap' », M. BUYDENS, S. DUSOLLIER, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, n° 9, sept. 2001, chron. 22. Dans le même sens, C. GEIGER, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur, Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *PI*, n° 13, oct. 2004, pp. 882-891, spéc. p. 889.

⁸⁶⁴ Souvent la contractualisation des exceptions va de pair avec le renforcement des dispositions contractuelles par les mesures techniques de protection. Ainsi la pratique montre que les contrats conclus entre l'exploitant de l'œuvre et le consommateur accordent à ce dernier un droit d'utilisation de l'œuvre couvrant les actes énumérés par le contrat. Les contrats confèrent ainsi au consommateur un droit d'utilisation personnelle des vecteurs contenant l'œuvre, par exemple « un droit d'écoute personnel de fichiers musicaux », tout en restreignant ladite utilisation privée en encadrant notamment la possibilité d'effectuer des copies privées. L'efficacité desdites restrictions se trouve renforcée par les mesures techniques de protection. Le contrat rappelle souvent à l'utilisateur la réalité des sanctions liées à leur contournement, G. GOMIS, « L'influence des mesures techniques sur les pratiques contractuelles », *RLDI*, supplément au n° 49, mai 2009, n° 49, pp. 73-77, spéc. p. 74.

⁸⁶⁵ Pour S. Dusollier, l'atteinte aux exceptions que porte le recours aux mesures techniques de protection « dont l'ampleur est définie par le bon vouloir des titulaires de droits qui mettent en place de telles mesures, est peut-être plus intolérable qu'une limitation par contrat. Dans le cadre de ce dernier, subsistent - en théorie à tout le moins - une possibilité de négociation entre les parties, un consentement et un principe d'autonomie contractuelle. À l'inverse, la plupart des mesures techniques sont des mesures complètement unilatérales qui ne sont pas du tout déployées dans le cadre d'un contrat », S. DUSOLLIER,

318. La directive 2001/29/CE semble même encourager les solutions contractuelles. Par exemple, selon S. Dusollier⁸⁶⁶, là où en matière de compensation équitable, dont certaines de ses exceptions sont assorties, la directive ordonne de tenir compte, lors de la détermination de son montant et ses modalités, des sommes éventuellement perçues « *par exemple en tant que partie d'une redevance de licence* »⁸⁶⁷, elle semble admettre une possibilité d'aménagement contractuel d'une utilisation relevant *a priori* d'une exception⁸⁶⁸.

Quoi qu'il en soit, toute conclusion ambitieuse tirée de la teneur de la formule « l'auteur ne peut interdire » est, nous semble-t-il, risquée. Premièrement parce que l'usage, par le législateur, des formules contraignantes ne va pas toujours de pair avec l'impérativité de la règle de droit⁸⁶⁹. Il se peut que des mots impératifs soient employés pour exprimer « *des règles juridiques qui ne se ramènent directement ni à des obligations de faire, ni à des prohibitions, ni à des sanctions* », mais annoncent des obligations susceptibles d'être aménagées par voie conventionnelle⁸⁷⁰, soit du fait de l'affirmation expresse du caractère supplétif de la règle par le législateur⁸⁷¹, soit de la reconnaissance de celui-ci par le juge⁸⁷².

« La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives », *PI*, n° 25, oct. 2007 pp. 443-452, spéc. p. 446. Dans le même sens, T. DREIER, « Contracting out of copyright in the information society: the impact on the freedom of expression », in J. GRIFFITHS, U. SUTHERSANEN, *Copyright and free speech, comparative and international analyses*, Oxford University Press, 2005, pp. 385-400, spéc. p. 391.

⁸⁶⁶ S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p. 446.

⁸⁶⁷ Considérant 35 de la directive 2001/29/CE.

⁸⁶⁸ Dans le même sens, favorable à la contractualisation de certains aspects des exceptions aux droits d'auteur peuvent être lus son considérant 45 : « *Les exceptions et limitations visées à l'article 5, paragraphes 2, 3 et 4, ne doivent toutefois pas faire obstacle à la définition des relations contractuelles visant à assurer une compensation équitable aux titulaires de droits dans la mesure où la législation nationale le permet* », dans la mesure où seulement certaines des exceptions sont assorties d'une compensation équitable obligatoire, ainsi que le considérant 52 selon lequel « (...) *lors de l'application d'une exception ou d'une limitation pour copie privée conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b), les États membres doivent encourager le recours aux mesures volontaires pour permettre d'atteindre les objectifs visés par ladite exception ou limitation* ». Dans ce sens, S. DUSOLLIER, « Exceptions and technological measures in the European copyright Directive of 2001 - an empty promise », *IIC*, n°34(1), 2003, pp. 62-75, spéc. p. 72.

⁸⁶⁹ G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005, p. 267.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 266.

⁸⁷¹ Par exemple, l'article 1626 du Code civil : « *Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente* », nous soulignons.

⁸⁷² Par exemple, l'article 1978 du Code civil : « *Le seul défaut de paiement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages* », nous soulignons. Malgré le caractère indéniablement impératif des termes employés, la doctrine et la jurisprudence admettent que les dispositions dudit article ne sont pas d'ordre public et que les clauses résolutoires y dérogeant sont valables, Cass. civ., 24 juin 1913, *D.P.*, 1917.I.38, Cass. 3^e civ., 9 mars 1982, *Bull.* III, n° 64, Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987, *Bull.* I, n°6.

Deuxièmement parce que l'exégèse de cette formule, issue de la loi du 11 mars 1957 se heurte à un obstacle tenant à l'impossibilité de connaître l'attitude du législateur quant à la question de contractualisation des exceptions.

b. La formule « l'auteur ne peut interdire » - une justification ambiguë

319. À l'époque de la consécration de la formule « *l'auteur ne peut interdire* », le problème de contractualisation des exceptions dans les relations entre le titulaire et l'utilisateur n'était pas connu. Certains éléments des travaux préparatoires de la loi du 11 mars 1957 semblent toutefois traduire une hostilité de ses rédacteurs à l'égard de la liberté des conventions en matière des relations entre l'auteur et l'éditeur.

Le développement rapide de la technique dès le début du XX^e siècle a entraîné la hausse du phénomène d'édition et le fleurissement du secteur économique qui y est associé. Cela a exposé de nombreux auteurs au danger d'abus de la part des maisons d'édition. À l'époque où l'on prêtait plus d'attention aux relations entre l'auteur et l'exploitant et moins à l'opposition entre le titulaire des droits et le public⁸⁷³, la nécessité d'une protection efficace de l'auteur contre l'éditeur par une loi détaillée et précise est devenue un des postulats de la grande codification. Le sentiment d'insuffisance du droit commun des contrats, dont l'application imposée par le silence des lois révolutionnaires conduisait souvent à la conclusion de « marchés de dupes »⁸⁷⁴, a servi de contre-argument pour repousser ceux des partisans d'un droit d'auteur « sommaire » articulé autour de principes généraux⁸⁷⁵. De cette contestation du *statu quo* résulte une réglementation détaillée, mise en place par

⁸⁷³ C. GEIGER, « Les exceptions au droit d'auteur en France, Critiques et prospective », in C. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. M. HILTY, *Rencontres franco-allemandes, Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007, pp. 349-360, spéc. 350-351.

⁸⁷⁴ A. FRANCON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.*, 1976, chron. XII, pp. 55-62, spéc. p. 55.

⁸⁷⁵ Pour s'en convaincre, v. : M. PERIDIER, « Rapport fait au nom de la commission de la justice et de législation civile, criminelle et commerciale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale sur la propriété littéraire et artistique », annexe n° 11 au procès-verbal de la Séance du 4 oct. 1956, *JORF, Documents parlementaires*, Conseil de la République, session ordinaire de 1956-1957, pp. 19-27, spéc. p. 20 : « L'insuffisance du décret de 1793 est apparue de plus en plus avec le développement de la technique, qui a permis un accroissement considérable de l'édition et a fait apparaître des procédés nouveaux de production littéraire et artistique (...). Il est vrai que certains nous répondent qu'il n'y a qu'à s'en remettre à la liberté des conventions pour régler les rapports juridiques entre l'auteur et ceux qui acceptent de divulguer son œuvre. Si, sans doute, la convention, qui fait la loi des parties, est toujours souhaitable, elle ne peut se concevoir que dans la mesure où les parties contractantes disposent d'armes égales pour défendre leurs droits et leurs intérêts. Or le développement de la technique moderne a placé en face des écrivains et des artistes des groupements d'affaires extrêmement puissants, qui possèdent de nombreux moyens de persuasion, devant lesquels l'auteur et plus particulièrement le jeune auteur, qui tient à être édité à tout prix est complètement désarmé s'il ne dispose pas d'une loi, déterminant d'une façon très stricte l'étendue de ses droits ».

la loi du 11 mars 1957, relative aux contrats d'exploitation. La liberté contractuelle en la matière est désormais une « liberté surveillée »⁸⁷⁶. Celle-ci suppose l'érection « *en règles d'ordre public les devoirs et obligations des exploitants du droit d'auteur, alors qu'avant, seule la convention faisait la loi du contrat* »⁸⁷⁷.

320. Pourtant, comme le problème de contractualisation des exceptions est étroitement lié au développement du numérique, il a échappé à l'attention des rédacteurs de la loi du 11 mars 1957. Les travaux préparatoires de celle-ci n'éclairent pas les motifs de l'adoption de la formule « *l'auteur ne peut interdire* ». Intuitivement, on dirait qu'elle décourage toute analyse tendant à assimiler les exceptions à des droits subjectifs⁸⁷⁸. Le couronnement des exceptions de l'article 40 de la loi du 11 mars 1957, devenu l'article L. 122-5 du CPI, par le chapeau « *l'auteur ne peut interdire* » traduit-il la volonté du législateur de dissocier les exceptions des droits subjectifs du public ? Si c'est le cas, ce qui est fort probable, l'affirmation de la thèse classique selon laquelle les exceptions françaises ne sont pas porteuses de droits subjectifs⁸⁷⁹ permet-elle de déterminer leur nature impérative ou supplétive ?

B. La déduction à partir de l'aspect subjectif de l'exception

321. Selon certains auteurs, l'opposition classique entre les droits subjectifs du public et les exceptions aux droits de l'auteur justifie le caractère supplétif de ces dernières (1). D'autres essaient de déterminer la possibilité de contractualisation des exceptions en se référant aux droits et libertés en considération desquels elles ont été créées (2).

1. La supplétivité justifiée par la dissociation des exceptions et des droits subjectifs

322. Si les exceptions ne sont pas assimilables aux droits subjectifs, cela ne justifie point leur caractère supplétif (a). Inversement, à supposer que les exceptions confèrent aux

⁸⁷⁶ A. FRANCON, *loc. cit.*

⁸⁷⁷ A. HUGUET, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁷⁸ Une telle interprétation pourrait trouver son ancrage dans l'approche de la délégation française adoptée lors de la révision de la Convention de Berne à Rome. Ainsi en matière du droit de citation, la délégation française a exprimé des réserves à l'égard de la formule « *il est permis de...* », en la jugeant de nature à trop encourager les emprunts. La proposition française, quant à elle, utilisait l'expression, « *il est licite de...* ». V., sur ce point : *Actes de la Conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928*, Bureau de l'Union Internationale pour la Protection des œuvres Littéraires et Artistiques, Berne, Neuchatel (Suisse), Imprimerie P. ATTINGER, 1929, p. 100.

⁸⁷⁹ *Supra*, n° 186 et suiv.

utilisateurs des droits subjectifs, cela n'entraîne pas nécessairement leur caractère impératif (b).

a. La dissociation de la nature des prérogatives tirées des exceptions et le moment de leur application

323. En essayant de répondre à la question de la nature supplétive ou impérative des exceptions, C. Alleaume se demande : « *existe-t-il un droit du public aux exceptions en droit français ? Dans la négative, on comprendrait que le contrat soit adapté à déroger aux exceptions ; car, alors, priver le public⁸⁸⁰ d'une exception ne serait pas le priver d'un droit* »⁸⁸¹. Ce raisonnement liant la question de la contractualisation des exceptions à la nature des prérogatives qu'elles confèrent aux utilisateurs suscite des objections.

La règle de droit, qu'elle soit impérative ou supplétive peut faire naître des droits subjectifs au profit de ses destinataires. Il ne saurait y avoir de droit subjectif non prévu par le droit objectif. Ce dernier, en consacrant le caractère supplétif d'une règle de droit, ne fait que conditionner son application par l'absence des stipulations spécifiques⁸⁸². Il en résulte que la supplétivité ou l'impérativité de la règle touchent aux modalités sous lesquelles se présente son pouvoir d'imposer et de s'imposer. En revanche, elles ne déterminent point la nature des prérogatives qui en découlent. « *Le droit subjectif se manifeste sous forme de prétention subjective : ici et maintenant, j'ai telle ou telle chose comme mon droit* » disait un auteur⁸⁸³. Il en résulte que dans la mesure où le droit subjectif, pour pouvoir surgir, doit trouver un ancrage actuel dans des normes du droit objectif, la question de la nature des prérogatives subjectives que consacre le droit objectif est indépendante de celle de savoir, à partir de quel moment le droit objectif commence à « décider » de leur naissance.

324. Pour nous en convaincre, notons qu'il peut y avoir des règles supplétives qui, une fois utilisées, créent des droits subjectifs, et celles dont l'application n'est qu'une simple mise en œuvre des règles du droit objectif. S'agissant de la première hypothèse, on pense au débiteur qui dans le silence du contrat peut exiger, conformément aux dispositions

⁸⁸⁰ Compte tenu de l'effet relatif des conventions, l'aménagement contractuel des exceptions ne peut pas priver « le public », en tant que nombre indéterminé de personnes, d'un avantage quelconque.

⁸⁸¹ C. ALLEAUME, *loc. cit.* Dans le même sens, pour le caractère impératif des exceptions dans le cas de leur assimilation aux droits subjectifs, C. GEIGER, « Effectivité et flexibilité : deux impératifs de l'adaptation du droit des "exceptions" », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013, pp. 41-46, spéc p. 43, du même auteur, « "Constitutionalising" intellectual property law? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union », *op. cit.*, p. 401.

⁸⁸² *Supra*, n° 23 et suiv.

⁸⁸³ J. JIANG, *Théorie du droit public*, L'Harmattan 2010, p. 74.

de l'article 1247 du Code civil, que le paiement soit effectué de la manière la moins onéreuse, donc à son domicile. Dans la seconde, on peut évoquer l'exemple classique du régime de communauté qui se forme entre les époux à défaut de contrat de mariage⁸⁸⁴. Dans ce dernier, cas, la communauté peut constituer un avantage aussi bien qu'une charge pour les sujets du droit. De ce fait, on ne saurait y voir des droits subjectifs prenant nécessairement la forme d'avantages et non pas de charges⁸⁸⁵.

b. La renonciation au droit à l'exception ?

325. Outre le risque de confusion entre « ce que la règle impose » et « comment la règle s'impose » ci-dessus commenté, la question des droits subjectifs des utilisateurs et celle du caractère impératif ou supplétif des exceptions doivent rester indépendantes du fait de la nature même des droits subjectifs, et plus précisément de la possibilité du sujet de droit à y renoncer, inhérente au droit subjectif⁸⁸⁶.

À la limite, nous pourrions soutenir une thèse, défendue par une partie de la doctrine polonaise⁸⁸⁷, selon laquelle l'assimilation des exceptions aux droits subjectifs dicte leur caractère supplétif. N'oublions pas que « *l'ordre public apporte une limite à la liberté contractuelle ; il doit aussi normalement restreindre les prérogatives de la volonté unilatérale qui s'exprime dans les renonciations* »⁸⁸⁸. La possibilité de renonciation est inhérente au droit

⁸⁸⁴ Article 1400 du Code civil : « *La communauté, qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, est soumise aux règles expliquées dans les trois sections qui suivent* ».

⁸⁸⁵ « *Le droit subjectif suppose que je retire de son exercice un avantage substantiel, patrimonial ou extrapatrimonial (sinon, je n'ai pas d'intérêt à en être titulaire)* », P. LABBEE, *Introduction au droit processuel*, Presses universitaires de Lille, 1995, p. 20. Certes, il est difficile de prouver l'existence des avantages purs, consacrés par le droit objectif et non assortis des charges. Pour qualifier telle ou telle prérogative de droit subjectif, il faut l'évaluer dans sa globalité et analyser d'un point de vue de l'intérêt qu'elle présente pour son destinataire. C'est dans cette optique que Roubier écrivait : « *tout le monde sait que le droit d'un propriétaire, par exemple, est (...) soumis à toutes sortes d'obligations et de charges, soit dans l'intérêt des voisins, soit dans l'intérêt public en général. Mais du moins est-il essentiel que le droit subjectif constitue un avantage pour celui qui le réclame : à défaut de quoi, naturellement, il aura une tendance à s'en débarrasser, soit en l'aliénant, soit même en y renonçant purement et simplement* », P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, p. 129.

⁸⁸⁶ *Supra*, note 536.

⁸⁸⁷ V. : K. GIENAS, *Ograniczenie dozwolonego użytku w drodze kontraktowej - zarys problematyki*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, n° 2, 104, J. BARTA, *Problemy prawa autorskiego*, Uniwersytet Jagielloński, Zakamycze, 2001, p. 77.

⁸⁸⁸ P. RAYNAUD, « *La renonciation à un droit* », *RTD Civ.*, 1936, pp. 763-809, spéc. p. 803. Dans le même sens, G. GRAMMATIKAS, *Théorie générale de la renonciation en droit civil (Étude parallèle du droit français et du droit hellénique)*, LGDJ, 1971, p. 128. À la différence de la doctrine du XIX^e siècle, qui liait la notion de renonciation à l'acte conventionnel, les auteurs modernes affirment qu'il ne saurait y avoir de renonciation véritable que lorsque celle-ci prend forme d'un acte unilatéral. L'admission du caractère conventionnel de la renonciation risque « *de nier l'autonomie même de l'institution, car qu'est-ce qu'une renonciation conventionnelle, sinon un contrat pur et simple soumis au régime juridique des contrats tant en*

subjectif. C'est un élément de maîtrise du pouvoir de libre disposition de l'objet du droit⁸⁸⁹, et une conséquence nécessaire de la supposition selon laquelle le droit subjectif se présente comme un avantage et non pas comme une charge⁸⁹⁰. Ainsi, l'utilisateur de l'œuvre assimilé au titulaire d'un droit subjectif devrait être en mesure d'y renoncer unilatéralement⁸⁹¹ et, *a fortiori*, de donner son consentement à un contrat le paralysant⁸⁹².

326. Certes, l'on trouve en droit français des cas dans lesquels ledit passage de la possibilité de renonciation unilatérale au droit subjectif vers l'admissibilité de la « renonciation contractuelle » ne saurait prospérer. Ainsi, comme le remarque P. Raynaud, il se peut que l'ordre public prohibe telle ou telle convention non pas parce qu'il souhaite qu'une prérogative sur laquelle elle porte soit impérativement conservée par son titulaire, mais plutôt pour éviter des « *transactions commerciales immorales, des spéculations incompatibles avec le droit sur lequel elles seraient exercées* »⁸⁹³.

À suivre ce raisonnement, celui qui affirmerait que les exceptions assimilées aux droits subjectifs du public, susceptibles par nature d'être paralysées par un acte unilatéral de volonté abdicative, ne peuvent pas être contractualisées devrait démontrer en quoi une stipulation contractuelle excluant le bénéfice d'une exception serait objectivement immorale. Une tâche difficile dans le système du droit d'auteur orienté *in favorem auctoris*.

Eu égard à ce qui précède, il n'est pas concevable de déterminer la possibilité de contractualisation des exceptions françaises en tenant compte de la nature des prérogatives des utilisateurs dont elles sont porteuses.

ce qui concerne ses modes de conclusion, son objet, ses effets», C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, 1974, p. 443. Pour la critique d'une telle approche stricte de la notion de renonciation, v. not. : F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ, 1985, spéc. pp. 37-58.

⁸⁸⁹ Pour Dabin, le droit subjectif s'exprime dans la relation « *appartenance-maîtrise* ». Tout droit subjectif, dit-il, « *suppose un bien ou valeur lié au sujet-personne par un lien d'appartenance (...) consacré par le droit objectif* », J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, pp. 80-93.

⁸⁹⁰ Selon Roubier, « *La prérogative, constituant un avantage dont le titulaire peut normalement disposer, comporte aussi la possibilité d'une renonciation. (...) celui qui trouve que les charges dépassent les avantages doit pouvoir renoncer à ce prétendu droit subjectif : le titulaire peut user de sa prérogative ou n'en pas user* », P. ROUBIER, *loc. cit.*

⁸⁹¹ Pour la possibilité de renoncer aux « droits » tirés des exceptions, Y. GAUBIAC, rapport national « France : rapport général », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'Étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 226-235, spéc. p. 229.

⁸⁹² Notre analyse prend forme d'un raisonnement *a maiori ad minus*. En effet, celui qui peut renoncer à son droit du fait de sa volonté unilatérale et sans qu'un tel abandon doive être accepté par une autre personne, il peut également y « renoncer » dans le cadre d'un contrat.

⁸⁹³ P. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 806. Pour illustrer ce phénomène prohibant la contractualisation du droit subjectif, mais admettant la renonciation unilatérale l'auteur évoque la règle interdisant les pactes sur la succession future. La loi interdit la première, car elle suppose la spéculation sur la mort d'une personne vivante alors que l'immoralité de la même nature ne s'attache pas à la seconde qui demeure envisageable.

2. L'impérativité déduite de la dimension axiologique des exceptions

327. Adoptée par la doctrine, une autre méthode de détermination du caractère impératif ou supplétif des exceptions aux droits de l'auteur consiste à suivre le raisonnement préconisé par le doyen Carbonnier, qui recommande en cas de silence de la loi la recherche « *d'un intérêt social essentiel, incomparablement supérieur aux intérêts privés en jeu* »⁸⁹⁴, qui s'attacherait aux dispositions en cause. Une telle méthode suppose l'analyse des fondements des exceptions, de « *la ratio legis qui a présidé à leur reconnaissance* »⁸⁹⁵. À cet égard, on a pu appuyer le caractère impératif des exceptions sur les libertés (a) et les droits (b) fondamentaux ainsi que sur les considérations d'intérêt général (c) qui ont dicté leur consécration.

a. L'impérativité des exceptions et les libertés fondamentales

328. C'est en se basant sur différentes justifications des exceptions que certains auteurs⁸⁹⁶ proposent de qualifier comme nécessairement impératives les exceptions constituant « *la conséquence de libertés fondamentales, telles que la liberté d'expression et d'information, la liberté de la presse et le respect de la vie privée* ». De telles exceptions seraient dotées d'une sorte d'« impérativité par ricochet »⁸⁹⁷, résultant du caractère d'ordre public des libertés en considération desquelles elles ont été créées. À suivre cette logique, il en est forcément de même pour les exceptions reflétant l'intérêt public, car comme le soulignent M. Buydens et S. Dusollier, « *il va de soi que l'on ne peut admettre que la volonté privée, s'exprimant au travers du contrat proposé en ligne, puisse supplanter l'intérêt général* »⁸⁹⁸. En revanche, les exceptions qui trouvent leur justification dans la faille du marché seraient supplétives⁸⁹⁹. Cette méthode d'analyse n'est pas convaincante.

⁸⁹⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, 1996, p. 202.

⁸⁹⁵ M. BUYDENS, S. DUSOLLIER, *loc. cit.*

⁸⁹⁶ *Ibidem*, C. GEIGER, « Les exceptions au droit d'auteur en France, Critiques et prospective », *op. cit.*, p. 352.

⁸⁹⁷ Selon l'expression de M. DIENG, *op. cit.*, p. 148.

⁸⁹⁸ M. BUYDENS, S. DUSOLLIER, *loc. cit.*

⁸⁹⁹ *Ibidem*. Dans le même sens, P. SPADA, « Les enjeux des "exceptions et limitations" au droit d'auteur en droit italien et la mystique dominicale de la propriété intellectuelle », in A. LUCAS, P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, *Les exceptions au droit d'auteur : État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, 2012, pp. 27-34, spéc. p. 33 : « (...), quand il s'agit de soi-disant "exceptions et limitations" qui adaptent à la syntaxe des intérêts mobilisés par l'innovation, le modèle de la relation dominicale, absolue dans le contenu, qu'on attribue à la propriété intellectuelle dans certaines "confessions" juridiques et qui semble accepté par la normative européenne, rien n'empêcherait à un règlement conventionnel de remplacer le régime légal, ceci dans le sens d'accentuer la protection appropriée aux intérêts en cause (par exemple, engagement à ne pas avoir recours à la reprographie ou à la copie privée), (...). En revanche s'il s'agit d'"exceptions

329. En premier lieu, s'agissant de l'impérativité par ricochet des exceptions justifiées par des libertés fondamentales, il convient de remarquer qu'elle méconnaît la nature des exceptions aux droits de l'auteur en tant que prérogatives⁹⁰⁰ consacrées et, surtout, conditionnées par le droit objectif.

Nous avons déjà constaté que les exceptions, quelle que soit leur justification, ne sont pas assimilables aux libertés du public⁹⁰¹. La différence fondamentale qui sépare, par exemple, l'exception française pour courte citation et la liberté d'expression, en considération de laquelle la première a été créée, c'est le fait que les modalités d'exercice du droit de citation sont strictement réglementées par le droit objectif, tandis que la liberté d'expression est par nature une prérogative inconditionnée et indéfinie. Une exception aux droits de l'auteur est une concrétisation des libertés qui la justifient, un faisceau des conditions par le biais desquelles, suivant le vocabulaire de Josserand, une prérogative faisant jusqu'ici corps avec la liberté acquiert son individualité et se hausse au rang d'une prérogative définie⁹⁰².

Ainsi, le fait que l'auteur d'une œuvre citante soit à l'abri du grief de contrefaçon n'est pas du fait de la jouissance de la liberté d'expression, mais grâce à la réunion des conditions légales de l'exception pour la courte citation. Il est parfaitement possible que parmi ces conditions se trouve celle d'« absence de stipulations contraires » ou bien l'affirmation du caractère impératif de l'exception. Les libertés individuelles en tant que justifications de certaines exceptions deviennent opérables au travers de leur concrétisation par le droit objectif⁹⁰³. De ce fait, elles ne peuvent pas obéir à la logique du « tout ou rien »⁹⁰⁴.

et limitations" qui traduisent des intérêts antagonistes aux intérêts mobilisés par l'innovation "esthétique" - des intérêts d'ordre institutionnel, ou qui relèvent pour le développement de la société civile (au sens anthropologique du terme) ou, encore, qui découlent d'une condition de faiblesse - j'éprouverais une sérieuse réticence à admettre des pactes qui entraveraient le débat politico-institutionnel ou l'enseignement ou la diffusion de la culture dans les pays sous-développés (...) ou, qui seraient conflictuels par rapport au malheur psychique ou physique des individus ».

⁹⁰⁰ Abstraction faite, cette fois-ci, de la question de leur éventuelle assimilation aux droits subjectifs des utilisateurs.

⁹⁰¹ *Supra*, n° 160 et suiv.

⁹⁰² L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., Dalloz, 2006, pp. 323-324.

⁹⁰³ Sans que la loi, concrétisant, ou bien limitant une liberté, soit une négation de celle-ci. Si certains auteurs estiment qu'il ne saurait y avoir de liberté que là où la loi n'intervient pas, nous nous alignons à la critique d'une telle approche exposée par H. Batiffol : « Si la loi représente la voie à suivre pour que la société puisse subsister et procurer à ses membres le bien qu'ils attendent de son existence, l'acte conforme à la loi est un acte raisonnable; et soutiendra-t-on qu'un acte raisonnable n'est pas un acte libre ? Il l'est exactement dans la mesure où son auteur s'est convaincu par sa propre raison qu'il était raisonnable de l'accomplir, car on peut alors dire qu'il s'est déterminé lui-même à agir, ce qui est la définition même de la liberté. Prétendre que la liberté disparaît parce que l'intelligence a reconnu qu'il était raisonnable d'agir en un certain sens, c'est réduire la liberté aux actes non guidés par l'intelligence, c'est-à-dire aux actes instinctifs, irraisonnés

La reconnaissance du caractère supplétif ou impératif d'une exception est surtout un moyen permettant au droit objectif d'accomplir sa mission d'enfermement des libertés, des prérogatives inconditionnées et sauvages, dans les limites du raisonnable.

330. Eu égard à ce qui précède, la thèse d'impérativité par ricochet, entrant dans le cadre de la méthode d'interprétation des exceptions « *dans toute la mesure de leur raison d'être* »⁹⁰⁵, préconisée par certains auteurs⁹⁰⁶ et conceptualisée récemment par B. Galopin⁹⁰⁷, ne peut aboutir qu'à la légitimation d'une opération intellectuelle, condamnée par le même auteur, consistant à « *“court-circuiter” le texte de loi pour invoquer directement la liberté fondamentale ou l'intérêt protégé qui a fondé l'introduction de l'exception dans la loi* »⁹⁰⁸, ce qui marquerait un dépassement pur et simple de la logique de l'équilibre préétabli du droit d'auteur⁹⁰⁹.

b. L'impérativité des exceptions et les droits fondamentaux

331. La conclusion quant à l'inutilité de la thèse d'impérativité par ricochet des exceptions de l'article L. 122-5 du CPI serait-elle différente s'il était admis qu'à la base de celles-ci se trouvent non pas des libertés - des prérogatives inconditionnées et non définies, mais des droits tels que par exemple le droit à l'information⁹¹⁰, une ébauche d'un droit subjectif, défini comme « *le droit pour le public d'accéder aux informations, y compris lorsqu'elles constituent des œuvres de l'esprit* »⁹¹¹ et étant un prolongement de la liberté d'expression? Une réponse négative s'impose, et cela abstraction faite de la question de savoir si les utilisateurs peuvent invoquer ce droit aux contours incertains à l'appui de revendication de prérogatives quelconques.

ou de pur caprice », H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, pp. 91-92.

⁹⁰⁴ C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 302.

⁹⁰⁵ B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2012, pp. 281-333, spéc. p. 319.

⁹⁰⁶ *Ibidem*.

⁹⁰⁷ *Ibidem*.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 315.

⁹⁰⁹ V., sur ce point : *infra*, partie deuxième.

⁹¹⁰ Pour N. Mallet-Poujol un tel droit existe et sa prise en compte « *s'exprime dans le concept de domaine public, avec sa double acception d'âge ou de nature de la création (...). Cet impératif d'information se traduit aussi par les mécanismes légaux d'exception aux droits patrimoniaux, notamment la courte citation, l'analyse, la revue de presse ou la diffusion des discours d'actualité* », N. MALLET-POUJOL, « Le double langage du droit à l'information », *D.*, 2002, pp. 2420-2427, spéc. pp. 2424-2425. Pour une étude complète de la notion du droit du public à l'information, v. : C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, 2004.

⁹¹¹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, p. 334.

En réalité, même en adoptant une approche libérale consistant à affirmer que les justifications du droit d'auteur et celles des exceptions ont le même rang parce qu'elles appartiennent toutes à la catégorie des droits et libertés fondamentaux, la thèse d'impérativité par ricochet des exceptions de l'article L. 122-5 du CPI n'emporte pas la conviction dans la mesure où le caractère d'ordre public des droits fondamentaux est douteux dans les relations interindividuelles (horizontales)⁹¹². Ces dernières, traditionnellement étrangères au champ d'application desdits droits⁹¹³, constituent le socle du phénomène de contractualisation des exceptions aux droits de l'auteur.

L'applicabilité horizontale des droits fondamentaux, admise tant par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme⁹¹⁴ que par le juge français⁹¹⁵, nous conduit inévitablement au refus de leur absolutisme. Ce dernier doit s'effacer « *en raison de la pluralité de sujets aspirant légitimement à la jouissance de ces mêmes droits* »⁹¹⁶. Dans cette nouvelle perspective, le contrat oppose des parties munies de leurs droits fondamentaux qui pour exister doivent désormais supporter des restrictions⁹¹⁷. Autrement dit, le contrat « *orchestre la partition* » et concilie les droits fondamentaux⁹¹⁸ dans les relations

⁹¹² Par opposition aux relations « verticales » entre le citoyen et l'État.

⁹¹³ Il en est ainsi parce que « *les droits de l'homme sont classiquement, sinon originellement, censés assurer la protection des sujets de droit face à l'État* », celui-ci étant doté de prérogatives qui peuvent facilement entrer en conflit avec les droits fondamentaux, J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Thèse, Limoges, 2001, p. 63.

⁹¹⁴ Il est parfaitement possible qu'un individu subisse une atteinte à ses droits et libertés fondamentaux non seulement du fait des actions de l'État, mais aussi d'autres particuliers (dans ce sens not. : C. LALAUT, « Le contrat et la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *Gaz. Pal.*, 1999, I. doctr., pp. 554-564, spéc. pp. 554-555). La CEDH a dégagé un principe selon lequel la Convention s'applique également dans les relations interindividuelles. V., par exemple : CEDH, 21 nov. 1995, *Francisco Velosa Barreto c/Portugal*, n° 18072/91 : « *si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir la personne humaine contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives (...) et notamment celle de veiller au respect de la vie privée et familiale jusque dans les relations interpersonnelles (...). En cette matière comme en d'autres il y a lieu de ménager un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts des personnes en cause (...)* », et, pour la soumission d'un contrat du droit privé aux règles de la Convention : CEDH, 16 déc. 2008, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/Suède*, n° 23883/06, *RTD Civ.*, 2009, p. 281, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, *AJDI*, 2009, p. 438, obs. J. RAYNAUD, *AJDA*, 2009, p. 872, obs. J.-F. FLAUSS. Pour aller plus loin, v. not. : B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention Européenne des Droits de l'Homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse, Limoges, 2006, L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts, An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer Law International, 2002, pp. 153-164.

⁹¹⁵ À cet égard, l'arrêt *Mel Yedei* constitue un exemple emblématique, Cass. 3^e civ., 6 mars 1996, *Bull.* III, n° 60, *RTD Civ.*, 1996, p. 580, obs. J. HAUSER, *RTD Civ.*, 1996, p. 1025, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD Civ.*, 1996, p. 897, obs. J. MESTRE, *AJDI*, 1996, p. 704, obs. B. WERTENSCHLAG, *JCP*, 1996.I.3958, obs. C. JAMIN, *RDI*, 1996, p. 620, obs. F. COLLART-DUTILLEU, J. DERRUPPE, *D.*, 1997, p. 167, note B. DE LAMY. V. également : *infra*, partie deuxième, titre 2.

⁹¹⁶ J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, op. cit.*, p. 106.

⁹¹⁷ P. PUIG « Formation du contrat et droits fondamentaux, regard privatiste », in D. COSTA, A. PELISSIER, *Contrats et Droits Fondamentaux*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, pp. 22-41, spéc. p. 26.

⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 28.

interindividuelles. Comme le remarque R. Dijoux, « *le propre de l'effet horizontal direct de la Convention européenne des droits de l'homme est de conduire le juge à une conciliation des droits et donc à une limitation. En se heurtant à eux-mêmes, les droits fondamentaux réduisent leur absolutisme* »⁹¹⁹.

332. Dans sa logique la plus fondamentale, le droit d'auteur sous-entend une conciliation entre les droits antagonistes. Ceux-ci « (...) *se comprennent et se mesurent en considération de la fonction qu'on leur assigne. Et, se mesurant ainsi, c'est ainsi encore que doivent s'apprécier les exceptions ou limitations dont ils peuvent faire l'objet* » dit un auteur⁹²⁰. La propriété de l'auteur sur les fruits de son travail se heurte au principe du respect de la vie privée des utilisateurs, ou bien à la liberté d'expression de l'auteur de la parodie. Leur conciliation⁹²¹ par voie contractuelle semble envisageable.

333. Il en est ainsi parce que si l'ordre public, en tant que limite de la liberté contractuelle, peut assumer le rôle d'instrument de conciliation entre différents droits⁹²², il ne se confond pas avec eux. Dictant le caractère impératif d'une règle de droit, il devient un élément de la politique législative, qui détermine le degré de rigidité de l'équilibre mis en place par le droit objectif entre les différents droits en présence, qui entrent en conflit les uns avec les autres dans les relations interindividuelles. Dans cette perspective horizontale, nous sommes obligés de rejeter la thèse traditionnelle selon laquelle les règles juridiques basées sur les droits fondamentaux sont nécessairement d'ordre public - présupposition fondant la thèse d'une prétendue impérativité des exceptions, acquise par ricochet, en raison du caractère d'ordre public des droits dont ils sont les manifestations.

⁹¹⁹ R. DIJOUX, « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux », *LPA*, 27 oct. 2011, n° 214, pp. 12-17, spéc. p. 13. C'est dans cette optique que P. Puig remarque que « *les droits fondamentaux équilibrent le contrat autant qu'ils s'équilibrent dans le contrat* » pour ajouter que « *le contrat ne s'oppose donc pas directement aux droits fondamentaux et ne leur est pas de prime abord soumis comme le serait une norme inférieure dans la théorie kelsénienne et légicentriste des sources. Le contrat apparaît davantage comme un lieu de lutte entre les droits fondamentaux des contractants (...)* », P. PUIG, *op. cit.*, p. 26.

⁹²⁰ M. VIVANT, obs. sous Cour Fédérale du Canada, 31 mars 2004, *BMG Canada Inc., EMI Music Canada et autres c/John Doe, Jane Doe et al.* 2004, FC 488, PI, juill. 2004, n° 12, pp. 834-837, spéc. p. 834.

⁹²¹ Laquelle, pour être admise, suppose la dissociation entre l'ordre public et les droits fondamentaux sur la base desquels sont bâties les règles du droit d'auteur. « *doit-on considérer que les droits de l'Homme doivent prévaloir en toute occurrence et entraîner, par exemple, l'anéantissement d'une clause contractuelle contraire aux dispositions européennes ? Si une réponse affirmative était apportée, cela signifierait que tout conflit entre un acte juridique et un droit de l'Homme serait résolu de façon « automatique et péremptoire ». Cette solution doit être écartée. Elle contredit l'exigence de conciliation des droits* », B. MOUTEL, *L' « effet horizontal » de la Convention Européenne des Droits de l'Homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse, Limoges, 2006, p. 325.

⁹²² Selon R. Dijoux, « (...) *l'ordre public permet à la liberté contractuelle de s'exercer dans le cadre d'une limitation de certains abus. Ainsi, il participe à la conciliation des droits fondamentaux. Il devient un régulateur des droits fondamentaux. Pour illustration, l'article 16-5 du Code civil qui dispose que "les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles", encadre à la fois le droit à l'intégrité physique et le droit à la vie privée* », R. DIJOUX, « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux », *loc. cit.*

c. L'impérativité des exceptions et les considérations d'intérêt général

334. Reste à se pencher sur le postulat d'impossibilité de contractualisation des exceptions dont le substrat téléologique se résume aux considérations d'intérêt général. Ces dernières, toujours dans l'optique de l'impérativité par ricochet, dicteraient le caractère impératif des exceptions créées en considération de l'intérêt général et justifieraient la supplétivité de celles « seulement » remédiant à la faille du marché. Le raisonnement est convaincant, à la lumière de la conception d'ordre public défendue par Planiol, pour lequel ce dernier est attribut de la règle de droit « *toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi* »⁹²³.

335. Maintes fois a-t-on affirmé que les lois d'ordre public s'intéressent à l'intérêt général alors que les règles supplétives ne prennent en compte que les intérêts particuliers, et que cette dichotomie constitue un critère fondamental de « reconnaissance » de l'impérativité des règles de droit. Pourtant, cette vision dualiste se trouve aujourd'hui dépassée du fait du développement de l'ordre public de protection⁹²⁴. En effet, il se peut qu'une règle soit impérative, et donc d'ordre public selon la terminologie de l'art 6 du Code civil, même si elle s'inspire d'une volonté de protéger un intérêt particulier. Les lois protégeant les incapables en sont la meilleure illustration⁹²⁵. Dans cette optique, rien ne s'oppose, par exemple, à ce que soit reconnu le caractère d'ordre public d'une exception telle que la copie privée, dans la mesure où elle sous-entend, à côté de la prise en compte du phénomène de la faille du marché, des éléments beaucoup plus dignes de protection, par exemple le respect de la vie privée du consommateur.

⁹²³ Une phrase de Planiol citée, parmi d'autres par P. CATALA, « Rapport de synthèse », in *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIX, 1998, LGDJ, 2001, pp. 337-356, spéc. p. 1-14. Ladite définition, approuvée par de nombreux auteurs (not. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd. LGDJ, 1993, p. 86), présente un avantage par rapport aux conceptions, venues notamment de la pensée de Demolombe et Demogue, assimilant l'ordre public à l'ensemble des règles *nécessaires à la vie sociale*, ou bien l'ensemble des lois qui ont un *but social*. Selon Planiol, une telle « opposition du *social* à *individuel* » est « *d'une faible valeur pratique, dans la mesure où toute loi poursuit nécessairement un but social* », M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, revu et complété par G. RIPERT, Tome II, Obligations, Contrats, Sûretés réelles, LGDJ, 1947, pp. 38-39. Cela étant, en se référant à la notion d'intérêt général, la définition de Planiol semble être entachée par l'erreur *ignotum per ignotius*. Cela ne fait que prouver l'exactitude de l'opinion de J. Pineau selon laquelle « *l'ordre public est l'une des notions les plus floues du droit, les plus changeantes dans le temps comme dans l'espace* », J. PINEAU, « L'ordre public dans les relations de famille », in *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées libanaises, Tome XLIX, 1998, LGDJ, 2001, pp. 337-356, spéc. p. 337.

⁹²⁴ C. PERES-DOURDOU, *loc. cit.*

⁹²⁵ J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 92.

336. En outre, force est de constater que la déduction de l'impérativité des exceptions à partir de la dichotomie intérêt général/intérêt particulier se heurte à un obstacle tenant au caractère indéfinissable desdites notions, ainsi qu'au fait d'imbrication fréquente de ces deux types de considérations au sein d'une même exception. Pour rester dans l'optique de la copie privée, celle-ci fait face à la faille du marché et au principe de protection de la vie privée des consommateurs. Est-ce que cela signifie que les considérations d'intérêt général lui sont complètement étrangères ? « Copier est une action qui fait penser », disait un auteur...⁹²⁶. Il semble que *« même lorsque le législateur intervient dans le but de protéger un intérêt particulier, celui de l'individu ou du groupe placé en situation de faiblesse, c'est toujours dans l'intérêt général. Ce dernier est certes placé en retrait, au second plan mais reste cependant présent. Inversement, l'ordre public de direction, s'il vise à garantir l'intérêt général, va également, même si c'est indirectement, permettre de protéger des intérêts particuliers »*⁹²⁷.

337. De plus, la notion à contenu variable de l'intérêt général en tant que critère de reconnaissance de l'impérativité des exceptions devrait, pour devenir opérable, être remplie de contenu sémantique par l'interprète. L'approche déductive, en ce qu'elle lie l'impérativité des exceptions aux droits de l'auteur à la notion d'intérêt général ne peut que nous amener à la question de foi : qu'est-ce que l'intérêt général dans le domaine du droit d'auteur ?

Ceci étant dit, ce n'est pas l'impasse définitionnelle associée à la thèse d'impérativité par ricochet qui nous force à l'abandonner définitivement. Ce qui est plus important, c'est le fait que toutes les méthodes deductives jusqu'ici exposées se fondent sur un axiome selon lequel la détermination du caractère impératif ou supplétif de la règle de droit est une affaire de découverte, ou bien, suivant le vocabulaire de C. Pérès-Dourdou *« une quête théorique de vérité »*⁹²⁸, une recherche des concepts au-delà des mots⁹²⁹ visant à trouver un critère

⁹²⁶ R. B. ALAIN, *Propos sur l'éducation suivis de Pédagogie infantine*, PUF, 1986, p. 87.

⁹²⁷ C. POMART, *La magistrature familiale*, L'Harmattan, 2003, p. 409. Selon, E. Pilon, parmi les règles d'ordre public, on trouve celles relatives à la protection des incapables parce que *« c'est dans un intérêt supérieur d'ordre social que la loi prend ces mesures qui semblent ne sauvegarder, en apparence, que les intérêts individuels et purement privés des individus protégés, il importe à l'ordre public que ces règles protectrices ne soient pas à la merci des volontés particulières »*, E. PILON, note sous Cass. req., 27 mai 1903, *RTD Civ.*, 1903, pp. 666-669, spéc. 668.

⁹²⁸ C. PERES-DOURDOU, *loc. cit.*

⁹²⁹ A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « Quelques aspects de l'ordre public en droit comparé », in J.-F. ROMAIN et *alli.*, *L'ordre public concept et applications*, Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique, vol. III, Bruylant, 1995, pp. 219-256, spéc. 224.

matériel d'impérativité d'une règle - l'ordre public homogène, intangible et prévisible⁹³⁰. Ledit axiome de départ, mettant l'accent sur la raison du caractère impératif de la règle, et non pas sur les effets de cette impérativité⁹³¹, traduit une conviction traditionnelle selon laquelle l'impérativité se déduit de l'ordre public. Pourtant, à l'ère actuelle ces éléments sont souvent inversés dans le cadre d'une analyse inductive.

II. La contractualisation des exceptions - les résultats néfastes de l'analyse inductive

338. La détermination du caractère impératif ou supplétif des exceptions françaises à statut incertain à l'aide des méthodes déductives étant impossible, il convient de se demander si les mêmes résultats seraient obtenus dans le cadre d'une analyse inductive. Celle-ci suppose l'inversement du raisonnement traditionnel selon lequel la règle est impérative parce qu'elle est d'ordre public. Confrontée au concept émergent de l'ordre public fonctionnel (A), la règle est d'ordre public parce qu'elle a été déclarée impérative. Les résultats d'une telle analyse appliquée en matière des exceptions aux droits de l'auteur à statut incertain militent en faveur de leur supplétivité (B).

A. Le concept d'ordre public fonctionnel

339. L'ordre public fonctionnel est aujourd'hui un concept qui réussit à s'imposer à l'analyse des règles du droit privé en général (1) et du droit d'auteur en particulier (2).

⁹³⁰ Sur l'opposition ordre public homogène/hétérogène, v. not. : les développements d'A.-C. VAN GYSEL, J.-F. ROMAIN, « Conclusions générales : l'ordre public entre hétérogénéité et homogénéité », in J.-F. ROMAIN et *alli.*, *L'ordre public concept et applications*, Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique, vol. III, Bruylant, 1995, pp. 305-327, spéc 307 : « (...) existe-t-il réellement "quelque-part" un ordre au sens logique du terme, une structure idéologique qui soutiendrait, du point de vue juridique, la vie économique, politique et sociale des Belges (...) ? Une réponse positive à cette question n'est pas autre chose que l'affirmation d'une homogénéité fondamentale de la notion d'ordre public au sein de notre droit privé. Si non, il n'y aurait que des règles d'ordre public, des normes dont, on ne sait pourquoi, le juge (ou plus rarement le législateur) décide qu'elles revêtent certaines particularités, parce qu'elles sont particulièrement "importantes". La notion d'ordre public est, dans cette optique, une notion fonctionnelle, instrumentale : les règles d'ordre public sont celles qui ont telles qualités techniques, rien de plus ».

⁹³¹ F. MARMOZ, « Le refus de sanctionner par la nullité la délibération d'un organe social adoptée en violation d'une disposition statutaire », *D.*, 2010, pp. 2405-2409, spéc. p. 2407.

1. L'application en dehors du domaine du droit d'auteur

340. Le caractère d'ordre public de la règle de droit, se dissocie aujourd'hui du contenu de celle-ci, ainsi que des valeurs dont elle est porteuse. Comme le remarquent J. Hauser et J.-J. Lemouland, « *le législateur de notre époque, quand il qualifie un texte d'ordre public, le fait moins en fonction d'un contenu, qu'ainsi il contribuerait à sacraliser, qu'en fonction d'un but à atteindre* »⁹³². Cela confère à la notion d'ordre public une dimension technique, purement fonctionnelle et non pas conceptuelle, au sens qu'a donné à cette distinction le doyen Vedel⁹³³.

Dans cette optique, l'ordre public fonctionnel se détache du contenu de la règle et de sa justification⁹³⁴. Une règle de droit, traditionnellement considérée d'ordre public en raison de son importance sociale, des valeurs et considérations d'intérêt général qu'elle sous-entend, l'est aujourd'hui du fait de la reconnaissance de son caractère impératif par le créateur de la norme et, de plus en plus souvent, par le juge en cas de silence du législateur.

Ce changement de perspective supposant l'équivalence entre ordre public et impérativité⁹³⁵ et entraînant l'érection de l'effet principal de la règle (elle est impérative, parce qu'elle relève de l'ordre public) jusqu'au rang de source d'ordre public (une règle est

⁹³² J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, *Répertoire de droit civil*, Ordre public et bonnes mœurs, janv. 2015, dernière mise à jour, avr. 2015, n° 4

⁹³³ Selon G. Vedel, les notions conceptuelles « *peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes. Sans doute ne sont-elles pas immuables, mais les enrichissements ou les retranchements qu'elles peuvent subir sont imputables à l'évolution des données auxquelles on les applique, et non à leur nature même* ». En revanche, les notions fonctionnelles « *procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité* ». Pour illustrer la spécificité des notions fonctionnelles en droit administratif, le doyen Vedel s'appuie sur un exemple de notion d'« acte de gouvernement ». Selon lui, « *on peut bien dresser le catalogue des actes de gouvernement; mais on ne peut pas définir la catégorie des actes de gouvernement, sinon en indiquant ce à quoi elle sert, sa fonction* », G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950.I.851. Une telle approche fonctionnelle de la notion d'ordre public trouve son reflet dans la jurisprudence de la Cour de cassation française qui, à la différence de son homologue belge (v., sur ce point : P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public, Étude de Droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, Matot-Braine, 1953, pp. 98-99, tout en élaborant le catalogue des dispositions d'ordre public, n'a jamais donné une définition substantielle de l'ordre public, F. CADET, *L'ordre public en droit international de la famille, Étude comparée France/Espagne*, L'Harmattan, 2005, p. 125.

⁹³⁴ Dans la vision homogène de l'ordre public, « *Le mot d'ordre évoque une organisation articulée dans une armature sociale, constituée par les institutions fondamentales de la société. Il est donc inexact de dire que l'ordre public est une notion indépendante : elle est attachée aux lois et aux institutions. Aussi le juge ne peut par un pouvoir prétorien définir ce qu'est à son caprice l'ordre public (...). Le rôle du juge dans la détermination de l'ordre public est limité et concret : découvrir les institutions fondamentales (...) et rechercher ce qui est essentiel en elles* », P. MALAURIE, *op. cit.*, p. 119, nous soulignons.

⁹³⁵ T. REVET, « L'ordre public dans les relations de travail », in T. REVET, *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, pp. 43-63, spéc p. 44, note 6.

d'ordre public parce qu'elle est impérative)⁹³⁶ caractérise aujourd'hui des nombreuses branches du droit privé.

341. C'est dans cette logique de dissociation de l'impératif du fondamental qu'il faudrait situer, par exemple, le droit édicté au profit du titulaire d'un bail commercial de le céder à l'acquéreur de son fonds de commerce. Si la loi frappe de nullité toute interdiction conventionnelle dans cette matière⁹³⁷, afin de rendre toujours possible la cession du bail dans le cadre de la cession du fonds de commerce⁹³⁸, « *il faut douter que ce droit soit fondamental au point que sa mise en cause modifie la face de notre société* »⁹³⁹.

Là où la loi est muette, à plusieurs reprises le juge a pallié le silence du législateur pour déclarer supplétives des règles traditionnellement considérées comme étant d'ordre public, et ce malgré leur ancrage incontestable dans les considérations d'intérêt général. C'est dans cet esprit perturbateur que la Cour de cassation a reconnu, par exemple, le caractère supplétif de l'énumération des causes d'interruption du délai de prescription⁹⁴⁰, solution ensuite reprise par le législateur⁹⁴¹, en laissant ainsi s'épanouir la liberté contractuelle dans le domaine traditionnellement imprégné par le « formalisme sans souplesse »⁹⁴² et attaché au maintien de la « quiétude publique »⁹⁴³.

⁹³⁶ C. PERES-DOURDOU, *op. cit.*, p. 301. L'auteure met accent sur l'origine ancienne de la tendance en citant G. B. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois, Étude de philosophie du droit et de droit civil*, Cotillon-Pichon, 1899, p. 46 : « *Au législateur disant : cherchez ce que sont les lois d'ordre public et vous saurez en bloc quelles sont les lois auxquelles je ne veux pas qu'on déroge, (la doctrine) répond audacieusement : c'est vous qui allez nous signaler une à une les lois auxquelles on ne peut déroger et nous vous dirons alors quelles sont les lois d'ordre public. Il est clair qu'(elle) n'interprète plus l'article 6 : (elle) le refait* », C. PERES-DOURDOU, *loc. cit.*

⁹³⁷ V. : l'article L. 145-16 al. 1^{er} du Code de commerce : « *Sont également réputées non écrites, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise* ».

⁹³⁸ Ce qui constitue un régime dérogatoire au principe général annoncé par l'article 1717 du Code civil, selon lequel « *le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. Elle peut être interdite pour le tout ou partie. Cette clause est toujours de rigueur* ». V., sur cette question, not. : A. JAUFFRET, « Chroniques de législation et de jurisprudence françaises », I., Organisation générale du commerce, *RTD Com.*, 1951, pp. 479-512, spéc. pp. 485-486, J. G. LE MARDELE, « Modifications au régime des baux commerciaux. Prorogation légale. Dispositions diverses (Commentaire de la loi du 24 mai 1951) », *JCP*, 1951.I.936.

⁹³⁹ B. THULLIER, *L'autorisation, étude de droit privé*, LGDJ, 1996, p. 101.

⁹⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2002, *Bull. I*, n° 174, *D.*, 2003 p. 155, note P. STOFFEL-MUNCK, *RTD Civ.*, 2002, p. 815, obs. J. MESTRE, B. FAGES.

⁹⁴¹ Article 2254 al. 2 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.

⁹⁴² J. CARBONNIER, « Notes sur la prescription extinctive », *RTD Civ.*, 1952, pp. 171-181, spéc. p. 175.

⁹⁴³ P. STOFFEL-MUNCK, « Alerte sur les prescriptions extinctives : l'article 2244 du Code civil n'est plus d'ordre public », note sous Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2002, *Bull. I*, n° 174, *D.*, 2003 pp. 155-159 précitée, spéc. p. 158. Il n'est pas douteux qu'à l'origine de la prescription se trouvent des considérations d'intérêt général. Son absence signifierait qu'« *il n'y aurait aucun terme après lequel on pût se regarder comme propriétaire ou comme affranchi de ses obligations ; il ne resterait au législateur aucun moyen de prévenir ou de terminer les procès ; tout serait incertitude et confusion. Ce qui prouve encore plus que les prescriptions sont un des fondements de l'ordre social, c'est qu'on les trouve établies dans la législation de tous les peuples* ».

2. L'application dans le domaine du droit d'auteur

342. Un autre exemple relevant cette fois-ci du domaine du droit d'auteur, et plus précisément du contrat de commande pour la publicité, prouve que la jurisprudence n'hésitait pas parfois à doter une norme d'un caractère supplétif pour des raisons opportunistes. Ainsi, la loi du 3 juillet 1985⁹⁴⁴ a mis en place, au profit du producteur publicitaire, une présomption conditionnelle de cession du droit d'exploitation par rapport à « *une œuvre de commande utilisée pour la publicité* »⁹⁴⁵. L'objectif du législateur était d'entendre les prétentions des auteurs souhaitant suivre pécuniairement le sort de ces œuvres publicitaires, notamment de remédier à la pratique d'usage de la rémunération forfaitaire, fixée indépendamment du succès des campagnes publicitaires⁹⁴⁶. Le mécanisme mis en place est exorbitant du droit commun en matière de cession des droits d'auteur.

343. Ainsi, aux termes de l'article L. 132-31 du CPI, la cession du droit de l'exploitation de l'œuvre publicitaire intervient à condition que le contrat passé entre l'auteur et le producteur « *précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre* ». Cela signifie le conditionnement de la cession par l'existence d'une rémunération qui, sans pouvoir être proportionnelle au sens de l'art L. 131-4 al. 1^{er} du CPI⁹⁴⁷, compte tenu de la nature particulière de l'œuvre publicitaire qui ne génère pas

policiés. Elles furent en usage chez les Romains, dans les temps les plus reculés ; leurs lois n'en parlent que comme d'une garantie nécessaire à la paix publique (...)», M. BIGOT-PREAMENEU, présentation au Corps législatif, dans sa séance du 17 ventôse an XII du titre XX du livre III du projet de Code civil, intitulé : *de la Prescription*, in P. À FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XV, au Dépôt, 1827, p. 575.

⁹⁴⁴ Loi n° 85-660 du 3 juill. 1985, relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

⁹⁴⁵ Article 14 al. 1^{er} de la loi du 3 juill. 1985, devenu article L. 132-31 al. 1^{er} du CPI.

⁹⁴⁶ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, p. 690 et p. 698. Dans le même sens, C. BIGOT, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ, 1997, p. 171 et p. 180. S. Durrande remarque que dans la pratique antérieure à l'adoption de cette disposition, « *les contrats entre les agences et les créateurs prévoyaient le plus souvent une cession globale des droits pour tous supports, l'honoraire convenu valant "cession forfaitaire et définitive desdits droits"* », S. DURRANDE, « La cession du droit d'exploitation des œuvres publicitaires de commande (Commentaire de l'article 14, al. 1^{er} et 2, de la loi du 3 juill. 1985) », *D.*, 1986, pp. 280-284, spéc. p. 283. La nécessité d'aménagement de la liberté contractuelle dans le domaine des œuvres de commande pour la publicité résulte d'un déséquilibre significatif quant au pouvoir économique existant entre l'auteur et le producteur. Ainsi, comme le souligne J.-P. Oberthur, « *la négociation de gré à gré entre les parties ne peut tourner qu'au détriment des auteurs qui sont isolés face à des partenaires dont la situation économique est bien supérieure ; la liberté contractuelle devient un leurre pour les auteurs et profite surtout à leurs partenaires qui imposeront les conditions et les prix de cession ou surtout imposeront une rémunération dans laquelle les honoraires de conception et de réalisation d'une part et droits d'auteur d'autre part sont confondus* », J.-P. OBERTHUR, « L'article 14 relatif aux œuvres de commande utilisées pour la publicité », *RIDA*, n° 128, avr. 1986, pp. 7-45, spéc. p. 11.

⁹⁴⁷ Selon lequel, « *la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation* ».

de recettes directes d'exploitation⁹⁴⁸, se situe « *en relation avec l'ampleur de la diffusion de l'œuvre* »⁹⁴⁹ et évoque la proportionnalité⁹⁵⁰. Il en résulte, selon la doctrine majoritaire, l'interdiction de stipulation d'un forfait global, d'une rémunération fixée une fois pour toutes, non ajustable en fonction de « *l'ampleur effective de la campagne publicitaire* »⁹⁵¹.

Cette conclusion ne peut pas céder devant l'argument, présenté par certains auteurs, selon lequel l'article L. 132-31 du CPI, en disposant que « *le contrat entre le producteur et l'auteur entraîne, sauf clause contraire, cession au producteur des droits d'exploitation de l'œuvre, dès lors que ce contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre* »⁹⁵², met en place une règle supplétive de volonté relative aux modalités de calcul de la rémunération, la « clause contraire » ne permettant que de « *détacher la cession de la commande* »⁹⁵³. Comme le souligne F. Pollaud-Dulian, l'article L. 132-31 du CPI admet « *la possibilité de clauses contraires, c'est-à-dire d'une clause expresse écartant la présomption de cession, mais non d'une clause affranchissant les parties des précisions auxquelles est subordonnée la cession, faute de quoi le dispositif protecteur serait vidé de son sens* »⁹⁵⁴.

Cela étant, les difficultés liées au calcul de ladite rémunération comportant des éléments de proportionnalité et la complexité de la réglementation élaborée afin de mettre en place un modèle de contrat de commande satisfaisant aux conditions légales⁹⁵⁵ ont conduit les praticiens à ne recourir audit système de rémunération qu'à titre exceptionnel⁹⁵⁶. Face à cette désuétude, la Cour de cassation⁹⁵⁷, dans un souci de réalisme, a légalisé le recours

⁹⁴⁸ C. BIGOT, *loc. cit.*, G. BONET, X. DESJEUX, « Le droit de la publicité dans l'article 14 de la loi du 3 juillet 1985 », *JCP*, 1987.I.3283, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *loc. cit.*, S. DURRANDE, *op. cit.*, p. 282.

⁹⁴⁹ C. BIGOT, *loc. cit.*

⁹⁵⁰ G. BONET, X. DESJEUX, *loc. cit.*

⁹⁵¹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, p. 699. Dans le même sens, E. PARENT, *Le droit d'auteur sur les créations publicitaires*, Eyrolles, 1989, p. 133, pour lequel, l'art 14 de la loi du 4 juill. 1985 a mis en place, en matière du calcul de la rémunération en cas de cession, une règle impérative « *visant à protéger des intérêts particuliers, sanctionné par une nullité relative* ».

⁹⁵² Nous soulignons.

⁹⁵³ E. PARENT, *loc. cit.*

⁹⁵⁴ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, p. 1075. Dans le même sens, E. PARENT, *Le Droit d'Auteur sur les Créations Publicitaires*, Eyrolles, 1989, p. 133, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *loc. cit.*

⁹⁵⁵ V. : la décision du 23 févr. 1987 de la commission créée par l'article 14 de la loi du 3 juill. 1985, *JORF*, 2 mai 1987, pp. 4874-4876 et les commentaires critiques de F. GREFFE, P.-B. GREFFE, *La publicité et la loi, Droit français-Union européenne-Suisse*, 11^e éd., Litec, 2009, p. 135.

⁹⁵⁶ F. GREFFE, P.-B. GREFFE, *La publicité et la loi, Droit français - Union européenne - Suisse*, 11^e éd., Litec, 2009, p. 135, T. HASSLER, *Répertoire du droit commercial*, contrat de publicité, oct. 2008, dernière mise à jour - janv. 2012, n° 208.

⁹⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2001, *Bull. I*, n° 79, *D.*, 2001, p. 1624, note B. POISSON, *PI*, n 1, oct. 2001, p. 69, obs. À LUCAS, *CCE*, n° 10, oct 2001, comm. 101, obs. C. LE STANC.

au forfait global dans les conditions de l'art L. 132-31 du CPI⁹⁵⁸, faisant de ce dernier une règle supplétive de volonté.

344. Ces quelques exemples semblent corroborer l'opinion de C. Pérès-Dourdou, selon laquelle la détermination du caractère impératif d'une règle de droit n'est pas l'affaire « *d'une investigation fondamentale, par laquelle l'interprète s'inclinerait devant les domaines réservés par essence, à la liberté individuelle, d'une part, aux nécessités sociales, d'autre part* »⁹⁵⁹, mais plutôt une « *œuvre pratique d'opportunité consistant à se demander s'il est souhaitable de reconnaître aux sujets de droit telle(s) ou telle(s) forme(s) de liberté individuelle plutôt qu'une autre* »⁹⁶⁰. Dans cette optique, pour trancher le débat sur la possibilité de contractualisation des exceptions à statut incertain, il convient de se placer non pas au stade de la création des exceptions, dans la perspective de leur téléologie abstraite, mais, de préférence, sur le terrain le plus proche à leur application concrète - celui de leur interprétation jurisprudentielle.

B. La suppléativité « induite » des exceptions à statut incertain

345. En ce qui concerne le caractère impératif ou supplétif des exceptions à statut incertain, le silence du législateur rend possible l'induction par le juge de leur caractère supplétif. Dans l'optique de l'ordre public fonctionnel et hétérogène, une telle suppléativité pourrait constituer tout simplement l'affirmation de l'appartenance du droit d'auteur au domaine du droit privé. En outre, elle répondrait au postulat de flexibilisation du droit d'auteur avancé par de nombreux auteurs. Le fait que le droit d'auteur français ne dispose pas d'outils permettant de repousser une telle analyse constitue une véritable anomalie.

Le droit d'auteur fait indéniablement partie du droit privé. On ne saurait, au risque de l'exposer au risque d'une transformation en une sorte de « contre-source »⁹⁶¹ du droit, fragilisant ainsi ses fondements, lui refuser la possibilité de combler ses lacunes en s'inspirant

⁹⁵⁸ T. HASSLER, *loc. cit.*

⁹⁵⁹ C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 303.

⁹⁶⁰ *Ibidem.*

⁹⁶¹ Comme le remarque J.-S. Bergé, « *si l'on considère que les règles spéciales de propriétés intellectuelles évincent de manière systématique les règles plus générales et plus anciennes, la propriété intellectuelle se transforme en contre-source du droit, incapable de s'alimenter en dehors des règles codifiées qui lui sont consacrées* ». Cela forcerait le droit de la propriété intellectuelle à étendre constamment son champ d'application afin de faire face aux nouveaux défis du monde contemporain. Ladite extension du domaine du droit d'auteur ne lui est pas bénéfique dans la mesure où elle constitue un des arguments principaux de ses contestateurs, J.-S. BERGÉ, « *Entre autres droits, la propriété intellectuelle* », *PI*, n° 4, juill. 2002, pp. 9-14, spéc. p. 9.

des règles plus générales et plus anciennes propres au système du droit privé⁹⁶². Il ne faut pas oublier que dans le domaine du droit privé, dominé par la liberté contractuelle, c'est cette dernière qui constitue la règle qu'écarte l'ordre public⁹⁶³. Cette règle s'impose à la lumière de la théorie de l'autonomie de volonté dont le système du droit privé est imprégné⁹⁶⁴.

346. Pour ces raisons, en premier lieu, nous ne sommes pas convaincus par les auteurs qui prennent position dans le débat sur le caractère impératif ou supplétif des exceptions à statut incertain en affirmant qu'« *il est admis de façon générale que, autant une règle peut être impérative sans qu'une mention l'affirme expressément dans l'énoncé de cette règle, autant une règle ne peut être tenue pour supplétive sans indication expresse en ce sens, sauf à fragiliser l'ensemble du droit* »⁹⁶⁵.

347. Au moment où nous écrivons ces lignes, la question du caractère impératif ou supplétif des exceptions à statut incertain n'est pas tranchée par la jurisprudence. Toutefois, le juge français, qui un jour ou l'autre sera amené à prendre position dans le débat, aura un choix entre la logique propre au *jus privatum*, favorable à la contractualisation,

⁹⁶² Selon C. Caron, « (...) loin de jouir d'une autonomie absolue, le droit d'auteur, droit spécial, ne saurait, pour autant, ignorer totalement les logiques du droit des obligations, du droit des biens, les principes généraux du droit... », C. CARON, « Les limites externes au droit d'auteur (abus de droit et droits du public) », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'Étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 237-251, spéc. p. 237.

⁹⁶³ A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Études sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ, 1962, p. 9, B. PETIT, *Introduction générale au droit*, Presses universitaires de Grenoble, 2008, p. 14.

⁹⁶⁴ Selon V. Larribau-Terneyre, « la théorie générale du contrat, inspirée au plan philosophique par la doctrine de l'autonomie de la volonté (l'homme est libre et sa volonté est toute puissante) et au plan économique par le libéralisme (laisser faire, laisser passer), repose sur le principe suivant lequel le contrat est l'expression de la libre volonté de deux individus égaux. De fait, la liberté est réelle. La loi impérative est l'exception, la plupart des dispositions légales sont supplétives. L'affirmation du principe de liberté contractuelle (liberté de contracter, de choisir son contractant et de choisir le contenu du contrat) n'est pas purement théorique. L'État est peu interventionniste, l'ordre public très réduit », V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », in R. CABRILLAC, Y. LEQUETTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, P. SIMLER, *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 83-107, spéc. 91.

⁹⁶⁵ J. PASSA, « Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013, pp. 13-17, spéc. p. 15. Pour M. Dieng, s'inspirant des travaux du doyen Cornu, « la valeur impérative de la règle de droit n'est pas forcément liée "aux verbes contraignants", alors que sa valeur supplétive dépend obligatoirement d'un verbe explicite (...) afin que la valeur supplétive de la règle de droit soit reconnue, il est nécessaire que son énoncé fasse clairement apparaître son rôle de suppléance par rapport à la volonté contractuelle », M. DIENG, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse, Paris I, Panthéon-Assas, 2012, p. 147. Il semble que la thèse défendue par les auteurs précités ne trouve point d'ancrage dans la pensée de G. Cornu qui estime, au sujet de la situation dans laquelle le caractère impératif ou supplétif d'une règle de droit n'est pas précisé dans son énoncé, qu'« on admet unanimement aujourd'hui que toutes les règles d'ordre public ne sont pas dans les lois qui sont expressément qualifiées d'ordre public. Une règle peut être reconnue d'ordre public, même si ce caractère ne résulte d'aucune disposition expresse. À défaut de précision dans la loi, il appartient au juge de trancher, à propos du procès qui lui est soumis, la question de savoir si la règle dont l'application est en jeu est d'ordre public ou purement supplétive (...). Il faut bien alors, dans le silence de la loi, que le juge qualifie la loi, pour admettre, le cas échéant, qu'elle est d'ordre public », G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, p. 186, nous soulignons.

et celle du *jus publicum*, composé de règles impératives. Si le législateur garde toujours le silence en la matière, rien ne s'oppose à ce que soit affirmé le caractère supplétif des exceptions à statut incertain, et une telle affirmation serait paradoxalement conforme à la nature du droit d'auteur en tant que branche du droit privé.

Ladite induction jurisprudentielle du caractère supplétif des exceptions dans le socle du concept d'ordre public hétérogène peut également apparaître comme la conséquence naturelle de la vision personnaliste du droit d'auteur. Ainsi comme le souligne L. Guibault, par rapport à la question de la contractualisation des exceptions, « *en France, où le système du droit d'auteur est fondé principalement sur la théorie des droits naturels et où le droit positif admet relativement peu de limites à la liberté contractuelle, des clauses restrictives dans des licences de droit d'auteur seraient sans doute acceptées comme valides* »⁹⁶⁶.

348. L'affirmation de la supplétivité des exceptions serait en outre au service des ambitions du juge français. L'ordre public, dans la forme pragmatique et fonctionnelle que nous défendons, constitue un des outils de réalisation de la politique jurisprudentielle, dont « les fins varient suivant les matières »⁹⁶⁷. Comme nous l'avons constaté à plusieurs reprises, le juge du droit d'auteur cherche aujourd'hui à contourner la rigidité du système des exceptions aux droits de l'auteur tel qu'issu de la loi du 11 mars. La réalité extranormative mouvante ainsi que les règles d'ordre supérieur l'invitent constamment à trouver des échappatoires atténuant progressivement la clarté de la distinction entre ce que l'auteur peut interdire et ce qui peut se faire indépendamment de sa volonté, dans les limites strictement encadrées par la loi.

349. Finalement, ladite induction de la supplétivité des exceptions aux droits de l'auteur serait peut-être bienvenue pour une grande partie de la doctrine ainsi que par les praticiens, dans la mesure où elle peut se justifier par le postulat de flexibilisation du droit d'auteur et de son adaptation aux défis du numérique. « *À l'évidence la règle supplétive est flexible* », dit un auteur⁹⁶⁸. Dans la mesure où l'épanouissement de la logique de contrat

⁹⁶⁶ L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts, An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer Law International, 2002, p. 319. Dans le même sens, en faveur de la thèse de supplétivité, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., PUF, 2015, p. 347 : « *Il ne s'agit pas seulement d'une tolérance : c'est une prérogative sous forme d'exception - mais pas un droit concurrent de celui des auteurs - exceptionnelle dont jouissent les usagers, en tant qu'ils restent cependant dans les limites fixées par la loi. Ils peuvent sans doute y renoncer par contrat, ou acceptation de conditions générales, leur droit n'étant pas indisponible (ni même extrapatrimonial)* ».

⁹⁶⁷ M. BOULANGER, « Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi », in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Tome V, Dalloz, 1950, pp. 61-73 spéc. p. 65.

⁹⁶⁸ J.-Y. KERBOURC'H, « Penser la flexibilité en droit du travail », in M. DE NANTEUIL, A. EL AKREMI, *La société flexible*, ERES, 2005, pp. 29-50, spéc. p. 32.

marque le passage du droit conçu comme un commandement à un droit négociable⁹⁶⁹, « la reconnaissance aux parties de la liberté de conclure et de fixer le contenu de leur contrat a pour corollaire l'affirmation de la flexibilité du droit, c'est-à-dire la possibilité qui leur est reconnue d'y apporter des modifications »⁹⁷⁰.

Apporter un élément de souplesse aux exceptions revient à les rendre plus « adaptables » aux besoins des intéressés, les auteurs en premier lieu, qui peuvent obtenir par voie contractuelle ce que le simple jeu des règles du droit d'auteur ne peut pas leur offrir, mais aussi aux consommateurs, qui pourraient ainsi acquérir un produit « cousu sur mesure », répondant mieux à leurs besoins⁹⁷¹. Comme le souligne J.-Y. Kerbourc'h, en analysant la question de flexibilité dans le domaine du droit de travail, « la recherche de flexibilité est la manifestation d'une aspiration croissante des agents économiques à la liberté que le législateur leur a volontiers offerte : liberté de contracter comme ils l'entendent et de stipuler comme ils le veulent ; liberté des entreprises d'aménager comme elles le souhaitent ou comme l'état du marché les contraint la production des biens et des services, et d'organiser en conséquence ses rapports avec la main-d'œuvre »⁹⁷².

350. La même aspiration à la liberté entendue avant tout comme l'absence de prédétermination⁹⁷³ des comportements des acteurs concernés se fait ressentir sur le plan de contractualisation des exceptions aux droits de l'auteur. L'aura de la supplétivité entourant les exceptions françaises à statut incertain nous montre que le législateur, s'il n'a pas dit « oui » à cette tendance incompatible avec l'architecture de l'équilibre préétabli de la matière, n'a pas réussi à nous convaincre de la réalité de sa réticence vers une telle flexibilisation.

351. Les traces d'une tendance favorable à la logique de supplétivité des exceptions peuvent être retrouvées dans un jugement du TGI de Paris⁹⁷⁴, tranchant une affaire opposant les héritiers de Marcel Pagnol à l'éditeur d'un journal, qui après avoir découpé, recadré

⁹⁶⁹ Dans ce sens, J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in J. CLAM, G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 21-46, spéc. p. 37.

⁹⁷⁰ J. LOHOUES-OBLE, « L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Revue du droit uniforme*, vol. XIII, 2008, pp. 319-338, spéc. p. 327. Selon G. Lyon-Caen, « la liberté des agents économiques est (...) variable selon qu'un système juridique multiplie des lois impératives ou les réduit au minimum, selon qu'il érige l'autonomie en principe et confère à la loi une fonction supplétive. Le degré plus ou moins étendu de permissivité, de dérogabilité, d'autonomie, voilà les questions décisives, voilà ce qu'on doit préférer aux substantifs imprécis de flexibilité, de souplesse ou de mobilité », G. LYON-CAEN, « La bataille truquée de la flexibilité », *Droit Social*, 1985, pp. 801-810, spéc. p. 801.

⁹⁷¹ T. C. VINJE, « Copyright imperilled ? », *EIPR*, n° 21(4), 1999, pp. 192-207, spéc. p. 195.

⁹⁷² J.-Y. KERBOURC'H, *op. cit.*, p. 33.

⁹⁷³ *Supra*, n° 160 et suiv.

⁹⁷⁴ TGI Paris, 30 avr. 1997, JurisData n° 1997-045118, *Gaz. Pal.*, 17-19 mai 1998, n° 137-139, somm., p. 22, note M. ANTOINE LALANCE.

et tronqué les photos extraites d'un film du cinéaste, remis par les titulaires des droits pour illustrer un numéro du journal, les a utilisées à des fins publicitaires.

Les arguments des défendeurs, invoquant notamment le bénéfice de l'exception pour courte citation, ont été repoussés par le Tribunal, qui explique que le jeu de ladite exception suppose « *l'absence d'autorisation de reproduction d'une œuvre par le titulaire des droits patrimoniaux et moraux sur cette œuvre* », et que l'éditeur « *qui avait été autorisé à reproduire les photographies qui lui avaient été remises, devait respecter les conditions inhérentes à cette autorisation, à savoir leur reproduction sans altération* ». Les magistrats ont ainsi écarté le jeu de l'exception invoquée en se basant avant tout sur le contenu de la permission contractuelle donnée au défendeur par les titulaires des droits et non pas en analysant les conditions légales de l'exception pour courte citation, pour finalement y faire référence en rappelant que le défendeur ne saurait être admis au bénéfice de l'exception, dès lors que l'œuvre citante « *ne comporte aucune mention de la source des photographies l'illustrant au mépris des dispositions de l'article L. 122.5.3^o du Code de la Propriété Intellectuelle* ».

Ce raisonnement amalgamique, qui semble assujettir le jeu d'une exception aux droits de l'auteur à la fois à la réunion de ses conditions légales et au respect des limites de l'autorisation contractuelle, est d'autant plus étonnant que, comme le souligne un commentateur⁹⁷⁵, le rejet de l'exception aurait pu se justifier en l'espèce par le rappel de la jurisprudence et de la doctrine bien établies en France, limitant les citations licites au domaine des œuvres littéraires.

Ladite décision du Tribunal de grande instance est restée sans écho tant en ce qui concerne la jurisprudence que la doctrine. Hélas, en l'état du droit positif, rien ne s'oppose à une généralisation d'une telle méthode inédite, ce qui constitue une anomalie véritable, inexplicable dans le cadre du paradigme d'équilibre préétabli.

⁹⁷⁵ M. ANTOINE LALANCE, note sous TGI Paris, 30 avr. 1997, *Gaz. Pal.*, 17-19 mai 1998, n°137-139, somm., pp. 22-24, spéc. p. 23.

Conclusions du Chapitre 2

352. La confrontation du système français d'exceptions aux droits de l'auteur aux questions juridiques suscitées par les mesures techniques de protection et par le phénomène émergent de contractualisation des exceptions révèle un certain nombre d'anomalies, dont la portée, loin d'être cantonnée à une exception particulière ou bien un groupe restreint d'exceptions, touche à l'exception aux droits de l'auteur en tant que telle. C'est la nature et les attributs fondamentaux de l'exception qui sont en jeu quand on se penche sur la possibilité de paralyser son exercice à l'aide d'outils techniques ou bien d'exclure son jeu par voie contractuelle.

353. La logique d'équilibre préétabli du droit d'auteur voudrait que la volonté unilatérale des titulaires ne puisse avoir d'incidence quelconque sur la répartition des forces en matière d'exceptions. À la base, ces dernières sont des règles juridiques, dotées de leur propre force obligatoire et de champs d'application bien définis. Leur malléabilité au gré de la volonté des titulaires entraîne, jusqu'à un certain point, la dilution de leur juridicité et leur rapprochement d'une logique étonnante de tolérance consacrée par le droit objectif.

Le législateur français n'a pas réussi à prémunir le système d'exceptions contre une telle anomalie. Tenu de concilier l'inconciliable, il a assuré la légalité des mesures techniques de protection, tout en organisant un système de sauvegarde de certaines exceptions « privilégiées » contre leur paralysie par la volonté unilatérale des titulaires. Méfiant à l'égard du juge du droit d'auteur, il a confié la tâche de conciliation de ces deux éléments antagonistes à une autorité administrative indépendante. Ce modèle de conciliation est pourtant dépourvu de toute efficacité réelle. En outre, au lieu de constituer le siège de la résistance du paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur, bâti autour de règles rigides d'origine législative, il permet la régulation des exceptions aux droits de l'auteur à l'aide d'instruments du droit souple. Par conséquent, on assiste, au moins *de facto*, sinon *de jure*, à un assouplissement paradoxal des règles, ce qui est inédit dans l'histoire du droit d'auteur moderne. Non seulement on a permis une quasi-assimilation des exceptions aux tolérances, mais aussi, pour empêcher cette érosion, on a fait appel au droit souple...

Le législateur français n'a pas non plus réussi à prémunir le système d'exceptions contre leur aménagement contractuel. En l'état du droit positif, la déduction du caractère impératif de la plupart des exceptions françaises n'est pas possible. En revanche, une analyse inductive basée sur la notion d'ordre public fonctionnel, gagnant progressivement du terrain en matière du droit privé, mène à la conclusion selon laquelle rien ne s'oppose à ce que

le caractère supplétif des exceptions soit aujourd'hui reconnu par le juge. L'existence de cette anomalie est d'autant plus regrettable que son élimination est l'affaire d'une simple précision par le législateur du caractère d'ordre public de toutes les exceptions aux droits de l'auteur.

Conclusions du Titre 2

354. L'analyse des exceptions aux droits de l'auteur dans leur environnement moderne révèle l'existence de phénomènes qui résistent à leur explication dans le cadre du paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur. Ces anomalies sont tantôt ponctuelles, en ce qu'elles concernent uniquement un groupe restreint d'exceptions ou bien une exception particulière, tantôt, chose plus grave, générales, dans la mesure où elles touchent l'exception aux droits de l'auteur en tant que telle.

Les défis du monde contemporain transforment profondément l'office du législateur national en matière de recherche de l'équilibre du droit d'auteur. Celui-ci n'est plus libre de créer des exceptions et dicter leur interprétation uniquement en considération des objectifs de sa politique législative. Aujourd'hui, de nombreux « tiers » participent ou peuvent participer à cette tâche délicate. Certains d'entre eux ont imposé ou bien revendiqué leur autorité (le législateur de l'Union européenne, le juge du droit d'auteur), d'autres semblent y être invités (les titulaires, les bénéficiaires des exceptions, l'HADOPI...).

En l'état du droit positif, il est possible de prouver qu'en réalité les exceptions aux droits de l'auteur ne sont pas créées par le législateur français de manière discrétionnaire, mais leur forme est largement prédéterminée par le droit de l'Union européenne. La liste des exceptions n'est pas vraiment fermée et la logique d'exception prétorienne n'a pas été entièrement évincée par la loi du 11 mars 1957. En outre, le paradigme consacré par cette dernière dans sa forme actuelle n'est pas en mesure d'expliquer certains phénomènes entraînant la dilution de la normativité des exceptions et l'assouplissement de leur force obligatoire.

Conclusions de la Partie première

355. La première partie de notre étude nous a permis de reconstruire le contexte historique et les raisons de l'apparition du modèle français de l'exception aux droits de l'auteur, ainsi que les principales caractéristiques de ce dernier. Nous y avons également vu certaines limites du pouvoir explicatif du paradigme consacré en la matière.

Les exceptions françaises sont d'abord censées être inscrites dans la loi et réaliser l'équilibre entre les droits exclusifs des auteurs et les intérêts des utilisateurs voulu par le législateur français. Une telle vision de l'exception constitue une réponse à l'insuffisance du modèle antérieur, dans lequel la matière était laissée à la discrétion du juge et marquée par des fluctuations jurisprudentielles fréquentes. Nous avons confronté ce modèle avec un certain nombre de problèmes juridiques qui résistent à leur intégration dans le paradigme ainsi consacré.

356. Cela suffit-il pour constater la crise des exceptions aux droits de l'auteur ? Autrement dit, l'existence des anomalies prouve-t-elle que l'on se trouve confrontés à une crise du paradigme dominant, annonçant son remplacement par un paradigme nouveau ? Pas nécessairement, car toutes les anomalies n'ont pas la même valeur. Selon T. Kuhn, le seul fait que la science normale soit confrontée à des anomalies ne produit pas forcément la crise et l'abandon du paradigme dominant⁹⁷⁶. L'homme de science, dit-il, « *qui s'arrêterait à considérer toutes les anomalies qu'il remarque arriverait rarement à rédiger une œuvre de valeur* »⁹⁷⁷. Tout est par conséquent question de savoir où se trouve le « point de crise »⁹⁷⁸.

À cet égard les épistémologues apportent des réponses diverses. En premier lieu, il est possible de retenir le critère quantitatif et estimer que « *si quelques anomalies ne provoquent pas de crise (...) beaucoup le font* »⁹⁷⁹. T. Kuhn réfute cette méthode simpliste en rappelant qu'« *il y a toujours des difficultés quelque part dans la cohérence paradigme - nature, la plupart se résolvent tôt ou tard, souvent par des processus imprévisibles* »⁹⁸⁰. Pour lui la crise commence lorsque l'anomalie constatée présente une certaine particularité sur le plan qualitatif. Elle doit remettre en question « *les généralisations explicites et fondamentales du paradigme* »⁹⁸¹.

⁹⁷⁶ T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983, p. 120.

⁹⁷⁷ *Ibidem*.

⁹⁷⁸ L. LAUDAN, *La dynamique de la science*, Pierre Mardaga Editeur, 1977, p. 89.

⁹⁷⁹ *Ibidem*.

⁹⁸⁰ T. KUHN, *loc. cit.*

⁹⁸¹ *Ibid.*, p. 121. Dans le même sens, M. ESFELD, *Philosophie des sciences, Une introduction*, 2^e éd., Presses polytechniques et universitaires romandes, 2009, p. 40.

357. En matière de l'équilibre préétabli du droit d'auteur, la généralisation fondamentale constituant le cœur du paradigme semble être l'idée d'autosuffisance des lois sur le droit d'auteur en matière des exceptions aux droits de l'auteur. Tous les autres éléments du paradigme que nous avons commentés sont directement ou indirectement au service de cette idée. Ainsi, l'origine nécessairement législative des exceptions, la limitation de la liberté de leur interprète à travers la rigidité des textes les régissant, le principe de leur interprétation stricte, l'enfermement des prérogatives des utilisateurs dans le corset du droit objectif et le refus de reconnaître, à leur profit, des droits subjectifs - tous ces principes créent une image du droit d'auteur autarcique, qui a entièrement internalisé la question de conciliation des droits exclusifs avec les intérêts du public à l'aide des exceptions.

Si les anomalies vues jusqu'ici assombrissent quelque peu les éléments constitutifs du paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur, nous y voyons des contre-exemples, des « *cas limites aux bornes de la théorie* »⁹⁸² plutôt que les facteurs d'une crise véritable. La prédétermination de la forme de l'exception par le droit de l'Union européenne, sa transposition prétorienne, sa supplétivité ou sa paralysie par les mesures techniques de protection, ces phénomènes marquent des limites du pouvoir du législateur français en matière des exceptions. Ceci étant ils n'excluent pas sa compétence en la matière.

358. Une crise véritable de cet édifice verra le jour quand il sera admis que les lois sur le droit d'auteur ne sont pas compétentes pour régir, de manière complète, les exceptions aux droits de l'auteur, et quand il sera admis que le rôle de l'exception peut être joué par des normes étrangères à la discipline, d'origine extra *jus auctoris*.

Cela marquerait, purement et simplement, le rejet du droit d'auteur, avec ses forces et ses faiblesses, le rejet du paradigme classique dans le cadre duquel le droit d'auteur objectif organise les exceptions *aux* droits subjectifs de l'auteur, au profit d'un modèle fondé sur l'idée d'exception qui déroge *au* droit d'auteur, passant outre l'arbitrage entre les droits exclusifs et les intérêts du public opéré par ce dernier. L'exercice des droits subjectifs de l'auteur pourrait ainsi être paralysé par l'application de règles étrangères au droit d'auteur objectif, obéissant aux logiques propres à leurs disciplines. Nous nous efforcerons de prouver qu'à l'heure actuelle, un tel bouleversement est effectivement bien avéré.

⁹⁸² M. ESFELD, *loc. cit.*

Partie deuxième. L'exception *au* droit d'auteur

359. Reconnaître l'existence de limites internes des droits subjectifs de l'auteur d'origine extra *jus auctoris* serait le signe d'une crise véritable des fondements conceptuels de la matière. Un tel bouleversement marquerait, purement et simplement, le rejet du paradigme classique dans le cadre duquel le droit d'auteur objectif organise les exceptions *aux* droits subjectifs de l'auteur au profit d'un modèle fondé sur l'idée d'exception *au* droit d'auteur. Dans le cadre de ce dernier, l'exercice des droits subjectifs de l'auteur pourrait être paralysé par l'application de règles étrangères au droit d'auteur objectif, obéissant aux logiques propres à leurs disciplines.

Malheureusement pour la tradition du droit d'auteur français, cette crise est bien avérée. Une masse de règles d'origine extra *jus auctoris*, envahit aujourd'hui le droit d'auteur français et fait surgir de nouvelles limites internes des droits exclusifs, sous forme de normes ouvertes et malléables par le juge, de sorte que l'émergence de l'exception *au* droit d'auteur est un fait accompli.

360. Ce dépassement du paradigme d'équilibre préétabli, interprété à tort comme étant un signe d'américanisation du droit d'auteur français, est une véritable œuvre jurisprudentielle à plusieurs auteurs, à la création de laquelle participent les magistrats européens et le juge français. La négation du paradigme classique résulte, en premier lieu, de l'extension du champ d'application des règles du droit de la concurrence imposée par le juge européen (**Titre 1**). En second lieu, elle est le fruit de la montée en puissance des droits et libertés fondamentaux, et notamment de la liberté d'expression, qui ont pu affecter la sphère des exceptions aux droits de l'auteur avec le soutien actif du juge français (**Titre 2**).

Titre I. Un dépassement *imposé* du paradigme classique

361. Le droit de la concurrence⁹⁸³ est susceptible d'entrer en contact à plusieurs niveaux avec le droit d'auteur. Il est de la nature des droits de la propriété intellectuelle en général et du droit d'auteur en particulier de créer des monopoles qui, bien que limités dans le temps, s'avèrent parfois plus forts que ceux que confère à son titulaire la propriété d'un bien corporel⁹⁸⁴. Le titulaire des droits d'auteur dispose d'une exclusivité sur un bien incorporel, à savoir d'un pouvoir « *d'en interdire l'exploitation à tous les tiers* »⁹⁸⁵, y compris ses concurrents.

À maintes reprises a-t-on affirmé que les droits de la propriété intellectuelle contrarient le principe de libre concurrence⁹⁸⁶, et ont pour fonction la réservation des marchés⁹⁸⁷. La rencontre de ces droits arrogants⁹⁸⁸, de nature « éminemment subjective »⁹⁸⁹, avec le droit de la concurrence à caractère objectif⁹⁹⁰, n'est-elle pas paradoxale ? Le droit de la concurrence ne se soucie-t-il pas du maintien de la concurrence ?

⁹⁸³ Nous retenons ici une définition large du droit de la concurrence, conçu comme « *l'ensemble des règles de toute nature qui encadre l'exercice des activités économiques sur un marché afin de préserver la liberté et la loyauté de la concurrence* », E. BLARY-CLEMENT, « La prévalence de l'efficacité économique dans le règlement des conflits entre propriété intellectuelle et droit de la concurrence », in F. PERALDI-LENEUF, S. SCHILLER, *Les conflits de normes, Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, GIP Mission de recherche Droit et justice, pp. 194-209, spéc. p. 195, nous soulignons. Nous nous concentrerons toutefois principalement sur ce que certains auteurs appellent le « grand droit de la concurrence », s'intéressant aux pratiques anticoncurrentielles et au maintien de la libre concurrence. L'exclusion du « petit droit de la concurrence », englobant les régulations visant à préserver l'équilibre entre les acteurs économiques (et notamment la théorie de la concurrence déloyale et le parasitisme économique) du champ de notre étude se justifie par le fait que le petit droit de la concurrence, s'il entretient des relations avec le droit d'auteur, vient plutôt à son secours et, de ce fait, sa logique se situe loin de celle des exceptions aux droits d'auteur. Sur ce dernier point V. : D. PIATEK, « Le droit commun et la technique du non-droit en droit de la propriété intellectuelle », in J. LEROY, D. PIATEK, P. SZWEDO, *Les sources du droit dans les pays européens et francophones*, Mare & Martin, 2016, pp. 181-200. Sur la distinction entre le petit et le grand droit de la concurrence, v. : L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Magnard-Vuibert, 2011, p. 15.

⁹⁸⁴ Ainsi, comme le souligne A. Françon, « (...) *l'inventeur d'une invention a une exclusivité totale sur celle-ci. En d'autres termes, aucune autre personne que lui ne peut l'exploiter sans qu'il y ait donné son accord. Le monopole qu'il a élimine la concurrence. Au contraire, le propriétaire d'un champ, par exemple, se trouve en concurrence, quant aux céréales qu'il produit, avec d'autres exploitants de biens ruraux. Le monopole afférent à la création littéraire, artistique ou industrielle est donc plus fort, quoique limité dans le temps, que la propriété des biens corporels* », A. FRANCON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, 1996/1997, Cours de droit, Litec, 1996, p. 6.

⁹⁸⁵ C. MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Litec, 2009, p.7.

⁹⁸⁶ N. MALLET-POUJOL, « Droit d'auteur et droit de la concurrence : à propos de l'abus de position dominante en droit d'auteur », in J.-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN, *Propriété intellectuelle et droit commun*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, pp. 211-239, spéc. p. 212.

⁹⁸⁷ M. VIVANT, « Synthèse des débats », Cycle de conférences de la Cour de cassation, « Droit de propriété intellectuelle : approches juridique et économique », 9 nov. 2006, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 11, avr.-juin 2007, pp. 222-224, spéc. p. 222.

⁹⁸⁸ *Ibid.*, p. 223

⁹⁸⁹ G. HANIA, *Droit d'auteur et droit de la concurrence*, Thèse, Paris XII, 2006, p. 26.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 25 et suiv.

Ne se méfie-t-il pas « *des mécanismes d'exclusivités et des positions de monopoles qui constituent un terrain favorable aux restrictions ou à l'élimination* »⁹⁹¹? Ne remet-il pas en question la légitimité des monopoles d'exploitation⁹⁹² ?

362. Aussi séduisante qu'elle puisse paraître, cette thèse du conflit direct entre les finalités des droits exclusifs d'auteur et celles des sanctions provenant du droit de la concurrence ne résiste pas au feu des critiques que lui adresse la doctrine contemporaine. Comme le fait remarquer M. Vivant, ledit « choc de logiques »⁹⁹³ n'est qu'apparent⁹⁹⁴.

En réalité, pour dépasser cette perspective manichéenne, il suffit d'affirmer que la logique du droit d'auteur et celle du droit de la concurrence convergent vers le même but, qui est l'incitation à la création et à la diffusion des œuvres d'esprit⁹⁹⁵, dans le souci d'accroître le bien-être de la société⁹⁹⁶. Nombreux sont aujourd'hui les spécialistes qui accentuent l'interdépendance entre les droits de la propriété intellectuelle et la logique du marché concurrentiel. Le droit exclusif n'a de sens que dans la mesure où il permet à son titulaire d'agir dans la concurrence et de s'approprier des opportunités que lui offre le marché. Selon H. Ullrich « *Ce sont ces opportunités qui constituent l'incitation à l'innovation, et non*

⁹⁹¹ G. BEAUDOIN, *Pratiques anticoncurrentielles et droit d'auteur*, Thèse, Paris Ouest Nanterre la Défense, 2012, p. 17. Pour E. Blary-Clément, « *les droits de propriété intellectuelle s'analysent en des droits exclusifs d'exploitation, véritables monopoles qui, certes, offrent des avantages concurrentiels indéniables à leurs titulaires, mais peuvent aussi apparaître comme autant d'obstacles au libre jeu de la concurrence. Le droit de la concurrence, quant à lui, peut être défini comme l'ensemble des règles qui encadre l'exercice des activités économiques sur un marché. Il gouverne les rivalités entre agents en prohibant les pratiques et comportements qui portent atteinte à la libre concurrence. Il permet de sanctionner les ententes et autres abus de domination qui faussent ou restreignent le jeu de la concurrence sur le marché, fussent-ils le fait d'un titulaire de droits de propriété intellectuelle* », E. BLARY-CLEMENT, « L'innovation et son partage : finalité économique commune des droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence », *Le Concurrentialiste, Revue d'actualité de droit économique*, mai 2013, pp. 2-8, spéc. p. 2.

⁹⁹² E. BLARY-CLEMENT, « La prévalence de l'efficacité économique dans le règlement des conflits entre propriété intellectuelle et droit de la concurrence », *loc. cit.*

⁹⁹³ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd., LexisNexis, 2015, p. 266.

⁹⁹⁴ M. VIVANT, « Droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence : conflit de droits ou question de décryptage », in J. DREXL, *Technologie et concurrence - Technology and Competition : Mélanges en l'honneur de Hanns Ullrich - Contributions in honour of Hanns Ullrich*, Larcier, 2009, pp. 651-666, spéc. p. 652.

⁹⁹⁵ Dans ce sens, J. FARCHY, « Le droit d'auteur est-il soluble dans l'économie numérique ? », *Réseaux*, n° 110, 2001/6, pp. 16-40, spéc. p. 18, S. DORMONT, *Le conflit entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence*, Thèse, Paris Sud XI, 2011, p. 13, J. TURNEY, « Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation », *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, n° 2, vol. 3, 2005, pp. 179-202, spéc. p. 180.

⁹⁹⁶ E. BACCICHETTI, P. BONNET, « Droit des pratiques anticoncurrentielles et droits de propriété intellectuelle », *JCP E*, n° 46, 12 nov. 2009, 2057. Dans le même sens *Les droits de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence*, Études thématiques, rapport du Conseil de la concurrence, 2004, p. 113 : « *Le droit de la concurrence protège (...), l'intérêt général des marchés et vise à garantir l'ordre public économique ainsi qu'un fonctionnement concurrentiel du marché. Les droits de propriété intellectuelle protègent avant tout l'intérêt individuel d'une personne et garantissent que l'inventeur ou le créateur pourra retirer un profit légitime de son invention ou de sa création, encourageant ainsi l'innovation qui est un des moteurs de la concurrence. Ces droits sont donc aussi édités dans l'intérêt général pour favoriser le progrès et la diffusion des connaissances dans le public* ».

pas le droit exclusif, lequel, en soi, est sans valeur. Il ne représente qu'un moyen de capter les profits qu'offre le marché, et ceci, bien sûr, uniquement dans les limites résultant de la concurrence qui y règne »⁹⁹⁷. Entre ces deux éléments se noue en effet une relation symbiotique, dans le cadre de laquelle l'exclusivité apparaît, en premier lieu, comme « *un instrument pour agir dans la concurrence plutôt qu'un instrument pour se défendre contre la concurrence* »⁹⁹⁸ et, en second lieu, comme une condition *sine qua non* de la concurrence dans la mesure où elle transforme des biens publics, non rivaux, en ressources rares⁹⁹⁹ et rend possible leur production privée¹⁰⁰⁰.

363. L'abandon de la logique d'étude du droit d'auteur et du droit de la concurrence en tant que deux systèmes de règles dotés de leurs philosophies propres, au profit de la logique d'interaction ou bien d'articulation¹⁰⁰¹, fait ainsi apparaître leur unité sur le plan téléologique.

Si dans cette optique le droit d'auteur et le droit de la concurrence ne font qu'un, ladite symbiose est loin d'être totale et sous-entend une délicate « dialectique des utilités »¹⁰⁰² et, ajoutons, une dialectique des méthodes pour parvenir au but commun¹⁰⁰³. Dans chaque cycle dialectique, les éléments se confrontant font des concessions. Celles imposées au droit d'auteur par le droit de la concurrence vont jusqu'au rejet de l'idée d'équilibre préétabli de la matière.

364. Pour s'en convaincre, il convient de se pencher sur les bases conceptuelles d'application des mécanismes du droit de la concurrence dans le domaine du droit d'auteur. Elles doivent être recherchées en droit de l'Union européenne, l'endroit à partir duquel

⁹⁹⁷ H. ULLRICH, « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation - limites de protection et limites de contrôle », *Revue internationale de droit économique*, n° 4, 2009, pp. 399-450, spéc. p. 409.

⁹⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹⁹ *Ibidem*. Pour aller plus loin sur « *public good character of intellectual property* », v. : R. A. POSNER, « Intellectual Property: The Law and Economics Approach », *Journal of Economic Perspectives*, n° 2, vol. 19, 2005, pp. 57-73.

¹⁰⁰⁰ P. CHANTEPIE, A. BENSOUSSAN, « Le droit d'auteur à l'épreuve des nouvelles technologies », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 11, avr.-juin 2007, pp. 204-216, spéc. p. 205.

¹⁰⁰¹ Sur cette idée, v. not. : M.-A. FRISON-ROCHE, « L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation », in M.-A. FRISON-ROCHE, A. ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, pp. 15-26.

¹⁰⁰² A. ABELLO, « La propriété intellectuelle, une "propriété de marché" », in M.-A. FRISON-ROCHE, A. ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, pp. 341-372, spéc. p. 372.

¹⁰⁰³ Dans ce sens, S. DORMONT, *op. cit.*, p. 21 : « *Le droit de la concurrence et le droit d'auteur sont issus de la législation révolutionnaire. La reconnaissance d'un droit des auteurs sur leurs œuvres est consacrée par deux lois de 1791 et 1793 ; la liberté du commerce et de l'industrie, dont est issu le principe de libre concurrence, est reconnue par la loi d'Allarde de 1791. Cette proximité temporelle se double d'une proximité quant aux finalités des droits. À l'origine, ces normes s'inscrivent dans une certaine forme de reconnaissance de la liberté individuelle et un refus des corporations. Aujourd'hui, on reconnaît encore une certaine proximité quant aux finalités de ces droits, notamment à travers le fait qu'ils poursuivent un but commun : l'incitation à la création. Néanmoins, les modalités des droits pour parvenir à cette même finalité sont fondamentalement opposées, ce qui explique ce conflit presque paradoxal* ».

« la vague du droit de la concurrence a commencé à déferler sur le droit d'auteur »¹⁰⁰⁴, en remodelant les limites externes de celui-ci (**Chapitre 1**), pour ensuite atteindre la sphère de ses limites internes (**Chapitre 2**).

¹⁰⁰⁴ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *loc. cit.* La confrontation du droit d'auteur et du droit de la concurrence au niveau du droit de l'Union européenne n'étonne guère. Historiquement, le but de la Communauté européenne était la création d'un Marché commun. Les droits de la propriété intellectuelle, dans la mesure où ils perturbent la libre circulation des biens et ont pour objectif de restreindre la concurrence sont naturellement prédisposés à troubler l'existence et la pérennité dudit Marché commun. Dans ce sens, H. JOHANNES, « La propriété industrielle et le droit d'auteur dans le droit des communautés européennes », *RTD Eur.*, 1973, pp. 369-411, spec, p. 376.

Chapitre 1. Le remodelage des limites externes des droits exclusifs par le droit de la concurrence

365. Le droit de l'Union européenne appréhende aujourd'hui le droit d'auteur aussi bien que le droit de la concurrence. La relation entre deux corps de règles s'inscrit dans le contexte particulier de la répartition des compétences entre le droit de l'Union européenne et les droits nationaux. Le législateur de l'Union et la Cour de Justice ont entrepris des efforts considérables en vue de concilier les logiques antagonistes du droit d'auteur et du droit de la concurrence, tout en souhaitant éviter la dilution des contours du premier dans l'économie du second (**Section 1**). Cet objectif est loin d'être atteint et, en réalité, le droit d'auteur fait une concession au profit du droit de la concurrence (**Section 2**).

Section 1 Les tentatives de conciliation de deux logiques opposées

366. Appréhendé dans la perspective du droit de l'Union européenne, le conflit entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence prend la forme d'un conflit de lois bien spécifique, dans lequel s'opposent d'une part les règles du droit national régissant le domaine du droit d'auteur, et d'autre part les règles du droit de la concurrence relevant de la compétence du législateur de l'Union (**I**). Les tentatives de leur conciliation consistent en l'élaboration de concepts visant à délimiter leurs champs d'applications respectifs (**II**).

I. Les données du conflit des lois

367. Afin de comprendre les données relatives au conflit des lois, ce à quoi se résume la relation entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence dans la perspective du droit de l'Union européenne, il convient de mener un raisonnement en deux temps. D'une part, expliquer en quoi le droit d'auteur constitue une exception aux règles protégeant le principe de libre concurrence, édictées par le législateur de l'Union (**A**), d'autre part rappeler que cette exception est elle-même assortie d'exceptions commandant un retour audit principe (**B**).

A. L'exception de souveraineté du droit d'auteur

368. Contrairement à la thèse classique selon laquelle les traités européens ne s'intéressent point au droit d'auteur (1), ce dernier doit sa survie précisément à la concession faite, de manière expresse, par le droit primaire de l'Union européenne (2).

1. La thèse du désintérêt du droit primaire de l'Union européenne à l'égard du droit d'auteur

369. Il se peut que les mécanismes propres au droit de la concurrence soient mobilisés de façon à combattre l'excès de protection découlant des droits d'auteur. Il en est ainsi, car, comme le démontrent de nombreuses analyses économiques, un tel excès peut aller à l'encontre de la logique incitative propre aux droits exclusifs. Comme le remarquent W. M. Landes et R. A. Posner, un certain niveau de protection est nécessaire pour inciter à la création d'œuvres de l'esprit qui se caractérisent par des « coûts d'expression »¹⁰⁰⁵ très élevés et des « coûts de reproduction » dérisoires¹⁰⁰⁶. Cela étant, l'excès de protection peut faire augmenter les coûts de création jusqu'au point où les artistes ne sont plus en mesure de couvrir leurs propres dépenses liées au processus de création, malgré la plénitude de la protection que leur confèrent les droits exclusifs¹⁰⁰⁷.

Dans cette perspective d'élimination des effets néfastes de la surprotection, conçue comme une protection dépassant le seuil optimal¹⁰⁰⁸ - une protection « *au-dessus de ce qui est économiquement efficace* »¹⁰⁰⁹, il convient notamment de souligner la sanction de l'abus de position dominante, prononcée dans les cas où le pouvoir d'exclusion inhérent aux droits intellectuels trouble la libre concurrence. Comme le souligne C. Caron, parfois « *le refus*

¹⁰⁰⁵ À savoir les coûts de l'effort de l'auteur, de l'édition du manuscrit, de sa mise en forme etc..., W. M. LANDES, R. A. POSNER, « An Economic Analysis of Copyright Law », *The Journal of Legal Studies*, n°2, vol. 18, 1989, pp. 325-363, spéc. p. 327.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.* p. 326.

¹⁰⁰⁷ W. M. LANDES, R. A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, 2009, p. 74. Il en est ainsi notamment parce que toute création suppose l'utilisation des œuvres préexistantes. Dans cette optique, moins il y a de protection, plus peut être emprunté, sans violation du droit d'auteur, et par conséquent le coût d'expression s'avère moins élevé, W. M. LANDES, R. A. POSNER, « An Economic Analysis of Copyright Law », *op. cit.*, p. 332.

¹⁰⁰⁸ V., sur ce point : C. KOBOLDT, « Intellectual Property and Optimal Copyright Protection », *Journal of Cultural Economics*, n°19, 1995, pp. 131-155.

¹⁰⁰⁹ E. DERCLAYE, « Une analyse économique de la protection contractuelle des bases de données », *Reflets et perspectives de la vie économique*, n° 4, 2006, Tome XLV, pp. 49-73, spéc. p. 51.

du titulaire des droits, parfaitement logique au regard du droit d'auteur, peut être analysé comme un comportement anti-concurrentiel au regard du droit de la concurrence »¹⁰¹⁰.

370. Dans la perspective du droit de l'Union européenne, l'art 102 du TFUE¹⁰¹¹ prohibe l'exploitation abusive d'une position dominante, entendue comme « *une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* »¹⁰¹².

371. Très tôt, la doctrine s'est intéressée la délicate question de la possibilité ou non d'appliquer les règles de concurrence issues des Traités européens dans le domaine du droit d'auteur¹⁰¹³. Ses principaux objectifs étant de garantir la libre circulation des marchandises, la libre circulation des personnes, des services et des capitaux ainsi que la libre concurrence, le droit primaire de l'Union européenne ne s'intéressa pas directement à la propriété littéraire et artistique. En outre, le fait que les préoccupations des Traités européens soient d'ordre purement économique et point « culturel », que les dispositions de ceux-ci ne sauraient affecter les droits et les obligations résultant de conventions conclues antérieurement à l'entrée en vigueur du Traité de Rome¹⁰¹⁴, et le principe de souveraineté dont jouissent les États membres en matière de détermination du régime de propriété¹⁰¹⁵, renforçaient tous

¹⁰¹⁰ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, loc. cit.

¹⁰¹¹ Article 102 al. 1^{er} du TFUE, ancien article 82 al. 1^{er} du TCE : « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci* ».

¹⁰¹² CJCE, 14 févr. 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/Commission*, aff. 27/76, Rec. p. 207, point 65. On retrouve la même définition de la position dominante dans de nombreuses décisions postérieures : CJCE, 13 févr. 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/Commission*, aff. 85/76, Rec. p. 461, (ci-après *Hoffmann-La Roche*), point 38, CJCE 9 nov. 1983, *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. p. 3461, point 30, CJCE, 22 nov. 2001, *AAMS c/Commission*, aff. T-139/98, Rec. p. II-3413, point 51, CJCE, 2 avr. 2009, *France Télécom SA c/Commission*, aff. C-202/07 P, Rec. p. I-2369, point 103.

¹⁰¹³ M.-C. DOCK, « Les conventions internationales sur le droit d'auteur et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme », in *Droit d'auteur et droits de l'homme*, Actes du colloque international des 16 et 17 juin 1989, Paris, INPI, 1989, pp. 85-93, spéc. p. 88.

¹⁰¹⁴ Article 351 du TFUE, ancien article 307 du TCE : « *Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités* ».

¹⁰¹⁵ Article 345 du TFUE, ancien article 295 du TCE : « *Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres* ».

les arguments avancés par les partisans de la vision personnaliste du droit d'auteur¹⁰¹⁶ contre la soumission de celui-ci aux règles de concurrence issues du droit communautaire¹⁰¹⁷.

2. Le rejet de la thèse du désintérêt du droit primaire de l'Union européenne à l'égard du droit d'auteur

372. La reconnaissance de l'applicabilité du droit de la concurrence communautaire en matière du droit d'auteur est d'origine jurisprudentielle et constitue aujourd'hui un acquis¹⁰¹⁸. À son origine se trouve une interprétation créatrice par la Cour de Justice de l'art 36 du TFUE¹⁰¹⁹, qui «*procède en quelque sorte à un référé au législateur national*»¹⁰²⁰ dans les domaines non encore harmonisés.

373. Bien que ledit article pose *verba legis* des exceptions au principe de la libre circulation des marchandises¹⁰²¹, et, s'agissant du domaine des droits de propriété intellectuelle, n'autorise que des restrictions justifiées par des raisons de protection de la «*propriété industrielle et commerciale*»¹⁰²², la jurisprudence a dépassé le cadre de son

¹⁰¹⁶ S. CARRE, «Le rôle de la Cour de Justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union», in C. GEIGER, *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, 2013, pp. 1-58, spéc. p. 3.

¹⁰¹⁷ V., pour l'exposé de différentes thèses en présence, not. : A. FRANCON, «Le droit d'auteur et le Traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne», *RIDA*, n° 100, avr. 1979, pp. 129-197, S. DORMONT, *Le conflit entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence*, Thèse, Paris Sud XI, 2011, pp. 29-35, G. BEAUDOIN, *op. cit.*, pp. 150-152, C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, Bruylant, LGDJ, 1997, pp. 374-380, S. CARRE, *op. cit.*, pp 3-5.

¹⁰¹⁸ S. CARRE, *op. cit.*, p. 1.

¹⁰¹⁹ L'art 36 du TFUE pose un certain nombre d'exceptions au principe de libre circulation des marchandises énoncé dans les articles 34 et 35 du TFUE qui disposent respectivement que «*Les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres*» et que «*Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres*». Selon l'article 36 du TFUE, «*Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres*», nous soulignons.

¹⁰²⁰ R. MILAS, «Éléments d'une théorie de la continuité du service public communautaire», *Revue du Marché Commun*, 1985, pp. 570-580, spéc. p. 576.

¹⁰²¹ Bien que les règles du Traité relatives à la libre circulation des marchandises constituent un prérequis nécessaire en vue de l'ouverture du marché intérieur à la libre concurrence, elles ne font pas partie du droit de la concurrence, G. HANIA, *op. cit.*, p. 69.

¹⁰²² Ainsi, bien que le principe de libre circulation demeure la règle, «*un État membre peut adopter des mesures interdisant l'entrée et la circulation sur son territoire, de produits en provenance d'autres États membres, qui porteraient atteinte à un droit national de propriété industrielle, protégé sur le territoire de l'État membre, en question*», K. BEN DAHMEN, *Interactions du droit international et du droit de l'Union européenne, Un pluralisme juridique rénové en matière de propriété industrielle*, L'Harmattan, 2013, p. 214, n° 528.

interprétation littérale. Ainsi, commençant par l'affaire *Deutsche Grammophon*¹⁰²³, la Cour de Justice a progressivement assimilé le droit d'auteur à la propriété industrielle et commerciale, en vue de l'application de l'article 36¹⁰²⁴ et a admis que celui-ci s'applique non seulement lorsqu'il s'agit de restrictions quantitatives aux échanges entre les États membres, mais aussi en matière de règles relatives à la libre concurrence¹⁰²⁵. La doctrine souligne qu'un tel raisonnement par analogie¹⁰²⁶, justifié à la lumière de l'article XX du GATT¹⁰²⁷, qui a servi de modèle à la rédaction de l'art 36 du Traité¹⁰²⁸, ne va pas

¹⁰²³ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c/Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. 78-70, *Rec.* p. 487, (ci-après *Deutsche Grammophon*).

¹⁰²⁴ V. not. : CJCE, 18 mars 1980, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, et autres c/Ciné Vog Films et autres*, (dit *Coditel I*), aff. 62/79, *Rec.* p. 881, *RTD Eur.*, 1981, p. 101, note G. BONET, *RIDA*, n° 105, juill. 1980, p. 156 note A. FRANÇON, *RTD Com.*, 1980, p. 339, obs. A. FRANÇON ; *D.*, 1980, p. 597, note R. PLAISANT, dans cet arrêt l'expression « propriété industrielle et commerciale » a été remplacée par celle de « propriété intellectuelle », et surtout CJCE, 20 janv. 1981, *Musik-Vertrieb membran GmbH et K-tel International c/GEMA-Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*, aff. jointes 55/80 et 57/80, *Rec.* p. 147, *RIDA*, n° 109, juill. 1981, p. 174, note C. JOUBERT : point 12 : « il n'y a pas de motifs de faire, à cet égard, pour l'application de l'article 36 du traité, une distinction entre le droit d'auteur et les autres droits de propriété industrielle et commerciale », point 9 : « L'article 36 du traité prévoit cependant que les dispositions des articles 30 à 34 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale. Cette dernière expression inclut la protection que confère le droit d'auteur, notamment pour autant que celui-ci est exploité commercialement sous la forme de licences susceptibles d'affecter la distribution, dans les différents États membres, de marchandises qui incorporent l'œuvre littéraire ou artistique protégée ».

¹⁰²⁵ CJCE, 18 févr. 1971, *Sirena S.r. l. c/Eda S.r. l. et autres*, aff. 40-70, *Rec.* p. 69, *RTD Eur.*, 1971, p. 830, note A. CHAVANNE, *JDI*, 1971, p. 5 obs. F. BEIER, point 5 : « l'article 36, tout en relevant du chapitre concernant les restrictions quantitatives aux échanges entre États membres, s'inspire d'un principe susceptible de trouver aussi application en matière de concurrence en ce sens que, si les droits reconnus par la législation d'un État membre en matière de propriété industrielle et commerciale ne sont pas affectés dans leur existence par les articles 85 et 86 du traité, leur exercice peut cependant relever des interdictions édictées par ces dispositions ».

¹⁰²⁶ H. JOHANNES, *op. cit.*, p. 408.

¹⁰²⁷ Article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce : « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures (...) d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur; (...) ». Selon H. Desbois, compte tenu d'un « lien de filiation » évident entre lesdites dispositions de l'Accord douanier et l'art 36 du Traité, la présence des droits d'auteur dans l'énumération faite par le premier permet de « lire entre les lignes » du second et y inclure les droits d'auteur, H. DESBOIS, « Les rapports entre la propriété industrielle et le régime de la concurrence dans le Traité du Marché commun », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome II, Droit privé, propriété industrielle littéraire et artistique, Dalloz, Sirey, 1961, pp. 425-437, spéc. pp. 428-429 et p. 429 note 2.

¹⁰²⁸ A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences*, Bruylant, LGDJ, 1993, p. 164, M. GOTZEN, « La propriété Industrielle et les Articles 36 et 90 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne (C. E. E) », *RTD Com.*, 1958, pp. 261-303, spéc. pp. 267-268.

de soi¹⁰²⁹. Il se heurte à de sérieux obstacles philosophiques¹⁰³⁰, dans la mesure où « *nulle part en Europe le langage juridique n'a désigné le droit d'auteur sous le vocable "propriété industrielle"* »¹⁰³¹. En faisant ainsi, les autorités communautaires, en sortant du cadre d'interprétation littérale de l'art 36, ont érigé les dispositions de ce dernier au rang de « *principe général de conciliation entre la compétence européenne et la compétence des États membres, et d'équilibre entre les objectifs de libre circulation des marchandises et de libre concurrence et ceux qui ont trait aux droits de propriété intellectuelle* »¹⁰³².

374. Un tel élargissement du champ d'application de l'article 36, soustrayant du champ d'application du Traité non seulement le domaine de la « propriété industrielle et commerciale », mais aussi la propriété littéraire et artistique, et cela en ce qu'elles interfèrent avec le principe de libre circulation des marchandises et aussi celui de libre concurrence, aurait pu, comme le remarque C. Caron, conduire à « *l'exclusion totale de la propriété intellectuelle du domaine d'application des règles fondamentales du Traité de Rome* »¹⁰³³.

Toutefois, un autre auteur fait remarquer à juste titre que « *la conception communautaire du marché unique est la base de l'interdiction de la protection territoriale absolue* »¹⁰³⁴. L'épanouissement sans limites de la propriété intellectuelle n'est pas admissible à la lumière des règles du Traité relatives à la libre circulation des marchandises et à la libre concurrence¹⁰³⁵. Celles-ci visent précisément « *l'interpénétration croissante des économies et*

¹⁰²⁹ J. REINBOTHE, « Le rôle des normes régionales, L'exemple de l'Union européenne », in *Regards sur les sources du droit d'auteur*, Congrès ALAI, 18-21 sept. 2005, Paris, ALAI, 2007, pp. 177-185, spéc. p. 178.

¹⁰³⁰ V. : les arguments développés par F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur* (Le droit de destination de l'auteur), Thèse, Larcier, 1975, compte rendu par H. DESBOIS, *RIDA*, n° LXXXV, juill. 1975, pp. 216-218, spéc. p. 217 : « *les droits de propriété industrielle ont été créés en vue de stimuler la concurrence par les avantages octroyés à l'esprit d'invention industrielle ou commerciale au détriment des compétiteurs moins productifs appelés à disparaître s'ils ne sont pas en mesure de contre-attaquer. Cette inclusion dans les règles du jeu économique contraste singulièrement avec l'objet culturel de la propriété littéraire et artistique. Cette dernière tend à sauvegarder les chances de survie de tous les auteurs. La disparition d'un artiste, même méconnu ou malchanceux, nuit à l'intérêt général, parce que la valeur culturelle ne se mesure pas nécessairement à l'aune du succès commercial* ». De ce fait découle, selon F. Gotzen, une immunité dont jouit la propriété intellectuelle lorsqu'aucun texte précis ne met d'obstacle à son exploitation. Dans le même sens, C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, Bruylant, LGDJ, 1997, pp. 382-387.

¹⁰³¹ F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur* (Le droit de destination de l'auteur), *op. cit.*, p. 389, cité par A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences*, Bruylant, LGDJ, 1993, p. 165.

¹⁰³² L. VOGEL, *Droit européen des affaires*, Dalloz, 2013, p. 669.

¹⁰³³ C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998, p. 294.

¹⁰³⁴ J. SCHAPIRA, « L'article 85 du Traité de Rome devant la Cour de Justice des Communautés », *JDI*, 1967, pp. 323-356, spéc. p. 330.

¹⁰³⁵ Dans ce sens, G. BONET, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, n° 3, 1993, pp. 173-188, spéc. p. 173.

le décloisonnement du Marché commun »¹⁰³⁶. Cet objectif ne peut pas être atteint si on reconnaît la suprématie absolue des droits nationaux de propriété intellectuelle¹⁰³⁷. Ces derniers en conférant aux titulaires des droits exclusifs à caractère territorial auraient contribué, si appliqués sans restrictions, au cloisonnement du Marché intérieur¹⁰³⁸.

B. L'exception à l'exception de souveraineté du droit d'auteur

375. Les effets potentiellement néfastes de l'indépendance absolue des droits nationaux de propriété intellectuelle sur les règles de concurrence issues du Traité de Rome ne pouvaient être évités que par une limitation scrupuleuse¹⁰³⁹ de la force de la « clause de rétention de souveraineté »¹⁰⁴⁰ posée par l'article 36. Celle-ci semble être limitée par le traité dans la mesure où elle coexiste, au sein de son article 36 avec une contre-exception commandant le retour au principe¹⁰⁴¹.

L'article en cause, après avoir énuméré les domaines dans lesquelles les restrictions au principe de libre circulation des marchandises sont autorisées, enferme la souveraineté nationale en matière des droits intellectuels dans le spectre de ce que certains auteurs appellent leur « fin naturelle »¹⁰⁴², en disposant que « ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

¹⁰³⁶ G. HANIA, *op. cit.*, p. 69. Dans le même sens, A. FRANCON, « Le droit d'auteur et le Traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne », *RIDA*, n° 100, avr. 1979, pp. 129-197, spéc. p. 129.

¹⁰³⁷ Dans ce sens, G. HANIA, *op. cit.*, p. 70, R. TITIRIGA, *La comparaison, technique essentielle du juge européen*, L'Harmattan, 2011, p. 269.

¹⁰³⁸ G. HANIA, *op. cit.*, pp. 69-70. Dans le même sens, G. BEAUDOIN, *op. cit.*, p. 154, G. MODIANO, *Le contrat de licence de brevet : droit suisse et pratique communautaire*, Librairie Droz, 1979, p. 216, G. VIRASSAMY, « Entreprise et propriété », in G. VIRASSAMY, *L'entreprise face au bicentenaire du Code civil*, L'Harmattan, 2005, pp. 123-145, spéc. p. 133, G. BONET, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *op. cit.*, p. 173. Dans cette optique, C. Gavalda et G. Parleani soulignent que « le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle bénéficie, sur le territoire de l'État dont la législation lui accorde ce droit, d'une véritable situation de monopole protégée en général par l'action en contrefaçon. Ces monopoles sont territoriaux et en principe indépendants les uns des autres. Si l'on avait appliqué sans aucune nuance les droits nationaux, il en serait résulté un cloisonnement considérable du Marché commun : les interdictions de réexportation ou d'importations parallèles, les accords de délimitation de marques, auraient, par exemple, pu se multiplier en toute impunité », C. GAVALDA, G. PARELANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 2010, p. 436.

¹⁰³⁹ G. BONET, « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », *op. cit.*, pp. 88-89.

¹⁰⁴⁰ Selon la formule de M. GOTZEN, « La propriété Industrielle et les Articles 36 et 90 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne (C. E. E) », *op. cit.*, p. 264.

¹⁰⁴¹ C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, *op. cit.*, pp. 294-295, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, 1989, p. 409.

¹⁰⁴² J. DASSESE, « Les brevets », in W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Les Nouvelles, Droit des Communautés européennes*, Larcier, 1969, pp. 1023-1033, spéc. p. 1025.

376. Le Traité limite ainsi de manière significative la souveraineté des États membres en matière du droit de la propriété intellectuelle¹⁰⁴³, ce qui nous permet dorénavant de distinguer d'une part les provisions nationales « légitimes », échappant à une sanction de la part des règles de concurrence et d'autre part, celles qui vont « trop loin » et appellent l'intervention du droit de l'Union européenne¹⁰⁴⁴.

Reste à savoir dans quelle mesure le droit de la concurrence de l'Union européenne est habilité à limiter les droits de propriété intellectuelle régis au niveau national et derrière lesquels se trouvent, *mutatis mutandis*, les objectifs que souhaite atteindre également le droit de la concurrence, sans les détruire¹⁰⁴⁵. Tout est question de fixation d'un seuil¹⁰⁴⁶, dont

¹⁰⁴³ B. CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire*, PUF, 1989, p. 123.

¹⁰⁴⁴ Dans ce sens, P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013, p. 125. Ledit mécanisme a été bien résumé par le Tribunal de Première Instance dans un arrêt du 10 juill. 1991, *Radio Telefis Eireann c/Commission*, aff. T-69/89, *Rec.* p. II-485, point 67 : « Les rapports entre les droits nationaux de propriété intellectuelle et les règles générales de droit communautaire sont expressément régis par l'article 36 du traité, qui prévoit la possibilité de déroger aux règles relatives à la libre circulation des marchandises pour des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, cette dérogation est explicitement assortie de certaines réserves. En effet, la protection des droits de propriété intellectuelle conférée par les législations nationales est uniquement reconnue, en droit communautaire, dans les conditions énoncées à l'article 36, deuxième phrase ». Pour la même formule v. également : TPICE, 10 juill. 1991, *Independent Television Publications Ltd. c/Commission*, aff. T-76/89, *Rec.* p. II-575, TPICE, 10 juill. 1991, *British Broadcasting Corporation et BBC entreprises Ltd c/Commission*, aff. T-70/89, *Rec.* p. II-535, *RIDA*, n° 151, janv. 1992, p. 216, note T. DESURMONT.

¹⁰⁴⁵ Tenant compte dudit risque, F. Pollaud-Dulian préconise l'interprétation « restrictive » de la « contre-exception », posée dans la deuxième phrase de l'art 36 : « cette formule doit, selon nous, être interprétée de façon restrictive, faute de quoi elle ôterait toute signification au principe posé au début de l'article 36 et rendrait l'article, lui-même, inutile », F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 409. Certes, trop d'exception tue la règle, pourtant il ne faut pas oublier que dans le cadre de l'art 36 du traité nous sommes en présence d'un double degré de dérogation. La dimension téléologique du traité, le fait que la libre circulation des marchandises et la la libre concurrence constituent, en l'espèce, la règle à laquelle déroge celle contenue dans la première phrase de l'art 36 semblent nous inciter plutôt à l'interprétation stricte de l'exception principale et l'interprétation large de la contre-exception qui commande le retour au principe. Sur ce point, pour l'interprétation stricte de l'exception principale de l'article 36 v. : H. SCHUMACHER, « Le principe de territorialité du droit des marques dans le Marché commun après l'arrêt Grundig », in H. G. ANGELO, M. WAELBROECK, *Brevets et marques au regard du droit de la concurrence en Europe et aux États-Unis*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1968, pp. 49-59, spéc. p. 49, P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 124-125. Pour l'interprétation stricte de la première phrase de l'art 36 du Traité, M. ROTTINGER, « L'épuisement du droit d'auteur, Le droit d'auteur et les règles de la libre circulation des marchandises », *RIDA*, n° 157, juill. 1993, pp. 51-127, spéc. p. 69, C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, Bruylant, LGDJ, 1997, p. 390, G. REISCHL, « La protection de la propriété industrielle et commerciale et le droit d'auteur dans le Marché commun », *Cahiers de droit européen*, 1982, pp. 3-20, spéc. pp. 3-4, N. CHARBIT, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, L'Harmattan, 2002, p. 267. La jurisprudence se prononce en faveur de l'interprétation stricte de l'exception de l'art 36. V. : CJCE, 10 déc. 1968, *Commission c/ République Italienne*, aff. 7/68, *Rec.* p. 628 : « pour pouvoir se prévaloir de l'article 36, les États membres doivent se maintenir à l'intérieur des limites tracées par cette disposition en ce qui concerne tant l'objectif à atteindre que la nature des moyens », CJCE, 9 févr. 1982, *Polydor Limited et RSO Records Inc. c/Harlequin Record Shops Limited et Simons Records Limited*, aff. 270/80, *Rec.* p. 329, points 15-17, dans lequel la Cour rappelle que les règles régissant le rapport entre la protection des droits de propriété industrielle et commerciale et le principe de la libre circulation des marchandises doivent être interprétées « dans la

le franchissement par les droits de propriété intellectuelle déclenchera l'intervention du droit de la concurrence. À cette fin, le droit de l'Union européenne a élaboré plusieurs tactiques.

II. Les schémas conciliatoires

377. L'équilibre à trouver entre «le risque de cloisonnement»¹⁰⁴⁷ que représente la suprématie des droits de propriété intellectuelle, et le «risque de la copie»¹⁰⁴⁸ qu'accroît l'application jusqu'au-boutiste du droit de la concurrence nécessite l'établissement d'une ligne de démarcation entre le domaine d'intervention du droit de la concurrence de l'Union européenne et la sphère d'influence exclusive des droits nationaux de propriété intellectuelle¹⁰⁴⁹. Historiquement, ladite répartition reposait sur une application particulière de la théorie de l'abus de droit (A). Cette dernière a progressivement cédé devant la distinction entre l'existence et l'exercice des droits de la propriété intellectuelle (B).

A. L'application particulière de la théorie de l'abus de droit

378. Dans un premier temps, il a été proposé de soustraire de l'emprise des règles du Traité tout usage «normal» et «raisonnable», ou bien toute «conséquence normale»¹⁰⁵⁰ des droits intellectuels. Le droit de la concurrence n'aurait ainsi vocation à s'appliquer,

perspective des objectifs et des actions de la Communauté tels qu'ils sont définis par les articles 2 et 3 du traité CEE ».

¹⁰⁴⁶ Selon le vocabulaire de F. L. FINE, *The EC Competition Law on Technology Licensing*, Sweet et & Maxwell, 2006, p. 8.

¹⁰⁴⁷ Selon le vocabulaire de J.-C. BERMOND, «L'œuvre du juge communautaire dans le contentieux des droits de la propriété intellectuelle et industrielle», *Revue de droit des affaires internationales-International Business Law Journal*, n° 3, 2004, pp. 317-343, spéc. p. 318.

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁴⁹ G. OUDEMANS, C. KOOIJ, J. WOLTERBEEK, «Droits de propriété industrielle et règles de concurrence dans le Traité de Rome», *La Propriété Industrielle*, 1960, vol. 76, pp. 28-32, spéc. p. 28.

¹⁰⁵⁰ La doctrine a proposé de soustraire de l'emprise des règles de la concurrence «(...) des agissements, des conventions et des décisions que l'on peut considérer comme une conséquence normale dans le commerce et l'industrie des droits de propriété industrielle octroyés par les législations nationales», *ibid.*, p. 31. Pour donner une idée de ce qu'est dans ce contexte «une conséquence normale», les auteurs évoquent «chaque stipulation de contrat de licence qui ne limite le licencié qu'en ce qui concerne ce qui ne lui aurait pas été permis sans licence». En outre l'utilisation qualifiée comme conséquence normale «(...) ne pourra être en contradiction avec les lois nationales en vigueur concernant la propriété industrielle et de plus, d'après sa nature ou suivant l'usage commercial ou industriel, elle devra être en rapport avec l'exploitation du droit exclusif en cause ou des marchandises ou des services protégés par ce droit », *ibidem*.

en matière des droits de propriété intellectuelle, que dans le cas de leur utilisation « abusive » ou bien « anormale », appréciée du point de vue du droit national¹⁰⁵¹.

Dans le cadre de cette théorie, lorsque le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un autre droit intellectuel « *est considéré avoir abusé de sa prérogative exclusive sur le fondement du droit national, le droit communautaire s'applique* »¹⁰⁵². Cette thèse se fonde sur une conviction selon laquelle les législations nationales ont suffisamment internalisé le conflit entre les droits de propriété et les règles de concurrence et qu'elles prévoient des correctifs assurant l'emploi des droits intellectuels en conformité avec les règles du Traité¹⁰⁵³.

379. Cependant, face à la disparité des conceptions que risquent de se faire les Pays membres par rapport à ce qui constitue un « usage normal » d'un droit intellectuel, certains auteurs ont préféré apprécier le critère de « normalité » par rapport au droit communautaire¹⁰⁵⁴, en préconisant un critère d'usage normal d'origine externe et uniforme pour toute la Communauté¹⁰⁵⁵.

Dans cette optique, le droit communautaire comporterait une incidence sur les droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où « *un usage abusif de ces droits ne peut permettre d'obtenir un résultat que condamne le traité* »¹⁰⁵⁶. Ledit raisonnement trouve son reflet dans la jurisprudence *Grundig*¹⁰⁵⁷ de la CJCE. Cette dernière y fait état d'un emploi abusif des droits intellectuels découlant d'un droit national, invoqués « *pour mettre en échec l'efficacité du droit communautaire des ententes* ». L'application des droits intellectuels est donc écartée, car elle irait à l'encontre des règles concurrentielles prévues par le Traité¹⁰⁵⁸.

380. De nombreux auteurs voient dans les conceptions ci-dessus présentées l'application de la théorie d'abus de droit¹⁰⁵⁹. Cette qualification emporte notre conviction.

¹⁰⁵¹ M. WAELBROECK, A. FRIGNANI, *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE*, Tome IV, Concurrence, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 733, A. BERNARD, *Les critères d'application du droit communautaire aux propriétés intellectuelles*, Thèse, Paris II, Panthéon Assas, 1989, p. 104.

¹⁰⁵² B. CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire*, PUF, 1989, p. 124.

¹⁰⁵³ G. OUDEMANS, C. KOOIJ, J. WOLTERBEEK, *op. cit.*, pp. 28-32, A. BRAUN, A. GLEISS, M. HIRSCH, *Droit des ententes de la Communauté Economique européenne*, Larcier, Dalloz, 1967, pp. 107-108.

¹⁰⁵⁴ M. WAELBROECK, A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 734.

¹⁰⁵⁵ H. SCHUMACHER, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁵⁶ R. PLAISANT, « Le principe de territorialité du droit des brevets dans le Marché commun », in H. G. ANGELO, M. WAELBROECK, *Brevets et marques au regard du droit de la concurrence en Europe et aux États-Unis*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1968, pp. 111-117, spéc. p. 115.

¹⁰⁵⁷ CJCE, 13 juill. 1966, *Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c/Commission*, aff. jointes 56 et 58/64, *Rec. p. 429, RTD Eur.*, 1966, p. 559.

¹⁰⁵⁸ R. PLAISANT, *op. cit.*, p. 117.

¹⁰⁵⁹ S. CARRE, « Le rôle de la Cour de Justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union », in C. GEIGER, *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, 2013, pp. 1-58, spéc. p. 13, B. CASTELL, *loc. cit.*, C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*,

Le mécanisme commenté suppose en premier lieu, le respect des limites externes des droits intellectuelles, par l'usage « puni » par les règles de la concurrence. C'est l'abus *des droits nationaux* qui est réprimé¹⁰⁶⁰.

Ledit usage doit prendre la forme de l'emploi d'un droit intellectuel à limites externes définies par la loi nationale, faute de quoi la question d'application de l'article 36 du Traité ne se pose pas. En même temps, il doit dépasser ses limites internes en devenant ainsi « abusif » selon l'esprit du droit national ou du droit communautaire.

Dans le premier cas, les limites internes des droits intellectuels se trouvent dans le droit national, dans le second, elles découlent du droit communautaire. Les règles concurrentielles du Traité existent indépendamment des droits intellectuels nationaux, et ne leur imposent pas de limites externes. Toutefois, lorsqu'il s'agit de réprimer un abus d'un droit intellectuel, on se fonde sur une certaine « *impression d'ensemble que donne l'utilisation du droit* »¹⁰⁶¹, et on reconnaît la primauté du droit communautaire¹⁰⁶². Le droit subjectif est donc attaqué de l'intérieur. Un tel abus d'un droit national de propriété intellectuelle sanctionné par le droit communautaire semble être en effet un abus de droit concevable, au vu des enseignements de Josserand quant à la logique de cette théorie que nous avons détaillés plus haut¹⁰⁶³.

381. Aussi séduisante qu'elle puisse paraître, notamment en ce qu'elle est très favorable à la souveraineté nationale en matière des droits intellectuels¹⁰⁶⁴, l'idée de conciliation des droits nationaux de propriété intellectuelle avec les règles concurrentielles issues du Traité à l'aide du mécanisme d'abus de droit est critiquable, dans la mesure où, comme le soulignent d'éminents auteurs, elle « repousse le problème sans le résoudre »¹⁰⁶⁵.

Ni la méthode consistant à mobiliser le droit de la concurrence face à l'usage « anormal » en vue du droit national ni celle adoptant comme point de repère le droit communautaire n'offrent de critère précis permettant de distinguer les usages normaux

Litec, 1998, p. 68, H. JOHANNES, « La propriété industrielle et le droit d'auteur dans le droit des communautés européennes », *RTD Eur.*, 1973, pp. 369-411, spéc. p. 377.

¹⁰⁶⁰ F.-C. JEANTET, « Le principe de territorialité du droit des marques dans le Marché commun après l'arrêt Grundig », in H. G. ANGELO, M. WAELBROECK, *Brevets et marques au regard du droit de la concurrence en Europe et aux États-Unis*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1968, pp. 71-78, spéc. p. 74.

¹⁰⁶¹ H. JOHANNES, *loc. cit.*

¹⁰⁶² *Ibidem.*

¹⁰⁶³ *Supra*, n° 178 et suiv.

¹⁰⁶⁴ Selon, A. Bernard, les théories tendant à concilier les droits intellectuels avec les règles concurrentielles, en se référant à la loi interne, présentent l'avantage de se baser sur « *la norme la plus ancienne et la plus familière, ce qui est somme toute un réflexe intellectuel bien compréhensible* », A. BERNARD, *op. cit.*, p. 103.

¹⁰⁶⁵ B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *Droit commercial européen*, 5^e éd., Dalloz 1994, p. 505.

des usages abusifs¹⁰⁶⁶. Or, face au caractère conflictuel des relations qu'entretiennent le droit interne, privilégiant à titre individuel les titulaires des droits, et le droit communautaire, visant à créer un Marché unique¹⁰⁶⁷, la précision, la rigueur et l'absence d'arbitraire devraient être les vertus recherchées par le juge communautaire lors de l'élaboration des critères d'application du droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle.

B. La distinction entre l'existence et l'exercice du droit intellectuel

382. Face aux insuffisances de la théorie de l'abus de droit en tant que critère de répartition des champs d'application respectifs des droits intellectuels et du droit de la concurrence, les autorités communautaires se sont tournées vers une autre théorie fondée sur la distinction entre l'existence des droits de la propriété intellectuelle et leur exercice. Son utilisation, en matière de conciliation des droits intellectuels avec les règles concurrentielles, est un raisonnement particulièrement complexe.

Ainsi, en premier lieu, on a pu affirmer que « *tout ce qui touche à l'existence ou à l'attribution des droits de propriété intellectuelle est soustrait à l'application du droit des ententes et du droit des abus de position dominante* »¹⁰⁶⁸. Le droit de la concurrence est ainsi censé laisser intactes les règles définissant les conditions d'octroi et de maintien en vigueur, ainsi que les attributs et la portée du droit privatif, et enfin les actions en justice destinées à le protéger¹⁰⁶⁹. La sphère d'existence des droits intellectuels couvre le droit en tant que « statut légal »¹⁰⁷⁰, « principe » ou bien « institution »¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁶⁷ A. BERNARD, *op. cit.*, p. 277.

¹⁰⁶⁸ C. MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Litec, 2009, p. 298.

¹⁰⁶⁹ J. PASSA, « Le brevet d'invention face aux règles communautaires de libre concurrence et de libre circulation des marchandises », *Droit et Patrimoine*, n° 86, oct. 2000, pp. 73-81, spec. p. 74.

¹⁰⁷⁰ G. BEAUDOIN, *Pratiques anticoncurrentielles et droit d'auteur*, Thèse, Paris Ouest Nanterre la Défense, 2012, p. 182, M. WELBROECK, A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 734, N. MALLET-POUJOL, « Droit d'auteur et droit de la concurrence : à propos de l'abus de position dominante en droit d'auteur », in J.-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN, *Propriété intellectuelle et droit commun*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, pp. 211-239, spéc. p. 214.

¹⁰⁷¹ Dans ce sens, par rapport à l'intervention du droit communautaire dans le domaine des droits de propriété industrielle, M.-A. SANSON-HERMITTE, *Droit européen de la concurrence, Cohérence économique, sécurité juridique*, Librairies techniques, 1981, p. 101 : « Il fut très vite acquis que les autorités communautaires ne remettaient pas en cause le principe, l'institution de la propriété industrielle : pièce maîtresse des économies industrielles et des souverainetés nationales, elle échappe à ce titre aux articles 85, 86 et 30 ».

Le droit de la concurrence a en revanche vocation à s'intéresser à l'exercice du droit intellectuel, à savoir à son exploitation¹⁰⁷² à travers « tous les moyens dont dispose le titulaire du droit de propriété intellectuelle pour faire commerce de son droit »¹⁰⁷³.

Dans cette optique, on a pu affirmer que « l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins est soumis aux limites résultant des dispositions du Traité, de telle sorte que le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin qui excipe victorieusement de la nécessité de protéger l'existence dudit droit pour justifier qu'il soit dérogé au Traité peut encore se voir opposer celui-ci quand il s'agit d'apprécier les conditions dans lesquelles il entend exercer son droit : une même disposition du Traité, qui devra s'effacer pour permettre de respecter l'existence d'un droit dont l'exercice sera correct, retrouvera son efficacité s'il s'agit de condamner un comportement qui traduit simplement un exercice incorrect »¹⁰⁷⁴.

383. La distinction initialement consacrée en matière de propriété industrielle¹⁰⁷⁵ a été étendue à l'ensemble des droits de la propriété intellectuelle¹⁰⁷⁶. Ladite théorie vise précisément à équilibrer les relations entre les droits nationaux de propriété intellectuelle et les règles du droit de la concurrence de l'Union européenne, en précisant leurs domaines d'intervention respectifs¹⁰⁷⁷ de manière plus précise que la théorie de l'abus de droit.

¹⁰⁷² Selon G. Bonet, « L'existence du droit de propriété intellectuelle intéresse la définition des conditions du monopole du titulaire et de sa portée, ainsi que les règles relatives aux actions en justice destinées à le protéger, alors que l'exercice du droit recouvre son exploitation d'une façon générale », G. BONET, « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », *op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁷³ G. BEAUDOIN, *op. cit.*, p. 183.

¹⁰⁷⁴ T. DESURMONT, note sous TPICE 10 juill. 1991, *The British Broadcasting Corporation et B.B.C entreprises c/Commission des communautés européennes*, *Rec.* p. II-535, *RIDA*, n° 151, janv. 1992, pp. 250-272, précitée, spéc. p. 254.

¹⁰⁷⁵ V. : CJCE, 13 juill. 1966, *Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c/Commission*, aff. jointes 56 et 58/64, *Rec.* p. 429, précité : « (...) les articles 36, 222 et 234 du traité, invoqués par les requérantes, ne s'opposent pas à toute incidence du droit communautaire sur l'exercice des droits nationaux de propriété industrielle », CJCE, 29 févr. 1968, *Parke, Davis and Co. c/Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm*, aff. 24-67, *Rec.* p. 81, (ci-après *Parke Davis*), *RTD Eur.*, 1968, p. 566, *D.*, 1968, p. 581, note J. ROBERT, *JDI*, 1968, p. 452, note F.-C. JEANTET : « l'existence du droit de brevet ne relevant actuellement que de la législation interne, seul son usage pourrait relever du droit communautaire au cas où cet usage contribuerait à une position dominante dont l'exploitation abusive serait susceptible d'affecter le commerce entre États membres », CJCE, 18 févr. 1971, *Sirena S.r.l. c/Eda S.r.l. et autres*, aff. 40-70, *Rec.* p. 69, précité : « (...) si les droits reconnus par la législation d'un État membre en matière de propriété industrielle et commerciale ne sont pas affectés dans leur existence par les articles 85 et 86 du traité, leur exercice peut cependant relever des interdictions édictées par ces dispositions ».

¹⁰⁷⁶ Pour les droits voisins du droit d'auteur, v. : CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c/Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. 78-70, *Rec.* p. 487, précité. Pour l'application du même principe dans le domaine du droit d'auteur CJCE, 9 avr. 1987, *Basset c/SACEM*, aff. 402/85, *Rec.* 1747, (ci-après *Basset*), *RIDA* n°133, juill. 1987, p. 168, note J. DELMOLY, *JCP*, 1987.I.3312, note B. EDELMAN, *RTD Com.*, 1987, p. 391, note A. FRANÇON.

¹⁰⁷⁷ Comme le souligne D. Graz, « Dès les premières années de la Communauté européenne, les juges de la Cour Se sont montrés choqués par le caractère monopolistique des droits de propriété intellectuelle. Constatant que l'étendue de ces monopoles correspondait de surcroît aux frontières nationales, ils en ont conclu qu'ils ne pouvaient être compatibles avec le but essentiel du Marché commun. La distinction qu'opère la cour

384. Cette clé de répartition des compétences, bâtie autour de la distinction entre l'existence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle s'avère pourtant loin d'être satisfaisante.

En premier lieu, ladite théorie apparaît comme excessivement dépendante des législations nationales. Celles-ci étant libres de piocher dans le domaine de l'existence des droits de propriété intellectuelle, elles peuvent les étendre jusqu'à des dimensions se heurtant aux objectifs du Traité¹⁰⁷⁸.

Parallèlement, la distinction entre l'existence et l'exercice des droits intellectuels est excessivement dépendante des dispositions du Traité. Elle est d'une application pratique particulièrement difficile¹⁰⁷⁹, dans la mesure où il est impossible « *de déterminer précisément la frontière entre les prérogatives liées à l'existence et celles qui intéressent l'exercice* »¹⁰⁸⁰. Comme le souligne la doctrine, les manifestations des monopoles d'exploitation conférés par les droits nationaux « *apparaissent surtout au niveau de l'exercice des droits, en sorte qu'on serait à la limite tenté de classer dans ce domaine la plupart des prérogatives qui y sont attachées, ce qui aurait pour résultat de les soumettre aux règles communautaires* »¹⁰⁸¹. On revient donc à la question fondamentale, celle de savoir où commence l'exercice des droits intellectuels susceptible de déclencher l'intervention des règles concurrentielles.

Ce qui est sûr, c'est le fait que le seul bénéfice d'un droit exclusif de propriété intellectuelle ne saurait être, en lui-même, considéré comme abusif en vue des règles de concurrence prévues par le Traité¹⁰⁸². La conclusion va de soi, dans la mesure où, comme le souligne la doctrine, « *la solution différente reviendrait à nier en fait l'existence des droits*

entre l'existence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle est donc née de sa volonté d'agir sur l'étendue, trop ample à son avis, de ceux-ci», D. GRAZ, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises, Étude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE*, Librairie Droz, 1988, p. 137.

¹⁰⁷⁸ C. GAVALDA, G. PARELANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 2010, p. 437. En outre, cette liberté peut donner lieu à une grande disparité des solutions adoptées par les États membres, B. CASTELL, *op. cit.*, p. 125.

¹⁰⁷⁹ M.-A. SANSON-HERMITTE, *op. cit.*, p. 102, N. MALLET-POUJOL, « Droit d'auteur et droit de la concurrence : à propos de l'abus de position dominante en droit d'auteur », in J.-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN, *op. cit.*, p. 224.

¹⁰⁸⁰ G. MODIANO, *Le Contrat de licence de brevet : droit suisse et pratique communautaire*, Librairie Droz, 1979, p. 217, Dans le même sens, I. RAHNASTO, *Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-trust Law, Leveraging IPRs in the Communications Industry*, Oxford University Press, 2003, p. 46.

¹⁰⁸¹ G. BONET, « La commission des communautés européennes et les accords de concession de licence de brevets », *JCP E*, 1976.I.12067.

¹⁰⁸² Ainsi, dans son arrêt du 5 oct. 1988, *Consorzio Italiano della Componentistica di Ricambio per Autoveicoli et Maxicar c/Régie nationale des usines Renault*, aff. 53/87, *Rec.* p. 6039, *RTD Eur.*, 1990, p. 720, obs. G. BONET, *JCP*, 1989.II.21247 obs. G. BONET, la CJCE rappelle que « (...) le seul fait d'obtenir le bénéfice d'un droit exclusif accordé par la loi, droit dont la substance consiste à pouvoir empêcher la fabrication et la vente des produits protégés par des tiers non autorisés, ne peut être regardé comme une méthode abusive d'élimination de la concurrence », point 15.

de propriété intellectuelle par une application aveugle de la règle de libre concurrence, alors que l'article 36, première phrase affirme au contraire la nécessité d'écarter en leur faveur les règles du traité »¹⁰⁸³.

Il en résulte que l'exercice des droits de propriété intellectuelle ne peut pas être paralysé systématiquement¹⁰⁸⁴, au risque de remettre en question l'idée même d'autonomie des législations nationales en la matière. Que vaut un *jus nudum*¹⁰⁸⁵, « un droit dont l'existence serait reconnue, mais qui ne pourrait être exercé » ?¹⁰⁸⁶. La privation totale de l'exercice d'un droit ne porte-t-elle pas atteinte à son existence¹⁰⁸⁷? Le droit n'existe-t-il pas pour être exercé¹⁰⁸⁸ ?

385. Pour éviter cet effet pathologique, la CJCE a admis que la sanction provenant des règles de concurrence ne peut être mobilisée que face aux usages des droits intellectuels illégitimes par rapport aux règles visant à décloisonner le Marché commun¹⁰⁸⁹. Comme le souligne G. Bonet, « (...) l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle ne donne pas lieu à l'application de l'article 86 (article 102 TFUE) s'il est conforme aux dispositions de l'article 36, c'est-à-dire s'il ne réalise ni une discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre États membres (...) »¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸³ G. BONET, obs. sous CJCE, 5 oct. 1988, *Consortio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli (CIRCA) et Maxicar c/Régie nationale des usines Renault*, aff. 53/87, *Rec.* p. 6039, *JCP* 1989.II.21247.

¹⁰⁸⁴ G. BONET, « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », *op. cit.*, p. 92.

¹⁰⁸⁵ G. WESTKAMP, « Intellectual property, competition rules, and the emerging market: some thoughts on the european exhaustion doctrine », *Marquette intellectual property law review*, n° 2, vol. 11, 2007, pp. 291-335, spéc. p. 293.

¹⁰⁸⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, *op.cit.*, p. 419.

¹⁰⁸⁷ R. KOVAR, « L'incidence du droit communautaire sur la propriété industrielle », *JDI*, 1976, pp. 208-217, spéc. p. 212, J.-J. BURST, R. KOVAR, « Sur une jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de propriété industrielle », *JCP E*, 1975.II.11728, M. WAELBROECK, A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 734, I. HARACOGLU, *Competition Law and Patents, A Follow-on Innovation Perspective in the Biopharmaceutical Industry*, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 105.

¹⁰⁸⁸ C. G. MILLER, « Magill : time to abandon the "specific subject-matter" concept », *EIPR*, n° 16(10), 1994, pp. 415-421, spéc. p. 419, S. JACQUIER, W. MAXWELL, X. BUFFET-DELMAS, « Industries de contenu : quel avenir pour les licences territoriales ? », *RLDI*, n°47, mars 2009, pp. 63-71, spéc. p. 65, note 19.

¹⁰⁸⁹ Une telle interprétation découle *a contrario* de la solution retenue dans l'arrêt de la CJCE, 24 janv.1989, *Emi Electrola GmbH c/Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH (dit Emi II)*, aff. 341-87, *Rec.* p. 92, *RTD Eur.*, 1990, p. 734 note G. BONET, dans lequel il a été souligné que « les articles 30 et 36 ont (...) pour objet de concilier les exigences de la libre circulation des marchandises avec le respect dû à l'exercice légitime des droits exclusifs en matière de propriété littéraire et artistique. Cette conciliation implique, en particulier, qu'une protection soit refusée à tout exercice abusif de ces droits qui serait de nature à maintenir ou à établir des cloisonnements artificiels à l'intérieur du marché commun », point 8.

¹⁰⁹⁰ G. BONET, « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », *op. cit.*, pp. 87-108, spéc. p. 92. Dans cette optique il a été jugé que « la faculté pour le titulaire d'un modèle protégé d'empêcher des tiers de fabriquer et de vendre ou d'importer,

Dans cette perspective, l'exercice des droits de la propriété intellectuelle donnant lieu à l'application des règles du droit de la concurrence serait entièrement régi par les termes généraux de l'art 36 du Traité. Une véritable explication *ignotum per ignotius* dirait-on...

Section 2. La réalité de la concession faite au profit du droit de la concurrence

386. Face aux difficultés posées par la distinction entre l'existence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle, celle-ci a été affinée et a intégré en son sein la théorie de l'« objet spécifique » et son corollaire - la notion de « fonction essentielle » des droits intellectuels. Ces concepts ont été forgés pour permettre de contrôler la distinction fondamentale entre l'existence et l'exercice des droits intellectuels¹⁰⁹¹, de préciser davantage le domaine du statut légal des droits de propriété intellectuelle¹⁰⁹², et de déterminer « le facteur concurrentiel inhérent à tout droit de propriété intellectuelle »¹⁰⁹³.

Dans sa logique fondamentale, l'objet spécifique désigne le noyau dur d'un droit intellectuel, tel que défini par le droit national, échappant aux règles de concurrence. Le droit de l'Union européenne est censé le découvrir et en aucun cas le créer (I). Ceci étant, la pratique jurisprudentielle montre qu'à travers l'utilisation de cette notion « abstruse »¹⁰⁹⁴, le droit de la concurrence a réussi à remodeler les droits de l'auteur tels que dressés par le législateur français (II).

sans son consentement, des produits incorporant le modèle constitue la substance même de son droit exclusif. Il en résulte qu'une obligation imposée au titulaire du modèle protégé d'accorder à des tiers, même en contrepartie de redevances raisonnables, une licence pour la fourniture de produits incorporant le modèle aboutirait à priver ce titulaire de la substance de son droit exclusif, et que le refus d'accorder une pareille licence ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante », CJCE, 5 oct. 1988, AB Volvo c/Erik Veng Ltd, aff. 238/87, Rec., p. 6211, point 8. Dans le même sens, v. : not. : Parke Davis, spéc. Rec. p. 110, Hoffmann-La Roche, point 16 et surtout, Basset, point 18 : « l'utilisation faite par une société de gestion de droits d'auteur des possibilités que lui offre la législation nationale (...) ne constitue pas, en elle-même, un comportement abusif au sens de l'article 86 du traité ».

¹⁰⁹¹ M.-A HERMITTE, obs. sous TPICE, 2^e chambre 10 juill. 1991, aff. T-70/89, 10 juill. 1991, aff. T-70 et T-76/89 *British Broadcasting et Independent Television publications c/Commission des CE, JDI*, 1992, pp. 471-477, spéc. p. 473.

¹⁰⁹² C. GAVALDA, G. PARELANI, *loc. cit.*, G. BONET, obs. sous CJCE, 30 juin 1988, *Thetford Corporation c/Fiamma SPA*, aff. 35/87, Rec. p. 3585, *RTD Eur.*, 1988, pp.713-718, spéc. p. 714.

¹⁰⁹³ C. GAVALDA, G. PARELANI, *loc. cit.*

¹⁰⁹⁴ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 411.

I. La découverte de l'objet spécifique

387. La notion d'objet spécifique utilisée comme un outil précisant la distinction entre l'existence et l'exercice du droit intellectuel a d'abord été conceptualisée dans son aspect fonctionnel (A) avant d'être pourvue d'une définition concrète (B).

A. La fonction de l'objet spécifique

388. Afin de préciser ce que constitue la restriction justifiée qu'évoque l'exception contenue dans la première phrase de l'art 36 du Traité, la CJCE a souligné, déjà dans l'arrêt *Deutsche Grammophon*, que « s'il permet des interdictions ou restrictions à la libre circulation des produits justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale, l'article 36 n'admet de dérogations à cette liberté que dans la mesure où elles sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété »¹⁰⁹⁵. En d'autres termes, en vue de l'application de l'ensemble des dispositions de l'article 36 du traité, n'est pas constitutive de discrimination ou de restriction prohibées ce qui constitue l'essence même de l'exclusivité, à savoir l'exercice d'un droit intellectuel en conformité avec son objet spécifique¹⁰⁹⁶. L'exercice d'un droit intellectuel, dont l'existence est reconnue par la loi nationale, n'est donc admis par le droit de l'Union européenne que s'il s'inscrit dans l'objet spécifique de ce droit¹⁰⁹⁷.

En ce référant à ce concept, la Cour de Justice souligne la dangerosité potentielle des droits de propriété intellectuelle en vue des principes directeurs du Traité, et limite le spectre de leur résistance aux règles concurrentielles à la protection de leur objet spécifique¹⁰⁹⁸. Ce dernier désigne, selon la doctrine, le « noyau dur »¹⁰⁹⁹ ou bien

¹⁰⁹⁵ *Deutsche Grammophon* point 11. La formule et a été reprise par de nombreuses décisions ultérieures. V. not. : CJCE, 3 juill. 1974, *Van Zuylen Frères c/Hag AG*, aff. 192/73, *Rec.* p. 731, point 9, CJCE, 31 oct. 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c/Sterling Drug Inc.*, aff. 15/74, *Rec.* p. 1147, point 8, CJCE, 31 oct. 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c/Winthrop BV*, aff. 16/74, *Rec.* p. 1183, point 7, CJCE, 22 juin 1976, *Terrapin (Overseas) Ltd. c/Terranova Industrie CA Kapferer & Co*, aff. 119/75, *Rec.* p. 1039, point 5, *Hoffmann-La Roche*, point 6, CJCE, 10 oct. 1978, *Centrafarm BV c/American Home Products Corporation*, aff. 3/78, *Rec.* p. 1823, point 10, CJCE 3 déc. 1981, *Pfizer Inc. c/Eurim-Pharm GmbH*, aff. 1/81, *Rec.* p. 2913, point 6, CJCE, 17 oct. 1990, *SA Cnl-Sucal NV c/HAG GF AG*, aff. C-10/89, *Rec.* p. I-3711, point 12.

¹⁰⁹⁶ B. REMICHE, V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire, Créer, protéger et partager les inventions au XXI^e siècle*, Larcier, 2010, p. 321, F. SIIRIAINEN, « "Droit d'auteur" contra "droit de la concurrence" : versus "droit de la régulation" », *RIDE*, n 4, 2001, Tome XV, pp. 413-446, spéc. p. 417.

¹⁰⁹⁷ J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996, p. 127.

¹⁰⁹⁸ Dans ce sens, M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, LGDJ, 2002, p. 269.

l'« essence »¹¹⁰⁰ des droits de propriété intellectuelle, échappant à la logique du marché¹¹⁰¹. Il représente ainsi « la fraction irréductible du droit en deçà de laquelle celui-ci perd sa signification »¹¹⁰², « la substance même des droits intellectuels nationaux dont la préservation, sur le fondement des lois nationales, est indispensable à leur existence »¹¹⁰³ ou « l'ensemble des dispositions du droit des États membres qui sont indispensables pour que les droits nationaux de propriété intellectuelle aient une existence effective et atteignent ainsi exactement l'objectif que le législateur leur a fixé »¹¹⁰⁴.

389. A travers la notion d'objet spécifique jaillit la volonté de la Cour de Justice d'établir, pour chaque droit de propriété intellectuelle, « une série de prérogatives centrales conférées par le droit national au titulaire du droit incorporel, et dont l'exercice n'est pas affecté par les règles du traité »¹¹⁰⁵. Il en résulte que si l'on juxtapose le concept d'objet spécifique à la notion d'existence des droits intellectuels qui échappe à l'emprise des règles concurrentielles, on se rend compte que d'un point de vue fonctionnel, ces deux éléments ne font qu'un¹¹⁰⁶. Dans ce cas, n'assiste-t-on pas à un discours purement logomachique ?

Cerner le contenu de l'objet spécifique paraît essentiel dans la mesure où il détermine l'éventail des exercices des droits intellectuels échappant à la sanction de la part des règles concurrentielles du Traité¹¹⁰⁷. Pourtant, si la notion d'objet spécifique se définit facilement dans son aspect fonctionnel, il n'en est pas de même sur le plan organique. Que recouvre exactement le noyau dur du droit intellectuel ? L'objet spécifique, n'est-il pas un autre concept éluif entaché par le vice de raisonnement *ignotum per ignotius* ?

390. Afin de mieux cerner le spectre des prérogatives constituant l'objet spécifique, les autorités communautaires ont poussé ladite logomachie encore plus loin et ont eu recours

¹⁰⁹⁹ L. VOGEL, *Droit européen des affaires*, Dalloz, 2013, p. 685.

¹¹⁰⁰ S. DORMONT, *Le conflit entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence*, Thèse, Paris Sud XI, 2011, p. 42.

¹¹⁰¹ M. TORRE-SCHAUB, *op. cit.*, p. 272.

¹¹⁰² V.-L. BENABOU, « Épuisement des droits, épuisement des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », *Légicom*, n° 25, 2001/2, pp. 115-127, spéc. p. 117.

¹¹⁰³ G. BONET, note sous CJCE, 17 mai 1988, *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c/Erik Viuff Christiansen*, aff. 158/86, *RTD Eur.*, 1988, pp. 647-654, spéc. p. 651, du même auteur « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, n° 3, 1993, pp. 173-188, spéc. p. 178.

¹¹⁰⁴ G. BONET, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, n° 3, 1993, pp. 173-188, spéc. p. 178.

¹¹⁰⁵ Conclusions de l'Avocat Général GULMANN présentées le 1^{er} juin 1994 dans l'affaire *Radio Telefís Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-241/91P et C-242/91P, *Rec.* 1995, p. I-00743, point 28.

¹¹⁰⁶ B. EDELMAN, *J-CL*, Propriété littéraire et artistique, fasc. 1810, Droit de l'Union européenne-Droit d'auteur et droits voisins dans la liberté des échanges, n° 33, dernière mise à jour, janv. 2013.

¹¹⁰⁷ F. GOTZEN, « La libre circulation des produits couverts par un droit de propriété intellectuelle dans la jurisprudence de la Cour de justice », *RTD Com.*, 1985, pp. 467-481, spéc. p. 469.

à une notion complémentaire, celle de la « fonction essentielle » des droits intellectuels. Ainsi, dit-on, c'est la finalité du droit intellectuel qui commande son objet spécifique¹¹⁰⁸. Ce dernier se déduit de sa fonction essentielle¹¹⁰⁹ et il doit y être conforme¹¹¹⁰. L'objet spécifique du droit intellectuel désigne les règles du droit de la propriété intellectuelle qui permettent d'atteindre sa fonction essentielle¹¹¹¹. Cette dernière désigne le « *but que recherche le législateur national lorsqu'il accorde une protection particulière, faisant une exception à la liberté du commerce et de l'industrie, au titulaire d'un tel droit* »¹¹¹².

391. De cet amalgame de concepts recouvrant somme toute la même idée, résulte un édifice jurisprudentiel complexe et marqué par la casuistique, dans lequel s'inscrivent des définitions concrètes du contenu des objets spécifiques de chaque droit de propriété intellectuelle, y compris des droits d'auteur.

B. La définition concrète de l'objet spécifique

392. Il résulte de ce qui précède que les règles concurrentielles prévues par le droit de l'Union européenne peuvent évincer les droits intellectuels aussi longtemps que cela ne trouble pas l'existence de ces derniers, définie à l'aide de leur objet spécifique, lui-même déduit de leur fonction essentielle. Cet ensemble conceptuel n'est pas opérationnel tel quel. Pour qu'il le devienne, les autorités l'ont rempli d'un contenu sémantique concret. En nous concentrant sur la définition de l'objet spécifique des droits d'auteur **(1)**, nous soulignerons une contradiction fondamentale caractérisant le processus de son élaboration, consistant à rechercher les éléments formant l'objet spécifique dans le droit de l'Union européenne **(2)**.

¹¹⁰⁸ C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998, p. 296.

¹¹⁰⁹ J. S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur : essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ 1996, p. 128. Dans le même sens F. SIIRIAINEN, « "Droit d'auteur" contra "droit de la concurrence" : versus "droit de la régulation" », *RIDE*, n° 4, 2001, Tome XV, pp. 413-446, spéc. p. 417, *J-CL*, Propriété littéraire et artistique, fasc. 1810, Droit de l'Union européenne-Droit d'auteur et droits voisins dans la liberté des échanges, n° 21, dernière mise à jour, janv. 2013.

¹¹¹⁰ S. DORMONT, *Le conflit entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence*, Thèse, Paris Sud XI, 2011, p. 42.

¹¹¹¹ S. JACQUIER, W. MAXWELL, X. BUFFET DELMAS, « Industries de contenu : quel avenir pour les licences territoriales ? », *RLDI*, n° 47, mars 2009, pp. 63-71, spéc. p. 65.

¹¹¹² G. BONET, obs. sous CJCE, 6 avr. 1995, *Radio Telefís Eireann et Independent Television Publications Ltd. c/Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec. p. I-743, RTD Eur.*, 1995, pp. 835-845, spéc. p. 839, note 10.

1. Le contenu de la définition

393. En ce qui concerne la définition concrète de l'objet spécifique des droits d'auteur, il a été d'abord précisé dans l'arrêt *Coditel I* que «*la faculté, pour le titulaire du droit d'auteur et ses ayants droit, d'exiger des redevances pour toute représentation d'un film fait partie de la fonction essentielle du droit d'auteur sur ce genre d'œuvres littéraires ou artistiques*»¹¹¹³. Ladite définition «*fragmentaire*»¹¹¹⁴, n'érigeant au rang privilégié qu'une des prérogatives conférées par le droit d'auteur, et cela à l'égard d'une catégorie d'œuvres bien précise, reprise par la jurisprudence *Coditel II*¹¹¹⁵, a été progressivement élargie par la jurisprudence *Warner Brothers*¹¹¹⁶ et les décisions du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes dans l'affaire *Magill*¹¹¹⁷. On a inclus dans le spectre de l'objet spécifique du droit d'auteur l'exclusivité de la reproduction et de la représentation de l'œuvre¹¹¹⁸ ainsi que «*la protection morale de l'œuvre*»¹¹¹⁹. La définition la plus complète de l'objet spécifique des droits d'auteur a été donnée dans l'arrêt *Phil Collins*¹¹²⁰.

Ainsi, la CJCE, après avoir rappelé qu'en l'absence d'harmonisation des législations nationales en matière de propriété littéraire et artistique, la protection de cette dernière relève de la compétence des États membres, précise que «*l'objet spécifique de ces droits, tels qu'ils sont régis par les législations nationales, est d'assurer la protection des droits moraux et économiques de leurs titulaires*»¹¹²¹ pour ensuite ajouter que «*La protection des droits moraux permet notamment aux auteurs et aux artistes de s'opposer à toute déformation,*

¹¹¹³ CJCE, 18 mars 1980, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, et autres c/Ciné-Vog et autres*, aff. 62/79, Rec. p. 881, point 14.

¹¹¹⁴ G. BEAUDOIN, *Pratiques anticoncurrentielles et droit d'auteur*, Thèse Paris Ouest Nanterre la Défense, 2012, p. 197.

¹¹¹⁵ CJCE, 6 oct. 1982, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision et autres c/Ciné-Vog Films SA et autres*, aff. 262/81, Rec. p. 3381, point 12.

¹¹¹⁶ CJCE, 17 mai 1988, *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c/Erik Viuff Christiansen*, aff. 158/86, Rec. p. 2605, (ci-après *Warner Brothers*), RTD Eur., 1988, p. 647 note G. BONET, JCP, 1989.II.21173, obs. B. EDELMAN.

¹¹¹⁷ TPICE, 10 juill. 1991, *Radio Telefis Eireann c/Commission*, aff. T-69/89, Rec. p. II-485, TPICE, 10 juill. 1991, *British Broadcasting Corporation et BBC Enterprises Ltd c/Commission*, aff. T-70/89, Rec. p. II-535, TPICE, 10 juill. 1991, *Independent Television Publications Ltd c/Commission*, aff. T-76/89, Rec. p. II-575, RIDA janv. 1992, p. 216.

¹¹¹⁸ Point 13 de la décision *Warner Brothers* : «*Les deux prérogatives essentielles de l'auteur, le droit exclusif de représentation et le droit exclusif de reproduction, ne sont pas mises en cause par les règles du traité*»

¹¹¹⁹ TPICE, 10 juill. 1991, décisions précitées (supra, note 1050), respectivement numéros 71, 58 et 56.

¹¹²⁰ CJCE, 20 oct. 1993, *Phil Collins c/Imtrat Handelsgesellschaft mbH et Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH et Leif Emanuel Kraul c/EMI Electrola GmbH*, aff. jointes C-92/92 et C-326/92, Rec. p. I-5154, (ci-après *Phil Collins*), D., 1995, p. 133 obs. B. EDELMAN, et également G. BONET, «*L'égalité de traitement des titulaires de droit d'auteur ou de droits voisins dans la Communauté, contribution à propriétés intellectuelles*», in *Mélanges offerts à A. Françon*, Dalloz, 1995, pp. 1-16.

¹¹²¹ *Phil Collins*, point 20.

mutilation ou autre modification de l'œuvre qui serait préjudiciable à leur honneur ou à leur réputation. Le droit d'auteur et les droits voisins présentent également un caractère économique en ce qu'ils prévoient la faculté d'exploiter commercialement la mise en circulation de l'œuvre protégée, en particulier, sous la forme de licences accordées moyennant le paiement de redevances (...) »¹¹²².

394. Une telle définition de l'objet spécifique des droits d'auteur correspond *a priori* au droit d'exploitation au sens large, à savoir à la maîtrise par le titulaire de la commercialisation de son œuvre¹¹²³, au pouvoir de consentir à un acte d'exploitation¹¹²⁴, « *de choisir quand, où, comment, par qui, l'œuvre sera commercialisée et d'organiser de façon rationnelle l'exploitation de cette dernière* »¹¹²⁵. Étonnamment, en l'élaborant, la Cour de Justice ne fait pas de référence aux droits nationaux.

2. La source externe des éléments de la définition

395. À travers la définition de l'objet spécifique des droits d'auteur, la CJCE ne procède-t-elle pas à une certaine communautarisation de ceux-ci¹¹²⁶ ?

L'objet spécifique est censé désigner le noyau dur des droits intellectuels aux limites externes dressées par les législations nationales. Cela étant, dans la jurisprudence de la CJCE, l'objet spécifique ne se définit pas par référence aux droits nationaux, mais par rapport à la nature et à la finalité du droit intellectuel définies par la Cour¹¹²⁷. En effet, c'est la Cour de justice qui s'est réservée la tâche de sélection des prérogatives qu'elle souhaite inclure dans l'objet spécifique¹¹²⁸. Elle semble ainsi avoir créé sa propre vision de la partie irréductible des droits intellectuels¹¹²⁹. Pourtant, la notion d'objet spécifique perd toute

¹¹²² *Phil Collins*, point 20.

¹¹²³ F. SIIRAINEN, *op. cit.*, p. 418, note 26.

¹¹²⁴ *Ibidem*.

¹¹²⁵ T. DESURMONT, note sous TPICE, 10 juill. 1991, *British Broadcasting Corporation et BBC entreprises Ltd c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-70/89, *RIDA*, n° 151, janv. 1992, pp. 250-272, spéc. p. 261.

¹¹²⁶ V., pour la même question posée en matière de propriété industrielle : R. KOVAR, V. CONSTANTINESCO, « Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1976, pp. 185-241, spéc. p. 213.

¹¹²⁷ S. CARRE, « Le rôle de la Cour de Justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union », in C. GEIGER, *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, 2013, pp. 1-58, spéc. pp. 9.

¹¹²⁸ C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, Bruylant, LGDJ, 1997, p. 391.

¹¹²⁹ Sur le caractère paradoxal d'une telle approche, v. : C. G. MILLER, « Magill : time to abandon the "specific subject-matter" concept », *EIPR*, n° 16(10), 1994, pp. 415-421, spéc. p. 415 : « (...) *intellectual*

utilité¹¹³⁰ si elle est définie non pas par rapport aux droits nationaux, mais à l'égard du droit de l'Union européenne.

Un objet spécifique des droits intellectuels découlant des objectifs du droit de l'Union et non pas des droits nationaux jouerait un double rôle. En premier lieu, comme c'était le cas lors de la théorie de l'abus de droit mobilisée dans l'arrêt *Grundig*¹¹³¹, il protégerait les droits intellectuels contre leur absorption par les règles concurrentielles. En second lieu, contrairement à la logique de la jurisprudence précitée, il serait susceptible de leur imposer des limites externes, découlant de la vision que s'est faite du droit de la propriété intellectuelle la Cour de Justice. La notion d'objet spécifique serait ainsi devenue une sorte de notion autonome de l'Union européenne¹¹³², paradoxalement susceptible d'affecter¹¹³³ l'existence même des droits intellectuels.

396. Dans cette optique, certains auteurs, en observant le processus de formulation de la définition communautaire de l'objet spécifique, ont craint que celle-ci perde tout contact avec les droits nationaux¹¹³⁴. Ils se sont demandés si, tout en regrettant l'absence d'harmonisation des droits intellectuels au niveau de l'Union, la Cour de Justice n'a pas indirectement procédé à leur unification¹¹³⁵.

Ces craintes sont légitimes. Que reste-t-il du sanctuaire de la souveraineté nationale en matière du droit d'auteur, à partir du moment où les prérogatives qui lui sont inhérentes sont définies par le droit de l'Union européenne, ou quand l'exercice de toute prérogative que le droit national souhaite attacher à son existence peut être paralysé lorsqu'elle n'entre pas dans le cadre de la définition de l'objet spécifique élaborée par la Cour de Justice ? L'objet spécifique du droit d'auteur, tel que défini par le juge de la Cour, désignant la fraction du droit intellectuel qui seule mérite une protection dans l'ordre juridique de l'Union

property rights are specifically and precisely set out in international law and national legislation. It is therefore unnecessary to identify 'core rights'. The rights are already set out ».

¹¹³⁰ Dans ce sens, T. DESURMONT, note sous TPICE, 10 juill. 1991, *British Broadcasting Corporation et BBC entreprises Ltd c/Commission des Communautés européennes*, aff. T-70/89, RIDA, n° 151, janv. 1992, pp. 250-272, précitée, spéc. pp. 259-260.

¹¹³¹ *Supra*, n° 387.

¹¹³² V.-L. BENABOU, « Épuisement des droits, épuisement des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », *Légicom*, n° 25, 2001/2, pp. 115-127, spéc. p. 118.

¹¹³³ N. MALLET-POUJOL, « Droit d'auteur et droit de la concurrence : à propos de l'abus de position dominante en droit d'auteur », in J.-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN, *Propriété intellectuelle et droit commun*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, pp. 211-239, spéc. p. 214.

¹¹³⁴ V. not. : F. GOTZEN, « La libre circulation des produits couverts par un droit de propriété intellectuelle dans la jurisprudence de la Cour de justice », *RTD Com.*, 1985, pp. 467-481, spéc. p. 481.

¹¹³⁵ J.-J. BURST, R. KOVAR, « Sur une jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de propriété industrielle », *JCP E*, 1975.II.11728.

européenne¹¹³⁶, n'est-il pas, tout simplement, une limite externe qui lui est imposée au détriment des « théories qui ont pu en être données en droit national »¹¹³⁷ ? N'assiste-t-on pas, en réalité, pour reprendre l'idée d'A. Bernard, à une « consécration de la souveraineté communautaire en matière de propriété intellectuelle »¹¹³⁸ ?

II. La création de l'objet spécifique

397. La crainte de l'eupéanisation des contours du droit d'auteur se dissipe légèrement si l'on observe que la définition de l'objet spécifique des droits d'auteur donnée par la Cour de Justice s'avère, à première vue, inoffensive à la lumière de la conception que se font des droits d'auteur la législation et la jurisprudence françaises.

L'on pourrait estimer que l'objet spécifique du droit d'auteur, tel que le définit la Cour n'est qu'une reprise pure et simple de la conception dualiste du droit d'auteur français, dont le juge de la Cour de Justice ne fait que synthétiser les grandes lignes¹¹³⁹. Il en résulterait, selon certains auteurs, que « dans la définition de l'objet spécifique du droit, le droit communautaire ne dispose d'aucun "pouvoir normatif créateur" »¹¹⁴⁰. La logique de l'article

¹¹³⁶ B. EDELMAN, *J-CL*, fasc. 1820 : Droit de l'Union européenne, Droit d'auteur et droits voisins dans la libre concurrence, n° 70, dernière mise à jour, mai 2014.

¹¹³⁷ C. DOUTRELEPONT, *loc. cit.*

¹¹³⁸ A. BERNARD, *Les critères d'application du droit communautaire aux propriétés intellectuelles*, Thèse, Paris II, 1989, p. 280. Selon le même auteur, « (...) la compétence traditionnelle du droit national en matière de propriété intellectuelle s'avère maintenant très fragile et risque d'être supplantée à long terme par la compétence nouvelle du droit communautaire. Ce glissement s'effectue de façon fort subtile. Le droit national reste normalement compétent en ce qui concerne le fondement, l'objet et la justification des droits de propriété intellectuelle et le droit communautaire l'habilite effectivement à définir le statut national des droits, l'étendue des monopoles ainsi conférés à leurs titulaires et les objectifs individuels et collectifs auxquels répond une telle protection légale. **Mais qui en décide ? La Cour de Justice, de façon souveraine. La part qui revient au droit national, du point de vue de l'application des règles communautaires de concurrence (...), n'est plus dorénavant que concédée par les autorités communautaires ; dès lors l'appareil étatique n'a plus la maîtrise absolue de ces questions** », nous soulignons, *ibid.* pp. 281-282.

¹¹³⁹ Selon B. Edelman, dans l'arrêt *Phil Collins* « la CJCE a entériné une conception dualiste du droit d'auteur : "L'objet spécifique de ces droits, tels qu'ils sont régis par les législations nationales, est d'assurer la protection des droits moraux et économiques de leurs titulaires" (...). A priori, les tenants d'un droit d'auteur orthodoxe n'y trouveraient rien à redire et, plus encore, pourraient s'en réjouir. Par exemple, l'article L. 111-1, al. 2, c. propr. intell. ne dispose-t-il pas que le droit de propriété incorporelle de l'auteur "comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial" ? Et, pourraient-ils ajouter, la CJCE n'a-t-elle pas fait un grand progrès en reconnaissant, pour la première fois semble-t-il, l'existence du droit moral ? », B. EDELMAN, note sous CJCE, 20 oct. 1993, *Phil Collins, D.*, 1995, pp. 136-139, spéc. p. 137. Dans le même sens, pour la thèse selon laquelle l'objet spécifique « communautaire » ne diffère pas significativement de la conception des droits intellectuels développée dans les États membres, C. DOUTRELEPONT, *op. cit.*, p. 391, note 998.

¹¹⁴⁰ J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996, p. 133.

36 du Traité voudrait qu'il en soit ainsi, faute de quoi la clause de rétention de souveraineté nationale en matière de propriété intellectuelle qu'il prévoit n'aurait aucun sens¹¹⁴¹.

Malheureusement pour le droit français, une analyse plus attentive de la définition de l'objet spécifique des droits d'auteur donnée par la Cour de Justice révèle la réalité d'un remodelage profond par celle-ci des contours des prérogatives du droit moral (A) et de celles relevant des droits patrimoniaux de l'auteur (B).

A. La réalité de remodelage du droit moral

398. Le remodelage de l'architecture du droit moral français par la définition de l'objet spécifique du droit d'auteur élaborée par la CJCE se manifeste dans la méconnaissance par celle-ci de la hiérarchie naturelle entre les droits d'auteur et les droits voisins (1) ainsi que par la consécration de la vision du droit moral propre à la tradition anglo-saxonne (2).

1. La méconnaissance de la hiérarchie entre le droit d'auteur et les droits voisins

399. L'absence de conflit entre les droits d'auteur français et leur objet spécifique défini par la Cour de Justice n'est qu'apparente. Pour nous en convaincre, notons que la définition de la substance des prérogatives du droit moral donnée par la CJCE diffère significativement de celle retenue par le droit français. Ainsi, en ce qu'elle déclare, dans l'arrêt *Phil Collins*, que la protection du droit moral permet « aux auteurs et aux artistes de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre qui serait préjudiciable à leur honneur ou à leur réputation »¹¹⁴², la Cour semble mettre sur un pied d'égalité le droit moral des auteurs et celui des titulaires des droits voisins¹¹⁴³. Selon B. Edelman¹¹⁴⁴, une telle vision porte atteinte à la hiérarchie instaurée entre les droits d'auteur et les droits voisins par la Convention de Rome¹¹⁴⁵ et affirmée par le droit français.

Aux termes de l'art 1^{er} de la Convention de Rome, « *La protection prévue par la présente Convention laisse intacte et n'affecte en aucune façon la protection du droit*

¹¹⁴¹ Dans ce sens, J. DASSESSE, « Les brevets », in W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Les Nouvelles, Droit des Communautés européennes*, Larcier, 1969, pp. 1023-1033, spéc. p. 1025.

¹¹⁴² Nous soulignons.

¹¹⁴³ B. EDELMAN, note sous CJCE, 20 oct. 1993, *Phil Collins, D.*, 1995, pp. 136-139, précitée, spéc. p. 137.

¹¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹¹⁴⁵ Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion du 26 oct. 1961.

d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques. En conséquence, aucune disposition de la présente Convention ne pourra être interprétée comme portant atteinte à cette protection ».

Ladite disposition, ainsi que le fait que la Convention ne prévoit aucun droit moral au profit des artistes-interprètes, établissent, selon B. Edelman, un rapport hiérarchique entre le droit moral de l'auteur et celui des artistes-interprètes¹¹⁴⁶.

400. Cette thèse n'emporte pas notre entière conviction. En effet, face au silence de la Convention quant à la protection des droits moraux des artistes interprètes¹¹⁴⁷, il est risqué d'affirmer que ceux-ci s'inscrivent dans le cadre du rapport hiérarchique, prétendument instauré par son art 1^{er}. Ce dernier évoque la protection des droits voisins du droit d'auteur « *prévues par la présente Convention* ». Vu que la protection des droits moraux des artistes-interprètes y est étrangère, il semble que la déduction de sa soumission aux droits de l'auteur n'est pas possible dans le seul périmètre de la Convention de Rome.

Cela étant dit, les États contractants étant libres d'étendre la protection au-delà du socle de la Convention de Rome¹¹⁴⁸, il n'est pas surprenant que le législateur français ait décidé, en consacrant la jurisprudence et la doctrine¹¹⁴⁹, de protéger les intérêts moraux des artistes-interprètes.

Si en droit français les artistes-interprètes sont titulaires des prérogatives du droit moral, celles-ci s'inscrivent dans le cadre d'un rapport hiérarchique construit autour de l'idée de prééminence des droits d'auteur sur les droits voisins. L'art 211-1 du CPI, étant un reflet de la proximité, potentiellement conflictogène, entre les prérogatives conférées par les droits d'auteur et les droits voisins¹¹⁵⁰, ainsi qu'un moyen d'apaisement de la tension qui

¹¹⁴⁶ B. EDELMAN, note sous CJCE, 20 oct. 1993, *Phil Collins, D.*, 1995, pp. 136-139, précitée, spéc. p. 137.

¹¹⁴⁷ Ce silence se justifie, comme l'affirme C. Colombet, « *devant la réticence traditionnelle des pays anglo-saxons face à une reconnaissance explicite du droit moral par le droit d'auteur lui-même, il était à craindre que l'affirmation d'un droit moral de l'artiste-interprète soit de nature à compromettre le succès de la Convention* », C. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*, 2^e éd., Litec, Unesco, 1992, p. 171. Dans le même sens, H. DESBOIS, A. FRANCON, A. KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 1976, p. 331, H. DESBOIS, « Les droits des acteurs et des artistes sur leur interprétation », *D.*, 1964, pp. 247-256, spéc. pp. 255-256, R. BADINTER, obs. sous Cass 1^{re} civ., 4 janv. 1964, (*Furtwängler*), *Bull. I*, n° 7, *JCP*, 1964.I.1844. En outre les auteurs de la Convention ont estimé que les droits de la personnalité offrent, à cet égard, une protection suffisante, R. BADINTER, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1964, (*Furtwängler*), *Bull. I*, n° 7, *JCP*, 1964.I.1844.

¹¹⁴⁸ H. DESBOIS, *op. cit.*, pp. 255-256.

¹¹⁴⁹ V. not. : Cass 1^{re} civ., 4 janv. 1964, (*Furtwängler*), *Bull. I*, n° 7, *D.*, 1964, p. 321, note P. PLUYETTE, *RTD Com.*, 1964, p. 320, note H. DESBOIS, *JCP*, 1964.I.1844 obs. R. BADINTER. Dans cet arrêt, la Cour de cassation assimile l'interprétation à l'œuvre de l'artiste. H. Desbois en déduit que « *l'interprétation est l'œuvre de l'interprète, son œuvre propre, et non le produit d'une action mécanique qu'il se contente de déclencher et d'orienter ; par là-même, les acteurs et les artistes, sans avoir vocation à la qualité d'auteur, ont des intérêts d'ordre moral à faire valoir (...)* », H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 256.

¹¹⁵⁰ Comme le souligne J.-M. Bruguière, les droits d'auteur et les droits voisins sont souvent « *enchevêtrés* », dans la mesure où « *une œuvre (droit d'auteur) est en effet souvent interprétée (droit de l'artiste*

en résulte¹¹⁵¹, dispose que « *les droits voisins ne portent pas atteinte aux droits des auteurs. En conséquence, aucune disposition du présent titre ne doit être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur par ses titulaires* »¹¹⁵².

Il en résulte qu'en droit français, le droit moral des artistes-interprètes est hiérarchiquement inférieur au droit moral des auteurs¹¹⁵³, ce qui nous force à approuver le raisonnement de B. Edelman, en ce qu'il constate l'existence d'une différence substantielle entre la définition des prérogatives du droit moral, élaborée dans le cadre de la théorie de l'objet spécifique des droits d'auteur, et celle découlant de la tradition française du droit d'auteur.

2. L'américanisation du droit moral

401. Non seulement la définition du droit moral donnée par la Cour de Justice accorde trop d'attention aux titulaires des droits voisins, mais aussi elle s'avère excessivement imprégnée par la vision que se fait du droit moral la tradition anglo-saxonne¹¹⁵⁴. Rappelons que, selon la Cour de Justice, n'entre dans l'orbite du noyau dur du droit moral que la « *déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre qui serait préjudiciable à leur honneur ou à leur réputation* ». À travers ce « *pluriel de l'épithète, qui qualifie les initiatives répréhensibles* »¹¹⁵⁵ la Cour de Justice semble partager la conception objective de l'atteinte

interprète), fixée pour être reproduite sur des supports de sons ou d'images (droit des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes) avant d'être diffusée (droit de l'entreprise de communication audiovisuelle) ». Dans cette optique, il se peut que « *l'exercice des droits voisins par tous ces opérateurs nuise aux auteurs* », J.-M. BRUGUIERE, « L'articulation du droit d'auteur et des droits voisins », in J.-M. BRUGUIERE, *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz, 2011, pp. 67-75, spéc. p. 69.

¹¹⁵¹ F. POLLAUD-DULIAN, note sous Paris, 21 sept. 1999, *JCP E* n° 27, 6 juillet 2000, 1094.

¹¹⁵² En outre, il semble que, *lege non distinguente*, les droits moraux des artistes doivent céder aussi devant les droits patrimoniaux de l'auteur. Dans ce sens, J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.*, p. 72. *Contra*, pour une « *suprématie du droit moral de l'auteur sur les droits voisins mais un respect mutuel (une égalité) en ce qui concerne les droits pécuniaires* », P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Dalloz, 2004, p. 177.

¹¹⁵³ Dans ce sens, parmi d'autres, B. EDELMAN, « Enquête sur le droit moral des artistes-interprètes », *D.*, 1999, pp. 240-244, spéc. p. 240. Pour s'en convaincre, v. not. : la possibilité de modification d'une interprétation sonore d'un opéra pour les besoins de la création d'une œuvre cinématographique, sans toutefois dénaturer l'œuvre préexistante, TGI Paris, 10 janv. 1990, *D.*, 1991, somm. p. 99, obs. C. COLOMBET, *D.*, 1991, p. 206, note B. EDELMAN, ou encore, dans la même ligne de raisonnement, Paris, 21 sept. 1999, *JurisData* n° 1999-124390, *JCP E*, n° 27, 6 juillet 2000, 1094 note F. POLLAUD-DULIAN. *Contra*, pour une thèse selon laquelle la règle de l'article L. 211-1 du CPI est « *de portée plus symbolique que réelle* », v. : C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Dalloz, 1999, pp. 309-310 et, indirectement, C. SAINT-LAURENT, « La gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes », in P. TAFFOREAU, *Pratique de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2013, pp. 387-411, spéc. p. 387.

¹¹⁵⁴ B. EDELMAN, note sous CJCE, 20 oct. 1993, *Phil Collins, D.*, 1995, pp. 136-139, précitée, spéc. p. 137.

¹¹⁵⁵ Pour reprendre la formule d'H. Desbois, utilisée dans son analyse de la conception du droit moral consacrée par la Convention de Berne, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978, p. 539.

au droit moral¹¹⁵⁶ caractérisant le système de la Convention de Berne¹¹⁵⁷ et le droit anglo-saxon¹¹⁵⁸, alors qu'en France, traditionnellement, on défendait à cet égard une approche subjective, concentrée sur la personne de l'auteur et non pas sur la perception de sa personne par les tiers¹¹⁵⁹.

Comme le fait à juste titre remarquer B. Edelman, dans la tradition française, « une chose est de prendre en compte la "réputation" de l'auteur, une autre le respect de l'intégrité de l'œuvre »¹¹⁶⁰. Un mélange de ces deux éléments, consistant à renvoyer à la réaction de l'opinion publique pour apprécier l'atteinte au droit moral, fait que « le droit au respect cesse dès lors de constituer le bouclier de l'auteur, pour devenir un moyen de satisfaire les aspirations de la collectivité, bonnes ou mauvaises »¹¹⁶¹. Cela conduit inévitablement à la négation de la conception française du droit moral, dans laquelle seuls les auteurs sont habilités à évaluer la gravité des atteintes à leur droit moral¹¹⁶².

¹¹⁵⁶ Ainsi, dans le cadre de cette conception du droit moral « (...) le critère, à l'aide duquel seront appréciées les déformations, mutilations et autres modifications (...) revêt un caractère objectif : la critique ne pourra porter que sur les initiatives préjudiciables à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. Celui-ci ne peut pas attaquer celles qu'il considérera comme de nature à altérer l'intégrité de son œuvre et qui l'altèreraient effectivement, car les juges sont invités à rechercher si, dans l'opinion publique, elles lui causent de tels torts », H. DESBOIS, A. FRANCON, A. KEREVER, *op. cit.*, pp. 40-41. Dans cette vision objective de l'atteinte au droit moral, l'auteur n'est pas compétent pour apprécier la gravité de l'offense. Cette tâche est déléguée au juge qui prêter attention aux réactions de l'opinion publique, faute de quoi la référence du texte de la Convention de Berne à l'honneur et à la réputation de l'auteur n'aurait pas de sens, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, p. 539.

¹¹⁵⁷ L'article 6 bis de la Convention de Berne, introduit en 1928 à Rome, remanié en 1948 à Bruxelles et en 1967 à Stockholm dispose, dans son alinéa 1^{er}, qu'« indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation ». On voit ici la source d'inspiration de la définition du noyau dur du droit moral donnée par la CJCE, B. EDELMAN, note sous CJCE, 20 oct. 1993, *Phil Collins, D.*, 1995, pp. 136-139, précitée, spéc. p. 137.

¹¹⁵⁸ Il convient de noter que durant les travaux sur la rédaction de l'art 6 bis de la Convention de Berne, les termes renvoyant à l'appréciation objective de l'atteinte (« honneur », « réputation ») se sont substitués à l'expression « intérêts moraux » proposés initialement par le gouvernement italien. Une telle démarche a été proposée par plusieurs pays de tradition anglo-saxonne qui ont vu dans ces termes objectifs les intérêts personnels déjà protégés par la *common law*. V., sur ce point : A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences*, Bruylant, LGDJ, 1993, p. 508. Dans la tradition de copyright, les critères d'appréciation de l'atteinte au droit moral sont un mélange d'éléments subjectifs et objectifs (V. not. : la jurisprudence canadienne *Snow c/The Eaton Centre Ltd. et al.*, 70 C.P.R. (2d) 105, 1982) tantôt purement objectives (V. not. la jurisprudence britannique *Tidy c/Trustees of the Natural History Museum*, 39 IPR 501,504, 1995). Pour aller plus loin sur cette question, v. not. : D. LIM, « Prejudice to honour or reputation in copyright law », *Monash University Law Review*, n° 2, vol 33, 2007, pp. 290-322.

¹¹⁵⁹ M. T. SUNDARA RAJAN, *Moral Rights: Principles, Practice and New Technology*, Oxford University Press, 2011, p. 62, D. LIM, « Prejudice to honour or reputation in copyright law », *Monash University Law Review*, n° 2, vol 33, 2007, pp. 290-322, spéc. p. 298, G. DUTFIELD, U. SUTHERSANEN, *Global Intellectual Property Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2008, p. 90 et p. 104, note 139.

¹¹⁶⁰ B. EDELMAN, note sous CJCE, 20 oct.1993, *Phil Collins, D.*, 1995, pp. 136-139, précitée, spéc. p. 137.

¹¹⁶¹ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, p. 539.

¹¹⁶² Dans ce sens, T. civ. de la Seine, 6 et 7 avr. 1949 (2 jugements), 2^{ème} espèce, *Gaz. Pal.*, 1949.I. 249.

B. La réalité de remodelage des droits patrimoniaux - l'épuisement communautaire

402. En ce qui concerne les droits pécuniaires de l'auteur, il convient de noter que la vision de leur noyau dur présentée par la Cour de Justice contribue également à l'érosion de certains axiomes du droit d'auteur français.

Pour s'en convaincre, il convient d'exposer une autre théorie entrant dans le cadre de la conciliation des droits intellectuels avec les règles concurrentielles du droit de l'Union européenne, celle de l'épuisement communautaire du droit intellectuel qui, d'une certaine manière, « prolonge » ou bien « encadre »¹¹⁶³ la théorie de l'objet spécifique¹¹⁶⁴.

Mobilisée en matière du droit d'auteur (1), ladite théorie dresse de nouvelles limites externes *extra jus auctoris* des droits patrimoniaux de l'auteur, ce qui se heurte de manière frontale à l'architecture du paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur français (2).

1. Le champ de l'épuisement communautaire

403. Selon la description de la théorie de l'épuisement communautaire du droit intellectuel proposée par C. Gavalda et G. Parelani, « *il entre dans l'objet d'un droit de propriété intellectuelle le pouvoir (légitime) de refuser de mettre le produit sur le marché communautaire. Mais une fois le produit mis en vente à la suite d'une décision du titulaire du droit, celui-ci doit supporter les conséquences de sa volonté. Il ne peut plus reprendre son droit de propriété industrielle ou intellectuelle pour chercher à contrôler ou empêcher par l'action en contrefaçon la circulation ultérieure de son produit sur le marché communautaire. En décidant de mettre son produit sur le marché communautaire, il a "épuisé" son droit, c'est-à-dire qu'il en a épuisé l'objet spécifique* »¹¹⁶⁵.

Un tel épuisement de l'objet spécifique signifie que le droit intellectuel a rempli sa fonction essentielle¹¹⁶⁶ et, de ce fait, s'éteint, et l'atteinte au principe de libre circulation des marchandises que constitue son exercice n'est plus justifiée¹¹⁶⁷.

Dans cette optique, le concept d'épuisement délimite l'objet spécifique des droits intellectuels¹¹⁶⁸ (tout ce qui ne relève pas de l'objet spécifique s'épuise) et, inversement,

¹¹⁶³ G. BEAUDOIN, *op. cit.*, p. 205.

¹¹⁶⁴ C. GAVALDA, G. PARELANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 2010, p. 103.

¹¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶⁶ G. BEAUDOIN, *op. cit.*, p. 206, J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996, p. 130.

¹¹⁶⁷ S. CARRE, « Le rôle de la Cour de Justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union », in C. GEIGER, *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, 2013, pp. 1-58, spéc. p. 9.

l'objet spécifique délimite la fraction du droit intellectuel épargnée par la règle d'épuisement¹¹⁶⁹ (tout ce qui relève de l'objet spécifique ne s'épuise pas). En outre, il s'inscrit dans le cadre du partage des compétences régi par l'article 36 du Traité, dans la mesure où il permet « *de faire prévaloir les libertés communautaires sur le fondement de l'art. 36 deuxième phrase, lequel, en tant qu'exception à l'exception, autorise le retour au principe* »¹¹⁷⁰.

404. Le principe d'épuisement communautaire du droit intellectuel étant posé, reste à comprendre quelle est son influence sur les droits d'auteur.

À première vue, le droit d'auteur n'est pas remodelé par la règle d'épuisement. La plupart des prérogatives des titulaires y échappent. Il en est ainsi parce que la théorie d'épuisement s'intéresse uniquement à la circulation des exemplaires matériels de l'œuvre. De ce fait, elle doit nécessairement épargner les prérogatives liées au droit de représentation¹¹⁷¹, au droit moral¹¹⁷² et au droit de la reproduction mécanique¹¹⁷³. Il a également été jugé que la règle d'épuisement ne fait pas s'éteindre le droit de location¹¹⁷⁴.

405. Toutefois, il existe une prérogative importante qui s'épuise - le droit de distribution. Celui-ci désigne, aux termes de l'article 4, 1° de la directive 2001/29/CE, « *le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci* ». Le droit français fait de ce droit un corollaire du droit de reproduction couvert par la doctrine du droit de destination¹¹⁷⁵.

¹¹⁶⁸ P. GERARD, *Images et usages de la nature en droit*, FUSL, 1993, p. 317.

¹¹⁶⁹ B. EDELMAN, J.-CL. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1810 : Droit de L'Union Européenne, Droit d'auteur de droits voisins dans la liberté des échanges, dernière mise à jour, janv. 2013, n° 44.

¹¹⁷⁰ J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996, p. 130.

¹¹⁷¹ V., sur ce point : l'arrêt *Coditel I*, point 12 : « *Le film cinématographique appartient à la catégorie des œuvres littéraires et artistiques mises à la disposition du public par la voie de représentations qui peuvent se répéter à l'infini. A cet égard, les problèmes que comporte le respect du droit d'auteur par rapport aux exigences du Traité ne sont pas les mêmes que ceux qui concernent les œuvres littéraires et artistiques dont la mise à la disposition du public se confond avec la circulation du support matériel de l'œuvre comme c'est le cas du livre ou du disque* ».

¹¹⁷² G. BEAUDOIN, *Pratiques anticoncurrentielles et droit d'auteur*, Thèse, Paris Ouest Nanterre la Défense, 2012, p. 208.

¹¹⁷³ V.-L. BENABOU, « Epuisement des droits, épuisement des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », *Légicom*, n° 25, 2001/2, pp. 115-127, spéc. p. 120.

¹¹⁷⁴ V., sur ce point : l'arrêt *Warner Brothers*, point 19 : « (...) *les articles 30 et 36 du Traité ne s'opposent pas à l'application d'une législation nationale qui donne à l'auteur la faculté de subordonner à son autorisation la mise en location de vidéocassettes, lorsqu'il s'agit de vidéocassettes déjà mises en circulation avec son consentement dans un autre état membre, dont la législation permet à l'auteur de contrôler la première vente, sans lui donner la faculté d'interdire la mise en location* ».

¹¹⁷⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, pp. 728-729.

La règle d'épuisement, aujourd'hui consacrée par l'article 4, 2° de la directive 2001/29/CE ainsi que par quelques autres directives européennes¹¹⁷⁶, est d'origine jurisprudentielle. Comme cela a été affirmé dans la décision *Deutsche Grammophon* rendue en matière des droits voisins, dont les principes valent également pour le droit d'auteur¹¹⁷⁷ et pour les autres droits de la propriété intellectuelle¹¹⁷⁸, « (...) l'exercice, par un fabricant de supports de son, du droit exclusif de mettre en circulation les objets protégés découlant de la législation d'un État membre, pour interdire la commercialisation dans cet État de produits qui ont été écoulés par lui-même ou avec son consentement dans un autre État membre, au seul motif que cette mise en circulation n'aurait pas eu lieu sur le territoire du premier État membre, serait contraire aux règles qui prévoient la libre circulation des produits à l'intérieur du marché commun »¹¹⁷⁹.

2. Les effets de l'épuisement communautaire

406. La règle d'épuisement communautaire touchant le droit de distribution limite significativement le spectre du contrôle que peut exercer l'auteur sur la circulation des exemplaires de son œuvre. Le titulaire qui a consenti à la mise en circulation des exemplaires dans un État membre devra accepter les importations parallèles en provenance d'autres États membres¹¹⁸⁰, alors qu'en l'absence de la règle d'épuisement, il aurait pu s'opposer à de telles importations, ou bien revendiquer des redevances spécifiques à chaque franchissement de frontière par les exemplaires de son œuvre, en se prévalant de la loi

¹¹⁷⁶ L'article 4, 2° de la directive 2001/29/CE : « *Le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement* ». V. également : l'article 4, c) de la directive 91/250/CEE, relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur, l'article 9, 2° de la directive 92/100/CEE, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle et l'article 5, c) de la directive 96/9/CE, relative à la protection juridique des bases de données.

¹¹⁷⁷ B. EDELMAN, *J.-CL.*, Propriété littéraire et artistique, fasc. 1810, *op. cit.*, n° 24.

¹¹⁷⁸ R. TITIRIGA, *La comparaison, technique essentielle du juge européen*, L'Harmattan, 2011, p. 270, note 34.

¹¹⁷⁹ Point 13.

¹¹⁸⁰ S. JACQUIER, W. MAXWELL, X. BUFFET DELMAS, « Industries de contenu : quel avenir pour les licences territoriales ? », *RLDI*, n°47, mars 2009, pp. 63-71, spéc. p. 65, M. WAELBROECK, « The effect of the Rome treaty on the exercise of national industrial property rights », *Antitrust Bulletin*, n° 21, 1976, pp. 99-135, spéc. p. 106. Les importations parallèles sont, par nature, dommageables aux titulaires des droits de la propriété intellectuelle, dans la mesure où le commerçant qui s'y livre refuse d'entrer dans le réseau des distributeurs agréés, tout en profitant des investissements que ces derniers ont effectués dans le cadre de la commercialisation du produit, M. HOOL, « Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle », in *Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle ?*, Librairie Droz, 1996, p. 73-82, spéc. p. 78.

nationale¹¹⁸¹. Ainsi se trouve condamnée une pratique courante consistant, pour l'auteur, à céder ses droits à différents éditeurs situés dans des zones géographiques différentes¹¹⁸².

Le principe d'épuisement ainsi conçu contribue à l'effacement des obstacles à la libre circulation des marchandises et à la libre concurrence susceptibles d'être créés par le droit d'auteur et incompatibles avec les objectifs du Traité. Cette conciliation n'est rien d'autre qu'une limitation des droits d'auteur¹¹⁸³. Comme le remarque V.-L. Benabou, « *l'épuisement vise la situation du titulaire qui, au-delà d'une limite, ne peut plus s'appuyer sur son monopole d'assise territoriale pour empêcher aux tiers de réaliser certains actes d'exploitation* »¹¹⁸⁴. C'est donc la territorialité du droit d'auteur qui se trouve limitée à l'égard de la distribution des exemplaires d'œuvres mises en circulation au sein de l'Union européenne par les titulaires des droits ou avec leur consentement¹¹⁸⁵.

407. La conciliation des principes du droit d'auteur avec les exigences du Marché commun s'opère ici par la voie de l'expropriation partielle¹¹⁸⁶. Celle-ci prend la forme d'une introduction, par le droit de l'Union européenne, de limites externes des droits exclusifs non connues de la loi nationale. De cette optique, « *l'épuisement opère à la manière d'une amputation du titulaire d'une partie de ses prérogatives : il dessine le périmètre du droit d'auteur, l'enferme à son tour dans de nouvelles frontières* »¹¹⁸⁷.

Ces nouvelles frontières correspondent aux contours de l'objet spécifique des droits d'auteur. Ce dernier, complété par la théorie d'épuisement, n'englobe, en ce qui concerne

¹¹⁸¹ A. BERNARD, *Les critères d'application du droit communautaire aux propriétés intellectuelles*, Thèse, Paris II Panthéon-Assas, 1989, p. 280, A. WINCKLER, « Public et privé : l'absence de préjugé », *Archives de philosophie de droit*, n° 41, 1997, pp. 301-315, spéc. p. 312, B. EDELMAN, J.- CL., *Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1810 : Droit de L'Union Européenne, Droit d'auteur de droits voisins dans la liberté des échanges, dernière mise à jour, janv. 2013, n° 17. Avant que le principe d'épuisement communautaire soit mis en place, du fait de l'indépendance étatique des droits de la propriété intellectuelle, l'exercice de ceux-ci sur le territoire d'un Etat Membre était indifférent en vue de leur exercice dans un autre Etat Membre, J.-S. BERGE, « Incidences du droit communautaire sur le conflit de lois : l'exemple du droit d'auteur », *LPA*, n° 103, 26 août 1996, pp. 4-10, spéc. p. 8.

¹¹⁸² Y. GAUBIAC, « L'épuisement des droits dans l'environnement analogique et numérique », *Bulletin du droit d'auteur UNESCO*, n° 4, vol. XXXVI, 2002, pp. 2-17, spéc. p. 9.

¹¹⁸³ G. BONET, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, n°3, 1993, pp. 173-188, spéc. p. 178.

¹¹⁸⁴ V.-L. BENABOU, *op. cit.*, p. 115.

¹¹⁸⁵ D. MOURA VICENTE, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Académie de droit internationale de La Haye, 2009, p. 126.

¹¹⁸⁶ P. KAMINA, « Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur ? », *D.*, 1999, pp. 580-587, spéc. p. 584.

¹¹⁸⁷ V.-L. BENABOU, *loc. cit.* Dans le même sens, Y. GAUBIAC, *op. cit.*, pp. 8-9 : « *L'épuisement des droits constitue en quelque sorte une expropriation des ayants droit d'une partie de leurs prérogatives pour satisfaire à une exigence supérieure de libre-échange et de circulation des œuvres* ».

le droit de distribution, que la seule première mise en circulation du support de l'œuvre¹¹⁸⁸. Ainsi, au-delà de la première mise en circulation (donc au-delà du périmètre de l'objet spécifique), le droit de distribution s'efface, purement et simplement, au nom des objectifs économiques du Traité. Sa substance, qui consiste « à assurer une répartition territoriale de l'exploitation des exemplaires »¹¹⁸⁹ se trouve ainsi touchée.

408. À la base de la doctrine d'épuisement communautaire se trouvent principalement des justifications économiques¹¹⁹⁰, une conception marchande du droit d'auteur dit-on parfois¹¹⁹¹. En esquisant de nouvelles limites du droit de distribution, les autorités de l'Union européenne semblent estimer qu'en mettant le support de l'œuvre en circulation, l'auteur a une fois pour toutes perçu la rémunération qui lui était due¹¹⁹². En lui refusant une rémunération supplémentaire, une « deuxième bouchée de la pomme » comme l'appellent certains auteurs étrangers¹¹⁹³, elles font du droit de distribution « un citron, qui, une fois pressé, ne fournit plus de jus »¹¹⁹⁴, et ôtent le risque de cloisonnement du Marché commun dont la territorialité des droits exclusifs est porteuse.

Dans cette optique, comme le souligne B. Castell, la doctrine d'épuisement communautaire « montre que, dans le domaine de la propriété industrielle, littéraire et artistique, ce sont des impératifs d'ordre économique qui ont dicté et façonné la limitation apportée au monopole d'exploitation du titulaire »¹¹⁹⁵. Plus l'on s'attache à la logique économique de la doctrine d'épuisement, plus l'on s'éloigne, semble-t-il, de « l'extension naturelle » du droit de reproduction qu'est le droit de destination. Ce dernier procède de la

¹¹⁸⁸ J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle*, op. cit., p. 132, J.-S. BERGE, « Incidences du droit communautaire sur le conflit de lois : l'exemple du droit d'auteur », op. cit., p. 8.

¹¹⁸⁹ T. DESURMONT, « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite », *RIDA*, n° 134, oct. 1987, pp. 3-69, spéc. p. 57.

¹¹⁹⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, op. cit., p. 496. Cela étant il ne faut pas oublier que l'archétype de la règle d'épuisement, la doctrine anglo-saxonne de « *first sale* », trouve son origine dans la réticence générale de la *common law* anglaise à l'égard des restrictions de possibilité d'aliénation de la chose, faisant l'objet du droit de propriété. La liberté d'aliénation de son bien apparaît comme l'essence même du droit de propriété, H. C. JEHORAM, « Prohibition of parallel imports through intellectual property rights », in D. VAVER *Intellectual Property Rights : Critical Concepts in Law*, Vol 5, Taylor & Francis, 2006, pp. 101-115, spéc. p. 104.

¹¹⁹¹ C. L. LAMBONI, C. SENECHAL, « Naviguer sur internet jusqu'à l'épuisement », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 42, 2012, pp. 629-675, spéc. p. 636.

¹¹⁹² M. ROTTINGER, « L'épuisement du droit d'auteur, Le droit d'auteur et les règles de la libre circulation des marchandises », *RIDA*, n° 157, juill. 1993, pp. 51-127, spéc. p. 113.

¹¹⁹³ M. V. SARDINA, « Exhaustion and first sale in intellectual property », *Santa Clara Law Review*, vol. 51, 2011, pp. 1055-1062, spéc. p. 1056.

¹¹⁹⁴ Y. GAUBIAC, op. cit., p. 3, note 1.

¹¹⁹⁵ B. CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire*, PUF, 1989, p. 131.

nature profonde du droit d'auteur français¹¹⁹⁶, et « *implique la maîtrise absolue sur le destin de la création protégée, y compris à travers le sort des supports matériels* »¹¹⁹⁷.

409. Eu égard à ce qui précède, il semble que la théorie de l'objet spécifique des droits d'auteur constitue une réelle ingérence dans la sphère des limites externes des droits d'auteur. Cela nous force à rejeter la thèse d'absence du pouvoir normatif des autorités européennes en matière de l'objet spécifique. La Cour de Justice s'est déclarée compétente pour définir ce qui relève du noyau dur des droits d'auteur. Sont exclues de son périmètre les prérogatives jugées incompatibles avec les objectifs économiques du Traité¹¹⁹⁸. Ces prérogatives exclues, ne pouvant pas être légitimement exercées par leur titulaire, disparaissent, sinon *de jure* au moins *de facto*, du droit d'auteur national¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁶ T. DESURMONT, *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁹⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur, op. cit.*, p. 496. Dans le même sens, par rapport au caractère conflictuel de la relation entre la théorie du droit de destination française et le principe d'épuisement communautaire : J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle, op. cit.*, pp. 53-54, D. GRAZ, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises, Etude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE*, Librairie Droz, 1988, p. 98.

¹¹⁹⁸ Dans ce sens, N. MACFARLANE, « The tension between national intellectual property rights and certain provisions of EC law », *EIPR*, n° 16(12), 1994, pp. 525-530, spéc. p. 527.

¹¹⁹⁹ A. REINDL, « The magic of Magill: Tv program guides as a limit of copyright law », *IIC*, n° 24(1), 1993, pp. 60-82, spéc. p. 66.

Conclusions du Chapitre 1

410. La confrontation du droit d'auteur français avec le droit de la concurrence de l'Union européenne prend la forme d'une dialectique paradoxale de deux logiques opposées poursuivant le même but ultime. Au fond, il s'agit de retrouver les limites de la souveraineté nationale par rapport à une branche de droit encore non harmonisée. La Cour de Justice s'est efforcée d'enfermer cette souveraineté dans les limites de ce que lui paraissait raisonnable en vue de la création d'un environnement juridique favorisant la libre concurrence.

La clé de voûte de l'édifice jurisprudentiel apaisant ce conflit est la notion d'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle en général et des droits d'auteur en particulier. À travers ce concept jaillit la substance même du droit intellectuel tel que forgé par la tradition du droit national. La Cour de Justice est censée découvrir l'objet spécifique des droits intellectuels, et l'explicitier en vue d'éviter sa dilution dans les règles concurrentielles du Traité. La fonction primaire de l'objet spécifique est, par conséquent, la préservation des contours des droits intellectuels. Telle est la théorie...

En réalité, à travers sa définition de l'objet spécifique, la Cour de Justice repense les droits de propriété intellectuelle, en fonction des objectifs du Traité¹²⁰⁰. Comme le fait à juste titre remarquer B. Edelman « *Il n'est (...) pas totalement exact, comme on le soutient communément, que la jurisprudence communautaire élabore un compromis entre les objectifs du traité et les législations nationales. Certes, elle s'en inspire, mais, tout compte fait, elle les remodèle plutôt qu'elle ne les respecte. En deux mots, les législations nationales se présentent à elle comme une série de modèles possibles à partir desquels elle construira un modèle commun, conforme, dans son esprit, au meilleur fonctionnement du marché intérieur* »¹²⁰¹.

Dans cette optique, la notion d'objet spécifique, outil de conservation de la souveraineté nationale en matière du droit d'auteur, devient progressivement un instrument de remodelage des limites externes des droits exclusifs au service du droit de la concurrence. De façon évidente, cette situation défie l'idée d'équilibre préétabli du droit d'auteur. Ceci étant, à ce stade de l'analyse, la victoire du droit de la concurrence n'est que partielle.

Le droit d'auteur français est beaucoup moins hostile au remodelage des limites externes des droits exclusifs, par les acteurs non habilités à cette fin, qu'à leur ingérence dans

¹²⁰⁰ J.-B. BLAISE, « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des "installations essentielles" », *D. aff.*, 1996, pp. 859-862, spéc. p. 859.

¹²⁰¹ B. EDELMAN, *J.-CL.*, Propriété littéraire et artistique, fasc. 1810, *op. cit.*, n° 32.

la sphère des limites internes¹²⁰². À cet égard, il est particulièrement choquant que la théorie de l'objet spécifique ait pu être étendue jusqu'à permettre à certains mécanismes du droit de la concurrence de jouer le rôle d'exception aux droits de l'auteur.

¹²⁰² *Supra*, n° 232 et suiv.

Chapitre 2. Le remodelage des limites internes des droits exclusifs par le droit de la concurrence

411. Le remodelage des limites internes des droits d'auteur par le droit de la concurrence résulte de la réception par le droit de l'Union européenne, puis par le droit français, de la théorie des facilités essentielles, d'origine américaine. Celle-ci, faisant partie du droit des pratiques anticoncurrentielles, est une extension de l'application de l'abus de position dominante plutôt qu'une règle autonome du droit de la concurrence¹²⁰³. Elle a vocation à s'appliquer dans des situations où « *une entreprise en position dominante exploite ou contrôle une "installation" (infrastructures, biens ou services) qui ne peut être recréée par des moyens raisonnables et dont l'accès est indispensable à ses concurrents pour exercer leurs activités sur le marché concerné* »¹²⁰⁴. Si ces conditions sont réunies, le propriétaire d'une telle installation peut être forcé d'y garantir l'accès aux opérateurs économiques¹²⁰⁵, en application des règles relatives à l'abus de position dominante¹²⁰⁶.

412. Conçue aux États-Unis, comme un outil de rationalisation des monopoles naturels et appliquée comme telle de l'autre côté de l'Atlantique (**Section 1**), la théorie des facilités essentielles est devenue en Europe un complément de la théorie de l'objet spécifique qui, appliquée en matière du droit d'auteur par les autorités européennes et nationales, peut être assimilée à une exception d'origine extra *jus auctoris* (**Section 2**).

Section 1. La théorie des facilités essentielles - un outil de rationalisation des monopoles naturels

413. Afin de comprendre le chemin qu'a parcouru la théorie des facilités essentielles pour devenir une limite interne des droits d'auteur assimilable à une exception, il convient de revenir à ses sources, qui sont à rechercher dans la tradition de l'*antitrust* américain. Ce dernier a façonné la théorie des facilités essentielles dans son aspect positif (**I**), ce qui a permis la cristallisation des limites à son applicabilité (**II**).

¹²⁰³ M. THILL-TAYARA, C. COUADOU, « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles », *CCC*, n° 5, 1999, pp. 4-7, spéc. p. 4.

¹²⁰⁴ *Ibidem*.

¹²⁰⁵ F. LEVEQUE, Y. MENIERE, *Economie de la propriété intellectuelle*, La Découverte, 2003, p. 105.

¹²⁰⁶ E. CLAUDEL, « Théorie des facilités essentielles : lorsque le droit de la concurrence veille à la facilité commune, la liberté contractuelle... compte pour des prunes », note sous Cass. com., 4 déc. 2001, *Bull. IV*, n° 193, *RTD Com.*, 2002, pp. 296-299, spéc. p. 296.

I. L'aspect positif de la théorie des facilités essentielles en droit américain

414. L'analyse de la jurisprudence et de la doctrine américaines en matière du droit *antitrust* fournit de précieuses indications relatives à la nature juridique de la théorie des facilités essentielles (A), qui nous permettent de la distinguer de certaines notions voisines (B) et détermine notre posture interprétative à son égard (C).

A. La nature juridique de la théorie des facilités essentielles

415. En droit américain, la théorie des facilités essentielles est née sous la forme d'une limite interne des prérogatives attachées au droit de propriété (1). Plus précisément, elle apparaît comme une exception à la règle fondamentale de l'*antitrust*, selon laquelle le propriétaire d'une infrastructure n'est pas tenu de faire affaire avec ses concurrents (2).

1. Une limite interne du droit de propriété

416. La théorie des facilités essentielles est avant tout une limite apportée, sans fondement textuel explicite, au droit de propriété¹²⁰⁷ et à la liberté contractuelle¹²⁰⁸. Son application entraîne une altération de la manière dont le droit de propriété fonctionne dans des conditions normales et entraîne l'ouverture de l'accès à des infrastructures privatisées¹²⁰⁹.

Dans cette optique, comme le fait à juste titre remarquer M. Bazex, la théorie des facilités essentielles sous-entend un conflit profond entre l'aspect privatif relatif à la détention de l'infrastructure essentielle et l'aspect collectif de son utilisation¹²¹⁰. La particularité de la théorie réside dans le fait que le remède qu'elle apporte audit conflit ne consiste pas en une négation du caractère privatif de la détention¹²¹¹. La théorie opère une conciliation des intérêts

¹²⁰⁷ O. FREGET, « Accès aux infrastructures essentielles et accès réglementé : La nécessité d'une mise à jour d'un concept "incontournable" », *Concurrences*, n° 2, 2011, pp. 2-7, spéc. p. 2-3.

¹²⁰⁸ L. BOY, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? », *RIDE*, n° 1, 2005, pp. 27-50, spéc. p. 40.

¹²⁰⁹ A. CASTALDO, A. NICITA, « Essential Facility Access in Europe : Building a Test for Antitrust Policy », *Review of Law and Economics*, n° 1, vol. 3, 2007, pp. 83-110, spec, p. 84.

¹²¹⁰ M. BAZEX, « Entre concurrence et régulation, la théorie des "facilités essentielles" », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, n° 119, janv.-févr. 2001, pp. 37-44, spéc. p. 37.

¹²¹¹ *Ibidem*. Dans cette optique, nous considérons que l'assimilation de la théorie des facilités essentielles à une hypothèse « d'expropriation pour cause de concurrence » ne se justifie pas. Pour une telle assimilation, v. : M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 5^e éd., Dalloz, 2011, p. 256.

antagonistes en accordant une place à la fois à la logique propre aux droits privatifs et à celle de l'utilisation collective¹²¹². Cette caractéristique principale qui fait de ladite théorie une limite interne du droit de propriété, ressort de l'arrêt de la Cour Suprême des États-Unis *United States c/Terminal Railroad Association of Saint Louis*¹²¹³, considérée comme ayant donné naissance à la théorie des facilités essentielles¹²¹⁴.

417. En l'espèce, il s'agissait des compagnies ferroviaires opérant dans la ville de Saint Louis regroupées au sein de la «*Terminal Railroad Association of Saint Louis*», qui ont réussi à acquérir le contrôle sur toutes les infrastructures permettant de franchir le fleuve du Mississippi, et y ont refusé l'accès aux opérateurs étrangers au groupement. Ainsi, le monopoliste était capable d'exclure les concurrents du passage par la ville de Saint Louis, qui à l'époque constituait un nœud ferroviaire important¹²¹⁵.

Cette concentration d'infrastructures essentielles entre les mains d'un unique opérateur a entraîné la condamnation de l'association par la Cour suprême des États-Unis. Celle-ci a vu dans le refus de donner accès aux infrastructures concernées à des concurrents la violation de la section 1 du *Sherman Act*¹²¹⁶ prohibant les ententes illicites et les restrictions de commerce.

Après avoir constaté l'impossibilité économique pour les concurrents de construire des infrastructures permettant de traverser le Mississippi sans emprunter celles détenues par le groupement, la Cour suprême a souligné le caractère extraordinaire de la situation qui s'est produite du fait du refus de la *Terminal Railroad* de coopérer avec ses concurrents¹²¹⁷. La solution imposée par la Cour suprême consistait en une injonction faite à la

¹²¹² M. BAZEX, *op. cit.*, p. 38.

¹²¹³ 224 U.S. 383 (1912).

¹²¹⁴ Sans que le terme «théorie des facilités essentielles» apparaisse dans la décision *Terminal Railroad*. A notre connaissance, celui-ci a été utilisé, pour la première fois, par le juge américain en 1977 dans la décision *Hecht c/Pro-Football, Inc.* 570 F.2d 982 (1977), spéc. 992.

¹²¹⁵ A. BAVASSO, *Communications in EU Antitrust Law : Market Power and Public Interest*, Kluwer Law International, 2003, p. 230. Pour aller plus loin sur le contexte historique de l'affaire *Terminal Railroad*, v. not. : A. B. LIPSKY, JR, J. G. SIDAK, «Essential Facilities», *Stanford Law Review*, n° 57, mai 1999, pp. 1187-1249, spéc. pp.1189-1198.

¹²¹⁶ 26 Stat. 209, 15 U.S.C. § 1-7.

¹²¹⁷ 224 U.S. 383, spéc. 405: «*It cannot be controverted that, in ordinary circumstances, a number of independent companies might combine for the purpose of controlling or acquiring terminals for their common but exclusive use. In such cases, other companies might be admitted upon terms or excluded altogether. If such terms were too onerous, there would ordinarily remain the right and power to construct their own terminals. But the situation at St. Louis is most extraordinary, and we base our conclusion in this case, in a large measure, upon that fact. The 'physical or topographical condition peculiar to the locality,' which is advanced as a prime justification for a unified system of terminals, constitutes a most obvious reason why such a unified system is an obstacle, a hindrance, and a restriction upon interstate commerce (...)*», nous soulignons.

Terminal Railroad de fournir, à des conditions raisonnables, l'accès aux infrastructures litigieuses¹²¹⁸ à toute entreprise ferroviaire existante ou future.

Cette solution se démarque de la position du gouvernement américain qui avait proposé la dissolution de l'association. Comme le remarque G. Dezobry, la dissolution de la *Terminal Railroad* aurait certainement remédié aux problèmes soulevés par son attitude monopolistique, en rétablissant une libre concurrence entre toutes les compagnies ferroviaires voulant desservir la ville de Saint Louis¹²¹⁹. Pourtant, la Cour suprême, en se référant à sa jurisprudence antérieure *Standard Oil Co. c/United States*¹²²⁰, a souligné que l'objectif principal de l'*antitrust* est la protection et non pas la destruction du droit de propriété¹²²¹. Dans cette optique, elle a adopté une solution beaucoup moins attentatoire à celui-ci¹²²². Sans «démanteler» le monopole, le juge ordonna son ouverture *erga omnes*¹²²³ et imposa à son détenteur de garantir l'accès aux infrastructures à des conditions raisonnables¹²²⁴. En statuant ainsi, la Cour suprême des États-Unis forgea un concept original qui concilia le pouvoir d'exclusion inhérent aux droits privatifs et la logique de partage, ultérieurement dénommé la théorie des facilités essentielles.

418. Contrairement à ce qui a pu être soutenu par certains auteurs, la théorie des facilités essentielles n'est pas une négation d'un droit de propriété ni une expropriation¹²²⁵. Son application constitue une dérogation dans la mesure où elle altère la façon dont le droit de propriété fonctionne. La doctrine américaine explique ce phénomène par le passage d'«*entitlement protected by a property rule*» (droit protégé par une règle de propriété), dans lequel le dépouillement du détenteur ne peut se faire qu'avec son consentement et moyennant une contrepartie convenue, à «*entitlement protected by a liability rule*»¹²²⁶ (droit protégé par une règle de responsabilité), qui intègre la possibilité

¹²¹⁸ 224 U.S. 383, spéc. 411-412.

¹²¹⁹ G. DEZOBRY, *La théorie des facilités essentielles, essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2009, p. 2.

¹²²⁰ 221 U.S. 1 (1911).

¹²²¹ 224 U.S. 383, spéc. 384, 409.

¹²²² G. DEZOBRY, *op. cit.*, pp. 2-3, S. DORMONT, *Le conflit entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence*, Thèse, Paris Sud XI, 2011, p. 46, note 143.

¹²²³ Dans cette optique, A. B. Lipsky, jr et J. G. Sidak remarquent que : «(...) Terminal Railroad permitted a monopoly problem to be resolved not by structural relief that would have restored active competition, but by requiring that the existing combination be universal », A. B. LIPSKY, JR, J. G. SIDAK, *op. cit.*, p. 1197.

¹²²⁴ M. BAZEX, *loc. cit.*

¹²²⁵ Pour de telles assimilations, v. : Rapport du CSPLA sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence, févr. 2004, disponible sur <http://www.culturecommunication.gouv.fr/>, p. 13.

¹²²⁶ A. CASTALDO, A. NICITA, *loc. cit.*

de dépouillement moyennant une contrepartie fixée de manière objective et supposant l'intervention des pouvoirs publics¹²²⁷.

L'idée selon laquelle la théorie des facilités essentielles ne constitue pas une négation de la détention privative des infrastructures essentielles se trouve confirmée dans la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême ainsi que dans celle des juridictions inférieures, qui ont fait d'elle une règle exceptive à part entière.

2. Une exception au droit de ne pas faire affaire

419. À plusieurs reprises, le juge américain a rappelé la règle générale, que les juristes américains appellent la *Colgate doctrine*¹²²⁸, qui est une règle générale légitimant le refus unilatéral de vendre ou de faire affaire¹²²⁹. Ainsi, le détenteur d'une infrastructure essentielle, même celui en position dominante, n'a pas l'obligation générale de faire affaire avec ses concurrents¹²³⁰. Cela résulte du pouvoir d'exclusion inhérent aux droits privatifs¹²³¹, qui mérite la protection bien que son exercice puisse être contraire à la morale des affaires¹²³².

Tout en reconnaissant cette règle fondamentale, qui est le prolongement naturel des prérogatives attachées au droit de propriété¹²³³, la jurisprudence d'Outre Atlantique affirme que le droit exclusif du détenteur des infrastructures essentielles est un droit conditionné (*qualified right*), soumis à régulation¹²³⁴. La légalité de l'usage qu'en fait son

¹²²⁷ V., sur ce point : G. CALABRESI, A. D. MELAMED, « Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral », *Harvard Law Review*, n° 6, vol. 85, avr. 1972, pp. 1089-1128.

¹²²⁸ V. : E. M. BLOOM, B. M. HARRIS, « The Right to Refuse to Deal Under Colgate Doctrine or Delusion? », *Boston College Law Review*, n° 3, vol. 5, 1964, article 16, pp. 682-703.

¹²²⁹ D. M. RIEVMAN, « The Grinnell Test of Monopolization Sounds a False Alarm: Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp. », *Boston College Law Review*, n° 2, vol. 28, 1987, pp. 415-457, spéc. p. 419, note 22, J. R. COKER, « Saving Otter Tail: The Essential Facilities Doctrine and Electric Power Post-*Trinko* », *Florida State University Law Review*, vol. 33, 2005, pp. 231-258, spéc. p. 234.

¹²³⁰ V. not. : *United States c/Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919), spéc. 301 et surtout 307: « *The purpose of the Sherman Act is to prohibit monopolies, contracts, and combinations which probably would unduly interfere with the free exercise of their rights by those engaged, or who wish to engage, in trade and commerce-in a word, to preserve the right of freedom to trade. In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal (...)* », nous soulignons. Dans le même sens, v., par exemple : *Lorain Journal Co. c/United States*, 342 U.S. 143 (1951), spéc. 155 et *Monsanto Co. c/Spray-Rite Svc. Corp.*, 465 U.S. 752 (1984), spéc. 761.

¹²³¹ *Aspen Skiing c/Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985), spéc. 601 et note 27.

¹²³² *Twin Labs., Inc. c/Weider Health & Fitness*, 900 F.2d 566 (1990), spéc. 568.

¹²³³ V., dans ce sens, les analyses très détaillées de la *colgate doctrine* de G. O. ROBINSON, « On Refusing to Deal with Rivals », *Cornell Law Review*, n° 5, vol. 87, juill. 2002, pp. 1177-1232, spéc. p. 1190.

¹²³⁴ *Lorain Journal Co. c/United States*, 342 U.S. 143 (1951), spéc. 155.

titulaire s'apprécie à la lumière des règles du marché concurrentiel¹²³⁵. Ainsi, l'entreprise détentrice d'une infrastructure essentielle qui refuserait à ses concurrents l'accès à celle-ci, en faussant ainsi le jeu de la libre concurrence¹²³⁶, se rendrait coupable d'une violation des règles du *Sherman Act*¹²³⁷.

420. À travers de nombreuses décisions postérieures, reprenant la logique de la jurisprudence *Terminal Railroad*, jaillissent les critères d'application de la théorie des facilités essentielles, ceux-ci étant au nombre de quatre : le contrôle d'une infrastructure essentielle par un opérateur en situation de monopole, l'impossibilité pour les concurrents de la dupliquer à l'aide de moyens raisonnables, le refus du monopoliste d'ouvrir l'accès à ladite facilité aux concurrents et, finalement, la possibilité technique d'ouverture de l'accès à la facilité. Une fois ces critères réunis, le droit *antitrust* impose au monopoliste une obligation d'ouvrir l'accès à l'infrastructure essentielle dans des conditions non discriminatoires¹²³⁸.

La théorie des facilités essentielles ainsi conçue présente les caractéristiques d'une limite interne des droits subjectifs, dans la mesure où elle a vocation à être mobilisée dans le champ d'application du droit de propriété. Elle présente aussi les caractéristiques de l'exception, en ce que son utilisation par le juge constitue un écart à l'application normale de la règle principale qui est la *Colgate doctrine*¹²³⁹.

¹²³⁵ *Eastman Kodak Co. c/Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992), spéc. 483: « *It is true that as a general matter a firm can refuse to deal with its competitors. But such a right is not absolute, it exists only if there are legitimate competitive reasons for the refusal* ».

¹²³⁶ Dans ce sens, not. : *Alaska Airlines, Inc. c/United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536 (1991), spéc. 542 : « (...) *the essential facilities doctrine imposes liability when one firm, which controls an essential facility, denies a second firm reasonable access to a product or service that the second firm must obtain in order to compete with the first* ».

¹²³⁷ R. PITOFKY, D. PATTERSON, J. HOOKS, « The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law », *ALJ*, n° 70, 2002, pp. 443-462, spéc. p. 447.

¹²³⁸ Lesdits critères, présentés par la doctrine américaine comme la formulation classique de la théorie des facilités essentielles, fonctionnent sous l'appellation de « *MCI test* ». Ils ont été articulés dans l'arrêt *MCI Communications c/AT & T Co.*, 708 F.2d 1081 (1983), spéc. 1132-1133. Le *MCI test* a ensuite été repris par la jurisprudence postérieure. V. not. : *City of Anaheim c/Southern Cal. Edison Co.*, 955 F.2d 1373 (1992), spéc. 1380, *City of Malden c/Union Electric Co.*, 887 F.2d 157 (1989), spéc. 160, *Interface Group c/Massachusetts Port Authority*, 816 F.2d 9 (1987), spéc. 12. Sur la question d'élaboration des critères d'application de la théorie des facilités essentielles v. : T. F. COTTER, « The essential facilities doctrine », in K. N. HYLTON, *Antitrust Law and Economics*, Tome IV d'*Encyclopedia of Law and Economics*, 2^e éd., Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 157-182, spéc. pp. 161-162, American Bar Association, *Antitrust Law Developments*, 6^e éd., 2007, p. 262 et suiv.

¹²³⁹ Dans ce sens, S. VAHEESAN, « Reviving an Epithet: A New Way Forward for the Essential Facilities Doctrine », *Utah Law Review*, n° 3, 2010, pp. 911-962, spéc. p. 911, A. BAVASSO, *op. cit.*, p. 234, J. S. VENIT, « The 'Essential Facilities' Doctrine : Its Role in EC Competition Law », in C.-D. EHLERMANN, L. GOSLING, *European Competition Law Annual 1998 : Regulating Communications Markets*, Bloomsbury Publishing, 2000, pp. 237-272, spéc. p. 238, P. AREEDA, « Essential facilities: an epithet in need of limiting principles », *ALJ*, n° 3, vol. 58, 1989, pp. 841-853, spéc. p. 841, F. X. SCHOEN, « Exclusionary conduct after *Trinko* », *New York University Law Review*, vol. 80, 2005, pp. 1625-1664, spéc. p. 1641.

421. Malgré un certain flou conceptuel entourant les critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans sa version américaine ¹²⁴⁰, sa construction lui garantit une certaine indépendance par rapport aux concepts voisins.

B. L'autonomie par rapport aux notions voisines

422. En droit américain, la théorie des facilités essentielles se distingue nettement des limites externes du droit de ne pas faire affaire avec ses concurrents **(1)**, ainsi que des autres exceptions qu'y apporte le droit *antitrust* **(2)**.

1. La théorie des facilités essentielles et les limites externes de la *Colgate doctrine*

423. La théorie des facilités essentielles, étant une exception à la *Colgate doctrine*, se distingue nettement des limites externes du droit de ne pas faire affaire désigné par cette dernière. La Cour suprême des États-Unis estime, dans l'affaire *Colgate*, qu'en l'absence de toute intention de créer ou de maintenir un monopole, le droit *antitrust* ne peut pas apporter de restrictions à la liberté dont jouit tout opérateur économique de choisir ses contractants. Elle limite ainsi le jeu du droit de ne pas faire affaires à l'exercice du pouvoir d'exclusion non-teinté de volonté monopolistique.

En raisonnant *a contrario*, la jurisprudence américaine a élaboré une doctrine dite de *intent theory of liability*¹²⁴¹, qui constitue une limite externe¹²⁴² du pouvoir d'exclusion inhérent à la détention privative¹²⁴³.

Affirmée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Aspen Skiing c/Aspen Highlands Skiing*¹²⁴⁴, cette doctrine découle naturellement de la jurisprudence *Colgate* dans

¹²⁴⁰ A cet égard, il convient de citer le passage introductif du célèbre article de référence de P. AREEDA, *op. cit.*, p. 841 : « *There is much talk these days, particularly in the context of deregulated industries, about the so called essential facilities doctrine - 'so-called' because most Supreme Court cases invoked in support do not speak of it and it can be explained without reference to it. Indeed, the cases support the doctrine only by implication and in highly qualified ways. You will not find any case that provides a consistent rationale for the doctrine (...). It is less a doctrine than an epithet, indicating some exception to the right to keep one's creations to oneself, but not telling us what those exceptions are* ».

¹²⁴¹ A. Y. KAPEN, « Duty to Cooperate Under Section 2 of the Sherman Act *Aspen Skiing's Slippery Slope* », *Cornell Law Review*, n° 5, vol. 72, juill. 1987, pp. 1047-1074, spéc. p. 1054.

¹²⁴² Ce que suggère la formulation de la solution *Colgate*. V. : *supra*, note 1236. *Contra*, pour une qualification d'exception, D. J. GIFFORD, R. T. KURDLE, *The Atlantic Divide in Antitrust: An Examination of US and EU Competition Policy*, University of Chicago Press, 2015, p. 163.

¹²⁴³ Dans ce sens, A. BAVASSO, *op. cit.*, p. 235.

¹²⁴⁴ 472 U.S. 585 (1985).

laquelle l'intention de créer ou de maintenir un monopole permet de distinguer les refus de faire affaire légitimes et ceux violant les dispositions du *Sherman Act*¹²⁴⁵.

424. L'*intent theory of liability* se distingue de la théorie des facilités essentielles dans la mesure où cette dernière s'intéresse uniquement à l'existence des effets nocifs résultants de la détention privative d'une infrastructure essentielle¹²⁴⁶. Pour qu'elle soit appliquée, la réunion des quatre critères objectifs suffit, l'intention monopolistique étant seulement un élément aggravant et non pas conditionnant la responsabilité du détenteur d'une infrastructure essentielle¹²⁴⁷.

2. La théorie des facilités essentielles et les autres exceptions à la *Colgate doctrine*

425. En droit américain, la théorie des facilités essentielles se distingue également d'une autre exception à la règle générale, selon laquelle même un monopoliste peut librement choisir de contracter ou de ne pas contracter, à savoir la théorie du levier monopolistique dite *Griffith rule*¹²⁴⁸. En vertu de celle-ci, «*l'usage d'un pouvoir monopolistique acquis sur un marché dans le but de gagner un avantage concurrentiel sur un autre marché constitue une violation de la section 2 du Sherman Act, et cela même lorsqu'il n'y a eu aucune tentative de monopolisation du second marché*»¹²⁴⁹.

Sous la *Griffith rule*, c'est un certain usage du pouvoir économique qui crée la responsabilité. Cette dernière s'inscrit dans le cadre d'une exception à la *Colgate doctrine*, dans la mesure où elle peut être engagée en l'absence d'intention monopolistique¹²⁵⁰ (donc dans le champ d'application de la *Colgate doctrine*). Cette exception diffère toutefois de celle consacrée par la théorie des facilités essentielles, car l'application de cette dernière, et plus précisément la condition d'«essentialité» de l'infrastructure détenue, suppose

¹²⁴⁵ M. LAO, « Aspen Skiing and Trinko: antitrust intent and 'sacrifice' », *ALJ*, n° 73, 2005, pp. 171-208, spéc. p. 176.

¹²⁴⁶ A. BAVASSO, *op. cit.*, p. 234.

¹²⁴⁷ R. PITOFSKY, D. PATTERSON, J. HOOKS, *op. cit.*, p. 450.

¹²⁴⁸ K. N. HYLTON, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, 2003, p. 196. L'appellation vient de l'arrêt *United States c/Griffith*, 334 U.S. 100 (1948) qui a posé les bases conceptuelles de la théorie du levier monopolistique.

¹²⁴⁹ *Berkey Photo, Inc. c/Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263 (1979), spéc. 276 : « (...) *the use of monopoly power attained in one market to gain a competitive advantage in another is a violation of §2, even if there has not been an attempt to monopolize the second market* ». L'arrêt s'inspire de la formule classique de la décision *United States c/Griffith*, 334 U.S. 100 (1948), spéc. 107 : « (...) *The use of monopoly power, however, lawfully acquired, to foreclose competition, to gain a competitive advantage, or to destroy a competitor is unlawful* ».

¹²⁵⁰ OCDE, *The essential facilities concept*, doc. OCDE/GD(96)113, Paris 1996, disponible sur [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD\(96\)113&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD(96)113&docLanguage=En), p. 8.

nécessairement que l'opérateur possède déjà un pouvoir monopolistique sur le marché concerné¹²⁵¹, alors que la théorie du levier monopolistique s'applique uniquement dans les cas où il souhaite conquérir un nouveau marché¹²⁵².

C. Le principe d'interprétation stricte

426. L'assimilation de la théorie des facilités essentielles à une exception paralysant, sans l'effacer, le pouvoir d'exclusion inhérent à la détention privative nous permet de constater qu'elle est pour l'*antitrust* ce que le *fair use* est pour le *copyright*¹²⁵³. Cette caractéristique impose au juge son interprétation stricte¹²⁵⁴.

Cette directive d'interprétation s'impose non seulement à la lumière de la nature juridique de la théorie des facilités essentielles, mais aussi en raison des effets néfastes que peut produire son usage immodéré. Ainsi, la théorie des facilités essentielles porte atteinte non seulement à la nature intrinsèque du droit de propriété¹²⁵⁵, mais aussi à certains principes du droit *antitrust*, ce qui est fort paradoxal dans la mesure où, loin d'être un mécanisme juridique autonome, elle constitue précisément une déclinaison des principes du droit de la concurrence¹²⁵⁶.

La limitation des prérogatives attachées à la propriété des infrastructures essentielles produit nécessairement un effet désincitatif à l'égard de l'opérateur en situation de monopole qui peut décourager les investissements en matière d'infrastructures essentielles¹²⁵⁷. De plus, comme le démontrent certaines études économiques, le partage d'un monopole

¹²⁵¹ J. S. VENIT, *op. cit.*, p. 240.

¹²⁵² N. T. NIKOLINAKOS, *EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunications, Media and IT Sectors*, Kluwer Law International, 2006, p. 86. Pour aller plus loin, sur la *Griffith rule* et ses différences par rapport à la théorie des facilités essentielles, v. not. : J. H. BOGART, *Circuit Conflicts in Antitrust Litigation*, American Bar Association, 2009, pp 34 et suiv., J. P. PUHALA « *Berkey Photo and Alaska Airlines: Different Approaches to Monopoly Leveraging Claims* », *Western New England Law Review*, vol 16, 1994, pp. 111-148, spéc. pp 130-131.

¹²⁵³ Dans ce sens, S. W. WALLER, « *Areeda, Epithets, and Essential Facilities* », *Wisconsin Law Review*, 2008, pp. 359-386, spéc. pp. 385-386.

¹²⁵⁴ Dans ce sens, R. PITOFSKY, D. PATTERSON, J. HOOKS, *op. cit.*, pp. 443-444.

¹²⁵⁵ M. LEAFFER, « *La théorie des installations essentielles en droit américain* », in *Regards sur les sources du droit d'auteur*, Congrès ALAI, 18-21 sept. 2005, Paris, ALAI, 2007, pp. 619-624, spéc. p. 623.

¹²⁵⁶ Pour s'en convaincre, v. : *Kramer c/Pollock-Krasner Found.* 890, F. Supp. 250 (1995), spéc. 257 : « *The 'essential facilities' doctrine is not an independent cause of action, but rather a type of monopolization claim* » et *Viacom International Inc. c/Time Inc.* 785, F. Supp. 371 (1992), spéc. 376 : « (...) *the doctrine is more properly characterized as a label that may aid in the analysis of a monopoly claim, not a statement of a separate violation of law* ».

¹²⁵⁷ G. T. GUNDLACH, P. N. BLOOM, « *The 'Essential Facility' Doctrine: Legal Limits and Antitrust Considerations* », *Journal of Public Policy & Marketing*, n° 2, vol. 12, 1993, pp. 156-169, spéc. p. 156, K. P. TALUS, « *Just what is the scope of the essential facilities doctrine in the energy sector?: Third-party access-friendly interpretation in the EU v. contractual freedom in the US* », *Common Market Law Review*, n° 48, 2011, pp. 1571-1598, spéc. p. 1577.

ne profite pas forcément aux consommateurs, car il n'affecte pas directement le prix et la qualité des produits qui leur sont proposés¹²⁵⁸.

En outre, l'application de la théorie des facilités essentielles oblige le juge à jouer un rôle de régulateur, malgré son incapacité à assumer la tâche de surveillance et d'administration du processus de partage forcé, qui plus est dans des domaines qui échappent souvent à sa compétence¹²⁵⁹.

427. Eu égard à ce qui précède, il n'est pas surprenant que la jurisprudence américaine ayant appliqué la théorie des facilités essentielles l'ait fait en interprétant ses critères d'une manière particulièrement stricte, notamment en ce qui concerne le caractère essentiel de l'infrastructure concernée¹²⁶⁰. De nombreux commentateurs remarquent qu'aux États-Unis, l'application effective de la théorie des facilités essentielles est rare et se limite aux cas extrêmes¹²⁶¹, dans lesquels il n'existe vraiment pas d'alternatives acceptables.

Ce dernier critère d'absence d'alternative raisonnable, d'impossibilité économique de dupliquer une infrastructure, fait de la théorie des facilités essentielles un outil naturellement prédestiné à être utilisé dans le domaine des infrastructures physiques¹²⁶² pour réguler les monopoles naturels¹²⁶³, traditionnellement considérés comme étant une faille du marché concurrentiel¹²⁶⁴.

¹²⁵⁸ M. LEAFFER, *loc. cit.*

¹²⁵⁹ Z. ABRAHAMSON, « Essential Data », *The Yale Law Review*, n° 3, vol. 124, 2014, pp. 576-881, spéc. p. 870. V., sur ce point not. : *In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation*, 274 F. Supp. 2d 743 (2003), spéc. 745 : « (...) to require one company to provide its intellectual property to a competitor would significantly chill innovation (...). Moreover, because the software development industry is dynamic and involves continuous innovation, a requirement that Microsoft disclose significant information to its competitors would be unworkable. Who would determine what information is 'significant?' At the least, the determination would have to be subject to judicial scrutiny by judges who lack the competence either as direct decision-makers or as reviewing authorities to decide the technical issues involved. Delay and confusion would be inevitable, and the software development process would be strangulated ».

¹²⁶⁰ Selon la célèbre formule consacrée par la jurisprudence *Hecht c/Pro-Football, Inc.* 570 F.2d 982, (1977), spéc. 992-993 : « To be "essential" a facility need be indispensable ; it is sufficient if duplication of the facility would be economically infeasible and if denial of its use inflicts a severe handicap on potential market entrants. Necessarily, this principle must be carefully delimited : the antitrust laws do not require that an essential facility be shared if such sharing would be impractical or would inhibit the defendant's ability to serve its customers adequately ».

¹²⁶¹ S. B. OPI, « The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property Rights Still Sacrosanct? », *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, n° 2, vol 11, 2001, pp. 409-507, spéc. p. 416, M. C. TROBERG, « Differences between the U.S. and the EU in Antitrust Review of Intellectual Property: A Comparative Analysis of the Essential Facilities Doctrine », *Global Antitrust Review*, 2011, pp. 54-81, spéc. p. 60.

¹²⁶² M. GLAIS, « Concurrence - Infrastructures et autres ressources essentielles au regard du droit de la concurrence », *Revue d'économie industrielle*, vol. 85, 1998, pp. 85-116, spéc. p. 86.

¹²⁶³ M. LAO, « Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal », *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, n° 5, vol 11, 2013 pp. 274-319, spéc. p. 289. Le monopole naturel se définit communément comme une situation dans laquelle « une firme unique est capable de fournir un bien ou un service au marché à un coût inférieur à celui de deux ou plusieurs firmes », G. N. MANKIW, M. P. TAYLOR, *Principes de l'économie*, De Boeck, 2010, p. 371. Parmi les exemples des monopoles naturels,

II. Les limites d'applicabilité de la théorie

428. En droit américain, la vocation naturelle de la théorie des facilités essentielles à être appliqué pour démanteler les monopoles naturels, s'oppose à ce qu'elle soit mobilisée en matière de propriété intellectuelle (A). En outre, sa condamnation générale par la Cour suprême des États-Unis permet de douter de sa viabilité (B).

A. L'immunité des droits de la propriété intellectuelle - l'équilibre préétabli « à l'américaine »

429. Le droit américain a toujours été hostile à l'application de la théorie des facilités essentielles en matière de propriété intellectuelle. Cette réticence se déduit notamment de l'attachement de la doctrine à l'équilibre interne du droit de la propriété intellectuelle, ressemblant à s'y méprendre aux postulats de la tradition française du droit d'auteur et de l'attitude du juge américain limitant sérieusement la possibilité d'invocation de la théorie en la matière.

Aux États-Unis, la question d'articulation de la théorie des facilités essentielles et du droit de la propriété intellectuelle s'est vite posée face à la croissance des monopoles bâtis sur les actifs immatériels¹²⁶⁵. Comme le souligne un auteur, « *la tentation est grande d'utiliser la théorie des facilités essentielles pour imposer à un monopoliste un devoir de partage dans les cas où le droit de la propriété intellectuelle n'impose pas (à présent) un tel devoir* »¹²⁶⁶.

À cet égard, en étudiant les travaux de la doctrine américaine, on se rend compte de l'existence d'un bon nombre de partisans de l'immunité totale des droits intellectuels

on compte notamment les secteurs de l'électricité, de gaz d'eau ou de transport ferroviaire. Dans ces secteurs, afin de desservir les clients, l'entreprise doit préalablement construire un réseau d'approvisionnement coûteux. La présence de plusieurs opérateurs sur un marché donné, devant chacun subir le coût de construction desdites infrastructures, causerait nécessairement l'augmentation du prix moyen du produit final.

¹²⁶⁴ Il en est ainsi parce que la présence d'un seul opérateur économique entraîne souvent la sous-production et l'application de tarifs plus élevés que ceux qui auraient pu être pratiqués sur un marché concurrentiel, OCDE, *Gouvernance des entreprises publiques, Panorama des pays de l'OCDE*, Éditions OCDE, 2006, p. 20.

¹²⁶⁵ M. C. TROBERG, « Differences between the U.S. and the EU in Antitrust Review of Intellectual Property: A Comparative Analysis of the Essential Facilities Doctrine », *Global Antitrust Review*, 2011, pp. 54-81, spéc. p. 54.

¹²⁶⁶ T. F. COTTER, « Intellectual property and the essential facilities doctrine », *The Antitrust Bulletin*, vol. 44, 1999, pp. 211-250, spéc. p. 249 : « *The temptation to use the essential facilities doctrine to require a monopolist to share its intellectual property, in situations in which intellectual property law itself does not (at present) impose a duty to share is substantial (...)* ».

contre l'application de la théorie des facilités essentielles. Ceux-ci évoquent notamment l'argument tenant à l'incompatibilité de leurs logiques¹²⁶⁷.

430. D'aucuns soutiennent des conceptions moins radicales, autorisant l'application de la théorie des facilités essentielles en matière des droits intellectuels dans des conditions particulières. Ainsi, il a été remarqué que la paralysie des droits de la propriété intellectuelle par la théorie des facilités essentielles n'est possible que dans le cas où l'absence d'intervention de la part de l'*antitrust* confère à un titulaire un avantage concurrentiel important¹²⁶⁸, voire rend impossible toute concurrence sur le marché concerné¹²⁶⁹.

Dans la même ligne de raisonnement, on a pu affirmer que ce n'est que si le titulaire en situation de monopole abuse des droits de propriété intellectuelle légitimement acquis que la théorie des facilités essentielles aura vocation à être mobilisée¹²⁷⁰. De même, on ne saurait confondre la « monopolisation » et la simple « détention d'un pouvoir monopolistique »¹²⁷¹. Il est nécessaire de distinguer la simple utilisation des attributs conférés par les droits légitimement acquis et les abus de ces droits.

431. En outre, une partie de la doctrine souligne que si, de manière générale, les droits intellectuels jouissent de l'immunité face à l'application de la théorie des facilités essentielles, ladite immunité ne joue que lorsque le tiers demandeur d'accès souhaite vraiment s'emparer des prérogatives attachées aux droits intellectuels. *A contrario*, la théorie des facilités essentielles s'appliquera si l'ouverture de l'accès à l'infrastructure n'entraîne pas l'exploitation *de la propriété intellectuelle*, mais suppose le transfert de l'objet *incorporant les éléments protégés par la propriété intellectuelle*¹²⁷².

¹²⁶⁷ V. not. : A. B. LIPSKY, JR, J. G. SIDAK, « Essential Facilities », *Stanford Law Review*, n° 51, 1999, pp. 1187-1249, spéc. p. 1219 : « (...) *the application of essential facilities doctrine to intellectual property is antithetical to the policies of patent, copyright, and other kindred legal systems. The essential facilities doctrine is, above all, a legal rule of mandatory sharing and compulsory dealings. This characteristic alone is inconsistent with the exclusivity that is necessary to preserve incentives to create, the core operative device of intellectual property law in a market economy* ».

¹²⁶⁸ J. TURNEY, « Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation », *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, n° 2, vol. 3, pp. 178-202, spéc. p. 184.

¹²⁶⁹ P. D. MARQUARDT, M. LEDDY, « The essential facilities doctrine and intellectual property rights: a response to Pitofsky, Patterson, and Hooks », *ALJ*, n° 3, vol. 70, 2003, pp. 847-873, spéc. p. 848. Dans le même sens, T. F. COTTER, *op. cit.*, p. 214.

¹²⁷⁰ P. D. MARQUARDT, M. LEDDY, *loc. cit.*, H. SCHWEITZER, « Controlling the Unilateral Exercise of Intellectual Property Rights. A Multitude of Approaches But No Way Ahead », in I. GOVAERE, H. ULLRICH, *Intellectual Property, Market Power and the Public Interest*, P.I.E. Peter Lang S.A, 2008, pp. 59-96, spéc. p. 70.

¹²⁷¹ G. A. HAY, « Trinko: Going All the Way », *The Antitrust Bulletin*, n° 4, vol. 50, 2005, pp. 527-547, spéc. p. 529.

¹²⁷² M. R. PATTERSON, « When is property intellectual? The leveraging problem », *Southern California Law Review*, vol. 73, pp. 1133-1160, spéc. pp. 1134-1135, J. TURNEY, *op. cit.*, p. 185, H. SCHWEITZER, *op. cit.*, p. 69.

432. À travers ces tentatives de conceptualisation du champ d'application de la théorie des facilités essentielles en matière des droits intellectuels, on peut facilement voir l'attachement de la doctrine américaine à la *Colgate doctrine*¹²⁷³, et une certaine méfiance à l'altération du pouvoir d'exclusion inhérent aux droits intellectuels par les mécanismes propres au droit de la concurrence. *Mutatis mutandis*, cela n'est pas sans analogie avec le concept d'objet spécifique connu du droit de l'Union européenne, désignant le noyau dur des prérogatives conférées par les droits intellectuels, échappant à la sanction du droit de la concurrence¹²⁷⁴.

Ce qui est encore plus frappant, c'est le fait que cette position prise par la doctrine américaine présente des points communs avec l'idée française de l'équilibre préétabli du droit d'auteur, hostile aux mécanismes dérogatoires extérieurs. Comme le souligne T. F. Cotter, l'application de la théorie des facilités essentielles dans le contexte de la propriété intellectuelle est susceptible de remettre en cause l'équilibre entre l'incitation à entreprendre et l'accès imposé à la concurrence, consacrés par les lois sur la propriété intellectuelle¹²⁷⁵. Le droit de la propriété intellectuelle, dit-il, intègre déjà en son sein des limitations suffisantes¹²⁷⁶, rendant superflue, voire dangereuse, la régulation à l'aide de mécanismes venant de l'extérieur du corps des règles régissant la matière.

433. Ladite méfiance trouve son reflet également dans la jurisprudence américaine qui n'a pas expressément qualifié de facilité essentielle le droit de la propriété intellectuelle¹²⁷⁷.

Pour résoudre le conflit entre le pouvoir d'exclusion inhérent aux droits intellectuels et les mécanismes du droit *antitrust*, les juridictions américaines ont forgé un concept dit « *The rebuttable presumption doctrine* »¹²⁷⁸, découlant de la célèbre formule de la jurisprudence *Data General Co. c/Grumman Systems Support Co.*¹²⁷⁹ selon laquelle « *si un*

¹²⁷³ F. MARTY, J. PILLOT, « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne », *Reflets et perspectives de la vie économique*, Tome L, n° 4, 2011, pp. 197-221, spéc. p. 198.

¹²⁷⁴ Ainsi, on a pu remarquer que : « *In general it seems to be that (...) U.S. antitrust enforcers avoid direct interference with the core of intellectual property rights (...)* », M. C. TROBERG, *op. cit.*, p. 56.

¹²⁷⁵ T. F. COTTER, *op. cit.*, p. 250.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, p. 235, G. GHIDINI, E. AREZZO, « On the Intersection of IPRs and Competition Law With Regard to Information Technology Markets », in C.-D. EHLERMANN, I. ATANASIU, *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Bloomsbury Publishing, 2007, pp. 105-118, spéc. p. 112, G. GHIDINI, *Intellectual Property and Competition Law: The Innovation Nexus*, Edward Elgar Publishing, 2006, p. 107.

¹²⁷⁷ H. SCHWEITZER, *op. cit.*, p. 70, H. J. HOVENKAMP, M. D. JANIS, M. A. LEMLEY, « Unilateral Refusals to License », *Journal of Competition Law and Economics*, n° 1, vol. 2, 2006, pp. 1-42, spéc. p. 12, S. M. MAURER, S. SCOTCHMER, « The Essential Facilities Doctrine: The Lost Message of *Terminal Railroad* », *California Law Review*, vol. 5, oct. 2014, pp. 278-316, spéc. p. 296.

¹²⁷⁸ V., sur ce point : J. B. KOBAC, JR, « Antitrust Treatment of Refusals to License Intellectual Property », *The Licensing Journal*, n° 1, vol. 22, janv. 2002, pp. 1-14.

¹²⁷⁹ 36 F. 3d 1147 (1994).

comportement d'exclusion peut inclure, de la part d'un monopoliste, un refus unilatéral de donner en licence ses droits d'auteur, le désir de l'auteur d'exclure les autres de l'utilisation de son œuvre est présumé être une justification valable au préjudice qu'un tel refus peut causer au consommateur »¹²⁸⁰.

Il en résulte que l'exercice des droits intellectuels est présumé être économiquement justifié¹²⁸¹. Dans cette optique, les possibilités d'application de la théorie des facilités essentielles en matière de propriété intellectuelle sont sérieusement limitées¹²⁸². La doctrine souligne que pour obtenir gain de cause, le demandeur contestant la gestion des droits de propriété intellectuelle par une entreprise doit démontrer que le contrôle qu'elle exerce sur le marché « *est excessif par rapport au contrôle qui découle naturellement de l'exercice desdits droits* »¹²⁸³.

434. Somme toute, aux yeux du juge américain, l'application de la théorie des facilités essentielles en matière des droits de la propriété intellectuelle est une solution inappropriée, voire dangereuse car pouvant sérieusement affecter la substance de ces derniers¹²⁸⁴.

B. Le rejet général par la Cour suprême

435. Abstraction faite de son inapplicabilité en matière de propriété intellectuelle, la théorie des facilités essentielles en tant que telle n'a jamais été reconnue par la Cour suprême des États-Unis¹²⁸⁵. En outre, dans l'arrêt *Trinko*¹²⁸⁶, amplement commentée par la doctrine et considérée comme la décision la plus importante en vingt ans en matière

¹²⁸⁰ 36 F. 3d 1147, spéc. 1187, « *while exclusionary conduct can include a monopolist's unilateral refusal to license a copyright, an author's desire to exclude others from use of its copyrighted work is a presumptively valid business justification for any immediate harm to consumers* ». Ladite solution, consacrée initialement en matière de droit d'auteur a ensuite été étendue aux autres branches de la propriété intellectuelle. V., not. pour le droit des brevets : *Image Tech. Services inc. c/Eastman Kodak*, 125 F. 3d 1195 (1997).

¹²⁸¹ J. B. KOBAK, JR, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁸² C. MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Litec, 2009, p. 434.

¹²⁸³ M. LEAFFER, « La théorie des installations essentielles en droit américain », in. *Regards sur les sources du droit d'auteur*, Congrès ALAI, 18-21 sept. 2005, Paris, ALAI, 2007, pp. 619-624, spéc. p. 621. Dans le même sens, G. V. S. McCURDY, « Intellectual property and competition : does the essential facilities doctrine shed any new light ? », *EIPR*, n° 25(10), 2003, pp. 472-480, spéc. p. 476.

¹²⁸⁴ Dans ce sens, S. DORMONT, *Le conflit entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence*, Thèse, Paris Sud XI, 2011, p. 46.

¹²⁸⁵ F. X. SCHOEN, « Exclusionary conduct after *Trinko* », *New York University Law Review*, vol 80, 2005, pp. 1625-1664, spéc. p. 1641, M. STOYANOVA, *Competition Problems in Liberalized Telecommunications: Regulatory Solutions to Promote Effective Competition*, Kluwer Law International, 2008, p. 94, B. J. SWEENEY, *The Internationalization of Competition Rules, The approach of European States*, Taylor & Francis, 2009, p. 200, A. CANDEUB, « *Trinko* and re-grounding the refusal to deal doctrine », *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 66, 2005, pp. 821-870, spéc. p. 827, note 32.

¹²⁸⁶ *Verizon Communications Inc. c/Law Offices of Curtis, V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004), *RLC*, n° 1, nov. 2004-janv. 2005, p. 19, note V. SELINSKY, J. PEYRE.

du droit *antitrust*¹²⁸⁷, cette théorie a été qualifiée comme une invention des juridictions inférieures¹²⁸⁸.

La Cour suprême y conteste d'abord la légitimité de la théorie en affirmant que « *l'opérateur économique peut légitimement acquérir un pouvoir monopolistique en mettant en place une infrastructure qu'il exploite seul, pour servir ses clients. Lui imposer un devoir de partager les ressources à l'origine des avantages dont il dispose serait contraire aux principes sous-jacents de l'antitrust en décourageant le monopoliste, ses concurrents ou les deux d'investir dans ces facilités, si intéressantes économiquement* »¹²⁸⁹.

Ensuite, la Cour suprême restreint au maximum le champ d'application hypothétique de la théorie en affirmant qu'elle n'a, de toute façon, vocation à s'appliquer que si l'accès à l'infrastructure essentielle est réellement indisponible¹²⁹⁰. Par conséquent, dès lors que le détenteur des infrastructures essentielles les rend accessibles aux concurrents, même moyennant un prix exorbitant, la théorie des facilités essentielles n'est pas applicable, et cela sans qu'il y ait à vérifier si les conditions d'accès sont raisonnables, justes et non discriminatoires¹²⁹¹.

En outre, l'application de la théorie est totalement exclue dans des secteurs régulés par les autorités publiques habilitées à ordonner l'ouverture d'accès à l'infrastructure essentielle¹²⁹².

436. En formulant ces nombreuses réserves quant à la légitimité et l'utilité de la théorie des facilités essentielles, ainsi qu'en restreignant considérablement son champ d'application¹²⁹³, la jurisprudence *Trinko* l'a affaiblie presque jusqu'à l'extinction¹²⁹⁴.

¹²⁸⁷ A. CANDEUB, *op. cit.*, p. 821, D. LIM, « Copyright Under Siege: An Economic Analysis of the Essential Facilities Doctrine and the Compulsory Licensing of Copyrighted Works », *Albany Law Journal of Science and Technology*, vol. 17, 2007, pp. 481-558, spéc. p. 528.

¹²⁸⁸ 540 U.S. 398, spéc. 411 : « *We have never recognized such a doctrine (...), and we find no need either to recognize it or to repudiate it here* ».

¹²⁸⁹ 540 U.S. 398, spéc. 407-408 : « *Firms may acquire monopoly power by establishing an infrastructure that renders them uniquely suited to serve their customers. Compelling such firms to share the source of their advantage is in some tension with the underlying purpose of antitrust law, since it may lessen the incentive for the monopolist, the rival, or both to invest in those economically beneficial facilities* ».

¹²⁹⁰ 540 U.S. 398, spéc. 411 : « *the indispensable requirement for invoking the doctrine is the unavailability of access to the "essential facilities"; where access exists, the doctrine serves no purpose* ».

¹²⁹¹ F. X. SCHOEN, *op. cit.*, pp. 1642-1643.

¹²⁹² 540 U.S. 398, spéc. 411. En citant P. Areeda et H. Hovenkamp la Cour suprême constate la chose suivante : « (...) *'essential facility claims should (...) be denied where a state or federal agency has effective power to compel sharing and to regulate its scope and terms'* ».

¹²⁹³ H. J. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, 2009, p. 248.

¹²⁹⁴ B. FRISCHMANN, S. W. WALLER, « Revitalizing Essential Facilities », *ALJ*, n° 1, vol. 75, 2008, pp. 1-65, spéc. p. 9, N. PETIT, « Circumscribing the Scope of EC Competition Law in Network Industries? A Comparative Approach to the US Supreme Court Ruling in the *Trinko* Case », *Journal of Network Industries*, n° 3-4, vol. 5, 2004, pp. 347-363, spéc. p. 350, D. LIM, *op. cit.*, p. 529, T. KASEBERG, *Intellectual Property*,

La jurisprudence postérieure refuse systématiquement de la mobiliser¹²⁹⁵. De plus elle n'a pas bonne presse dans les rapports de la Commission de modernisation de l'*antitrust*¹²⁹⁶ et du Département de la Justice¹²⁹⁷. La doctrine majoritaire considère qu'aux États-Unis elle n'est plus un outil juridique viable¹²⁹⁸ et que son intérêt est uniquement historique¹²⁹⁹.

Vu la récurrence et la multiplicité des angles d'attaque des critiques formulées à l'encontre de la théorie des facilités essentielles par la doctrine américaine¹³⁰⁰, ladite évolution jurisprudentielle n'est guère étonnante.

Section 2. La théorie des facilités essentielles - un mécanisme devenu une exception aux droits de l'auteur

437. En Europe, contrairement à son pays d'origine, la théorie des facilités essentielles a trouvé un accueil particulièrement favorable. À l'ère actuelle, on peut parler d'une véritable renaissance de celle-ci au-delà des frontières des États-Unis. Cependant, ce phénomène est loin de constituer une réception pure et simple de la théorie des facilités essentielles telle que forgée puis abandonnée par le droit *antitrust*. Prenant à contre-pied les enseignements de la jurisprudence et de la doctrine américaines, les juridictions européennes et françaises

Antitrust and Cumulative Innovation in the EU and the US, Bloomsbury Publishing, 2012, p. 186. Certains auteurs parlent même de « l'enterrement » ou du « rejet définitif » de la théorie des facilités essentielles : N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2012, n° 1000, p. 354, S. DORMONT, *op. cit.*, p. 47.

¹²⁹⁵ A. A. ORTIZ, « Old Lessons Die Hard: Why the Essential Facilities Doctrine Provides Courts the Ability to Effectuate Competitive Balance in High Technology Markets », *Journal of High Technology Law*, n° 1, vol. 13, pp. 170-214, spéc. pp 191 et suiv.

¹²⁹⁶ *Antitrust Modernisation Commission, Report and Recommendation*, avr. 2007, disponible sur : http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf, spéc. p. 101 et suiv.

¹²⁹⁷ U.S. Department of Justice, *Competition and Monopoly : Single-Firm Conduct Under Section 2 of The Sherman Act*, disponible sur : <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>, p. 127 et suiv.

¹²⁹⁸ C. C. RUDAZ, « Did *Trinko* Really Kill Antitrust Price Squeeze Claims ? A Critical Approach to the *Linkline* Decision Through a Comparison of E.U. and U.S. Case Law », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2010, pp. 1077-1119, spéc. p. 1108, Z. ABRAHAMSON, « Essential Data », *The Yale Law Review*, n° 3, vol. 124, 2014, pp. 576-881, spéc. p. 870, M. LEAFFER, *op. cit.*, p. 619.

¹²⁹⁹ G. A. HAY, *op. cit.*, p. 547. V. également : J. L. RUBIN, « The Truth About *Trinko* », *The Antitrust Bulletin*, n° 4, vol. 50, 2005, pp. 1-13, spéc. pp. 7-9.

¹³⁰⁰ Outre les critiques doctrinales déjà analysées dans le contexte d'applicabilité de la théorie des facilités en matière de la propriété intellectuelle, v. not : K. N. HYLTON, « Economic Rents and Essential Facilities », *Brigham Young University Law Review*, 1991, pp. 1243-1284. L'auteure développe, à l'aide des arguments économiques, une thèse selon laquelle l'application de la théorie des facilités essentielles ne stimule pas forcément la concurrence et n'accroît pas le bien-être du consommateur. Dans le même sens, pour l'inutilité de la théorie des facilités essentielles dans le contexte de l'exclusion verticale : D. REIFFEN, A. N. KLEIT, « Terminal Railroad Revisited : Foreclosure of an Essential Facility or Simple Horizontal Monopoly ? », *Journal of Law and Economics*, n° 2, vol. 33, 1990, pp. 419-438. Pour la critique de la théorie sous l'angle des principes généraux de l'*antitrust* : A. B. LIPSKY, JR, J. G. SIDAK, *op. cit.*, pp. 1187-1249.

y font appel pour limiter l'exercice des prérogatives attachées aux droits de la propriété intellectuelle et spécialement aux droits de l'auteur.

438. A notre avis, le résultat ultime de cette opération est l'émergence d'une nouvelle exception aux droits de l'auteur, d'origine extra *jus auctoris*. L'analyse de cette extension du champ d'application de la théorie des facilités essentielles en Europe **(I)** nous amènera à comprendre la raison des divergences transatlantiques observables en la matière **(II)**.

I. L'extension du champ d'application de la théorie des facilités essentielles en Europe

439. En droit de l'Union européenne, la théorie des facilités essentielles s'est développée aux côtés du concept d'objet spécifique. Analysés ensemble, ces deux concepts permettent de se rendre compte de la gravité de l'ingérence du droit de la concurrence de l'Union européenne dans la sphère de l'équilibre du droit d'auteur voulu par le législateur national.

En premier lieu, comme nous l'avons démontré, la Cour de Justice s'est déclarée compétente pour définir les contours de l'objet spécifique des droits d'auteur, à savoir les prérogatives dont l'exercice échappe à la sanction provenant de l'application des règles du droit de la concurrence. L'accueil de la théorie des facilités essentielles lui a ensuite permis de sanctionner l'exercice légitime des prérogatives relevant de l'objet spécifique dans des circonstances exceptionnelles.

Ce glissement spectaculaire du contrôle du dépassement de l'objet spécifique vers le contrôle de l'exercice de l'objet spécifique, qui a pu se réaliser grâce à l'application de la théorie des facilités essentielles par la Cour de Justice **(A)**, a fait de cette théorie une limite interne, d'origine extra *jus auctoris*, des droits d'auteur. Le juge français l'a reprise sans objection majeure **(B)**.

A. Du contrôle du dépassement de l'objet spécifique vers le contrôle de l'exercice de l'objet spécifique

440. Dans le contexte du droit de l'Union européenne, la transformation de la théorie des facilités en une exception aux droits de l'auteur était un processus en trois étapes. La Cour de Justice a d'abord suggéré que même les prérogatives relevant de l'objet spécifique des droits d'auteur n'échappent pas à la sanction de la part des règles concurrentielles **(1)**.

Puis elle a conceptualisé les circonstances exceptionnelles dans lesquelles une telle intervention du droit de la concurrence dans le périmètre de l'objet spécifique peut avoir lieu (2). Enfin, contrairement à toute attente, sa solution s'est généralisée (3).

1. L'ébauche d'une nouvelle exception - les arrêts *Volvo* et *Renault*

441. L'Union européenne est le premier endroit en dehors des États-Unis où les juridictions ont eu recours à la théorie des facilités essentielles¹³⁰¹. Cette réception, s'inscrivant dans le processus de démantèlement des monopoles publics¹³⁰², est communément associée aux affaires *Commercial Solvents*¹³⁰³ et *Stena Sealink*¹³⁰⁴. Dans la première décision, considérée par certains auteurs comme étant l'équivalent européen de l'arrêt *Terminal Railroad*¹³⁰⁵ et jouant le rôle de fondement prétorien de la théorie des facilités essentielles¹³⁰⁶, la CJCE a dû se pencher sur un litige impliquant une compagnie en position dominante fabriquant des matières premières nécessaires à la production d'un médicament antituberculeux. Cette dernière a empêché son concurrent principal de poursuivre son activité de production en refusant de lui fournir un ingrédient essentiel, tout en décidant d'entrer sur le marché des produits dérivés sur lequel son concurrent était présent.

La Cour de Justice a considéré un tel comportement comme contraire aux objectifs du Traité a ajouté que « *le détenteur d'une position dominante sur le marché des matières premières qui dans le but de les réserver à sa propre production des dérivés, en refuse la fourniture à un client, lui-même producteur de ces dérivés au risque d'éliminer toute*

¹³⁰¹ S. W. WALLER, W. TASCH, « Harmonizing Essential Facilities », *ALJ*, n° 76(3), 2010, pp. 741-767, spéc. p. 745, C. TROBERG, *op. cit.*, p. 66.

¹³⁰² A. CASTALDO, A. NICITA, « Essential Facility Access in Europe : Building a Test for Antitrust Policy », *Review of Law and Economics*, n° 1, vol. 3, 2007 pp. 83-110, spéc. p. 83, S. DAP, « La prise en compte jurisprudentielle de la position particulière des opérateurs de SIEG sur le marché européen », in L. POTVIN-SOLIS, *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*, Bruylant, 2007, pp. 75-99, spéc. p. 83. Dans le même sens, M. THILL-TAYARA, C. COUADOU, « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles », *CCC*, n° 5, mai 1999, pp. 4-7, spéc. p. 4.

¹³⁰³ CJCE, 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c/Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-6 et C-7-73, *Rec.* p. 223, (ci-après *Commercial Solvents*).

¹³⁰⁴ Commission des communautés européennes, 21 déc. 1993, décision 94/19/CE, *Sea Containers c/Stena Sealink*, 94/19/CE, (ci-après *Sealink*), *JO L* 15 du 18.1.1994, pp. 8-19.

¹³⁰⁵ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, n° 1004, p. 358.

¹³⁰⁶ Dans ce sens, C. GOFFIN, « La théorie des "facilités essentielles" dans la jurisprudence communautaire récente », in O. JOUANJAN, *Théories réalistes du droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle Série, n°4, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, pp. 153-180, spéc. p. 154, G. DEZOBRY, *La théorie des facilités essentielles, essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2009, p. 47.

*concurrence de la part de ce client, exploite sa position dominante d'une façon abusive au sens de l'article 86 »*¹³⁰⁷.

442. Dans la seconde décision, considérée par certains auteurs comme une première application véritable de la théorie des facilités essentielles par les autorités européennes¹³⁰⁸, la Commission n'a pas hésité à faire un pas en avant, jamais franchi par la Cour Suprême des États-Unis, en se référant expressément à la théorie des facilités essentielles¹³⁰⁹.

443. Face à cet accueil de la théorie des facilités par les autorités européennes, la question d'articulation de celle-ci avec les droits de propriété intellectuelle s'est posée. À l'occasion des affaires *Volvo*¹³¹⁰ et *Renault*¹³¹¹, la CJCE s'est prononcée sur la question d'abus de position dominante dans le contexte d'un refus unilatéral de contracter de la part du titulaire des droits de la propriété intellectuelle. Il s'agissait de constructeurs automobiles qui s'opposaient à la production et à la commercialisation de certains éléments de carrosserie de leurs véhicules par des entreprises situées dans différents États de la Communauté européenne, en invoquant la protection par le droit des dessins et modèles.

La Cour de Justice n'a pas vu dans le refus des titulaires des droits intellectuels les éléments constitutifs de l'abus de position dominante. Elle a souligné que « (...) *la faculté pour le titulaire d'un modèle protégé d'empêcher des tiers de fabriquer et de vendre ou d'importer, sans son consentement, des produits incorporant le modèle constitue la substance même de son droit exclusif. Il en résulte qu'une obligation imposée au titulaire du modèle protégé d'accorder à des tiers, même en contrepartie de redevances raisonnables, une licence pour la fourniture de produits incorporant le modèle aboutirait à priver ce titulaire de la substance de son droit exclusif, et que le refus d'accorder une pareille licence ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante »*¹³¹².

¹³⁰⁷ *Commercial Solvents*, point 25.

¹³⁰⁸ F. MARTY, J. PILLOT, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », *Revue d'économie industrielle*, n° 129-130, 2010, pp. 277-300, spéc. p. 281, note 5.

¹³⁰⁹ S. DORMONT, *op. cit.*, p. 50. V. : point 66 de la décision *Sealink* : « *Le propriétaire d'installations essentielles qui utilise son pouvoir sur un marché pour protéger ou renforcer sa position sur un autre marché apparenté, en particulier en refusant d'accorder l'accès à ces installations à un concurrent ou en lui accordant l'accès à des conditions moins favorables que celles dont bénéficient ses propres services, et donc impose un désavantage concurrentiel au concurrent, commet une infraction à l'article 86 ».*

¹³¹⁰ CJCE, 5 oct. 1988, *AB Volvo c/Erik Veng (UK) Ltd.*, aff. 238/87, *Rec.* p. 6211, (ci-après *Volvo*), *RTD Eur.*, 1990, p. 720 obs. G. BONET.

¹³¹¹ CJCE, 5 oct. 1988, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli (CIRCA) et Maxicar c/Régie nationale des usines Renault*, aff. 53/87, *Rec.* p. 6039, (ci-après *Renault*), *RTD Eur.*, 1990, p. 720, obs. G. BONET, *JCP*, 1989.II.2147, obs. G. BONET.

¹³¹² Point 8 de la décision *Volvo*. Une affirmation similaire peut être trouvée dans la décision *Renault*, point 15 : « (...) *le seul fait d'obtenir le bénéfice d'un droit exclusif accordé par la loi, droit dont la substance consiste à pouvoir empêcher la fabrication et la vente des produits protégés par des tiers non-autorisés, ne peut être regardé comme une méthode abusive d'élimination de la concurrence ».*

Ce passage est en parfait accord avec la doctrine de séparation stricte entre l'existence et l'exercice des droits exclusifs¹³¹³. Toutefois, tout en affirmant sa volonté de préserver le noyau dur des droits intellectuels, la CJCE, dans les arrêts *Volvo* et *Renault*, a envisagé une possibilité de leur imposer de nouvelles limites internes, non prévues par la législation nationale.

444. Ainsi, la Cour de Justice ajoute que la faculté, pour le titulaire d'un modèle protégé, d'empêcher ses concurrents de fabriquer, d'importer ou de vendre des produits incorporant le modèle, peut être interdite par le Traité dans certaines circonstances particulières, caractérisées par « *le refus arbitraire de livrer des pièces de rechange à des réparateurs indépendants, la fixation des prix des pièces de rechange à un niveau inéquitable ou la décision de ne plus produire de pièces de rechange pour un certain modèle, alors que beaucoup de voitures de ce modèle circulent encore, à condition que ces comportements soient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres* »¹³¹⁴. Ce raisonnement laisse penser qu'un élément de l'objet spécifique, à savoir l'exercice légitime du pouvoir d'exclusion inhérent aux droits intellectuels¹³¹⁵, peut être limité par le droit de la concurrence¹³¹⁶.

445. Cette nouvelle orientation de la Cour de Justice, jugée à juste titre paradoxale¹³¹⁷ et porteuse d'une contradiction fondamentale par la doctrine¹³¹⁸, est un vrai bouleversement. Jusqu'ici, le droit de la concurrence de l'Union européenne ne pouvait intervenir que si l'exercice des droits exclusifs dépassait le cadre de l'objet spécifique. Ce dernier n'était pas susceptible d'abus au sens du droit de la concurrence¹³¹⁹.

Une brèche s'étant ouverte dans l'édifice de l'objet spécifique, désormais l'abus peut être caractérisé, même en cas d'exercice normal d'un droit de propriété intellectuelle¹³²⁰,

¹³¹³ G. BONET, obs. sous les arrêts *Volvo* et *Renault*, *RTD Eur.*, 1990, pp. 720-726, précitées, spéc. p. 720 et p. 724, du même auteur, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, n° 3, 1993, pp. 173-188, spéc. p. 183.

¹³¹⁴ Point 9 de la décision *Volvo*, point 16 de la décision *Renault*.

¹³¹⁵ M. DEMEUR, « Objet des droits de propriété intellectuelle et licences obligatoires dans le droit de la concurrence », in M. DONY, A. DE WALSCHE, *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, vol. 2, Bruylant, 1999, pp. 843-880, spéc. p. 850.

¹³¹⁶ M.-A. HERMITTE, obs. sous CJCE, 6 avr. 1995, *Radio Telefis Eireann et Independent Television Publications Ltd. c/Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec. p. I-743, JDI*, 1996, pp. 530-536, spéc. p. 532. Dans le même sens, T. C. VINJE, « Magill : its impact on the information technology industry », *EIPR*, n° 14(11), 1992, pp. 397-402, spéc. p. 399.

¹³¹⁷ J. TURNEY, *op. cit.*, pp. 186-187.

¹³¹⁸ N. REICH, *Understanding EU Law: Objectives, Principles and Methods of Community Law*, Intersentia, 2003, p. 175.

¹³¹⁹ B. EDELMAN, *J.-CL.*, fasc. 1820 : Droit de l'Union Européenne, Droit d'auteur et droits voisins dans la libre concurrence, n° 64, dernière mise à jour, mai 2014.

¹³²⁰ J. DREXL, « IMS Health and Trinko - antitrust placebo for consumers instead of sound economics in refusal-to-deal cases », *IIC*, n° 35(7), 2004, pp. 788-808, spéc. p. 792.

conforme à son objet spécifique¹³²¹. Il en résulte que « *la portée de l'objet spécifique du droit exclusif dépend des circonstances particulières qui entourent son exercice* »¹³²².

446. Les arrêts *Volvo* et *Renault* suggèrent que le processus de remodelage des droits d'auteur par le droit de la concurrence de l'Union européenne, déjà amorcé par la redéfinition de leurs limites externes à travers la notion d'objet spécifique¹³²³, peut atteindre également les limites internes des droits exclusifs.

Ceci étant, tirer des ces décisions, en lien avec le droit des dessins et modèles, des conclusions ambitieuses en matière d'exceptions aux droits de l'auteur serait une erreur. Les solutions consacrées par la CJCE sont particulièrement attachées aux faits des espèces. Les circonstances exceptionnelles, qui justifient aux yeux du juge de la Cour de justice l'intervention du droit de la concurrence dans le périmètre de l'objet spécifique des droits intellectuels, ont été décrites de manière très précise, voire casuistique, de sorte que l'on pourrait douter de la création de véritables limites internes sous forme de normes à portée générale à l'intérieur du noyau dur des droits de propriété intellectuelle.

Il en est ainsi tout simplement, car la Cour de justice ne donne pas d'indications quant à l'applicabilité de sa nouvelle solution dans des circonstances autres que celles des espèces jugées¹³²⁴. Toutefois, il n'a pas fallu atteindre longtemps pour que cette perspective change diamétralement.

2. La consécration d'une nouvelle exception - l'affaire *Magill*

447. Dans le prolongement de la logique des arrêts *Volvo* et *Renault*, les décisions du TPICE¹³²⁵ et de la CJCE¹³²⁶ dans l'affaire *Magill* méritent d'être signalées. C'est dans

¹³²¹ Dans ce sens, F. L. FINE, *The EC Competition Law on Technology Licensing*, Sweet & Maxwell, 2006, p. 128, S. B. OPI, « The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property Rights Still Sacrosanct? », *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, n° 2, vol 11, 2001, article 2, pp. 409-507, spéc. p 453.

¹³²² Autorité de la Concurrence, Etudes Thématiques « Les droits de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence », in *Rapport annuel 2004*, pp. 81-160, spéc. p. 122.

¹³²³ *Supra*, n° 405 et suiv.

¹³²⁴ S. B. OPI, *op. cit.*, p. 454.

¹³²⁵ TPICE, 10 juill. 1991, *Radio Telefis Eireann c/Commission*, aff. T 69/89, *Rec.* p. II-485, *RTD Eur.*, 1993, p. 525, obs. G. BONET, *RTD Com.*, 1992, p. 372, obs. A. FRANCON, *RIDA*, n° 151, janv. 1992, p. 217, note T. DESURMONT, *JDI*, 1992, p. 471, note M.-A. HERMITTE, G. BONET, « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993 pp. 87-108.

¹³²⁶ CJCE, 6 avr. 1995, *Radio Telefis Eireann et Independent Television Publications Ltd. c/Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.* p. I-743, *RTD Com.*, 1995, p. 606 obs. A. FRANCON, *RTD Eur.*, 1996, p. 746, obs. J.-B. BLAISE, *RTD Eur.*, 1995, p. 835, obs G. BONET, *D. aff.*, 1996, p. 127, obs. G. BONET, *JCP*, 1995.I.3883, obs. M. VIVANT. V. également : B. EDELMAN,

le contraste avec le conservatisme de la première (a) qu'apparaît le caractère novateur de la seconde (b).

a. La décision du TPICE dans l'affaire *Magill*

448. Dans l'affaire *Magill*, il s'agissait d'un conflit opposant six chaînes de télévision irlandaises, publiant chacune leur propre grille de programmes hebdomadaire, renseignant les spectateurs sur les détails de leurs émissions, à la société irlandaise d'édition *Magill TV Guide*, qui avait décidé d'éditer, en Irlande et en Irlande du Nord, un seul magazine hebdomadaire regroupant les grilles de toutes les chaînes concernées.

Le projet de *Magill* s'est heurté à la revendication des droits d'auteur, couronné d'un succès devant le juge irlandais¹³²⁷. Dans ce contexte, la société a invoqué l'abus de position dominante prétendument commis par les titulaires, qui refusaient de lui octroyer une licence pour la publication des grilles de programmes. Le litige ayant atteint le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, celui-ci a rendu une décision conservatrice, s'inscrivant dans le cadre traditionnel de conciliation du droit d'auteur avec le droit de la concurrence de l'Union européenne.

449. En premier lieu, le Tribunal manifeste son attachement à l'objet spécifique des droits intellectuels et reconnaît que ce dernier s'étend au droit, pour le titulaire des droits d'auteur, «*de se réserver l'exclusivité de la reproduction de l'œuvre protégée*»¹³²⁸. Il en résulte que «*l'exercice du droit exclusif de reproduction de l'œuvre protégée ne présente pas, en soi, un caractère abusif*»¹³²⁹. Le tribunal affirme également, qu'«*il en va différemment lorsqu'il apparaît (...), que les conditions et modalités d'exercice du droit exclusif de reproduction de l'œuvre protégée poursuivent, en réalité, un but manifestement contraire aux objectifs de l'article 86*»¹³³⁰. Dans ce dernier cas de figure, «*l'exercice du droit d'auteur ne répond plus à la fonction essentielle de ce droit, au sens de l'article 36 du traité,*

« L'arrêt *Magill* : une révolution ? », *D.*, 1996, chron. pp. 119-125, H. CALVET, T. DESURMONT, « L'arrêt *Magill* : une décision d'espèce ? », *RIDA*, n° 167, janv. 1996, pp. 3-67.

¹³²⁷ V. : point 10 de la décision du TPICE dans l'affaire *Magill* qui cite la décision de la High Court irlandaise du 26 juill. 1989, *Irish Law Reports Monthly*, 1990, p. 534, dans laquelle le juge reconnaît la protection des grilles litigieuses, en constatant que « *chaque grille hebdomadaire est le produit d'une réflexion et d'un travail préliminaire considérables ainsi que de l'exercice d'un savoir-faire et de discernement* », point 19 de la décision de la High Court, nous traduisons.

¹³²⁸ Point 70 de la décision du TPICE dans l'affaire *Magill*.

¹³²⁹ *Ibid.*, point 71.

¹³³⁰ *Ibidem*.

qui est d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur, dans le respect des objectifs poursuivis en particulier par l'article 86 (...)»¹³³¹.

450. Après avoir rappelé ces principes bien établis, le Tribunal remarque que les titulaires ont, par leur refus de concéder une licence à *Magill*, dépassé l'objet spécifique des droits d'auteur, devenant ainsi coupables d'abus de position dominante. Aux yeux du juge du Tribunal de Première Instance, ce refus «*qui se caractérise par l'obstacle mis à la production et à la commercialisation d'un produit nouveau, pour lequel existe une demande potentielle de la part des consommateurs, sur le marché annexe des magazines de télévision et par l'exclusion corrélative de toute concurrence dudit marché, dans le seul but de maintenir le monopole de la requérante - va manifestement au-delà de ce qui est indispensable à la réalisation de la fonction essentielle du droit d'auteur, telle qu'elle est admise en droit communautaire*»¹³³².

451. La doctrine française a vivement critiqué cette décision du Tribunal de Première Instance dans l'affaire *Magill*. Comme le remarque G. Bonet, en s'attaquant à la «*prérogative la plus naturelle reconnue actuellement aux titulaires d'exploiter seuls leurs droits*»¹³³³, elle engendre un risque de remise en cause de la primauté nationale en matière d'existence des droits intellectuels¹³³⁴.

Cette critique est légitime. Comme nous l'avons démontré¹³³⁵, maintes fois les autorités européennes ont essayé de remodeler, à leur guise, les droits d'auteur censés être définis par les législations nationales. En l'espèce, la logique de protection du noyau dur des droits intellectuels de l'emprise du droit de la concurrence, et le fait que le pouvoir d'exclusion fait indéniablement partie de ce noyau, voudraient que le Tribunal suive les pas du juge irlandais dans la reconnaissance du droit d'auteur sur les grilles litigieuses et écarte le grief de l'abus de position dominante¹³³⁶. En adoptant la solution contraire, la décision du Tribunal s'inscrit dans le processus de communautarisation du noyau dur des droits intellectuels. En limitant la prérogative essentielle du titulaire des droits d'auteur qu'est le pouvoir d'exclusion, elle contribue à l'érosion de la notion même de l'objet spécifique.

¹³³¹ *Ibidem*.

¹³³² *Ibid.*, point 73.

¹³³³ G. BONET, «Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence», *RJDA*, n° 3, 1993, pp. 173-188, spéc. p. 186.

¹³³⁴ G. BONET, «Remise en cause d'une certaine primauté nationale», *D. aff.*, 1996, pp. 827-830, spéc. p. 828.

¹³³⁵ *Supra*, n° 405 et suiv.

¹³³⁶ Dans ce sens, G. BONET, «Abus de position dominante par usage du droit d'auteur empêchant l'édition et la vente de guides TV généraux hebdomadaires», note sous CJCE, 6 avr. 1995, *Radio Telefis Eireann et Independent Television Publications Ltd. c/Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *RTD Eur.*, 1995, p. 835.

Ceci étant dit, la décision commentée n'est pas révolutionnaire dans la mesure où elle ne s'attaque pas aux limites internes des droits d'auteur. La paralysie du pouvoir d'exclusion inhérent aux droits de l'auteur s'effectue toujours sur le plan du dépassement de leurs limites externes. Le glissement vers la logique de remodelage des limites internes supposerait l'exercice légitime des droits d'auteur, condamné *a posteriori* par l'application d'une norme concurrentielle.

Le Tribunal articule clairement son raisonnement en jugeant que l'utilisation du pouvoir d'exclusion incriminée « *va manifestement au-delà de ce qui est indispensable à la réalisation de la fonction essentielle du droit d'auteur, telle qu'elle est admise en droit communautaire* ». Cela veut dire que les titulaires des droits ont tout simplement dépassé l'objet spécifique du droit d'auteur¹³³⁷, et de ce fait leur comportement appelle l'intervention du droit de la concurrence.

452. Ainsi, n'emporte pas notre conviction l'opinion de M.-A. Hermitte qui estime que la décision du Tribunal dans l'affaire *Magill* marque un glissement des autorités communautaires vers *l'utilisation abusive de l'objet spécifique* des droits de propriété intellectuelle, en remettant en cause la séparation entre l'existence et l'exercice des droits intellectuels¹³³⁸. Certes, les contours des droits d'auteur sont ici réajustés, mais il ne s'agit pas d'une utilisation abusive de l'objet spécifique. Il s'agit de la sortie hors de celui-ci par le titulaire.

453. Somme toute, pris isolément, l'arrêt du Tribunal de Première Instance dans l'affaire *Magill* ne mérite pas de commentaires excédant ce qui a déjà été dit à propos du remodelage des limites externes des droits intellectuels par les autorités européennes et de l'utilité même de la notion d'objet spécifique. Toutefois, si on lui juxtapose la décision de la CJCE rendue dans la même affaire, on cernera mieux le contexte d'implantation en droit de l'Union européenne de la théorie des facilités essentielles et de sa transformation en une limite interne *extra jus auctoris* des droits de l'auteur.

¹³³⁷ Dans ce sens, G. BONET, « Pratiques empêchant l'édition et la vente de guides TV généraux hebdomadaires », note sous TPICE, 10 juill. 1991, aff. T 69/89, *Radio Telefis Eireann c/Commission*, RTD Eur., 1993, pp. 525-533, précitée, spéc. p. 528, R. COCO, « Antitrust Liability For Refusals to License Intellectual Property: A Comparative Analysis and International Setting », *Marquette Intellectual Property Law Review*, n° 1, vol. 12, 2008, pp. 1-47, spéc. p. 14, note 43, D. KALLAY, *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property, An Austrian Approach*, Edward Elgar Publishing, 2004, p. 152.

¹³³⁸ M.-A. HERMITTE, obs. Sous TPICE, 10 juill. 1991, aff. T 69/89, *Radio Telefis Eireann c/Commission*, JDI, 1992, pp. 471-477, précitées, spéc. p. 474.

b. La décision de la CJCE dans l'affaire *Magill*

454. Statuant sur le pourvoi formé contre la décision du Tribunal de Première Instance rendue dans l'affaire *Magill*, la CJCE fait d'abord référence à l'idée d'immunité de l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle, et cela en se référant à la jurisprudence *Volvo*. Ainsi, estime-t-elle, « *en l'absence d'une unification communautaire ou d'un rapprochement des législations, la fixation des conditions et des modalités de protection d'un droit de propriété intellectuelle relève de la règle nationale et (...) le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives de l'auteur en sorte qu'un refus de licence, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci* »¹³³⁹.

455. Ensuite, tout en invoquant la même décision *Volvo*, elle considère que « *Néanmoins (...), l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif* »¹³⁴⁰.

Parmi ces circonstances exceptionnelles, justifiant à elles seules l'intervention du droit de la concurrence en matière des droits de propriété intellectuelle en cas de refus de concéder une licence, figurent, selon la CJCE, la création par le titulaire d'un obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, pour lequel il existe, de la part des consommateurs, une demande potentielle spécifique, l'absence de substituts réels ou potentiels de l'actif protégé, l'absence de justification du refus et, finalement, sa nature à exclure toute concurrence sur des marchés dérivés¹³⁴¹. La réunion de ces conditions en l'espèce a permis à la CJCE de s'aligner sur la décision du Tribunal de première instance, qui avait retenu l'abus de position dominante de la part des titulaires des droits d'auteur sur les grilles litigieuses¹³⁴².

456. Contrairement à la décision du Tribunal de Première Instance, qui voyait dans le refus des titulaires le dépassement de l'objet spécifique, la CJCE ne fait pas de référence expresse à la distinction entre l'existence et l'exercice des droits intellectuels¹³⁴³ ni aux concepts de l'objet spécifique et de la fonction essentielle des droits de propriété intellectuelle. Une partie de la doctrine estime que la décision de la Cour de justice fait complètement abstraction de ces notions.

Ainsi, G. Beaudoin affirme qu'aucun lien ne peut être établi entre les circonstances exceptionnelles, justifiant l'intervention du droit de la concurrence en matière de propriété

¹³³⁹ Point 49 de la décision de la CJCE dans l'affaire *Magill*.

¹³⁴⁰ *Ibid.*, point 50.

¹³⁴¹ *Ibid.*, points 52-56.

¹³⁴² *Ibid.*, point 57.

¹³⁴³ S. B. OPI, *op. cit.*, p. 456.

intellectuelle, dégagées par CJCE dans l'arrêt *Magill*, et l'objet spécifique ou la fonction essentielle des droits d'auteur¹³⁴⁴. L'auteur estime que le juge de la Cour de Justice a constaté un abus de position dominante en se basant uniquement sur des circonstances de fait d'ordre économique, en dehors de toute appréciation juridique propre au droit d'auteur¹³⁴⁵, et *a fortiori* en dehors de toute analyse de l'abus des droits d'auteur¹³⁴⁶.

Cette nouvelle orientation se résumerait à l'idée exprimée par F. Siiriainen, selon lequel dans l'arrêt *Magill* «*Il n'est plus question (...) de s'embarrasser des conséquences éventuelles d'un raisonnement mené en termes de fonction essentielle et d'objet spécifique : les "circonstances" économiques suffisent à faire échec au droit d'auteur*»¹³⁴⁷.

457. Cette interprétation emporte notre conviction, toutefois une précision est nécessaire. S'il est vrai que pour fonder sa solution, la CJCE se base uniquement sur les critères économiques, son raisonnement ne fait pas totalement abstraction du concept d'objet spécifique.

En témoigne le passage précité dans lequel la Cour de Justice qualifie le droit exclusif de reproduction de prérogative de l'auteur relevant de la règle nationale. La CJCE se réfère ici implicitement à la jurisprudence *Warner Brothers*¹³⁴⁸, et montre sa conscience du fait que le droit exclusif de reproduction fait partie du noyau dur du droit d'auteur censé être protégé contre les règles concurrentielles¹³⁴⁹. Toutefois, dans le prolongement de la logique des arrêts *Volvo* et *Renault*, elle termine son raisonnement en abandonnant la logique de délimitation mécanique¹³⁵⁰ des exercices des droits exclusifs relevant de l'objet spécifique et ceux l'excédant. Elle fait des « circonstances exceptionnelles » un critère autonome d'intervention du droit de la concurrence en matière du droit d'auteur, passant outre le bouclier de l'objet spécifique.

458. La réunion des conditions évoquées dans l'arrêt *Magill* fait du refus du titulaire un abus de position dominante en soi, peu importe le fait que ce refus repose sur une

¹³⁴⁴ G. BEAUDOIN, *Pratiques anticoncurrentielles et droit d'auteur*, Thèse, Paris Ouest Nanterre la Défense, 2012, p. 216.

¹³⁴⁵ *Ibid.*, p. 217.

¹³⁴⁶ *Ibidem*.

¹³⁴⁷ F. SIIRIAINEN, « "Droit d'auteur" contra "droit de la concurrence" : versus "droit de la régulation" », *RIDE*, n° 4, 2001, Tome XV, pp. 413-446, spéc. p. 424.

¹³⁴⁸ *Supra*, n° 401 et suiv.

¹³⁴⁹ Dans ce sens, H. CALVET, T. DESURMONT, *op. cit.*, pp 11-13.

¹³⁵⁰ T. C. VINJE, « The final word on *Magill*: the judgment of the ECJ », *EIPR*, n° 17(6), 1995, pp. 297-909, spéc. p. 297, T. C. VINJE, « *Magill* : its impact on the information technology industry », *EIPR*, n° 14(11), 1992, pp. 397-402, spéc. p. 400.

justification légale¹³⁵¹. Dans l'affaire *Magill*, un tel raisonnement permet à la Cour de Justice de dégager un concept nouveau, celui de l'exercice abusif d'une prérogative relevant de l'objet spécifique des droits d'auteur¹³⁵².

Il en résulte que l'exercice *a priori* légitime d'une prérogative relevant du domaine protégé de l'objet spécifique des droits d'auteur peut désormais devenir abusif *a posteriori*, dans certaines circonstances particulières¹³⁵³. Par conséquent, les frontières l'objet spécifique ne sont plus les seuls points de repère orientant l'application du droit de la concurrence de l'Union européenne en matière des droits intellectuels¹³⁵⁴, et ne sont plus les seules limites que ce dernier droit impose au droit d'auteur national¹³⁵⁵.

459. Après l'arrêt *Magill*, le droit de la concurrence de l'Union européenne prévoit deux types de limites des droits d'auteur. Elles prennent soit la forme des limites externes correspondant à des hypothèses d'abus de position dominante caractérisées par le dépassement de l'objet spécifique des droits d'auteur, soit la forme des limites internes se résumant à des hypothèses d'abus de position dominante constatées dans le périmètre de l'objet spécifique des droits d'auteur¹³⁵⁶. Dans les deux cas, il s'agit, bien évidemment de limites *extra jus auctoris*.

460. Aussi choquante qu'une telle évolution jurisprudentielle puisse paraître, notons que dans l'affaire *Magill* il était particulièrement difficile pour la Cour de justice de se placer dans l'optique traditionnelle de dépassement de l'objet spécifique. Comme le fait à juste titre remarquer S. B. Opi, eu égard à la particularité des faits de l'espèce, qui mettaient en jeu les prérogatives centrales du droit d'auteur, condamner les titulaires en application de la

¹³⁵¹ Dans ce sens, J.-B. BLAISE, « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des "installations essentielles" », *D. aff.*, 1996, pp. 859-862, spéc. p. 862.

¹³⁵² H. CALVET, T. DESURMONT, *op. cit.*, p. 17.

¹³⁵³ M. JOSSELIN-GALL, « Le commerce international du droit de propriété littéraire et artistique : quelques incertitudes », *RTD Com.*, 1996, pp. 425-441, spéc. p. 440. Dans le même sens, M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, LGDJ, 2002, p. 261 : « La Cour souligne ainsi le fait que la réalisation de l'objet spécifique du droit d'auteur peut déroger aux règles du marché cet objet étant défini comme la possibilité de se réserver une exclusivité ».

¹³⁵⁴ T. C. VINJE, « The final word on *Magill*: the judgment of the ECJ », *op. cit.*, p. 301.

¹³⁵⁵ Dans cette optique, G. Bonet souligne qu'après la jurisprudence *Magill*, « la protection nécessaire et suffisante d'un droit de propriété intellectuelle sur une création littéraire ou artistique - protection entrant dans l'objet spécifique du droit et échappant de la sorte aux règles communautaires - ne légitime pas, en l'absence de justification objective, le refus du titulaire d'autoriser un tiers à réaliser une exploitation de l'objet du droit qu'il n'effectue pas lui-même, si elle répond à une demande réelle ou même simplement potentielle de la part du consommateur », G. BONET, « Le principe communautaire des facilités essentielles comme limite du droit de l'auteur : confirmation de la jurisprudence *Magill* », note sous TPICE, 12 juin 1997, aff. T-504/93, *Tiercé Ladbroke SA c/Commission des Communautés européennes*, *Rec.* p. II-923, *D.*, 1999, pp. 303-306, spéc. p. 306.

¹³⁵⁶ Dans ce sens, A. KAMPERMAN SANDERS, « Essential Facilities and Appropriate Remuneration of Achievements », in C. HEATH, A. KAMPERMAN SANDERS, *New Frontiers of Intellectual Property Law : IP and Cultural Heritage-Geographical Indications-Enforcement-Overprotection*, IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law, vol 25, Hart Publishing, 2005, pp. 245-266, spéc. p. 256.

doctrine classique de l'objet spécifique aurait conduit à une solution manifestement incompatible avec la nature du droit d'auteur¹³⁵⁷.

Si la Cour de justice avait décidé que l'exercice du droit exclusif de reproduction - composante essentielle du droit d'auteur - n'est pas couvert par le bouclier de l'objet spécifique, aurait-il encore été possible d'identifier les prérogatives conférées par le droit d'auteur échappant à l'emprise du droit de la concurrence¹³⁵⁸? Aurait-il encore été possible de parler de droits exclusifs, et non de droits d'exploitation assortis du droit d'obtenir une redevance¹³⁵⁹ ?

C'est peut-être l'incohérence de la solution du Tribunal de première instance, voyant dans le refus des titulaires un dépassement de l'objet spécifique, qui a conduit le juge de la Cour de Justice à opérer une certaine substitution des motifs et à exploiter la piste des limites internes, suggérée par les arrêts *Volvo* et *Renault*.

461. Ceci étant dit, l'arrêt *Magill*, tout en s'inspirant de la logique desdites décisions rendues en matière de droit des dessins et modèles, approfondit celui-ci de manière significative jusqu'à lui conférer une portée générale. Ainsi, la doctrine affirme unanimement qu'en conceptualisant les « circonstances exceptionnelles » autorisant la mise en œuvre du droit de la concurrence indépendamment du périmètre de l'objet spécifique des droits d'auteur, la Cour de Justice fait une application de la théorie des facilités essentielles¹³⁶⁰.

On ne saurait mettre en doute cette interprétation. Dans l'arrêt *Magill*, les titulaires des droits d'auteur ont été considérés comme seuls détenteurs des éléments nécessaires à la création d'un produit nouveau et à sa commercialisation sur un marché dérivé. Les grilles de programmes litigieuses étaient tout simplement une facilité essentielle du point de vue des opérateurs économiques voulant conquérir le marché nouveau des guides TV¹³⁶¹. L'ouverture de l'accès à cette facilité essentielle ordonnée par la CJCE se fait en application

¹³⁵⁷ S. B. OPI, *loc. cit.*

¹³⁵⁸ *Ibidem.*

¹³⁵⁹ B. EDELMAN, « L'arrêt *Magill* : une révolution ? », *D.*, 1996, pp. 119-125, spéc. p. 121.

¹³⁶⁰ V. not : O. FREGET, « Accès aux infrastructures essentielles et accès réglementé : La nécessité d'une mise à jour d'un concept "incontournable" », *Concurrences*, n° 2, 2011, pp. 2-7, spéc. p. 5, F. MARTY, J. PILLOT, « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne », *Reflets et perspectives de la vie économique*, n° 4, 2011, Tome L, pp. 197-221, spéc. p. 213, F. MARTY, J. PILLOT, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », *Revue d'économie industrielle*, n° 129-130, 2010, pp. 277-300, spéc. pp. 281-282, J. TURNEY, « Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation », *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, n° 2, vol. 3, 2005, pp. 179-202, spéc. pp. 186-187, M. SQUITIERI, « Refusals to license under European Union competition law after Microsoft », *Journal of International Business Law*, vol. 11, 2012, pp. 65-83, spéc. pp. 67-68.

¹³⁶¹ A. NARCISO, « IMS Health or the question whether intellectual property still deserves a specific approach in a free market economy », *Intellectual Property Quarterly*, n° 4, 2003, pp. 445-468, spéc. p. 460.

de critères ressemblant fortement à ceux de la théorie des facilités essentielles élaborée aux États-Unis¹³⁶². L'accent étant mis sur le fait que les titulaires étaient les seuls détenteurs des éléments indispensables à la création d'un produit dérivé, l'arrêt *Magill* s'inspire clairement de la théorie des facilités essentielles¹³⁶³, se résumant à l'idée selon laquelle lorsque l'accès à une facilité est essentiel pour un opérateur économique, le détenteur légitime de cette facilité peut être forcé de la partager. Lorsque l'infrastructure essentielle est protégée par un droit de propriété intellectuelle, l'accès forcé prend la forme d'un octroi d'une licence obligatoire, comme ce fut le cas dans l'affaire *Magill*.

462. Dans cette optique, l'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de l'auteur dans la décision *Magill* doit être interprétée comme la création d'une nouvelle limite interne *extra jus auctoris* des droits d'auteur. Celle-ci est une exception¹³⁶⁴, dans la mesure où elle met à l'écart les règles nationales instituant les droits d'auteur et entraîne une divergence de leur application normale, en privant le titulaire du pouvoir d'exclusion inhérent aux droits subjectifs de l'auteur.

3. Le durcissement d'une nouvelle exception - la jurisprudence post-*Magill*

463. Notre interprétation de l'arrêt *Magill* ne saurait céder devant les thèses de certains commentateurs français et étrangers qui ont vu dans l'arrêt *Magill* une décision d'espèce. La position prise par la Cour de Justice a parfois été présentée comme étant un correctif ponctuel qui a corrigé l'excès du droit d'auteur irlandais, trop laxiste¹³⁶⁵ envers les titulaires, celui-ci s'intéressant même aux créations de faible originalité que sont les grilles de programmes¹³⁶⁶.

Dans la même ligne de raisonnement, on a reproché à la Cour de Justice d'avoir rendu une solution perturbante sans l'avoir assortie d'une base doctrinale solide¹³⁶⁷, sans suffisamment préciser les fameuses « circonstances exceptionnelles » et sans donner

¹³⁶² *Supra*, n° 428.

¹³⁶³ D. FITZGERALD, « Magill revisited », *EIPR*, n° 20(4), 1998, pp. 154-161, spéc. p. 156, note 19.

¹³⁶⁴ Certains auteurs parlent à cet égard d'une « licence juridictionnelle », P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., PUF, 2015, p. 589.

¹³⁶⁵ B. EDELMAN, « L'arrêt *Magill* : une révolution ? », *op. cit.*, p. 124.

¹³⁶⁶ Dans ce sens M. VIVANT, « La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante (A propos de l'arrêt *Magill* de la Cour de justice) », *JCP*, 1995.I.3883.

¹³⁶⁷ D. G. GOYDER, *EC Competition Law*, 4^e éd., Oxford University Press, 2003, p. 307, D. M. GITTER, « The conflict in the European Community Between Competition Law and Intellectual Property Rights: A Call for Legislative Clarification of the Essential Facilities Doctrine », *American Business Law Journal*, n° 40, 2003, p. 217-300, spéc. p. 252.

de directives quant à son application à d'autres espèces¹³⁶⁸. Face à cela, d'aucuns estiment que la décision *Magill* ne constitue pas de pas en avant par rapport aux arrêts *Volvo* et *Renault*¹³⁶⁹.

464. L'analyse de la jurisprudence européenne postérieure à l'arrêt *Magill* montrera que ces opinions se sont avérées erronées. À cet égard, l'arrêt *Tiercé Ladbroke*¹³⁷⁰ du Tribunal de première instance des communautés européennes mérite d'être signalé.

En l'espèce il s'agissait de la société belge *Tiercé Ladbroke*, un opérateur sur le marché des paris de courses de chevaux, qui s'est heurté au refus de la société allemande *Deutscher Sportverlag Kurt Stoof*, jouissant de l'exclusivité sur le territoire allemand et autrichien pour l'exploitation des images et des sons des courses françaises, d'autoriser la retransmission desdites images en Belgique.

Saisi d'un grief de violation des articles 85 et 86¹³⁷¹, le Tribunal s'est référé aux « conditions exceptionnelles » telles que posées dans l'affaire *Magill*¹³⁷² et a estimé qu'elles n'étaient pas réunies en l'espèce. Pour le juge, l'impossibilité d'une transmission télévisée des courses de chevaux, étant simplement un service complémentaire offert aux clients de la société *Tiercé Ladbroke*, ne rendait pas irréalisable l'exercice par cette dernière de son activité principale qui était la prise de paris¹³⁷³. La solution est parfaitement logique. On ne saurait admettre qu'une entreprise, déjà présente sur le marché des paris, puisse démontrer qu'un élément protégé par le droit d'auteur et détenu par un tiers lui est indispensable pour exercer son activité¹³⁷⁴. En l'espèce, la facilité litigieuse n'était simplement pas essentielle¹³⁷⁵.

¹³⁶⁸ R. GREAVES, « Magill est arrivé...RTE and ITP v Commission of the European Communities », *ECLR*, n° 16(4), 1995, pp. 244-247, spéc. pp 246-247, T. C. VINJE, « The final word on Magill: the judgment of the ECJ », *loc. cit.*

¹³⁶⁹ R. GREAVES, *op. cit.*, p. 247.

¹³⁷⁰ TPICE, 12 juin 1997, aff. T-504/93, *Tiercé Ladbroke SA c/Commission des Communautés européennes*, *Rec. p. II-923*, (ci-après *Tiercé Ladbroke*), *RTD Eur.*, 1998, p. 609, note G. BONET, *D.*, 1999, p. 303 note G. BONET, V. KORAH, « The Ladbroke Saga », *ECLR*, n° 19(3), 1998, pp. 169-176.

¹³⁷¹ Devenus les articles 101 et 102 du TFUE.

¹³⁷² Point 131 de la décision *Tiercé Ladbroke* : « (...) le refus opposé à la requérante ne pourrait relever de l'interdiction de l'article 86 que s'il concernait un produit ou un service qui se présente soit comme essentiel pour l'exercice de l'activité en cause, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel, soit comme un produit nouveau dont l'apparition serait entravée, malgré une demande potentielle spécifique constante et régulière de la part des consommateurs (...) ».

¹³⁷³ Point 131 de la décision *Tiercé Ladbroke*.

¹³⁷⁴ C. GOFFIN, « La théorie des "facilités essentielles" dans la jurisprudence communautaire récente », in O. JOUANJAN, *Théories réalistes du droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle Série, n°4, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, pp. 153-180, spéc. p. 165-166.

¹³⁷⁵ Face à cette évidence, n'emporte pas notre conviction l'opinion selon laquelle la jurisprudence *Tiercé Ladbroke* opère une interprétation stricte de la solution *Magill*. Dans ce sens, not. : V. KORAH, « The Ladbroke Saga », *ECLR*, n° 19(3), 1998, pp. 169-176, spéc. pp. 173-174, du même auteur, « The interface between intellectual property and antitrust : the european experience », *ALJ*, n° 3, vol. 69, 2002, pp. 801-839, spéc. p. 814.

L'arrêt *Tiercé Ladbroke* montre que l'applicabilité de la théorie des facilités essentielles dans le contexte du droit d'auteur, bien qu'elle n'ait pas été mobilisée en l'espèce du fait de l'absence de réunion des « circonstances exceptionnelles », ne se limite pas aux faits de l'affaire *Magill*¹³⁷⁶.

Comme le fait à juste titre remarquer G. Bonet, les décisions *Magill* et *Tiercé Ladbroke* donnent naissance à une règle de portée générale, qui veut que « *la protection nécessaire et suffisante d'un droit de propriété intellectuelle sur une création littéraire ou artistique - protection entrant dans l'objet spécifique du droit et échappant de la sorte aux règles communautaires - ne légitime pas, en l'absence de justification objective, le refus du titulaire d'autoriser un tiers à réaliser une exploitation de l'objet du droit qu'il n'effectue pas lui-même (...)* »¹³⁷⁷.

465. Cette conclusion ne saurait céder devant l'interprétation erronée qu'ont faite certains auteurs de l'arrêt *Oscar Bronner*¹³⁷⁸ de la CJCE, qui a prétendument condamné la solution *Magill* en la qualifiant de décision exceptionnelle¹³⁷⁹. Dans l'arrêt *Bronner*, relatif au refus d'un éditeur de journaux autrichien d'intégrer le produit d'un concurrent dans son réseau de distribution par portage à domicile, la CJCE n'a pas qualifié l'arrêt *Magill* de décision exceptionnelle, mais a plutôt rappelé que dans l'affaire *Magill* la Cour de Justice a constaté la réunion des circonstances exceptionnelles¹³⁸⁰, ce qui est une différence substantielle¹³⁸¹. De surcroît, dans le même arrêt *Bronner*, contrairement à ce que l'on affirme

¹³⁷⁶ G. BONET, « Le point sur l'application de l'article 82 (ex-article 86) CE en matière de propriétés intellectuelles. Après l'arrêt IMS de la Cour de justice du 29 avr. 2004 », *RTD Eur.*, 2004, pp. 691-706, spéc. p. 698, F. FINE, « NDS/IMS: a logical application of essential facilities doctrine », *ECLR*, n° 23(9), 2002, pp. 457-468, spéc. pp. 460-461.

¹³⁷⁷ G. BONET, *op. cit.*, p. 703.

¹³⁷⁸ CJCE, 26 nov. 1998, *Oscar Bronner c/Mediaprint*, aff. C-7/97, *Rec.* p. I-771, (ci-après *Bronner*), *D.*, 1999, IR, p. 24, *RTD Com.*, 1999, p. 798, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO.

¹³⁷⁹ V. KORAH, « The interface between intellectual property and antitrust: the European experience », *op. cit.*, p. 819.

¹³⁸⁰ Point 39 de la décision *Bronner* : « Il importe de relever, (...), que, dans l'arrêt *Magill*, points 49 et 50, la Cour a confirmé que le refus de licence, de la part du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci, mais que l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif ». Point 40 de la décision *Bronner* : « Dans l'arrêt *Magill*, la Cour a considéré que de telles circonstances exceptionnelles étaient constituées par le fait que le refus litigieux concernait un produit (l'information sur les programmes hebdomadaires de certaines chaînes de télévision) dont la livraison était indispensable pour l'exercice de l'activité en cause (l'édition d'un guide général de télévision), en ce sens que, sans cette livraison, la personne désireuse d'offrir un tel guide se trouvait dans l'impossibilité de l'éditer et de l'offrir sur le marché (point 53), que ce refus faisait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel existait une demande potentielle de la part des consommateurs (point 54), qu'il n'était pas justifié par des considérations objectives (point 55) et qu'il était de nature à exclure toute concurrence sur le marché dérivé (point 56) ».

¹³⁸¹ Dans ce sens F. FINE, *op. cit.*, p. 461.

parfois, loin de la condamner¹³⁸², la Cour de Justice juge opportune l'analyse des faits en l'espèce sous l'angle de la théorie des facilités essentielles telle qu'appliquée dans l'arrêt *Magill*¹³⁸³.

466. L'affaire *IMS Health*¹³⁸⁴ a également confirmé la portée générale de la décision *Magill*. Le litige portait sur une base de données élaborée par la société *IMS Health*, commercialisée auprès des compagnies pharmaceutiques, permettant la gestion de données relatives à la vente de leurs produits aux pharmaciens. La protection du produit de *IMS Health* par le droit d'auteur ayant été reconnue par le juge allemand, la question de l'accès à l'infrastructure essentielle s'est posée.

En tranchant cette affaire, la Cour de Justice a estimé, en se référant de manière expresse à l'arrêt *Magill*, que « *pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé* »¹³⁸⁵.

467. La décision *Microsoft*¹³⁸⁶ du Tribunal de première instance des Communautés européennes constitue également un prolongement de la jurisprudence *Magill* appliquant la théorie des facilités essentielles dans le contexte des droits de propriété intellectuelle. Dans cette affaire, le grief d'abus de position dominante invoqué contre le géant de Redmond reposait sur la limitation par ce dernier de l'accès aux informations nécessaires pour assurer l'interopérabilité des ordinateurs équipés du système Windows et des serveurs de groupe

¹³⁸² M. POUMAREDE, « Application de la théorie des facilités essentielles à un droit de propriété intellectuelle », *JCP*, 2005.II.10121.

¹³⁸³ Point 41 de la décision *Bronner*.

¹³⁸⁴ CJCE, 29 avr. 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c/NDC Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec. I-5039*, (ci-après *IMS Health*), *D.*, 2004, p. 2366, note F. SARDAIN, *RTD Eur.*, 2004, p. 692, note G. BONET, *CCE*, n° 6, juin 2004, comm. 69, note C. CARON, *RLDA*, n° 73, juill. 2004, p. 39, note R. DAVID, *PI*, n° 12, juill. 2004, p. 821, note V.-L. BENABOU. V. également : J. PEYRE, « Droits de Propriété intellectuelle/Droit de la concurrence : attente d'un dénouement dans les Affaires *IMS* et *Microsoft* », *RLC*, n° 1, nov. 2005, pp. 26-28, A. GENDREAU, D. REDON, « Droit de la concurrence et droit d'auteur : entre conflit, coexistence et conciliation », *RJDA*, n° 12, déc. 2004, pp. 1151-1155, H. MEINBERG, « From *Magill* to *IMS Health* : the new product requirement and the diversity of intellectual property rights », *EIPR*, n° 28(7), 2006, pp. 398-403.

¹³⁸⁵ Point 38 de la décision *IMS Health*.

¹³⁸⁶ TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-201/04, *Microsoft Corp. c/Commission des communautés européennes*, *Rec. II-3601*, *D.*, 2007, p. 2884 note C. PRIETO, *RTD Com.*, 2007, p. 715, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 3, mars 2008, étude 6, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

de travail de ses concurrents. Le Tribunal, tout en appliquant la solution *Magill*, l'a affinée en interprétant de manière large le critère d'apparition d'un produit nouveau¹³⁸⁷.

B. La théorie des facilités essentielles appliquée par le juge français en matière du droit d'auteur

468. Peu de temps après son accueil par la Cour de Justice, la théorie des facilités essentielles a été appliquée en matière des droits d'auteur par le juge national. Dans la jurisprudence française, elle est tantôt appliquée directement, et devient un substitut d'une exception légale manquante (1), tantôt, de façon moins offensive, elle sert de directive d'interprétation d'une exception légale existante (2).

1. ... au titre de substitut d'une exception légale manquante

469. En droit français, la Cour de cassation a fait de la théorie des facilités essentielles une exception non écrite pouvant paralyser l'exercice des droits d'auteur sur les œuvres utilitaires de faible originalité, tels que les logiciels (a). Rien ne s'oppose toutefois à ce qu'elle soit mobilisée également dans le domaine des grands arts (b).

a. L'application en matière d'œuvres utilitaires

470. La théorie des facilités essentielles a commencé à trouver un accueil favorable en France au début des années deux mille, dans un litige relatif aux infrastructures d'hélistation¹³⁸⁸. Il n'a pas fallu attendre longtemps pour que le juge français l'applique en matière de propriété intellectuelle.

L'affaire *France Télécom*¹³⁸⁹ est ici un exemple significatif. Le litige concernait la société *Lectiel* qui construisait des fichiers de prospection ayant pour but de préparer

¹³⁸⁷ Point 647 de la décision du Tribunal dans l'affaire *Microsoft* : « Il y a lieu de relever que la circonstance relative à l'apparition d'un produit nouveau, telle qu'elle est ainsi envisagée dans les arrêts *Magill* et *IMS Health*, (...), ne saurait constituer l'unique paramètre permettant de déterminer si un refus de donner en licence un droit de propriété intellectuelle est susceptible de porter préjudice aux consommateurs au sens de l'article 82, second alinéa, sous b), CE. Ainsi qu'il ressort du libellé de cette disposition, un tel préjudice peut survenir en présence d'une limitation non seulement de la production ou des débouchés, mais aussi du développement technique ».

¹³⁸⁸ Cass. com., 25 janv. 2000, inédit, CCC, n° 4, avr. 2000, comm. 61, note. M. MALAURIE-VIGNAL.

¹³⁸⁹ Cass. com., 4 déc. 2001, *Bull.* IV, n° 193, CCC, n° 3, mars 2002, comm 46, obs. M. MALAURIE-VIGNAL, *CCE*, n° 3, mars 2002, comm. 38, note. C. CARON, *RTD Com.*, 2002, p. 296, obs. E. CLAUDEL, *RTD Com.*, 2002, p. 394, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO.

des opérations de marketing direct. Pour construire sa base de données, *Lecitel* utilisait l'annuaire électronique des abonnés au téléphone diffusé par *France Télécom*. Ledit annuaire ne comportait pas d'indication quant aux abonnés ayant manifesté la volonté de ne pas faire l'objet de démarchages commerciaux. Afin d'éviter une violation des dispositions pénales interdisant l'exploitation commerciale des données des personnes ayant exprimé un tel souhait¹³⁹⁰, la société *Lecitel* a dû modifier ses fichiers, et à cette fin recourir à des services de *France Télécom* beaucoup plus onéreux, mais purgés des noms d'abonnés ne voulant pas être démarchés. La société *Lecitel* a saisi le Conseil de la concurrence pour abus de position dominante, en jugeant les prix proposés excessifs.

Le litige ayant atteint la Cour de cassation, celle-ci a qualifié la liste « premium » des abonnés de « ressource essentielle pour les opérateurs intervenant sur le marché des fichiers de prospection ». Ensuite, et s'inspirant des critères d'application de la théorie des facilités essentielles, élaborés par la jurisprudence communautaire, elle a jugé que « *si le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur une base de données peut légitimement prétendre à une rémunération, il ne peut, lorsque cette base de données constitue une ressource essentielle pour des opérateurs exerçant une activité concurrentielle, subordonner l'accès à cette base de données au paiement d'un prix excessif* ».

471. Plus tard, dans sa décision du 29 juillet 2002¹³⁹¹, le Conseil d'État s'est emparé de la théorie des facilités essentielles dans un litige concernant les tarifs excessifs pratiqués par l'INSEE lors de la commercialisation de ses bases de données relatives au répertoire SIRÈNE. Selon le Conseil, « *si l'État peut percevoir des droits privatifs (sic !) à l'occasion de la communication de données publiques en vue de leur commercialisation, lorsque cette communication peut être regardée, au sens des lois sur la propriété littéraire et artistique, comme une œuvre de l'esprit (sic !), ces droits ne peuvent faire obstacle, par leur caractère excessif, à l'activité concurrentielle d'autres opérateurs économiques lorsque ces données constituent pour ces derniers une ressource essentielle pour élaborer un produit ou assurer une prestation qui diffèrent de ceux fournis par l'État* ».

Malgré l'allusion faite par le Conseil d'État à l'œuvre de l'esprit, il semble que cette solution mette également en jeu le droit *sui generis* du producteur des bases de données et non pas le droit d'auteur. Il en est ainsi parce qu'en l'espèce, les licences octroyées par l'INSEE

¹³⁹⁰ V. : ancien article R. 10-1 du Code des postes et des communications électroniques, abrogé par le décret n° 2014-1109 du 30 sept. 2014.

¹³⁹¹ CE, 29 juill. 2002, n° 200886, *Lebon*, p. 280, *PI*, n° 6, janv. 2003 p. 57, note A. LUCAS, *AJDA*, 2002, p. 1072, note S. NICINSKI, *D.*, 2003, p. 901, obs. G. GONZALEZ.

portaient sur les données contenues dans la base et non pas sur l'architecture même de celle-ci, seule éligible à la protection par le droit d'auteur¹³⁹².

La portée de ces décisions internes, appliquant la théorie des facilités essentielles dans le contexte du droit *sui generis* des producteurs de bases de données, a suscité des débats. Ainsi, C. Caron constate, par rapport à l'arrêt *France Télécom* que « *le particularisme de la solution retenue (...) est certainement justifié par le caractère informationnel du bien immatériel en cause* »¹³⁹³ et se demande si l'on peut « *cantonner la doctrine de l'arrêt à ce droit spécifique du producteur de base de données, lui-même si étrange au sein du droit traditionnel de la propriété intellectuelle ?* »¹³⁹⁴. La réponse apportée à cette question par la jurisprudence postérieure en ce qui concerne ce domaine fut négative.

472. Les années qui ont suivi ont montré que la théorie des facilités essentielles pouvait également atteindre le droit d'auteur. Après les premières références chaotiques et fragmentaires aux critères dégagés par l'arrêt *Magill*¹³⁹⁵ la Cour de cassation a rendu, le 12 juillet 2005¹³⁹⁶, l'arrêt *NMPP*, entouré, selon la doctrine française, « *de tous les atours d'un arrêt de principe ou du moins d'une utile mise au point* »¹³⁹⁷, appliquant la théorie des facilités essentielles aux droits de l'auteur.

Le différend portait sur le refus de la société *Nouvelles messageries de la presse parisienne* (ci-après *NMPP*) d'autoriser son concurrent *Messageries lyonnaises de presse* (ci-après *MLP*) à utiliser le logiciel *P2000* que la société *NMPP* avait elle-même conçu afin de faciliter la distribution de presse.

Le refus a été qualifié par la société *MLP* d'abus de position dominante. Considérant que le logiciel constituait une facilité essentielle, elle a saisi le Conseil de la concurrence qui, suivi par la Cour d'appel de Paris¹³⁹⁸, a ordonné un accès direct au tronc commun du logiciel litigieux¹³⁹⁹.

¹³⁹² A. LUCAS, note sous CE, 29 juill. 2002, n° 200886, *Lebon*, p. 280, *PI*, janv. 2003, n° 6, pp. 57-58, précitée, spéc. p. 57.

¹³⁹³ C. CARON, « Le droit du producteur de base de données tyrannisé par le droit de la concurrence », note sous Cass. com., 4 déc. 2001, *Bull. IV*, n° 193, *CCE*, n° 3, mars 2002, comm. 38.

¹³⁹⁴ *Ibidem*.

¹³⁹⁵ V. not. : Cass. com., 26 nov. 2003, *Bull. IV*, n° 178, *RTD Com.*, 2004, p. 458, obs. E. CLAUDEL, *CCE*, n° 2, févr. 2004, comm. 20, note G. DECOCQ.

¹³⁹⁶ Cass. com., 12 juill. 2005, *Bull. IV*, n° 163, *RTD Civ.*, 2005, p. 773, obs. J. MESTRE, B. FAGES, *D.*, 2005, p. 2144, obs. E. CHEVRIER, *JCP*, 2005.II.10121, note M. POUMAREDE, *RLDI*, n° 13, févr. 2006, p. 6, obs. N. MALLET-POUJOL, *Revue des contrats*, n° 2, 1^{er} avr. 2006, p. 357, obs. M.-A. FRISON-ROCHE. V. également : S. LEMARCHAND, « L'affaire NMPP : s'oriente-t-on vers une nouvelle limite au droit d'auteur du logiciel au nom de la libre concurrence ? », *PI*, n° 11, avr. 2004, pp. 626-629.

¹³⁹⁷ M. POUMAREDE, *loc. cit.*

¹³⁹⁸ Paris, 12 févr. 2004, *BOCCRF*, n° 5, 4 mai 2004, *CCC*, n° 7, juill. 2004, comm. 111, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

¹³⁹⁹ Conseil de la concurrence, 22 déc. 2003, n° 03-MC-04, *BOCCRF*, n° 1, 13 févr. 2004.

473. L'affaire ayant été portée devant la Cour de cassation, celle-ci, après avoir examiné le caractère indispensable des facilités en cause, et l'absence de « solutions alternatives économiquement raisonnables », a écarté l'application de la théorie des facilités essentielles en l'espèce, sans la remettre en cause de manière générale comme l'a fait la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Trinko*¹⁴⁰⁰.

La cassation s'opère sur la base du raisonnement suivant : « *Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs impropres à établir que des solutions alternatives économiquement raisonnables, fussent-elles moins avantageuses que celles dont bénéficient les NMPP, ne pourraient être mises en œuvre par les MLP qui avaient admis devant le Conseil être en mesure matériellement et financièrement de concevoir un logiciel équivalent à Presse 2000 et avoir mis en place un logiciel qui leur permettrait d'adapter les quantités livrées au réseau et de communiquer avec ce dernier, et faute par conséquent de constater que le tronc commun du logiciel Presse 2000 serait indispensable à l'exercice de l'activité des MLP, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision* ».

Cette solution concède l'absence d'alternatives raisonnables, du fait du coût exorbitant d'un produit substituable, en faisant de celui-ci le critère déterminant dans l'application de la théorie des facilités essentielles¹⁴⁰¹. Cependant, pour la Cour de cassation, l'existence de solutions alternatives, certes moins avantageuses, néanmoins bien réelles, empêche la mobilisation de la théorie des facilités essentielles.

474. La doctrine a bien accueilli cette approche « parcimonieuse »¹⁴⁰² de la théorie des facilités essentielles. En l'adoptant, la Cour de cassation a probablement voulu encadrer son jeu dans des conditions étroitement limitées¹⁴⁰³. La décision commentée reflète le raisonnement exprimé par le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, selon lequel les interventions de la théorie des facilités essentielles dans le contexte de la propriété littéraire et artistique devraient rester des hypothèses exceptionnelles, faute de quoi « *la systématisation d'une telle approche aurait pour effet un changement de paradigme de la propriété littéraire et artistique et conduirait à dénaturer le droit exclusif au profit d'un*

¹⁴⁰⁰ M. POUMAREDE, *loc. cit.*

¹⁴⁰¹ E. CHEVRIER, « La Cour de cassation contrôle les facilités essentielles », obs sous Cass. com., 12 juill. 2005, *Bull. IV*, n° 163, *D.*, 2005, p. 2144 précitées, spéc. p. 2144. N. MALLET-POUJOL, « La théorie des "facilités essentielles" et les créations informationnelles », obs. sous Cass. com., 12 juill. 2005, *Bull. IV*, n° 163 *RLDI*, n° 13, févr 2006, pp. 6-8 précitées, spéc. p. 7.

¹⁴⁰² G. FRANCOIS, « L'absence d'alternative satisfaisante, une limite opportune au droit d'accès, imposée par la théorie des facilités essentielles », obs. sous Cass. com., 12 juill. 2005, *Bull. IV*, n° 163, *JCP E* n° 47, 24 nov. 2005, 1700.

¹⁴⁰³ M. POUMAREDE, *loc. cit.*

simple droit à rémunération »¹⁴⁰⁴. Le contentement de la doctrine était d'autant plus grand que la Cour de renvoi¹⁴⁰⁵ et la Cour de cassation statuant après le renvoi¹⁴⁰⁶ ont adopté la même approche.

475. Ceci étant, les décisions prononcées dans l'affaire *NMPP*, présentées communément comme une tentative de limitation des possibilités d'invocation de la théorie des facilités essentielles dans le contexte du droit d'auteur, révèlent également une vérité un peu moins respectueuse de l'idée d'équilibre préétabli de la matière.

Il convient de souligner que la Cour de cassation, en cautionnant l'applicabilité de la théorie des facilités essentielles en matière des logiciels, a implicitement admis que celle-ci était susceptible de limiter l'exercice des droits d'auteur sur une création dont la protection n'est pas douteuse en l'état du droit positif¹⁴⁰⁷. En outre, il ne faut pas oublier qu'en matière de protection des logiciels, le législateur a particulièrement pris le soin de résoudre le conflit entre l'exclusivité et la libre concurrence à l'aide de mécanismes dérogatoires internalisés par le droit d'auteur.

476. À cet égard, une précision s'impose. Les logiciels sont les créations utilitaires par excellence, qui, pour des raisons d'opportunité, ont été artificiellement rattachées à la catégorie des œuvres de l'esprit¹⁴⁰⁸. Certains auteurs n'hésitent pas à les comparer à des « parasites » tendant progressivement à déstructurer le droit d'auteur¹⁴⁰⁹.

Cet élargissement de l'assiette des œuvres protégées et la nature même du programme d'ordinateur permettent à ce dernier de jouir d'une double protection, car outre la protection par le droit d'auteur du logiciel en tant que tel, son code-source, compréhensible par l'homme,

¹⁴⁰⁴ CSPLA, avis n° 2004-2 relatif à la propriété littéraire et au droit de la concurrence, disponible sur <http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/102752/983138/version/1/file/cspla%20concurrence%20avis.pdf>, point 1.

¹⁴⁰⁵ Paris, 31 janv. 2006, n° 2005/14782, *RLDI*, n° 17, juin 2006, p. 39, obs. L. COSTES, *RLC*, n° 7, avr.-juin 2006, p. 16, obs. V. SELINSKY.

¹⁴⁰⁶ Cass. com., 20 févr. 2007, *Bull. IV*, n° 51, *RLDA*, n° 15, avr. 2007, p. 51, obs. C. ANADON.

¹⁴⁰⁷ Ainsi, S. Lemarchand souligne, par rapport à la décision du Conseil de la concurrence dans l'affaire *NMPP*, qu'« en se prononçant dans le domaine du logiciel, et faisant peu de cas du droit de propriété y afférent, le Conseil de la concurrence a franchi une étape car pour la première fois en effet, une création protégée sans ambiguïté possible par le droit de la propriété littéraire et artistique est qualifiée "d'infrastructure essentielle" et injonction est faite à l'auteur de cette œuvre, en position dominante sur son marché, de la mettre à la disposition d'un tiers », S. LEMARCHAND, *op. cit.*, p. 627. Le fait que la Cour de cassation ne parage pas l'avis du Conseil de la concurrence quant à la réunion des conditions d'application de la théorie des facilités essentielles, tout en admettant le principe de son applicabilité en matière des logiciels ne rend pas cette opinion moins convaincante.

¹⁴⁰⁸ S. LEMARCHAND, O. FREGET, F. SARDAIN, « Biens informationnels entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *PI*, n° 6, janv. 2003, pp. 11-23, spéc. p. 12.

¹⁴⁰⁹ P. GAUDRAT, G. MASSE, Synthèse du rapport *La titularité des droits d'auteur dans les engagements de création à exécution successive*, disponible sur http://miage.univ-nantes.fr/miage/DVD-MIAGEv2/Droit_files/Rapport%20Gaudrat%20Droit%20d'auteur.pdf, p. 11, n° 30.

peut être gardé secret par son auteur à travers une compilation en un code-objet non directement compréhensible¹⁴¹⁰.

Le cumul de la protection par le droit d'auteur et par le secret n'est pas admissible, car il est contraire au principe fondamental du droit de la propriété intellectuelle, selon lequel l'octroi des droits exclusifs suppose la divulgation¹⁴¹¹. En outre, si admis, il constituerait un frein considérable à l'innovation et à la concurrence¹⁴¹². Afin d'atténuer les conséquences néfastes de cette cohabitation étrange, dans laquelle, selon la formule de P. Gaudrat, le monopole protège le secret¹⁴¹³, l'exception de décompilation reposant entièrement sur la logique concurrentielle¹⁴¹⁴ a été mise en place¹⁴¹⁵.

477. Aux termes de l'art L. 122-6-1, IV du CPI « *la reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur* » lorsque celles-ci sont indispensables « *pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels (...)* ». La décompilation, étant une opération de *reverse engineering*, consiste en une retraduction du code-objet du logiciel permettant d'accéder à son code-source, compréhensible par l'homme. Cela est nécessaire pour assurer l'interopérabilité avec d'autres logiciels¹⁴¹⁶, à savoir permettre à deux logiciels de fonctionner ensemble¹⁴¹⁷.

478. Les faits de l'affaire *NMPP* nous montrent qu'en réalité, l'objectif de la société MLP était de mettre en place une communication technique entre son logiciel et le logiciel

¹⁴¹⁰ N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2^e éd., LGDJ, 2012, p. 138, S. LEMARCHAND, O. FREGET, F. SARDAIN, *op. cit.*, p. 13.

¹⁴¹¹ S. LEMARCHAND, O. FREGET, F. SARDAIN, *loc. cit.* Selon J. Huet, ce principe constitue « *une des clés du droit des brevets* » qui permet au public « *d'accéder à une technologie nouvelle, en même temps que l'on en réserve l'exclusivité à son inventeur. Il en va de même en matière de droit d'auteur, même si la question ne s'est, en fait, guère posée dans ce domaine ; mais, s'il en est ainsi, c'est parce que l'auteur n'a vraiment de sujet de craindre que l'on reproduise son œuvre qu'à partir du moment où il la divulgue. La publication de l'œuvre protégée par le droit d'auteur est une étape indispensable de son exploitation commerciale. Donc, de manière générale, publicité et protection vont de pair* », J. HUET, « *Le reverse engineering, ou ingénierie inverse, et l'accès aux interfaces dans la protection des logiciels en Europe : questions de droit d'auteur et de droit de la concurrence* », *D.*, 1990, pp. 99-105, spec. p. 101. Dans le même sens, M. VIVANT, « *Ingénierie inverse, ingénierie perverse ?* », *JCP E*, 1991.I.56.

¹⁴¹² J. HUET, *loc. cit.*

¹⁴¹³ P. GAUDRAT, G. MASSE, *op. cit.*, p. 12, n° 31.

¹⁴¹⁴ J.-M. BRUGUIERE, « *Le droit à l'interopérabilité* », *op. cit.*, n° 4, L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC, L. MORLET-HAIDARA, *Droit des activités numériques*, Dalloz, 2014, p. 461.

¹⁴¹⁵ Sur cette exception, v. : *supra*, n° 318.

¹⁴¹⁶ H. BITAN, *Protection et contrefaçon des logiciels et des bases de données*, Éditions Lamy, 2006, p. 65.

¹⁴¹⁷ L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC, L. MORLET-HAIDARA, *op. cit.*, p. 463. V. également : considérant 10 de directive 2009/24/CE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur selon lequel l' « (...) *interopérabilité peut être définie comme étant la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées* ».

Presse 2000¹⁴¹⁸. Comme le souligne S. Lemarchand, la lecture de l'injonction faite à la NMPP par le Conseil de la concurrence, « *d'accorder aux MLP dans un délai de quatre mois un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000, dans des conditions économiques équitables, en mettant en place (...) un transfert automatique de fichiers entre le système informatique des MLP, (...) et Presse 2000* »¹⁴¹⁹, dévoile le véritable enjeu du litige, qui était l'interopérabilité entre deux logiciels¹⁴²⁰.

479. Dans cette optique, raisonner en termes de théorie des facilités essentielles dans un contexte d'interopérabilité entre logiciels, alors que le droit d'auteur prévoit déjà dans ce domaine une exception bien précise conçue en considération des impératifs du marché concurrentiel, paraît particulièrement attentatoire à l'idée d'équilibre préétabli de la matière.

b. L'application dans le domaine des grands arts ?

480. Ce qui ressort des enseignements de la Cour de cassation dans l'affaire *NMPP*, c'est le fait que la théorie des facilités essentielles peut jouer le rôle d'une exception, non prévue par la loi, corrigeant l'excès du droit d'auteur protégeant des œuvres utilitaires, à originalité faible.

Toutefois, récemment, la théorie des facilités essentielles, en tant que limite interne des droits d'auteur, commence à s'intéresser à ce qui constitue le cœur de la propriété littéraire et artistique - les œuvres des grands arts.

Pour nous en convaincre nous signalerons un litige opposant la société *Universal Music France* et l'exploitant du service de musique en ligne *Deezer*, la société *Blogmusik*, ayant donné lieu à une ordonnance de référé rendue par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 5 septembre 2011¹⁴²¹. Malgré un accord trouvé entre les parties qui ne lui a pas permis de passer en force de chose jugée, cette ordonnance de référé a suscité l'intérêt de la doctrine et cela en raison de sa dimension symbolique et du caractère révolutionnaire des solutions qu'elle consacre.

¹⁴¹⁸ S. LEMARCHAND, *op. cit.*, pp 628-629.

¹⁴¹⁹ Conseil de la concurrence, 22 déc. 2003, n° 03-MC-04, *BOCCRF*, n° 1, 13 févr. 2004, partie « décision », nous soulignons.

¹⁴²⁰ S. LEMARCHAND, *op. cit.*, p. 629. Dans le même sens, F. MARTY, J. PILLOT, *Le recours à la théorie des facilités essentielles dans la pratique décisionnelle des juridictions concurrentielles : Ambiguïté du droit et régulation de la concurrence*, document de travail n° 2009-11 de l'Observatoire Français des Conjonctures Economiques, disponible sur <http://www.ofce.sciences-po.fr/pdf/dtravail/WP2009-11.pdf>, p. 23.

¹⁴²¹ TGI Paris, réf., 5 sept. 2011, *RLDI*, n° 75, oct. 2011, p. 22, obs. L. COSTES, *RLDI*, n° 76, nov. 2011, p. 22, obs. J-B. AUROUX, *CCE*, n° 11, nov. 2011, com. 101, note C. CARON.

La société *Blogmusik*, ayant été autorisée à diffuser sur son site le catalogue d'œuvres musicales de la société *Universal*, n'arrivait pas à trouver un accord avec cette dernière quant à la forme sous laquelle devaient se développer des services payants proposés aux internautes sur la plateforme *Deezer*. Le contrat de licence ayant été résilié par la société *Universal*, *Deezer* continuait, malgré tout, à proposer le catalogue d'œuvres qui en faisait l'objet à ses utilisateurs, au mépris des droits d'auteur. Dans ce contexte, la société *Universal* a introduit une action en référé, visant l'interdiction d'exploitation de son catalogue.

Selon la société *Blogmusik*, en résiliant le contrat de licence, *Universal* a porté « une atteinte grave au droit de la concurrence » qui le privait de la possibilité de se prévaloir de ses droits privatifs sur les œuvres musicales litigieuses.

481. Après avoir reconnu la position dominante de la société *Universal* sur le marché de la musique en ligne, le juge des référés a constaté l'abus de position dominante en motivant sa décision par le fait que « le refus porte sur un produit qui est objectivement nécessaire pour exercer une concurrence efficace sur le marché ». En outre, ledit refus était « susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché » et de « léser le consommateur ».

Cette ordonnance de référé, étant un exemple curieux de mobilisation de la théorie des facilités essentielles dans le domaine du droit d'auteur¹⁴²², est, malgré sa portée limitée, intéressante en ce qu'elle élargit significativement le champ d'application de ladite théorie.

En l'espèce, le juge des référés paralyse l'exercice des droits d'auteur dans un cas où une atteinte au droit de la concurrence n'est pas encore avérée et reste purement potentielle¹⁴²³. Dans cette optique, la théorie des facilités essentielles apparaît comme un outil de régulation préventive pouvant être invoqué avant même que la pratique anticoncurrentielle soit constatée.

482. En outre, comme le souligne C. Caron, l'ordonnance diffère significativement de l'approche adoptée par la CJCE dans l'arrêt *Magill*, en ce qu'elle ne met pas l'accent sur le caractère exceptionnel des circonstances justifiant l'intervention du droit de la concurrence dans le cœur même de la propriété littéraire et artistique¹⁴²⁴. De surcroît, elle semble faire abstraction du critère de l'obstacle à l'apparition du produit nouveau pour lequel il existe une demande des consommateurs. Si, dans l'affaire *Magill*, le produit à l'apparition duquel

¹⁴²² C. CARON, « Caractérisation d'un abus de position dominante en référé », note sous TGI Paris, réf., 5 sept. 2011, *CCE*, n° 11, nov. 2011, comm. 101.

¹⁴²³ J.-B. AUROUX, « Universal/Deezer : la guerre des droits n'aura pas lieu », obs. sous TGI Paris, réf., 5 sept. 2011, *RLDI*, n° 76, nov. 2011, pp. 22-30 précitées, spéc. p. 30.

¹⁴²⁴ C. CARON, *loc. cit.*

l'exercice des droits d'auteur faisait obstacle n'existait effectivement pas, dans le cas présent, il est évident que le consommateur pouvait accéder aux œuvres musicales du catalogue litigieux sans utiliser la plateforme *Deezer*¹⁴²⁵. Ce relâchement entraîne un risque de banalisation de l'argumentation fondée sur la théorie des facilités essentielles¹⁴²⁶ et de son infiltration sur le terrain des œuvres traditionnelles dont l'originalité n'est pas contestable.

483. Sur ce dernier point, il convient de souligner que cet élargissement du champ d'application de la théorie des facilités essentielles en matière du droit d'auteur, s'il porte une atteinte grave à l'équilibre préétabli de la matière, était prévisible. Déjà en 2005, F. Pollaud-Dulian avait fait à juste titre remarquer qu'en droit français rien n'assurait que les droits d'auteur sur les œuvres traditionnelles échapperaient à l'application de la théorie des facilités essentielles¹⁴²⁷. Cette éventualité reste possible dans la mesure où la distinction entre les œuvres informationnelles et celles plus traditionnelles ne trouve aucun ancrage dans les législations sur le droit d'auteur et sur le droit de la concurrence¹⁴²⁸.

2. ... au titre de directive d'interprétation d'une exception légale existante

484. Quand elle n'est pas appliquée au-delà et au mépris des mécanismes dérogatoires internalisés par le droit d'auteur français, la théorie des facilités essentielles influence parfois leur interprétation.

Ainsi, dans un arrêt du 20 octobre 2011¹⁴²⁹, la Cour de cassation s'est penchée sur l'étendue de l'exception de décompilation à des fins d'interopérabilité dans le contexte de la migration des données vers un nouveau logiciel ayant pour but de remplacer l'ancien. Un informaticien, salarié d'une société, après avoir élaboré pour le compte de son employeur un logiciel à destination des huissiers de justice, a quitté la société et a décidé de développer un logiciel concurrent de même type. Le litige est né du fait de l'utilisation par le concepteur du nouveau logiciel d'un programme permettant la migration des données entre les deux plateformes.

En écartant le grief de contrefaçon formulé par la société et basé sur l'utilisation et la modification de son logiciel, la Cour de cassation a jugé que les opérations de migration

¹⁴²⁵ *Ibidem.*

¹⁴²⁶ *Ibidem.*

¹⁴²⁷ F. POLLAUD-DULIAN, « Doctrine des infrastructures essentielles. Rapports entre droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle », *RTD Com.*, 2005, pp. 730-731, spéc. p. 731.

¹⁴²⁸ *Ibidem.*

¹⁴²⁹ Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2011, *Bull. I*, n° 170, *RTD Com.*, 2011, p. 760, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 1, janv. 2012, com. 2, note C. CARON, *CCE*, n° 3, mars 2012, étude 6, obs. N. BINCTIN, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, n° 1, 15 janv. 2012, p. 4 obs. C. BERNAULT.

de données litigieuses « *s'inscrivaient dans les strictes nécessités de l'interopérabilité autorisée par l'article L. 122-6-1 IV du Code de la propriété intellectuelle* ».

Le juge opère ici une interprétation particulièrement large de la notion d'interopérabilité. Comme le souligne F. Pollaud-Dulian, l'exception de l'art L. 122-6-1, IV du CPI est construite de manière étroite et son objectif est de « faire communiquer et fonctionner des programmes ensemble bien qu'ils aient des origines différents »¹⁴³⁰. La particularité des faits de l'espèce tenait au caractère éphémère de cette communication, qui avait pour seul but de permettre la transition de l'ancien logiciel vers le nouveau et non pas la coexistence des deux programmes¹⁴³¹.

485. Contre toute attente, la Cour de cassation admet ici le jeu de l'exception et le laxisme dont elle fait preuve dépasse même la logique de la théorie des facilités essentielles. La doctrine souligne que cette théorie, bien qu'elle soit appliquée par les autorités européennes lorsque l'exercice des droits de la propriété intellectuelle fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau sur le marché dérivé, et pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, l'est rarement lorsque le demandeur souhaite uniquement concurrencer le titulaire sur le marché sur lequel ce dernier est déjà présent¹⁴³².

Il semble que l'exception aux droits de l'auteur connue du droit français soit ici étendue au-delà du rôle qui lui a attribué le législateur, et cela en considération des impératifs de libre concurrence et du bien-être du consommateur s'incarnant dans la liberté de choisir le produit qu'il souhaite¹⁴³³. Le principe d'interprétation stricte des exceptions cède sous la pression des logiques extérieures au droit d'auteur. Comme le souligne C. Caron, l'exception française devient « l'alliée du droit de la concurrence »¹⁴³⁴, ce qui est un phénomène inédit.

II. Les raisons des divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles

486. Les développements du paragraphe précédent montrent que contrairement à son pays d'origine, la théorie des facilités essentielles appliquée au droit d'auteur a trouvé

¹⁴³⁰ F. POLLAUD-DULIAN, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2011, *Bull. I*, n° 170, *RTD Com.*, 2011, pp. 760-762, spéc. p. 762

¹⁴³¹ C. CARON, « L'interopérabilité au service de la libre concurrence », note sous Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2011, *Bull. I*, n° 170, *CCE*, n° 1, janv. 2012, com. 2, précitée, F. POLLAUD-DULIAN, *loc. cit.*, N. BINCTIN, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2011, *Bull. I*, n° 170, *CCE*, n° 3, mars 2012, étude 6, précitées.

¹⁴³² F. POLLAUD-DULIAN, *loc. cit.*

¹⁴³³ C. CARON, *loc. cit.*

¹⁴³⁴ *Ibidem.*

un accueil particulièrement favorable dans la jurisprudence européenne et française. Conçue aux États-Unis comme un outil de régulation des monopoles naturels, la théorie des facilités essentielles est devenue en Europe une véritable limite interne des droits exclusifs de l'auteur, dont l'application passe outre la logique d'équilibre préétabli du droit d'auteur.

Plusieurs éléments tenant aux architectures du droit de la concurrence (A) et du droit d'auteur (B) des deux côtés de l'Atlantique peuvent expliquer cette divergence d'approches.

A. Les raisons tenant à l'architecture du droit de la concurrence

487. Les divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de l'auteur peuvent s'expliquer, en premier lieu, par la différence substantielle entre le droit de la concurrence de l'Union européenne et l'*antitrust* américain en matière des résultats qu'ils souhaitent atteindre ainsi que du contexte juridico-politique entourant leur intervention.

488. La doctrine souligne que l'*antitrust* américain et le droit de la concurrence de l'Union européenne diffèrent en ce que le premier tend à protéger la *concurrence* et le second se soucie plutôt des *concurrents*¹⁴³⁵. En refusant d'appliquer la théorie des facilités essentielles aux actifs protégés par *copyright*, le juge américain se prononce en faveur d'une « *infrastructure based policy* »¹⁴³⁶ visant la promotion d'une efficacité dynamique des marchés, ce qui correspond à la théorie de concurrence « efficace » au sens de F. Riem¹⁴³⁷. Assurer une concurrence efficace c'est faire en sorte à ce que les marchés puissent fonctionner sur un mode concurrentiel sans se soucier de la nature et de l'intensité effective de la concurrence¹⁴³⁸. En d'autres termes, ce qui intéresse le droit *antitrust*, c'est la liberté de la concurrence et non pas les résultats de la libre concurrence¹⁴³⁹.

Aux yeux des autorités américaines, la position de monopole d'un opérateur économique légalement acquise à l'aide des droits conférés par *copyright*, qui ne perturbe pas la fluidité potentielle du marché, ne justifie pas, *per se*, une action de l'*antitrust*

¹⁴³⁵ S. DORMONT, *Le conflit entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence*, Thèse, Paris Sud XI, 2011, p. 15, B. E. HAWK, « Un tour d'horizon du droit et de la politique de la concurrence », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, 1992, pp. 1-10, spéc. p. 4.

¹⁴³⁶ F. MARTY, J. PILLOT, *Le recours à la théorie des facilités essentielles dans la pratique décisionnelle des juridictions concurrentielles : Ambiguïté du droit et régulation de la concurrence*, *op. cit.*, pp. 8-9.

¹⁴³⁷ F. RIEM, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *RIDE*, n° 1, 2008, Tome XXII, pp. 67-91.

¹⁴³⁸ *Ibid.* p. 72.

¹⁴³⁹ T. F. COTTER, « Intellectual property and the essential facilities doctrine », *The Antitrust Bulletin*, vol. 44, 1999, pp. 211-250, spéc. p. 229.

et l'application de la théorie des facilités essentielles¹⁴⁴⁰. Il en est ainsi parce que « la recherche d'une concurrence efficace semble ériger la possibilité de la concurrence en objectif à atteindre, sachant que cette exigence sera satisfaite quand bien même aucune concurrence effective ne serait constatée sur le marché »¹⁴⁴¹.

489. En Europe, en revanche, les politiques de concurrence semblent vouloir atteindre un certain degré de concurrence « effective » au sens de F. Riem. Celle-ci désigne la concurrence actuelle, « une situation de marché où la concurrence joue effectivement »¹⁴⁴². Selon la Cour de Justice, la concurrence non faussée visée par le Traité se réfère à la « **dose de concurrence nécessaire** pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du traité et, en particulier, la formation d'un marché unique réalisant des conditions analogues à celles d'un marché intérieur »¹⁴⁴³.

En appliquant la théorie des facilités essentielles de manière de plus en plus extensive, le juge s'oriente vers ce que la doctrine anglo-saxonne appelle « *access based policy* »¹⁴⁴⁴, favorable à l'efficacité allocative des marchés. C'est une logique de marché concurrentiel sur lequel la présence de nombreux opérateurs économiques, en rivalité effective, est non seulement bienvenue, mais aussi nécessaire et susceptible d'être assurée par l'intervention publique¹⁴⁴⁵.

490. En outre, la construction des fondements textuels de la théorie des facilités essentielles diffère de deux côtés de l'Atlantique. La Section 2 du *Sherman Act* et l'article 102 du Traité se réfèrent tous deux au pouvoir monopolistique, pourtant ils diffèrent sur plusieurs points. Le texte américain s'intéresse aux modalités d'acquisition, de maintien et d'expansion du pouvoir monopolistique¹⁴⁴⁶ et, contrairement au Traité¹⁴⁴⁷, réserve une place prééminente

¹⁴⁴⁰ F. MARTY, J. PILLOT, « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne », *Reflets et perspectives de la vie économique*, n° 4, 2011, Tome L, pp. 197-221, spéc. pp. 208-209.

¹⁴⁴¹ F. RIEM, *op. cit.*, p. 75, nous soulignons.

¹⁴⁴² *Ibid.*, p. 70. Dans le même sens, C. KESKIN, *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, L'Harmattan, 2009, pp. 18-19, note 7.

¹⁴⁴³ CJCE, 25 oct. 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/Commission des Communautés européennes*, aff. 26-76, *Rec.* p. 1875, point 20.

¹⁴⁴⁴ F. MARTY, J. PILLOT, *Le recours à la théorie des facilités essentielles dans la pratique décisionnelle des juridictions concurrentielles : Ambiguïté du droit et régulation de la concurrence*, *loc. cit.*

¹⁴⁴⁵ F. MARTY, J. PILLOT, « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne », *op. cit.*, p. 200.

¹⁴⁴⁶ P. AREEDA, « Essential facilities: an epithet in need of limiting principles », *ALJ*, n° 3, vol. 58, 1989, pp. 841-853, spéc. pp. 846-847.

¹⁴⁴⁷ A. STRATAKIS, « Comparative analysis of the US and EU approach and enforcement of the essential facilities doctrine », *ECLR*, n° 27(8), 2006, pp. 434-442, spéc. p. 434.

à l'intention monopolistique¹⁴⁴⁸. Son homologue européen se focalise plutôt sur le comportement de l'opérateur en situation de monopole et met en exergue la notion d'abus¹⁴⁴⁹.

Cette divergence, ainsi que la différence d'approches de la notion même de concurrence font qu'aux États-Unis, aussi longtemps que le monopole est acquis et maintenu de manière légale, il n'y a point lieu à le démanteler, même face à des pratiques éliminant toute concurrence effective¹⁴⁵⁰. Dans cette optique, le droit antitrust protège la concurrence et non pas les concurrents. Le fait que telle ou telle pratique lèse un opérateur particulier n'appelle pas encore l'intervention du droit de la concurrence¹⁴⁵¹.

491. En outre, concernant l'application de la théorie des facilités essentielles précisément dans le contexte de la propriété intellectuelle, les divergences transatlantiques s'expliquent par la particularité de la place qu'occupe le droit de propriété intellectuelle par rapport au droit de l'Union européenne. De l'autre côté de l'Atlantique, l'*antitrust* et les droits de propriété intellectuelle sont le domaine de la législation fédérale, applicable sur l'ensemble du territoire états-unien qui, quant à lui, est économiquement intégré.

En Europe, les droits de propriété intellectuelle sont régis par les lois nationales. Ils reflètent des traditions différentes et sont considérés comme créant des obstacles à l'intégration européenne et à l'apparition du Marché commun. De ce fait, ils entrent en conflit avec les principes du droit de la concurrence, régi principalement par le droit de l'Union européenne¹⁴⁵². En revanche, en droit *antitrust* américain, l'objectif d'intégration n'existe tout simplement pas¹⁴⁵³.

Cette situation crée un sentiment d'hostilité face aux droits de propriété intellectuelle en Europe¹⁴⁵⁴, dont la meilleure expression est le fait que, comme nous l'avons constaté, ceux-ci sont une exception aux règles assurant le décloisonnement du Marché commun¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁴⁸ C. TROBERG, « Differences between the U.S. and the EU in Antitrust Review of Intellectual Property: A Comparative Analysis of the Essential Facilities Doctrine », *Global Antitrust Review*, 2011, pp. 54-81, spéc. p. 57.

¹⁴⁴⁹ P. AREEDA, *loc. cit.*, Pour une analyse comparative détaillée, V. : B. E. HAWK, « Analyse comparative de l'article 82 du traité CE et de la section 2 du Sherman Act », in G. CANIVET, *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, pp. 131-149.

¹⁴⁵⁰ P. AREEDA, *op. cit.*, p. 847.

¹⁴⁵¹ B. E. HAWK, « Un tour d'horizon du droit et de la politique de la concurrence », *op. cit.*, p. 2.

¹⁴⁵² R. COCO, « Antitrust Liability For Refusals to License Intellectual Property: A Comparative Analysis and International Setting », *Marquette Intellectual Property Law Review*, n° 1, vol. 12, 2008, pp. 1-47, spéc. pp. 6-8.

¹⁴⁵³ B. E. HAWK, « Un tour d'horizon du droit et de la politique de la concurrence », *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁵⁴ V. KORAH, « The interface between intellectual property and antitrust : the european experience », *ALJ*, n° 3, vol. 69, 2002, pp. 801-839, spéc. pp. 802-804.

¹⁴⁵⁵ *Supra*, n° 380 et suiv.

B. Les raisons tenant à l'architecture du droit d'auteur

492. En Europe, l'application de la théorie des facilités essentielles dans le domaine du droit d'auteur semble être une réponse à l'extension incontrôlée des droits exclusifs et l'inamovibilité de la logique des exceptions. À cet égard, l'expérience américaine montre que, paradoxalement, dans le contexte juridique contemporain, l'équilibre préétabli du droit d'auteur ne peut être préservé qu'à l'aide d'une exception souple (1). Il en est ainsi parce que c'est uniquement à condition que l'exception soit une norme souple que le législateur peut étendre les droits d'auteur subjectifs sans ruiner la cohérence du droit d'auteur objectif (2).

1. La souplesse de l'exception – une garantie paradoxale de cohérence du paradigme d'équilibre préétabli

493. Comme le souligne T. Dreier, en Europe, la *ratio legis* des exceptions est analysée à travers la notion vague d'intérêt général et principalement par rapport à l'utilisateur final de l'œuvre de l'esprit - le consommateur¹⁴⁵⁶. Ce que l'on oublie parfois, c'est le fait que les exceptions aux droits de l'auteur puissent également être un instrument de régulation de la concurrence¹⁴⁵⁷. Elles régulent non seulement la relation entre le titulaire et l'utilisateur final, mais aussi entre les titulaires et toute une série d'utilisateurs intermédiaires, qui basent leur activité sur les œuvres protégées par le droit d'auteur, les transforment et y apportent de la valeur ajoutée¹⁴⁵⁸. L'affaire *Magill* en est la meilleure illustration.

494. En l'espèce, le droit d'auteur faisait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, incorporant des éléments protégés, ayant vocation à être commercialisé sur un marché dérivé. L'existence de cet obstacle créé par le droit d'auteur n'étonne guère, car vu sous l'angle économique, le droit d'auteur a pour vocation d'empêcher la concurrence par imitation et encourager la concurrence par substitution. Face à la facilité de copiage des œuvres, le droit d'auteur réagit en limitant la possibilité de concurrence par imitation, qui aurait été parfaitement légale en l'absence des droits exclusifs¹⁴⁵⁹. En revanche, il n'exclut pas

¹⁴⁵⁶ T. DREIER, « Regulating competition by way of copyright limitations and exceptions », in P. TORREMANS, *Copyright Law, A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar Publishing, 2007, pp. 232-254, spéc. p. 237.

¹⁴⁵⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, pp. 237-238.

¹⁴⁵⁹ A. FIRTH, « The essential facilities principle and other issues of competition », in I. STAMATOUDI, P. TORREMANS, *EU Copyright Law*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 52-88, spéc. p. 61.

la possibilité de créer d'autres œuvres qui pourraient faire concurrence à l'œuvre déjà protégée (concurrence par substitution)¹⁴⁶⁰. La particularité des cas dans lesquelles la théorie des facilités essentielles a vocation à limiter l'exercice légitime des droits de propriété intellectuelle tient au fait qu'ils se caractérisent par une étendue du monopole tellement large que la concurrence par substitution devient impossible¹⁴⁶¹. Cette hypothèse appelle une limitation des droits exclusifs qui permettrait de rétablir, exceptionnellement, la concurrence par imitation¹⁴⁶².

495. La nature de cette limitation dépend du spectre des exceptions déjà internalisées par le droit d'auteur¹⁴⁶³. Comme le fait à juste titre remarquer A. Firth, en Europe, où les exceptions sont construites de manière particulièrement stricte, la régulation du droit d'auteur par les instruments du droit de la concurrence est plus nécessaire qu'aux États-Unis, où l'exception du *fair use* donne au juge une marge de manœuvre considérable et contient en son sein le concept de reprise transformative¹⁴⁶⁴.

Ce dernier, désignant une utilisation de l'œuvre protégée en la transformant et en y ajoutant des éléments nouveaux ayant vocation à altérer le contenu et le but de l'œuvre¹⁴⁶⁵, se trouve au centre de l'analyse du *fair use* et joue souvent un rôle décisif dans la détermination de ce qui relève de la dérogation et de ce qui est soumis à l'autorisation du titulaire¹⁴⁶⁶. Il est à noter que les litiges impliquant les droits d'auteur et tranchés par

¹⁴⁶⁰ J. DREXL, « IMS Health and Trinko-antitrust placebo for consumers instead of sound economics in refusal-to-deal cases », *IIC*, n° 35(7), 2004, pp. 788-808, spéc. p. 805.

¹⁴⁶¹ *Ibidem.*, J. DREXL, « Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License: A 'More Economic Approach' to Competition by Imitation and to Competition by Substitution », in C.-D. EHLERMANN, I. ATANASIU, *The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law*, European Competition Law Annual, 2005, pp. 647-686, spéc. p. 651.

¹⁴⁶² A. FIRTH, *loc. cit.*, J. DREXL, « IMS Health and Trinko-antitrust placebo for consumers instead of sound economics in refusal-to-deal cases », *op. cit.*, 805-806.

¹⁴⁶³ Selon, A. KATZ, P.-E. VEEL : « *In assessing a jurisdiction's balance between antitrust law and the protection of IPRs, it is necessary to analyze both bodies of law comprehensively. Identifying circumstances under which antitrust law may compel the licensing of a particular IPR is only part of the analysis. One must also consider the subject matter that the IPR protects and the extent to which IP law entitles the IP owner to exclude others from using the IP. If IP laws do not protect the subject matter in question, or if an exception or limitation to the IPR would permit another person to use it without the IP owner's permission, then no need for antitrust intervention arises* », A. KATZ, P.-E. VEEL, « Beyond Refusal to Deal : A Cross-Atlantic View of Copyright, Competition, and Innovation Policies », *ALJ*, n° 79, 2013, pp. 141-184, spéc. p. 155.

¹⁴⁶⁴ A. FIRTH, *loc. cit.*

¹⁴⁶⁵ Précisément, il s'agit de l'exploitation impliquant la modification de la destination de l'œuvre, de son contenu ou de sa signification, une altération de sa forme ajoutant des éléments d'expression nouveaux. Faute de ses caractéristiques, la reprise n'est pas transformative et entre en conflit avec le principe d'exclusivité s'étendant également sur les œuvres dérivées. Pour aller plus loin sur la distinction entre la reprise transformative et les œuvres dérivées V. : M. SAG, « Predicting Fair Use », *Ohio State Law Journal*, n° 73, 2012, pp. 47-91.

¹⁴⁶⁶ V. not. : *Luther R. Campbell aka Luke Skywalker, et al. c/Acuff-Rose Music Inc.*, 510 U.S. 569, (1994), (ci-après *Campbell*), spéc. 578-579: « *The first factor in a fair use enquiry is 'the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes.'* (...). *The central purpose of this investigation is to see, (...), whether the new work merely 'supersede[s] the objects' of the original creation, (...), or instead adds something new, with a further purpose or different character,*

les autorités européennes en application de la théorie des facilités essentielles, y compris l'affaire *Magill*, auraient peut-être pu se résoudre à l'aide du concept de reprise transformative si celui-ci avait été connu du droit de l'Union européenne¹⁴⁶⁷.

496. Outre la ressemblance évidente entre le critère de reprise transformative connu du droit américain, et le critère du produit nouveau posé par la Cour de justice dans l'arrêt *Magill*¹⁴⁶⁸, il convient de noter que, contrairement à la tradition européenne du droit d'auteur, en droit américain, la doctrine du *fair use* ne fait pas abstraction de la nature de l'œuvre en cause. Celle-ci est un des éléments déterminant l'applicabilité de la dérogation. Ainsi, il a été jugé par la Cour suprême des États-Unis que le critère de la nature de l'œuvre protégée renvoie vers l'idée « *que certaines œuvres sont plus près que les autres du noyau dur de la protection, telle que voulue par le législateur de sorte qu'à leur égard il est plus difficile d'appliquer la doctrine de fair use* »¹⁴⁶⁹.

497. Il en résulte, comme l'atteste la décision *Blanch c/Koons*¹⁴⁷⁰, que le juge sera plus indulgent dans la reconnaissance du *fair use* d'une œuvre « factuelle » ou « informationnelle » que, par exemple, d'une vraie œuvre de fiction¹⁴⁷¹. Ce facteur constitue le cadre de l'interprétation classique du critère de la nature de l'œuvre protégée, déterminant l'applicabilité du *fair use*.

498. En outre, pour revenir au critère fondamental de l'application de la théorie des facilités essentielles en Europe, celui du caractère indispensable de l'infrastructure en cause ou bien d'absence d'alternatives raisonnables, il convient de signaler que le juge américain appliquant la doctrine du *fair use* examine l'existence d'alternatives non contrefaisantes pour décider s'il y a lieu ou non à appliquer l'exception¹⁴⁷². En atteste

altering the first with new expression, meaning, or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is 'transformative.' (...). *Although such transformative use is not absolutely necessary for a finding of fair use, (...) the goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works. Such works thus lie at the heart of the fair use doctrine's guarantee of breathing space within the confines of copyright, (...), and the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use* », nous soulignons.

¹⁴⁶⁷ Dans ce sens, A. FIRTH, *op. cit.*, p. 62.

¹⁴⁶⁸ A. KATZ, P.-E. VEEL, *op. cit.*, pp. 171-172.

¹⁴⁶⁹ 510 U.S. 569, *Campbell*, spéc. 586 : « *The second statutory factor is 'the nature of the copyrighted work.'* (...). *It calls for recognition that some works are closer to the core of intended copyright protection than others, with the consequence that fair use is more difficult to establish when the former works are copied* ».

¹⁴⁷⁰ 467 F.3d 244 (2006).

¹⁴⁷¹ 467 F.3d 244, spéc. 256 : « *Two types of distinctions as to the nature of the copyrighted work have emerged that have figured in the decisions evaluating the second factor: (1) whether the work is expressive or creative, such as a work of fiction, or more factual, with a greater leeway being allowed to a claim of fair use where the work is factual or informational, and (2) whether the work is published or unpublished, with the scope for fair use involving unpublished works being considerably narrower* ».

¹⁴⁷² A. KATZ, P.-E. VEEL, *op. cit.*, p. 172.

notamment la décision *Sega c/Accolade*¹⁴⁷³, rendue en matière de logiciels. Le juge y a étendu la doctrine de *fair use* à l'opération d'ingénierie inverse, en remarquant que « *lorsque la décompilation constitue le seul moyen permettant d'accéder aux idées et aux éléments fonctionnels incarnés dans un logiciel protégé et lorsque la recherche de cet accès repose sur des justifications légitimes, la décompilation relève du fair use* »¹⁴⁷⁴.

499. Il résulte de ce qui précède que la réticence traditionnelle du droit américain à l'égard de l'application de la théorie des facilités essentielles dans le contexte de la propriété intellectuelle trouve sa justification, outre les arguments philosophiques et économiques¹⁴⁷⁵, dans l'architecture même de la doctrine du *fair use*. Celle-ci, du fait de sa plasticité, est capable d'introduire une dose suffisante de libre concurrence dans l'exercice des droits exclusifs, sans qu'il y ait besoin de faire appel aux mécanismes dérogatoires extérieurs au droit de *copyright*.

En revanche, comme le soulignent A. Gendreau et D. Redon en expliquant le succès de la jurisprudence *Magill*, « *il était (...) prévisible que les tempéraments apportés au principe de protection des droits d'auteur ne pouvaient disparaître, surtout lorsque l'on considère la particularité du droit d'auteur au sein du droit de la propriété intellectuelle. La singularité du droit d'auteur tient, entre autres, au fait que, par nature, il n'est assorti que de très peu de mécanismes correcteurs du monopole accordé à l'auteur. (...) Combiné au fait que son champ d'application est extrêmement (et quelquefois exagérément) étendu, les tempéraments qui avaient été apportés à ce principe à la faveur de l'arrêt Magill ne pouvaient que perdurer de la même façon* »¹⁴⁷⁶.

Dans cette optique, certains auteurs remarquent à juste titre que beaucoup de conflits suscités par la confrontation entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle disparaissent lorsque les mécanismes dérogatoires internalisés par le droit de la propriété intellectuelle sont proprement construits et appliqués¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷³ 977 F. 2d 1510 (1992).

¹⁴⁷⁴ 977 F. 2d 1510, spéc. 1527-1528 : « *We conclude that where disassembly is the only way to gain access to the ideas and functional elements embodied in a copyrighted computer program and where there is a legitimate reason for seeking such access, disassembly is a fair use of the copyrighted work, as a matter of law* ». V. également, dans le même sens : *Assessment Techs. Of WI c/WIREdata, Inc.*, 350 F. 3d 640 (2003), spéc. 645.

¹⁴⁷⁵ *Supra*, n° 434 et suiv.

¹⁴⁷⁶ A. GENDREAU, D. REDON, « Droit de la concurrence et droit d'auteur : entre conflit, coexistence et conciliation », *RJDA*, n° 12, déc. 2004, pp. 1151-1155, spéc. p. 1152.

¹⁴⁷⁷ S. W. WALLER, M. SAG, « Promoting Innovation », *Iowa Law Review*, n° 100, 2015, pp. 2223-2247, spéc. p. 2235. Dans le même sens, B. ONG, « Anti competitive refusals to grant copyright licenses : reflections on the IMS saga », *EIPR*, n° 26(11), 2004, pp. 505-514, spéc. p. 508 : « (...) *the debate about whether it is legitimate for the copyright owner to refuse to license his intellectual property has more to do with defining the proper scope (and limits) of his proprietary rights - matters which are more appropriately*

2. La souplesse de l'exception – une condition *sine qua non* de l'extension des droits exclusifs

500. L'extension des droits exclusifs devrait, selon toute logique, aller de pair avec l'extension des exceptions. Le prix que doit payer le droit d'auteur s'étendant uniquement à son aspect positif est la tentation pour le juge de faire recours à des mécanismes de régulation externes¹⁴⁷⁸. Une exception proprement construite et appliquée est une exception qui est capable de suivre l'évolution des règles auxquelles elle déroge. Pour la doctrine américaine, l'émergence de la doctrine du *fair use*, qui date de 1841¹⁴⁷⁹, est précisément le facteur qui a permis l'expansion des droits exclusifs.

501. À cette époque, les droits exclusifs étaient définis de manière stricte, laissant au public une grande marge de manœuvre en matière d'exploitation des œuvres d'esprit. La section 1 du *Copyright Act* de 1790 désignait comme protégés uniquement les livres, les cartes et les graphiques. La protection s'étendait uniquement aux actes d'impression, de réimpression, de publication et de vente¹⁴⁸⁰. Le monopole défini de manière aussi étroite ne couvrait qu'une partie des exploitations susceptibles de porter préjudice aux intérêts des titulaires. Maintes fois, le juge américain a regretté cela. Par exemple, dans l'affaire *Gray c/Russel*¹⁴⁸¹, a été vivement critiqué le fait que l'abrégement n'était pas soumis

addressed endogenously within the law of copyright, which has its own internal checks and balances to ensure that broader aspects of the public interest are properly accommodated within the framework of private rights created by the copyright system ».

¹⁴⁷⁸ C. GEIGER, « Fundamental rights, a safeguard for the coherence of intellectual property law? », *IIC*, n° 35(3), 2004, pp. 268-280, spéc. p. 268.

¹⁴⁷⁹ Les origines de la doctrine de *fair use* sont communément associées à l'opinion du juge Story dans l'affaire *Folsom c/Marsh*, 9F.Cas. 342, (1841). Face à la reprise de 353 pages de la biographie de George Washington comptant 7000 pages, celui-ci a estimé que « (...) *we must often in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work* », spéc. 348.

¹⁴⁸⁰ Section 1 du *copyright act* de 1790 : « *That from and after the passing of this act, the author and authors of any map, chart, book or books already printed within these United States, being a citizen or citizens thereof, or resident within the same, his or their executors, administrators or assigns, who halt or have not transferred to any other person the copyright of such map, chart, book or books, share or shares thereof; and any other person or persons, being a citizen or citizens of these United States, or residents therein, his or their executors, administrators or assigns, who halt or have purchased or legally acquired the copyright of any such map, chart, book or books, in order to print, reprint, publish or vend the same, shall have the sole right and liberty of printing, reprinting, publishing and vending such map, chart, book or books, for the term of fourteen years from the recording the title thereof in the clerk's office, as is herein after directed* ».

¹⁴⁸¹ 10F. Cas. 1035, (1839).

à l'autorisation du titulaire, alors que souvent il implique l'emprunt de la quintessence de l'œuvre abrégée¹⁴⁸².

L'introduction du test du *fair use*, dans le cadre duquel la violation des droits exclusifs s'apprécie eu égard à la nature de l'exploitation, la taille des emprunts et le préjudice causé aux titulaires, loin de limiter les prérogatives de ces derniers, les a étendues. Les titulaires disposaient désormais d'un outil leur permettant d'engager la responsabilité de l'utilisateur, qui tout en dépassant le cadre du *fair use*, n'avait commis aucun des actes interdits par la section 1 du *Copyright Act*¹⁴⁸³. Dans cette optique, contrairement aux idées reçues, le *fair use* a été conçu non pas comme une « servitude » imposée aux titulaires, mais plutôt comme un outil structurant, permettant l'expansion des droits exclusifs au-delà du cadre de la protection prévue par le législateur¹⁴⁸⁴. Face ces faits, parfois oubliés, certains commentateurs américains n'hésitent pas à appeler l'émergence du *fair use* « *la trahison fondamentale de la tradition deux centenaire de copyright* » et le retour à la vision jusnaturaliste du monopole définitivement rejetée à l'époque¹⁴⁸⁵.

502. Aujourd'hui, quand la protection par le *copyright* est beaucoup plus étendue, le *fair use* demeure toujours une contrepartie nécessaire à son expansion¹⁴⁸⁶. La doctrine américaine souligne que l'exception souple du *fair use* contrebalance les droits exclusifs étendus et le droit de *copyright* peu exigeant en termes de conditions de la protection¹⁴⁸⁷, et assure leur conformité au principe constitutionnel selon lequel le *copyright* est censé

¹⁴⁸² 10F. Cas. 1035, spéc. 1038-1039: « *Although the doctrine is often laid down in the books, that an abridgment is not a piracy of the original copyright; yet this proposition must be received with many qualifications (...). In many cases, the question may naturally turn upon the point, not so much of the quantity, as of the value of the selected materials. As was significantly said on another occasion, - 'Non numerantur, ponderantur.' The quintessence of a work may be practically extracted, so as to leave a mere caput mortuum, by a selection of all the important passages in a comparatively moderate space* ».

¹⁴⁸³ L. PALLAS LOREN, « Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems », *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 5, 1997, pp. 1-58, spéc. p. 16.

¹⁴⁸⁴ L. RAY PATTERSON, « Folsom v. Marsh and its legacy », *Journal of Intellectual Property Law*, n° 5, 1998, pp. 431-452, spéc. p. 431: « *If one of the characteristics of a bad legal decision is that it gives rise to a myth as to what the court in fact ruled, Folsom is at the top of the list. The myth is twofold. The first myth is that Folsom created fair use, when in fact it merely redefined infringement. The second myth is that Folsom diminished, and therefore fair use diminishes, the rights of the copyright owner. In fact, the case enlarged those rights beyond what arguably Congress could do in light of the limitations on its copyright power* ». Dans le même sens : O. BRACHA, « The Ideology of Authorship Revisited : Authors, Markets, and Liberal Values in Early American Copyright », *The Yale Law Journal*, n° 118, 2008-2009, pp. 186-271, spéc. p. 229, M. SAG, « God in the Machine: A New Structural Analysis of Copyright's Fair Use Doctrine », *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, n° 11, 2005, pp. 381-435, spéc. pp. 412-416, du même auteur, « The prehistory of fair use », *Brooklyn Law Review*, n° 76, 2010-2011, pp. 1371-1412, spéc. p. 1377.

¹⁴⁸⁵ J. TEHRANIAN, « Et tu, fair use ? The triumph of natural-law copyright », *U. C. Davis Law Review*, n° 38, 2004-2005, pp. 465-508, Spéc. p. 481.

¹⁴⁸⁶ L. RAY PATTERSON, *loc. cit.*

¹⁴⁸⁷ M. SAG, *op. cit.*, p. 415.

promouvoir le progrès des sciences¹⁴⁸⁸. Nous y reviendrons pour nous en convaincre définitivement¹⁴⁸⁹.

503. Précisons toutefois que le juge américain, bien qu'il dispose d'une exception souple lui permettant *a priori* d'adopter une approche laxiste en matière de reconnaissance du *copyright*, est loin d'être « peu exigeant en termes de conditions de la protection ».

La jurisprudence états-unienne a eu l'occasion de trancher une affaire dont le contexte et les enjeux ressemblaient fortement à ceux de l'arrêt *Magill*. Il s'agit de l'affaire *Feist*, dans laquelle un litige opposait la société *Rural Telephone Service*, unique opérateur de téléphonie dans certaines communes de l'état du Kansas, publiant son annuaire d'abonnés, et la société *Feist*, souhaitant créer un annuaire couvrant une zone géographique beaucoup plus large, étendue sur quinze pays.

Le projet de *Feist* s'est heurté au refus de *Rural Telephone Service* de lui conférer une licence sur les listes d'abonnés. *Feist* a commencé à les utiliser malgré le refus de son concurrent, d'où l'action en contrefaçon introduite par le prétendu titulaire des droits d'auteur. La ligne de défense de *Feist* était basée sur la violation de la section 2 du *Sherman Act*. Précisément, le défendeur a invoqué la théorie des facilités essentielles et l'intention monopolistique de son adversaire¹⁴⁹⁰.

504. La Cour suprême a résolu le litige en se situant non pas sur le plan du droit de la concurrence, mais en refusant, purement et simplement, la protection par le *copyright* aux listes d'abonnés litigieuses du fait d'une originalité insuffisante¹⁴⁹¹. Ce refus de protection prononcé à l'égard d'une compilation de faits marque une rupture avec la doctrine de la sueur du front¹⁴⁹² et le retour en grâce de l'approche subjective de l'originalité. Ce qui est marquant, c'est le fait que dans l'affaire *Feist*, la protection ait été refusée dans un contexte qui ressemble fortement à celui de l'arrêt *Magill*.

Les deux espèces concernent le refus de licence opposé à un concurrent portant sur une compilation factuelle, qui constituait une sorte de produit dérivé, issu de l'activité

¹⁴⁸⁸ L. PALLAS LOREN, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁸⁹ *Infra*, 630 et suiv.

¹⁴⁹⁰ V. : *Rural Telephone Service Co., Inc. c/Feist Publications, Inc.*, 737 F.Supp. 610 (1990), spéc. 615-616.

¹⁴⁹¹ 499 U.S. 340 (1991), *Feist Publications, Inc. c/Rural Telephone Service Co., Inc.*, (ci-après *Feist*), spéc. 361: « (...) *did Feist, by taking 1,309 names, towns, and telephone numbers from Rural's white pages, copy anything that was 'original' to Rural? Certainly, the raw data does not satisfy the originality requirement. Rural may have been the first to discover and report the names, towns, and telephone numbers of its subscribers, but this data does not "ow[e] its origin" to Rural. (...) Rather, these bits of information are uncopyrightable facts; they existed before Rural reported them and would have continued to exist if Rural had never published a telephone directory* ».

¹⁴⁹² M. SCHWARZ, « Copyright in compilations of facts », *EIPR*, n° 13(5), 1991, pp. 178-182, spéc. p. 179.

principale du titulaire¹⁴⁹³. Dans les deux cas, le demandeur de licence était une entreprise qui, ayant voulu incorporer les informations dans un ensemble plus large, pour lequel existait une demande des consommateurs, et s'étant heurté au refus du titulaire, avait décidé de les utiliser malgré tout¹⁴⁹⁴. Les deux contentieux révèlent les griefs de violation du droit de la concurrence et les contestations relatives au caractère protégeable des œuvres litigieuses¹⁴⁹⁵. Les solutions adoptées des deux côtés de l'Atlantique sont pourtant fort différentes.

505. Là où le juge européen, incapable de nier l'existence des droits d'auteur reconnus par la législation nationale, fait recours à la théorie des facilités essentielles, son homologue américain se contente de refuser la protection. En faisant ainsi, le premier dénature les principes de la tradition continentale du droit d'auteur, alors que le second fait preuve de fidélité face au législateur fédéral. Ce dernier a décidé, en 1976, d'abandonner la désignation des œuvres protégées faite par le *Copyright Act* de 1909, qui s'étendait sur « tous les écrits d'un auteur »¹⁴⁹⁶, au profit de la formule « œuvres originales de l'auteur »¹⁴⁹⁷. En outre, il a introduit une définition légale précise de la compilation protégée, celle-ci étant une œuvre de l'esprit dont le siège d'originalité se trouve dans la collecte, l'assemblage, la coordination et l'arrangement de données préexistantes, à laquelle s'attache le juge américain¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹³ A. KATZ, P.-E. VEEL, « Beyond Refusal to Deal: A Cross-Atlantic View of Copyright, Competition, and Innovation Policies », *ALJ*, n° 79, 2013, pp. 141-184, spéc. p. 158.

¹⁴⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁹⁶ Section 4 du *Copyright Act* de 1909 : « (Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled) That the works for which copyright may be secured under this Act shall include all the writings of an author ».

¹⁴⁹⁷ *Copyright Act* de 1976, 17 U.S.C.A. § 102(a) : « Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device ».

¹⁴⁹⁸ 17 U.S.C.A. § 101: « A 'compilation' is a work formed by the collection and assembling of preexisting materials or of data that are selected, coordinated, or arranged in such a way that the resulting work as a whole constitutes an original work of authorship. The term 'compilation' includes collective works ». Dans l'arrêt *Feist* la Cour suprême applique ce principe avec toute la rigueur, condamnant la doctrine du sueur du front, v. : 499 U.S. 340, spéc. 340-341 : « The Copyright Act of 1976 and its predecessor, the Copyright Act of 1909, leave no doubt that originality is the touchstone of copyright protection in directories and other fact-based works. The 1976 Act explains that copyright extends to 'original works of authorship,' 17 U.S.C. § 102(a), and that there can be no copyright in facts, § 102(b). A compilation is not copyrightable per se, but is copyrightable only if its facts have been 'selected, coordinated, or arranged in such a way that the resulting work as a whole constitutes an original work of authorship'. (...) Thus, the statute envisions that some ways of selecting, coordinating, and arranging data are not sufficiently original to trigger copyright protection. Even a compilation that is copyrightable receives only limited protection, for the copyright does not extend to facts contained in the compilation. (...). Lower courts that adopted a 'sweat of the brow' or 'industrious collection' test which extended a compilation's copyright protection beyond selection and arrangement to the facts themselves-misconstrued the 1909 Act and eschewed the fundamental axiom of copyright law that no one may copyright facts or ideas », nous soulignons.

Conclusions du Chapitre 2

506. La théorie des facilités essentielles est un outil du droit de la concurrence qui a permis à ce dernier d'exercer son contrôle sur l'exercice des droits d'auteur même dans le périmètre de leur objet spécifique. La Cour de Justice et le juge français n'hésitent pas à la mobiliser face à un exercice normal du pouvoir d'exclusion inhérent aux droits de l'auteur.

Le succès que la théorie des facilités essentielles a connu en Europe est dû à la rigidité du système des exceptions, qui n'a pas suivi l'extension incontrôlée des droits exclusifs induite notamment par l'érosion du critère d'originalité¹⁴⁹⁹. En effet, le droit d'auteur s'intéresse désormais non seulement à ce qui constitue le cœur de la matière - les œuvres d'art pur et les créations impliquant un effort créatif considérable, mais aussi aux œuvres « fonctionnelles » à originalité faible, à la « petite monnaie » du droit d'auteur¹⁵⁰⁰. Cette extension de l'objet de la protection, combinée avec la persistance de logique du système fermé d'exceptions, d'interprétation stricte, conduit inévitablement à la recherche de mécanismes dérogatoires, reproduisant la logique de ceux internalisés¹⁵⁰¹, à l'extérieur du droit d'auteur.

507. Il a été démontré que le droit américain constitue, à cet égard, un contre-exemple. Traditionnellement, en comparant les systèmes de droit d'auteur et de *copyright*, la doctrine soulignait que, « (...) le *copyright* protège plus limitant d'autant la liberté de création, ce que le *fair use* vient utilement compenser en permettant certaines reprises. Dans un système de droit d'auteur, la protection est nécessairement moindre en raison d'une originalité plus exigeante. Cette originalité plus exigeante explique alors que les exceptions puissent se faire plus rares »¹⁵⁰². Dans le contexte d'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de l'auteur, c'est l'inverse qui se produit.

¹⁴⁹⁹ Dans ce sens, C. GEIGER, « Droit d'auteur et droit du public à l'information : relation conflictuelle ou pacifique ? », in A. STRWOEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 103-122, spéc. pp. 114-115.

¹⁵⁰⁰ C. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, n° 4, 2006, Tome. XX, pp. 389-432, spéc. p. 406.

¹⁵⁰¹ Dans cette optique, J.-S. Bergé souligne que « si la propriété intellectuelle est attaquée et critiquée, c'est qu'en dehors des règles qui lui sont spécialement consacrées par des textes particuliers (Code de la propriété intellectuelle et de nombreux textes internationaux et européens), d'autres règles, plus générales, sont utilisées pour reproduire des mécanismes qui lui sont pourtant spécifiques. Mesurée et cohérente dans son domaine spécial d'application, la propriété intellectuelle serait en quelque sorte menacée de l'extérieur par la concurrence de règles plus anciennes », J.-S. BERGÉ, « Entre autres droits, la propriété intellectuelle », *Propriétés Intellectuelles*, n° 4, juill. 2002, pp. 9-14, spéc. p. 9.

¹⁵⁰² E. TREPPOZ, « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », *RLDI*, n° 82, mai 2012, pp. 99-101, spéc. p. 101.

Conclusions du Titre 1

508. Notre étude des relations qu'entretiennent le droit d'auteur français et le droit de la concurrence de l'Union européenne a révélé l'aspect conflictuel de celles-ci.

La tension entre la logique de réservation privative propre aux droits de l'auteur et le principe de décloisonnement du Marché commun défendu par les autorités européennes se concentre autour de la distinction entre l'existence et l'exercice des droits d'auteur et la notion d'objet spécifique la complétant. À la base, ces concepts ont été forgés pour séparer les domaines d'intervention respectifs des droits intellectuels et des règles concurrentielles.

En théorie cette démarcation consiste à isoler la substance de chaque droit intellectuel, tel que défini par le droit national, et de la mettre à l'abri de l'intervention du droit de la concurrence.

En pratique, l'objet spécifique est devenu un outil conceptuel qui permet à la Cour de Justice de redéfinir les limites externes des droits d'auteur, au détriment de la vision que s'en fait le législateur français. À l'image du cheval de Troie, l'objet spécifique opère une sorte de diversion au sein du droit d'auteur. Sous couvert d'une concession faite par le droit de la concurrence, il le soumet progressivement aux impératifs du marché concurrentiel.

509. La réception de la théorie des facilités essentielles par la Cour de Justice, puis par le juge français, et son application dans le périmètre de l'objet spécifique des droits d'auteur, montrent que le droit de la concurrence s'attaque également aux limites internes des droits exclusifs. L'exercice *a priori* légitime du pouvoir d'exclusion inhérent aux droits de l'auteur peut désormais être paralysé *a posteriori* par le jeu d'une règle prétorienne ouverte, prenant la forme d'une exception d'origine *extra jus auctoris*. Dans un des premiers articles consacrés à l'accueil sur le continent européen de la théorie des facilités essentielles¹⁵⁰³, L. Richer se demandait si un juge pouvait « *aller aussi loin que les auteurs d'une directive communautaire ou d'une loi nationale dans la restriction au droit de propriété et à la liberté contractuelle, et cela sur la base d'une théorie aussi floue et difficile à appliquer ?* »¹⁵⁰⁴

La réponse est positive et les conséquences de cet état des choses sont particulièrement graves. En réalité, nous sommes en présence de l'anomalie défiant la généralisation

¹⁵⁰³ L. RICHER, « Le droit à la paresse ? "Essential facilities", version française », *D.*, 1999, pp. 523-525.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 525.

fondamentale du paradigme d'équilibre préétabli qu'est l'idée d'autosuffisance du droit d'auteur objectif en matière des exceptions aux droits de l'auteur subjectifs.

Dans cette optique, il est légitime de parler d'une véritable crise du paradigme dominant induite par l'extension, au niveau européen, du champ d'application des règles du droit de la concurrence. Ceci étant, il sera démontré que l'intrusion en droit d'auteur français de la logique d'exception *au* droit d'auteur n'est pas toujours une évolution subie et imposée.

Titre II. Un dépassement largement *voulu* du paradigme classique

510. La négation du paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur n'est pas uniquement une conséquence de l'extension du champ d'application des règles du droit de la concurrence. La matière est aujourd'hui confrontée, comme beaucoup d'autres, à l'offensive des droits et libertés fondamentaux. Ces derniers se multiplient de manière incontrôlable jusqu'à devenir une sorte d'« armée mexicaine composée uniquement de généraux »¹⁵⁰⁵ et menacent de nombreuses catégories juridiques traditionnelles. Leur logique consiste à « remettre en question le droit positif » et de le soumettre à une « appréciation extérieure de pertinence »¹⁵⁰⁶. Le droit d'auteur français n'échappe pas à ce phénomène, notamment en ce qui concerne sa remise en cause par la liberté d'expression, ce qui est fait naître une situation beaucoup plus paradoxale que celle induite par la confrontation du droit d'auteur avec les mécanismes du droit de la concurrence.

511. Dans ce dernier cas, il s'agit de concilier deux corps de règles de natures différentes. Les relations qu'entretiennent le droit d'auteur et le droit de la concurrence prennent la forme d'un conflit entre un droit essentiellement personnaliste régi par la loi nationale et des règles purement économiques provenant du droit de l'Union européenne. Si leur dialectique est tumultueuse et fait émerger une masse de concepts juridiques « auxiliaires », nous sommes au moins en mesure d'en cerner facilement la thèse et l'antithèse. En revanche, la même tâche s'avère plus difficile en ce qui concerne la confrontation du droit d'auteur avec la liberté d'expression. Premièrement parce que tous les deux se situent au même niveau dans la hiérarchie des normes, deuxièmement, parce qu'ils poursuivent le même objectif.

512. Le droit d'auteur appartient, comme c'est le cas de la liberté d'expression, à la catégorie des droits et libertés fondamentaux. Cet attachement a plusieurs fondements. L'art 27, 2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948¹⁵⁰⁷, l'art 15, 1, c) du Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels du 16

¹⁵⁰⁵ C. CARON, « Droit d'auteur versus droit à l'information du public : encore et toujours », note sous Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2007, inédit, n° 05-14.928, CCE, n° 1, janv. 2008, comm. 2.

¹⁵⁰⁶ A. ZOLLINGER, « Droit d'auteur et liberté d'expression : le discours de la méthode », obs. sous CEDH 10 janv. 2013, *Ashby Donald et autres c/France*, n° 36769/08, CCE, n°5, mai 2013, étude 8.

¹⁵⁰⁷ « Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

décembre 1966¹⁵⁰⁸, l'art 17, 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁵⁰⁹, et, indirectement, l'art 1^{er} du protocole additionnel à la Convention EDH¹⁵¹⁰ ainsi que l'art 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789¹⁵¹¹ créent l'image de « fondamentalisation »¹⁵¹² du droit d'auteur. La liberté d'expression, quant à elle, est également consacrée par un nombre important d'instruments relatifs aux droits et libertés fondamentaux¹⁵¹³, et notamment par l'article 10, 1^o de la Convention EDH¹⁵¹⁴.

513. Outre cette similarité, comme le souligne F. Pollaud-Dulian, « (...) *le droit d'auteur constitue, dans l'ordre des droits subjectifs, le contrepoint de ce qu'est la liberté de création et d'expression, dans l'ordre des libertés individuelles : tous deux, chacun dans son propre registre, défendent et exaltent la création et l'individu créateur* »¹⁵¹⁵.

Malgré cela, il est possible que le droit d'auteur entre en conflit avec la liberté d'expression. Les règles du droit d'auteur deviennent le socle de l'exercice de la liberté d'expression consacrée par les textes supranationaux, de sorte qu'il se forme entre eux une relation *lex specialis/lex generalis* dans le cadre de laquelle le droit d'auteur est à la fois

¹⁵⁰⁸ « (Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

¹⁵⁰⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOCE, 18 déc. 2000, p. 1, article 17, 2^o: « La propriété intellectuelle est protégée ». Selon l'article 6, 1^o, al. 1^{er} du TUE, « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités ».

¹⁵¹⁰ « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ». V. : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme assimilant les droits d'auteur au droit de propriété incorporelle et en qualifiant l'œuvre de l'esprit de « bien », CEDH, 29 janv. 2008, *Balan c/ Moldavie*, n° 19247/03, RTD Com., 2008, p. 732, obs. F. POLLAUD-DULIAN; RTD Eur., 2008, p. 405, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, CCE, n° 6, juin 2008, comm. 76, note C. CARON, PI, n°28, juill. 2008, p. 338, note J.-M. BRUGUIERE.

¹⁵¹¹ « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». L'attachement des droits d'auteur au droit de propriété a permis au Conseil constitutionnel de leur accorder la protection constitutionnelle. V. : Conseil constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, Rec. p. 88, précitée, considérant 15 : « Considérant que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins ».

¹⁵¹² A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, p. 33.

¹⁵¹³ V. not. : l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 déc. 1948, l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 déc. 1966, l'art 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

¹⁵¹⁴ « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations ».

¹⁵¹⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, p. 52.

la manifestation et la limitation de la liberté d'expression. Inévitablement, dans ce contexte, se pose la question de la répartition de leurs champs d'application respectifs.

514. Selon l'approche traditionnelle, découlant naturellement du paradigme d'équilibre préétabli de la matière, l'application du droit d'auteur ne saurait être écartée par l'invocation de la liberté d'expression. Cela vaut également pour tous les droits et libertés fondamentaux, car si l'exercice de ces derniers peut entrer en conflit avec l'exercice des droits exclusifs, ce conflit est entièrement internalisé par le droit d'auteur objectif (**Chapitre 1**). L'abandon très récent de cette approche par le juge français se manifeste dans l'admission, pour paralyser l'exercice des droits d'auteur, de considérations relatives à la liberté d'expression, et cela dans les domaines régulés par les exceptions. Le conflit entre les droits exclusifs et les droits et libertés fondamentaux se trouve ainsi externalisé (**Chapitre 2**), ce qui pousse à l'extrême la logique d'exception *extra jus auctoris* et aggrave la crise du paradigme d'équilibre préétabli de la matière.

Chapitre 1. L'internalisation du conflit entre le droit d'auteur et la liberté d'expression

515. La question de la conciliation du droit d'auteur et des droits et libertés fondamentaux est une problématique relativement récente, comme l'est le phénomène de montée en puissance des analyses fondées sur les droits et libertés fondamentaux. Les premières études consacrées à la question datant du début des années deux-mille¹⁵¹⁶, la doctrine et la jurisprudence françaises ont déjà réussi à présenter une vision cohérente des méthodes de neutralisation du conflit en cause, baptisée « la théorie d'équilibre interne » du droit d'auteur (**Section 1**), hostile à toute intervention des droits et libertés fondamentaux en la matière. Contrairement à ce qui a pu être affirmé par la doctrine majoritaire, cette vision traditionnelle n'est pas forcément remise en cause par la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme (**Section 2**).

Section 1. La théorie d'équilibre interne du droit d'auteur

516. Ce que la doctrine appelle « la théorie de l'équilibre interne du droit d'auteur » désigne une conviction selon laquelle, « *en rédigeant les lois sur le droit d'auteur, le législateur a bien pris en considération les libertés fondamentales, comme la liberté d'expression* »¹⁵¹⁷. Par conséquent, le droit d'auteur apparaît comme un système fermé, non susceptible de subir les influences externes des droits et libertés fondamentaux¹⁵¹⁸. Vu cette définition, la théorie d'équilibre interne constitue un rameau du paradigme d'équilibre préétabli qui repose sur l'idée d'autosuffisance du droit d'auteur en matière de conciliation des droits exclusifs avec les intérêts du public.

La théorie d'équilibre interne a d'abord été utilisée avec succès pour repousser les tentatives de contournement de la rigidité du système d'exceptions aux droits de l'auteur fondées sur l'invocation directe de la liberté d'exception (**I**). Puis, dans le contexte du débat

¹⁵¹⁶ V. : C. CARON, « La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur », CCE, oct. 1999, chron. 1.

¹⁵¹⁷ P. L. C. TORREMANS, « Le droit d'auteur en tant que droit de l'Homme », *PI*, n° 23, avr. 2007, pp. 173-183, spéc. p. 173. Dans le même sens, L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 149.

¹⁵¹⁸ B. FABRE, « La crise du droit d'auteur : une approche systémique », Thèse, Aix-Marseille, 2012, p. 133.

suscité par la transposition de l'exception de parodie en droit des marques, elle a vu son avenir s'assombrir (II).

I. Neutralisation du conflit en accord avec le paradigme dominant

517. À notre avis, il est possible d'affirmer que la théorie d'équilibre interne est inscrite dans le tissu de la tradition française du droit d'auteur. En effet, lorsque Cour de cassation s'en est servie dans l'arrêt *Utrillo* du 13 novembre 2003¹⁵¹⁹, loin de la découvrir, elle l'a confirmée (A), ce qui constitue le point de départ de sa consolidation ultérieure (B).

A. La confirmation de la théorie – l'arrêt *Utrillo*

518. Dans l'arrêt *Utrillo*, la Cour de cassation montre son attachement à l'idée d'équilibre préétabli du droit d'auteur en condamnant la logique d'exception externe basée sur la liberté d'expression (1). Son raisonnement se fonde sur la conviction classique selon laquelle les exceptions aux droits de l'auteur sont des limites nécessairement proportionnées, prenant suffisamment en compte la liberté d'expression (2).

1. Le rejet de l'idée d'exception externe

519. Dans l'affaire *Utrillo*, le juge français s'est penché pour la première fois sur la question, jusqu'ici inédite, du conflit entre le droit d'auteur et la liberté d'expression¹⁵²⁰.

En l'espèce la société France 2, réalisant un court reportage télévisé concernant l'exposition des tableaux de M. Utrillo, avait procédé à des reproductions intégrales et des représentations de douze toiles de celui-ci. Un ayant droit a donc intenté une action en contrefaçon. La société France 2 a élaboré une ligne de défense construite autour des arguments tenant à l'exception pour courte citation, le caractère accessoire de la représentation de toiles et surtout à la liberté d'expression et au droit du public à l'information et à la culture découlant de l'article 10 de la Convention EDH.

¹⁵¹⁹ Cass 1^{re} civ., 13 nov. 2003, *Bull.* I, n° 229, *D.*, 2004, p. 200, note. N. BOUCHE, *CCE*, n° 1, janv. 2004, comm. n° 2, note C. CARON, *PI*, n° 10, janv. 2004, p. 550, obs. A. LUCAS, *JCP*, 2004.II.10080, note C. GEIGER, *Propriété industrielle*, n° 1, janv. 2004, comm. 8, obs. P. KAMINA, *LPA*, 27 sept. 2004, n°193, chron. p.4, obs. XD, *Légipresse*, n° 212, juin 2004, p. 73, obs. C.-M. BERTAUX. V. également : C. GEIGER, « France : Intellectual Property Code, Article L. 122-5-3 ; European Convention on Human Rights, Article 10-“Utrillo” », *IIC*, n° 35(6), 2004, pp. 716-726, P. KAMINA, « Un point sur le droit d'auteur et l'article 10 de la Conv. EDH », *Legicom*, n° 30, 2004/1, pp. 88-94.

¹⁵²⁰ P. KAMINA, « Droit d'auteur et article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *Legicom*, n° 25, 2001/2, pp. 7-16, spéc. p. 7.

520. De manière prévisible, la Cour de cassation écarte le moyen invoquant l'exception pour courte citation face au caractère intégral des représentations. En faisant ainsi, elle se situe dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure rejetant l'idée de citation artistique¹⁵²¹.

521. Concernant le moyen fondé sur l'exception pour représentation accessoire, dont l'esquisse était déjà en germe dans la jurisprudence française, la Haute cour l'écarte également en soulignant le caractère successif et délibéré des apparitions litigieuses, excluant leur caractère accessoire par rapport au sujet traité dans le reportage.

522. L'apport principal de l'arrêt se situe dans les motifs exposés par la Cour de cassation pour rejeter le moyen fondé sur la prétendue atteinte à la liberté d'expression. En ce qui concerne cette argumentation, elle fut d'abord accueillie par le juge de première instance qui, en faisant référence à l'article 10 de la Convention EDH et en rappelant sa valeur supérieure à la loi interne, a jugé qu'« *un reportage représentant une œuvre d'un artiste uniquement diffusé dans un journal télévisé, de courte durée ne portera pas atteinte aux droits de propriété intellectuelle d'autrui puisqu'il sera justifié par le droit du téléspectateur à être informé rapidement et de manière appropriée d'un événement culturel constituant une actualité immédiate en relation avec l'œuvre ou son auteur* »¹⁵²² et qu'il « *ne concurrencera pas l'exploitation normale de l'œuvre* ». Le raisonnement du juge de première instance se base également sur la conviction selon laquelle « *le droit du public à l'information doit être compris non seulement comme le droit de savoir, mais aussi comme le droit de voir* ». Ajoutons que le droit de voir une œuvre de l'esprit constitue une assimilation critiquable de l'œuvre à de l'information¹⁵²³.

523. Selon certains commentateurs, en jugeant ainsi, le tribunal a forgé une nouvelle exception aux droits de l'auteur¹⁵²⁴, de nature « extrinsèque »¹⁵²⁵, une sorte d'exception pour

¹⁵²¹ *Supra*, n° 91 et suiv, n° 203 et suiv.

¹⁵²² TGI Paris, 23 févr. 1999, JurisData n° 1999-118774, *D.*, 1999, p. 580, obs. P. KAMINA, *RTD Com.*, 2000, p. 96, obs. A. FRANCON, *D.*, 2000, p. 455, obs. B. EDELMAN.

¹⁵²³ A. FRANCON, « Reportage télévisé d'une exposition publique et convention européenne des droits de l'Homme », obs sous TGI Paris, 23 févr. 1999, *RTD Com.*, 2000, pp. 96-99, précités, spéc. p. 97. Dans le même sens, B. EDELMAN, « Du mauvais usage des droits de l'homme », obs. sous TGI Paris, 23 févr. 1999, *D.*, 2000, pp. 455-458, précités, spéc. p. 456. Traditionnellement, la liberté d'expression reconnue par l'art 10 de la Convention couvrait le droit d'avoir des opinions, de communiquer des idées et des informations ainsi que le droit de recevoir des idées et des informations. V. : A. STROWEL, F. TULKENS, « Equilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur, A propos des libertés de créer et d'user des œuvres », in A. STROWEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression, Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 5-38 spéc. pp. 12-13.

¹⁵²⁴ P. KAMINA, *op. cit.*, p. 11, A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008, p. 364.

¹⁵²⁵ P. KAMINA, « Un point sur le droit d'auteur et l'article 10 de la Conv. EDH », *Légicom*, n° 30, 2004/1, pp. 88-94, spéc. p. 90.

information¹⁵²⁶, dont le fondement textuel se trouverait dans l'article 10 de la Convention EDH. Évidemment, une telle solution marque une rupture brutale avec la logique de l'équilibre préétabli du droit d'auteur, dans lequel le système d'exceptions est censé contenir en son sein une dose suffisante de protection des droits et libertés fondamentaux¹⁵²⁷. Elle ne peut se comprendre qu'en ce qu'elle constitue une réaction des juges du fond à la « résistance obstinée »¹⁵²⁸ de la Cour de cassation en matière d'admission de la citation artistique, résistance qui, comme nous l'avons démontré¹⁵²⁹, n'est pas justifiée.

524. Fort heureusement pour la conception française du droit d'auteur, la création d'une exception prétorienne fondée sur la liberté d'expression a été condamnée par le juge d'appel¹⁵³⁰. La solution a été approuvée par la Cour de cassation, pour laquelle le moyen basé sur l'article 10 de la Convention est inopérant, dans la mesure où « *le monopole légal de l'auteur sur son œuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées, tant par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même Code* »¹⁵³¹.

525. L'affaire *Utrillo* est révélatrice d'un conflit existant entre deux droits fondamentaux consacrés par la Convention EDH. La Cour de cassation rappelle la nature juridique des droits d'auteur en les assimilant au droit de propriété incorporelle et en qualifiant l'œuvre de l'esprit de « bien ». Cela permet de rattacher sa protection à l'article 1^{er} du protocole additionnel à la Convention EDH¹⁵³².

La conciliation de ce droit de propriété incorporelle avec la liberté d'expression doit, selon la Cour de cassation, s'effectuer à travers les limites proportionnées qu'apporte le législateur aux droits de l'auteur, notamment en prévoyant des exceptions. Ce raisonnement de la Cour de cassation est en parfaite cohérence avec celui mené par les juges d'appel sur le terrain de l'art 10 de la Convention. Ainsi, pour ces derniers, « *ce texte, s'il consacre le droit de communiquer librement des informations au public, n'autorise pas pour autant la personne qui l'exerce à méconnaître les dispositions de la loi qui constituent, dans une*

¹⁵²⁶ P. KAMINA, « Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur ? », *D.*, 1999, pp. 580-587, spéc. p. 585.

¹⁵²⁷ Dans ce sens, A. LUCAS, obs. sous Paris, 30 mai 2001, *PI*, oct. 2001, n°1, p. 66, spéc. p. 66.

¹⁵²⁸ B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 457. Dans le même sens, C. CARON, « Les droits de l'Homme réconciliés avec le droit d'auteur », *D.*, 2001, pp. 2504-2508, spéc. p. 2507.

¹⁵²⁹ *Supra*, n° 202 et suiv.

¹⁵³⁰ Paris, 30 mai 2001, JurisData n° 2001-179518, *D.*, 2001, p. 2504, obs. C. CARON.

¹⁵³¹ Nous soulignons.

¹⁵³² *Supra*, n° 520.

société démocratique, des mesures nécessaires pour la protection des droits d'autrui, conformément à ce qu'énonce son alinéa 2 ».

526. En analysant cette solution, on peut voir que ce qui a permis au juge d'élaborer sa vision de conciliation du droit d'auteur et de la liberté d'expression, c'est d'abord l'assimilation de l'œuvre d'esprit à un « bien », et des droits patrimoniaux de l'auteur au droit de propriété. Cette opération de rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux permet d'écarter toute idée d'infériorité hiérarchique du droit d'auteur par rapport aux droits et libertés prévus par la Convention¹⁵³³ et nous montre, comme le souligne C. Caron, que le débat sur la nature du droit d'auteur présente toujours un grand intérêt pratique¹⁵³⁴. De son issue dépendent les bases conceptuelles de la résolution du conflit entre le droit d'auteur et la liberté d'expression - droits d'une valeur égale dans la hiérarchie des normes¹⁵³⁵.

2. La proportionnalité appréciée *in abstracto*

527. L'originalité de la solution *Utrillo* réside dans le fait qu'au lieu de procéder à la mise en œuvre du test de proportionnalité, dans le contexte de l'analyse cas par cas, afin de peser les intérêts en présence, la Cour de cassation opère une certaine hiérarchisation indirecte des droits fondamentaux, en annonçant une nécessaire subordination des exercices de la liberté d'expression au respect du droit d'auteur¹⁵³⁶.

De cela résulte un enseignement en lien direct avec le paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur - le caractère nécessairement proportionné des limites apportées par le législateur aux droits de l'auteur, qui exclut toute possibilité d'invocation des droits et libertés fondamentaux au mépris du principe d'interprétation stricte des exceptions, limitativement énumérées par la loi¹⁵³⁷. C'est précisément à travers les exceptions légales que la liberté d'expression s'exerce lorsqu'elle entre en conflit avec les droits d'auteur¹⁵³⁸.

¹⁵³³ M. CAUVIN, « Fifa :1 - Onze mondial : 0, Ou la prédominance de principe du droit d'auteur sur le droit public à l'information », *RLDI*, n° 38, mai 2008, pp. 6-11, spéc. p. 7.

¹⁵³⁴ C. CARON, « Droits de l'Homme et droit d'auteur : inquiétudes (provisoirement) dissipées », note sous Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, *Bull.* I, n° 229, *CCE*, n°1, janv. 2004, comm. 2. précitée.

¹⁵³⁵ C. CARON, note sous Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2007, inédit, n° 05-14.928, *CCE*, n° 1, janv. 2008, comm. 2 précitée.

¹⁵³⁶ M. CAUVIN, *loc. cit.*

¹⁵³⁷ Comme le remarque A. Zollinger, « admettre alors qu'une nouvelle conciliation doive s'opérer sur le terrain des droits de l'Homme entre droit d'auteur et droit du public à l'information reviendrait à dénier purement et simplement le principe du caractère exclusif des exceptions au droit d'auteur », A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 347.

¹⁵³⁸ C. MARECHAL, « Les exceptions au droit d'auteur sur les œuvres d'art », *CCE*, n°10, oct. 2015, étude 18, spéc. n° 8.

Autrement dit, le droit d'auteur intègre la liberté d'expression en prévoyant des exceptions¹⁵³⁹.

528. À cette occasion, en approuvant la solution de la Cour de cassation, F. Pollaud-Dulian considère que les tentatives de contournement de l'économie du droit d'auteur par l'invocation des droits et libertés fondamentales présupposent l'existence d'un conflit purement fictif¹⁵⁴⁰. Il estime que « (...) les libertés d'expression, d'information ou même de création ne peuvent être obviées au droit d'auteur, parce que celui-ci constitue un droit subjectif qui limite ces libertés de façon légitime, précise et proportionnée »¹⁵⁴¹.

Les droits d'auteur et les libertés fondamentales sont deux choses différentes. Les premiers priment naturellement, sauf exception expresse, sur les secondes. Il en est ainsi parce que les droits subjectifs et les libertés sont, comme nous l'avons déjà souligné, deux éléments distincts dont les mécanismes de fonctionnement ne peuvent être mélangés¹⁵⁴². En outre, il est logique, comme le souligne P.-Y. Gautier que « le droit subjectif reconnu par la Cité à une catégorie d'individus, pour préserver des prérogatives particulières, prime, sauf preuve contraire, les libertés publiques accordées par principe à une population entière ». La hiérarchie des intérêts protégés affirmée par l'arrêt *Utrillo* résulte donc de la spécialité du droit d'auteur et de la généralité des libertés fondamentales. Le juge apaise la tension entre le droit d'auteur et la liberté d'expression suivant une démarche abstraite, focalisée uniquement sur la qualité du droit d'auteur, jugé proportionné en lui-même¹⁵⁴³.

¹⁵³⁹ Dans cette optique, J.-M. Bruguière souligne que la solution *Utrillo* traduit « une certaine forme d'agacement à l'égard de ceux qui invoquent à tort et à travers les droits et libertés fondamentaux. (...). Agacement que nous partageons également dans et au dehors de la propriété intellectuelle. Il est de bon ton par exemple aujourd'hui de dire que le contrat est menacé par les droits et libertés fondamentaux (liberté de conscience, respect de la vie privée et familiale...). L'on ne peut effectivement nier une influence croissante de ces droits venus d'ailleurs. L'on ne doit cependant pas occulter le fait que le Code civil n'a pas attendu le Conseil constitutionnel ou la convention européenne des droits de l'homme pour réaliser le danger, par exemple, d'engagements perpétuels. Que l'on relise l'article 1780 du Code civil. Autrement dit ici comme ailleurs le droit des contrats intègre ces préoccupations fondamentales », J.-M. BRUGUIÈRE, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2007, inédit, n° 05-14.928, *PI*, janv. 2008, n° 26, pp. 112 - 114, spéc. p. 112.

¹⁵⁴⁰ F. POLLAUD-DULIAN, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2005, *Bull.*, I, n° 105, *RTD Com.*, 2005, pp. 302-306, spéc. p. 305 : « Les prérogatives des auteurs sont des droits subjectifs bien délimités, comportant des exceptions légales précises, dont l'économie ne devrait pas pouvoir être bouleversée ou anéantie par l'invocation de libertés vagues et inconditionnées, que ces droits ne remettent, d'ailleurs, pas véritablement en cause - sauf à ce que tout droit individuel, qu'il s'agisse de droit de propriété ou de droits de la personnalité, soit considéré comme une atteinte à la liberté d'autrui, ce qui n'a manifestement aucun sens dans un Etat de droit et représente même la négation du système juridique ».

¹⁵⁴¹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, p. 52. Dans cette optique, P. L. C. Torremans souligne que l'équilibre entre les intérêts publics et privés a été « internalisé par le droit d'auteur et il fait aujourd'hui partie de la nature fondamentale de ce droit », P. L. C TORREMANS, *op. cit.*, p. 179.

¹⁵⁴² *Supra*, n° 158 et suiv.

¹⁵⁴³ B. FABRE, *op. cit.*, p. 176. Dans le même sens, C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004, p. 395.

529. Rien d'étonnant. *Lex specialis derogat legi generali* dirait-on tout simplement. Face à une tentative de dépassement de cette logique traditionnelle, la Cour de cassation décide de tenir compte exclusivement des « limites proportionnées » prévues par le législateur national et ainsi écarter l'application d'une règle étrangère à la discipline¹⁵⁴⁴, qui pourrait faire une « concurrence externe »¹⁵⁴⁵ à l'équilibre interne du droit d'auteur français, censé avoir internalisé le conflit entre les droits fondamentaux des créateurs et des utilisateurs¹⁵⁴⁶.

530. Lesdits arguments, ainsi que la réticence traditionnelle de la doctrine et de la jurisprudence des pays européens face à l'application droits et libertés fondamentaux dans les relations horizontales, fondent un courant doctrinal important, selon lequel le conflit entre droit d'auteur et liberté d'expression a été résolu en amont, lors de la rédaction des lois sur le droit d'auteur et la création des exceptions¹⁵⁴⁷.

B. La consolidation de la théorie d'équilibre interne

531. Bien que certains auteurs aient vu dans la jurisprudence *Utrillo* une décision conservatrice méritant « *les mêmes critiques que l'Exégèse à l'issue du dix-neuvième siècle* »¹⁵⁴⁸, et ne correspondant plus à la société de l'image et de l'information¹⁵⁴⁹, la solution qu'elle affirme a été bien accueillie et développée, tant sur le plan législatif que jurisprudentiel.

À cet égard il convient de préciser que, contrairement à ce qui est parfois soutenu, la consécration par le législateur de l'exception pour information immédiate (1) et l'admission par la Cour de cassation du jeu de la liberté d'expression pour paralyser certains exercices du droit d'adaptation (2), loin de condamner la solution *Utrillo*, la renforcent.

¹⁵⁴⁴ A. BENSAMOUN, « La loi du 1er août 2006 : nouvelle manifestation du dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur », *D.*, 2007, pp. 328-335, spéc. p. 331.

¹⁵⁴⁵ B. LARERE, « Les limites controversées au monopole », *RLDI*, supplément au n° 49, mai 2009, pp. 34-37, spéc. p. 34

¹⁵⁴⁶ P. KAMINA, « Droit d'auteur et article 10 Conv. EDH : suite... et fin ? », *loc. cit.* Dans le même sens, A. LUCAS, *J.-CL*, Propriété littéraire et artistique, fasc. 1248 : Droits des auteurs-droits patrimoniaux-Exceptions au droit exclusif (CPI, article L. 122-5 et L. 331-4), n° 19, dernière mise à jour-sept. 2015.

¹⁵⁴⁷ V., sur ce point : P. KAMINA, « Droit d'auteur et article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *loc. cit.*, A. STROWEL, F. TULKENS, « Freedom of expression and copyright under civil law : of balance, adaptation, and access », in J. GRIFFITHS, U. SUTHERSANEN, *Copyright and free speech, comparative and international analyses*, Oxford University Press, 2005, pp. 287-313, spéc. pp. 287-288.

¹⁵⁴⁸ E. DREYER, « L'information par l'image et le droit d'auteur », *CCE*, n° 3, mars 2004, chron. 6, spéc. n° 3, note 6.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, n° 3.

1. La consécration de l'exception pour information immédiate

532. Le fait d'invoquer des règles générales et floues prévues par des textes supranationaux et relatives aux droits et libertés fondamentaux dans le but d'esquiver la rigidité des exceptions nationales n'est rien d'autre qu'une tentative de contournement de l'économie du Code de la propriété intellectuelle¹⁵⁵⁰ à l'aide d'une arme d'origine *extra jus auctoris*. Dans cette optique, l'approche restrictive adoptée par la Cour de cassation apparaît comme parfaitement logique.

Cela étant, la jurisprudence *Utrillo* n'a pas échappé aux critiques. La doctrine lui a reproché d'avoir posé, par une interprétation trop restrictive de l'exception pour courte citation¹⁵⁵¹, de sérieuses limites à la possibilité de rendre compte d'événements d'actualité, et cela en l'absence, en droit français, de toute exception pour information, pourtant connue de nombreuses législations étrangères¹⁵⁵².

533. Ces impressions défavorables ont été largement dissipées du fait de la création par la loi DADVSI de l'exception pour «*La reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur*»¹⁵⁵³.

À première vue, cette consécration brise la jurisprudence *Utrillo*. Il serait toutefois erroné de prétendre qu'elle remet en cause la théorie d'équilibre interne du droit d'auteur. Elle montre tout simplement que la liste d'exceptions n'est pas figée et que les réajustements sont toujours possibles en cas de déséquilibre constaté¹⁵⁵⁴. Toutefois, la tâche de réajustement appartient toujours au législateur.

534. La consécration de cette exception légale, cousue sur mesure, est une réponse à la problématique de l'arrêt *Utrillo*¹⁵⁵⁵. Loin de condamner la thèse d'immunité du droit d'auteur contre les revendications fondées sur les droits et libertés fondamentaux, le législateur a voulu

¹⁵⁵⁰ P. SIRINELLI, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2004, *Bull. I*, n° 154, *PI*, n° 12, juill. 2004, pp. 774-778, spéc. p. 777.

¹⁵⁵¹ V. : C. GEIGER, « Exception de citation et droits fondamentaux, une occasion manquée de faire avancer le discours sur les exceptions au droit d'auteur », note sous Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, *Bull. I*, n° 229, *JCP*, 2004.II.10080, précitée.

¹⁵⁵² C.-M. BERTAUX, « Image des œuvres d'art et information », obs sous Cass 1^{re} civ., 13 nov. 2003, *Bull. I*, n° 229, *Légipresse*, n° 212, juin 2004, pp. 73-76, précitées, spéc. pp. 74-76. Dans cette optique, E. Dreyer souligne que « le droit d'auteur ne mérite certainement pas une place supérieure aux autres droits subjectifs qui lui permettrait de tenir seul en échec une légitime information du public par l'image », E. DREYER, *op. cit.*, n° 12.

¹⁵⁵³ article L. 122-5, 9° du CPI.

¹⁵⁵⁴ A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 348.

¹⁵⁵⁵ C. CARON, « La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *JCP E*, n°42, 19 oct. 2006, 2503.

prémunir le système des exceptions contre toute émancipation du juge consistant en une extension de leur interprétation par référence aux droits et libertés fondamentales¹⁵⁵⁶. La création de cette nouvelle exception constitue un autre exemple de la volonté du législateur, attaché à l'idée d'équilibre préétabli du droit d'auteur, d'exercer un contrôle strict sur les exceptions aux droits de l'auteur¹⁵⁵⁷.

535. Cette démarche, ainsi que la jurisprudence postérieure reprenant la logique *Utrillo*¹⁵⁵⁸, traduisent un véritable modèle de conciliation du droit d'auteur et la liberté d'expression¹⁵⁵⁹. Celui-ci repose sur l'idée « *qu'il n'appartient pas au juge de revenir sur l'équilibre recherché par le législateur quant aux antagonismes que peuvent faire naître les droits fondamentaux de l'auteur, d'une part, et du public, d'autre part* »¹⁵⁶⁰. L'équilibre entre le droit d'auteur et les droits fondamentaux a déjà été trouvé par le législateur, ce qui élimine tout besoin de correctifs extérieurs¹⁵⁶¹ et, du fait de l'existence au sein du droit d'auteur d'un nombre suffisant de « soupapes de sécurité »¹⁵⁶², rend la matière immunisée contre toute revendication fondée sur la liberté d'expression¹⁵⁶³. L'on voit ici l'attachement à l'idée de l'équilibre préétabli du droit d'auteur¹⁵⁶⁴ et à la logique de la loi du 11 mars 1957¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁵⁶ Dans ce sens, V. A. BENSAMOUN, « La loi du 1er août 2006 : nouvelle manifestation du dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur », *loc. cit.*

¹⁵⁵⁷ B. SPITZ, « Le droit d'auteur en France : un monopole menacé ? », *RLDI*, n° 94, juin 2013, pp. 73-76, spéc. p. 75. V. également, sur le contexte politique de la création de cette exception : J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, Illustration à partir de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2007, p. 283 et suiv.

¹⁵⁵⁸ V. not. Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2004, *Bull. I*, n° 154, *D.*, 2004, p. 1893 obs. N. BOUCHE, Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2005, *Bull. I*, n° 105, *RTD Com.*, 2005, p. 302 obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 5, mai 2005, comm. 80, note C. CARON, Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, inédit, n° 03-18.360, Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2007; inédit, n° 05-14.928, *RTD Com.*, 2008, p. 78, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *PI*, n°26, janv. 2008, p. 112, note J.-M. BRUGUIERE, *CCE*, n° 1, janv. 2008, comm. 2, note C. CARON, Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2010, *Bull. I*, n° 9, *D.*, 2011, p. 2164, chron. P. SIRINELLI, *RTD Com.*, 2010, p. 305, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.*, 2010, p. 265, obs. J. DALEAU, *CCE*, n° 3, mars 2010, comm. 22, note C. CARON.

¹⁵⁵⁹ B. FABRE, *op. cit.*, p. 172.

¹⁵⁶⁰ R. HARDOUIN, « Existe-t-il des limites aux exceptions ? », *L.111-1, Propriété intellectuelle et nouvelles technologies*, 10 avr. 2008, revue en ligne, <http://www.l111-1.fr/public/Billets/RH100408.pdf>, p. 3.

¹⁵⁶¹ C. GEIGER, « France : Intellectual Property Code, Article L. 122-5-3 ; European Convention on Human Rights, Article 10 - "Utrillo" », *op. cit.*, p. 724.

¹⁵⁶² A. STROWEL, F. TULKENS, « Equilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. A propos des libertés de créer et d'utiliser des œuvres », *op. cit.*, p. 17.

¹⁵⁶³ Pour la critique d'une telle approche, v. not. : A. STROWEL, F. TULKENS, *op. cit.*, p. 5 et la note 1.

¹⁵⁶⁴ Dans ce sens L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP*, n° 30, 26 juill. 2010, doctr. 829, selon laquelle « *on enseigne traditionnellement que la propriété littéraire et artistique est un droit équilibré, c'est-à-dire qu'il a été pensé dès l'origine pour être équilibré. Ainsi, le législateur, en rédigeant la loi, a tenu compte, une fois pour toutes, des autres droits fondamentaux et il a bien réfléchi à l'équilibre des droits des auteurs et les autres droits, le droit à la liberté d'expression au premier chef. Dans cette théorie de l'équilibre interne du droit d'auteur, le droit d'auteur est pensé comme un ensemble autonome. Inévitablement, il se mure alors dans sa tour d'ivoire, dans son superbe isolement, pour la bonne cause, celle de la protection de l'auteur* ».

¹⁵⁶⁵ Dans ce sens, J.-M. BRUGUIERE, « L'influence de la loi du 11 mars 1957 sur les autres branches du droit », *LPA*, 6 déc. 2007, n° 244, pp. 11-16, spéc. p. 15.

2. L'admission du jeu de la liberté d'expression à l'intérieur du droit d'auteur

536. Le rejet de la possibilité de contournement de la rigidité du système français d'exceptions aux droits de l'auteur par l'invocation des droits et des libertés fondamentaux ne signifie pas que toute référence du juge à ceux-ci est bannie, même dans l'optique de la théorie d'équilibre interne.

À cet égard, l'arrêt *Les Misérables*¹⁵⁶⁶ est à signaler. Il concerne la plainte des héritiers de Victor Hugo, invoquant la protection du droit moral, dirigée contre les auteurs d'une suite du célèbre roman. La Cour de cassation a jugé, au visa de l'art 10 de la Convention EDH que « la "suite" d'une œuvre littéraire se rattache au droit d'adaptation » et que « sous réserve du respect du droit au nom et à l'intégrité de l'œuvre adaptée, la liberté de création s'oppose à ce que l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation dont ils ont bénéficié »¹⁵⁶⁷. La référence à la Convention ne fait ici que renforcer la solution découlant naturellement des principes du droit d'auteur français, reconnaissant la temporalité des droits patrimoniaux, à la famille desquels il faut attacher le droit d'adaptation, et le caractère perpétuel des droits moraux¹⁵⁶⁸.

537. Dans ce contexte, les droits et libertés fondamentaux ne sont pas invoqués pour faire de la concurrence externe à l'équilibre préétabli de la matière, mais jouent à l'intérieur

¹⁵⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, *Bull.* I, n° 47, *D.*, 2007, p. 497, obs. J. DALEAU, *D.*, 2007, p. 920, obs. S. CHOISY, *RLDI*, n° 26, avr. 2007, p. 59, obs. C. GEIGER, *PI*, n° 23, avr. 2007, p. 207, obs. A. LUCAS, *RTD Com.*, 2007, p. 354, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 3, mars 2007, comm. 34, note C. CARON, *RLDI*, n° 25, mars 2007, p. 49, obs. A. BENSAMOUN.

¹⁵⁶⁷ Le raisonnement a été suivi par la Cour de renvoi. V. : Paris, 19 déc. 2008, n° 07/05821, *CCE*, n° 3, mars 2009, comm. 22, note C. CARON, *JCP*, 2009.II.10038, note C. CARON.

¹⁵⁶⁸ Dans ce sens, A. BENSAMOUN, « Victor Hugo et le droit d'auteur, suite et... suite », obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, *Bull.* I, n° 47, *RLDI*, n° 25, mars 2007, pp. 49-53 précitées, spec pp. 50-51. *Contra*, F. POLLAUD-DULIAN, « Droit moral *post mortem*. Adaptation. Suite d'une œuvre tombée dans le domaine public. Liberté de création. Dévolution successorale. Intervention d'organismes professionnels », obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, *Bull.* I, n° 47, *RTD Com.*, 2007, pp. 354-357, spéc. p. 355, selon lequel la Cour de cassation paraît « (...) réduire le droit d'adaptation à sa seule dimension patrimoniale. De la sorte, à l'issue du monopole d'exploitation, l'adaptation deviendrait entièrement libre, la décision d'adapter ne relevant que du droit patrimonial désormais éteint. Or, il est bien évident que l'adaptation d'une œuvre implique, par nature, des modifications plus ou moins profondes de l'œuvre adaptée ; qu'en autorisant l'adaptation, l'auteur accepte des transformations que suppose le passage d'un genre à un autre ». Il est vrai que dans les relations entre l'adaptateur et l'auteur le droit au respect de l'œuvre perd une partie de sa force (V., sur ce point : A. LE TARNEC, *Manuel de la Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 1966, pp. 50-52). Néanmoins admettre que l'adaptation d'une œuvre, tombée dans le domaine public, se heurte, par nature, à l'obstacle du droit au respect de l'œuvre revient à faire revivre l'exigence de consentement du titulaire pour un acte d'exploitation et, indirectement, nier le principe du domaine public. Dans cette optique emporte notre conviction l'opinion de C. Caron, pour lequel dans la décision *Les Misérables*, la Cour de cassation souhaite « réaffirmer le domaine public et veiller à ce que le droit moral n'entraîne pas insidieusement de facto la reconstitution des monopoles », C. CARON, « Les Misérables devant la Cour de cassation : le domaine public réaffirmé », note sous Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, *Bull.* I, n° 47, *CCE*, n° 3, mars 2007, comm. 34, précitée.

du droit d'auteur¹⁵⁶⁹. Elles sont mobilisées en faveur de l'apparition d'un nouveau droit subjectif de l'auteur¹⁵⁷⁰, et leur jeu participe à la clarification de la place respective des éléments internalisés par le droit d'auteur, en l'occurrence du droit d'adaptation et des droits moraux¹⁵⁷¹.

II. Les signes de croissance de la pression externe

538. Il a été démontré que ni le législateur consacrant l'exception pour information immédiate ni la Cour de cassation faisant référence à la liberté d'expression pour encadrer l'exercice du droit d'adaptation n'ont remis en cause la théorie d'équilibre interne du droit d'auteur consacrée par la jurisprudence *Utrillo*.

L'affaiblissement de la doctrine d'immunité du droit d'auteur contre toute revendication fondée sur les droits et libertés fondamentaux est venu d'une direction inattendue et est lié au débat suscité par la jurisprudence française relative à la parodie des marques.

Si le droit d'auteur français connaît depuis 1957 l'exception de parodie¹⁵⁷², tel n'est pas le cas du droit des marques qui ne contient pas en son sein de mécanismes de conciliation des droits exclusifs avec la liberté d'expression¹⁵⁷³. C'est au moment où la question de la licéité des usages parodiques de la marque et de la transposition éventuelle de l'exception connue du droit d'auteur s'est posée devant les juridictions françaises (**A**) que la logique d'exception externe, fondée sur la liberté d'expression, a commencé à gagner du terrain (**B**).

¹⁵⁶⁹ Dans ce sens, J.-M. BRUGUIERE, « L'influence de la loi du 11 mars 1957 sur les autres branches du droit », *LPA*, n° 244, 6 déc. 2007, pp. 11-16, spéc. p. 15.

¹⁵⁷⁰ B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, 2012, p. 295.

¹⁵⁷¹ Dans ce sens, A. ZOLLINGER, « Droit d'auteur et liberté d'expression : le discours de la méthode. - (Commentaire CEDH, 10 janv. 2013, n° 36769/08, Ashby Donald et a. c/ France) », *CCE*, n° 5, mai 2013, étude 8, spéc. n° 26, note 25, B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, 2012, p. 295.

¹⁵⁷² L. 122-5, 4° du CPI : « (Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire) La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre », Comme la plupart d'exceptions issues de la loi de 1957, l'exception de parodie trouve son ancrage dans la jurisprudence née sous l'empire des lois révolutionnaires sur le droit d'auteur. V., sur ce point : *Supra*, n° 77 et suiv. et S. DURRANDE, « La parodie, le pastiche et la caricature », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, pp. 133-142.

¹⁵⁷³ V.-L. BENABOU, « Liberté d'expression et droit des marques : la jurisprudence dans tous ses états », *PI*, n° 8, juill. 2003, pp. 322-328, spéc. p. 322. L'exception de parodie n'est pas non plus prévue par les textes internationaux régissant le droit des marques tels que les accords ADPIC, la directive européenne 2008/95/CE du 22 oct. 2008 relative au rapprochement des législations des Etats membres en matière des marques et le règlement n° 207/2009 du Conseil du 26 févr. 2009, régissant la marque communautaire, I. CAMUS, « La parodie de marque : un défi mondial pour les marques de luxe qui en sont une cible privilégiée », *PI*, n° 56, juill. 2015, pp. 241-245, spéc. p. 242.

A. Le droit des marques confronté à la liberté d'expression

539. Compte tenu de la différence substantielle de nature qui existe entre les œuvres de l'esprit et les signes distinctifs, la doctrine et la jurisprudence françaises étaient traditionnellement hostiles à la reconnaissance de la licéité des usages parodiques des marques (1). Aujourd'hui cette licéité est admise et se fonde sur une référence inutile à la liberté d'expression (2).

1. La réticence traditionnelle à l'égard des usages parodiques de marque

540. Si l'exception couvrant les usages parodiques, à l'image de celle connue du droit d'auteur, n'a jamais été prévue par le législateur, c'est parce qu'une marque est avant tout un signe distinctif dont la finalité est purement économique et non pas esthétique¹⁵⁷⁴. Son objectif primaire est de garantir l'origine du produit. Cette logique est étrangère au droit d'auteur¹⁵⁷⁵. De plus, si l'œuvre de l'esprit est en elle-même un ensemble autonome doté d'une signification, la marque n'est pas dissociable des produits qu'elle désigne. Dans cette optique, il n'est pas possible de parodier la marque en elle seule, en faisant abstraction des produits sur lesquels elle est apposée¹⁵⁷⁶.

541. Eu égard à cette différence substantielle de nature entre l'œuvre de l'esprit et la marque, la jurisprudence française était traditionnellement réticente à l'idée d'application par analogie de l'exception pour parodie, connue du droit d'auteur, en matière du droit des marques¹⁵⁷⁷. Ce refus de transposer une solution élaborée par un droit de création à un droit d'occupation¹⁵⁷⁸ faisait de la parodie de marque un acte de contrefaçon¹⁵⁷⁹. La marque

¹⁵⁷⁴ B.EDELMAN, « L'exception de parodie appliquée au droit des marques », *Légicom*, n° 25, 2001/2, pp. 97-103, spéc. p. 97.

¹⁵⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 98

¹⁵⁷⁷ V. : C. CARON, « Affaire Esso c/Greenpeace : décision au fond », note sous TGI Paris, 30 janv. 2004, *JurisData* n° 2004-234796, *CCE*, n° 4, avr. 2004, com. 39 : « (...) la parodie de marque est un concept inopportun et inutile. Il est inopportun car il importe de ne pas créer, grâce à des importations douteuses de notions en provenance du droit d'auteur, des exceptions à un droit de propriété tel que celui sur la marque qui ne doit être limité que par la loi. Et il est inutile car les mécanismes du droit des marques permettent de parvenir exactement au même résultat, sans pour autant utiliser cette notion qui évoque finalement davantage un concept idéologique que juridique. Il ne faut pas oublier que, derrière une marque, il existe une entreprise, qui peut créer des emplois et être utile à l'activité économique, dont l'actif immatériel se fonde en grande partie sur la valeur de ses signes distinctifs et dont la réputation est très attachée à l'image de sa marque. Tout cela ne doit pas être attaqué impunément, sauf à contester l'idée même de marque ».

¹⁵⁷⁸ E. BAUD, S. COLOMBET, « La parodie de marque : vers une érosion du caractère absolu des signes distinctifs ? », *D.*, 1998, pp. 227-232, spéc. p. 227.

¹⁵⁷⁹ V. RUZEK, « La parodie en droit des marques », *Propriété industrielle*, n° 4, avr. 2005, étude 11.

apparaissait alors comme un signe non susceptible d'être critiqué, « inexpugnable et arrogant »¹⁵⁸⁰, voire comme un actif protégé par un des rares droits intellectuels absolus¹⁵⁸¹.

542. Ceci étant, certains auteurs estiment que du fait de la supériorité hiérarchique du droit d'auteur au sein du droit de la propriété intellectuelle, les exceptions consacrées par celui-ci devraient trouver application également en matière du droit des marques¹⁵⁸². Une autre partie de la doctrine riposte toutefois en soulignant que le principe d'interprétation stricte des exceptions entraîne, outre l'impossibilité de création de nouvelles exceptions par le juge, le bannissement de toute interprétation par analogie, consistant à élargir le champ d'application d'une exception connue du droit d'auteur aux autres branches du droit de la propriété intellectuelle¹⁵⁸³.

Quant à la jurisprudence, après quelques décisions des juges du fond favorables à ce raisonnement par analogie¹⁵⁸⁴, la Cour de cassation a pris, en 1997, dans l'affaire *Guignols de l'info*¹⁵⁸⁵, une position ferme, excluant l'application de l'exception de parodie en dehors du contexte du droit d'auteur.

543. Le litige portait sur une émission ayant prétendument dévalorisé les produits des sociétés *Peugeot* et *Citroën*, en présentant le président-directeur général de la société *PSA* dans des situations comiques. La demande en réparation basée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil avait été rejetée par la Cour d'appel de Paris¹⁵⁸⁶, pour laquelle la parodie était un aspect de la liberté d'expression, et un certain degré d'excès et de provocation

¹⁵⁸⁰ B. EDELMAN, « Droit des marques et liberté d'expression », note sous Paris, 26 févr. 2003, *JurisData* n° 2003-202549, *D.*, 2003, pp. 1831-1835, spéc. p. 1832.

¹⁵⁸¹ S. DURRANDE, *op.cit.*, p. 142, M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de maque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E*, n° 22, 3 juin 1993, act. 251, spec, n° 1, E. BAUD, « Contentieux du droit des marques : la liberté d'expression menace-t-elle le monopole du titulaire de marque ? », in M.-A. FRISON-ROCHE, A. ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, pp. 405-437, spéc. pp. 407-408. Cette opinion trouve son reflet dans certaines formules absolues utilisées par la Cour de cassation. V., par exemple : Cass. com., 26 juin 1973, *Bull.* n° 224 : « (...) la propriété d'une marque régulièrement déposée est absolue sur l'ensemble du territoire français, (...) elle confère à celui qui en est investi une action contre tous ceux qui y portent atteinte de bonne ou de mauvaise foi (...) ».

¹⁵⁸² V., sur ce point : V. RUZEK, « La parodie en droit des marques », *loc. cit.*

¹⁵⁸³ Dans ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2011, p. 976.

¹⁵⁸⁴ V. not. : Versailles, 17 mars 1994, *JurisData*, n° 1994-043682, *D.*, 1995, p. 56, obs. C. COLOMBET écartant le grief de contrefaçon dans une affaire mettant en scène des organismes publics ayant diffusé, un film présentant le fameux *cow-boy* du fabricant des cigarettes *Marlboro*, prononçant un slogan anti-tabac. La cour admet ainsi une parodie d'une publicité, utilisant la marque protégée. Pour fonder sa solution, la Cour d'appel utilise les conditions calquées sur celles de la parodie en matière du droit d'auteur. Dans le même sens, Riom, 15 sept. 1994, *JurisData* n° 1994-049661, *D.*, 1995, p. 429 note B. EDELMAN, admettant la caricature du bonhomme de *Michelin* dans une campagne critiquant la politique sociale de l'entreprise, menée par un syndicat ouvrier. L'obstacle tenant à l'indissociabilité de la marque des produits désignés a été ici surmonté par référence à l'absence d'intérêt commercial du caricaturiste.

¹⁵⁸⁵ Cass. 2° civ., 2 avr. 1997, *Bull.* II, n° 113, *D.*, 1997, p. 411, obs. B. EDELMAN, *D.*, 1998, p. 183, obs. J.-P. GRIDEL.

¹⁵⁸⁶ Paris, 14 mars 1995, *JurisData* n° 1995-020647, *D.*, 1996, somm. p. 252, obs. M.-L. IZORCHE, *D.*, 1997, somm. p. 75, obs. C. BIGOT.

constituait un impératif du genre. Les émissions litigieuses revêtant un caractère de pure fantaisie et dépourvues de toute intention de nuire n'ont pas pu, selon les juges d'appel, jeter de discrédit sur la marque du demandeur, d'où il suivit qu'aucun dénigrement fautif n'a été caractérisé.

544. L'arrêt fut cassé au motif que la faute résidait précisément dans le caractère outrancier, provocateur et renouvelé des propos tenus et qu'en outre « *l'application de l'article 1382 du Code civil n'exige pas l'existence d'une intention de nuire* ».

En jugeant ainsi, la Cour de cassation, si elle n'interdit pas la parodie en dehors du contexte du droit d'auteur de manière expresse¹⁵⁸⁷, restreint considérablement la possibilité de l'invoquer dans le domaine du droit des marques. Dans la mesure où la faute du parodiste peut être caractérisée par le caractère provocateur, outrancier et renouvelé des propos tenus, il est difficilement imaginable de créer une parodie non fautive d'une marque, lesdites caractéristiques faisant partie des lois du genre¹⁵⁸⁸. À suivre cette logique, toute parodie de marque est « intrinsèquement fautive »¹⁵⁸⁹.

2. L'admission des usages parodiques de marques au nom de la liberté d'expression

545. Face à la résistance de la Cour de renvoi¹⁵⁹⁰, l'affaire *Guignols de l'info* a donné lieu à une décision importante rendue par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation¹⁵⁹¹, dans laquelle celle-ci a fait le premier pas significatif vers la reconnaissance de la parodie de marque¹⁵⁹². La Cour rejette le pourvoi formé contre la décision de la cour de renvoi en affirmant que « *les propos mettant en cause les véhicules de la marque s'inscrivaient dans le cadre d'une émission satirique diffusée par une entreprise de communication audiovisuelle et ne pouvaient être dissociés de la caricature faite de M. Calvet, de sorte que les propos incriminés relevaient de la liberté d'expression sans créer aucun risque de confusion entre la réalité et l'œuvre satirique* ».

¹⁵⁸⁷ Dans ce sens, B. EDELMAN, « La Cour de cassation ne rit pas », note sous Cass. 2^e civ., 2 avr. 1997, *Bull. II*, n^o 113, *D.*, 1997, pp. 411-414, précitée, spéc. p. 413.

¹⁵⁸⁸ *Ibidem*. E. BAUD, S. COLOMBET, *op. cit.*, p. 230. *Contra*, J.-P. GRIDEL, « Brèves remarques approuvatives de la cassation intervenue dans l'affaire dite des *Guignols de l'info* », obs. sous Cass. 2^e civ., 2 avr. 1997, *Bull. II*, n^o 113, *D.*, 1998, pp. 183-184, spéc. p. 184. L'auteur considère que dans l'arrêt commenté la Cour de cassation ne condamne pas le principe de la parodie de marque mais fait de la conjonction des trois caractéristiques précitées une limite à la liberté de parodie qui, une fois franchie, appelle l'intervention de l'article 1382 du Code civil.

¹⁵⁸⁹ E. BAUD, S. COLOMBET, *op. cit.*, p. 228.

¹⁵⁹⁰ Reims, 9 sept. 1999, *D.*, 1999, p. 449, obs. B. EDELMAN.

¹⁵⁹¹ Cass. Ass. Plén., 12 juill. 2000, *Bull. AP*, n^o 7, *D.*, 2001, p. 259, obs. B. EDELMAN, *CCE*, n^o 11, nov. 2000, comm. 122, note A. LEPAGE, *JCP*, 2000.II.10439, note A. LEPAGE.

¹⁵⁹² V. RUZEK, *loc. cit.*

Ainsi, la Cour de cassation attache la parodie de marque à la liberté d'expression. En outre, elle fait une référence expresse aux lois du genre auxquelles fait également référence l'exception pour parodie connue du droit d'auteur. Parmi celles-ci, figure aux côtés de l'intention humoristique et du but critique l'absence de risque de confusion avec les œuvres de l'auteur parodié¹⁵⁹³ soulignée par la Cour de cassation.

546. Une nouvelle vague de débats sur la transposition éventuelle de l'exception pour parodie sur le terrain du droit des marques a été provoquée par l'utilisation des marques d'autrui sur Internet. À l'ère du numérique, les cas dans lesquels le réseau est utilisé pour diffuser des caricatures de marques se sont multipliés. Souvent leur objectif n'est pas de faire rire l'internaute, mais de dénoncer certaines activités¹⁵⁹⁴. En ce qui concerne ce phénomène de « dénonciation polémique »¹⁵⁹⁵, trois affaires sont à signaler.

547. Dans la première, dite *Esso*, l'association *Greenpeace* a diffusé sur son site Internet une reproduction de la marque du géant d'industrie pétrolière, les « s » ayant été remplacés par les signes du dollar américain. La société *Esso* a été déboutée de ses actions en contrefaçon et en dénigrement par les juges du fond. Les juges d'appel constatent que « si le droit des marques ignore l'exception de parodie, en revanche le principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'expression implique que l'association *Greenpeace France* puisse, dans ses écrits ou sur son site Internet, dénoncer sous la forme qu'elle estime appropriée au but poursuivi les atteintes portées à l'environnement et les risques causés à la santé humaine par certaines activités industrielles »¹⁵⁹⁶.

Pour la Cour de cassation¹⁵⁹⁷, qui s'aligne sur la décision des juges du fond, la transformation de la marque de la société *Esso* constituait un moyen proportionné à l'expression des critiques relatives aux activités de celle-ci.

548. Dans la deuxième affaire, il s'agissait d'un litige opposant la même association *Greenpeace* et la société *Areva*, l'un des principaux acteurs de l'industrie mondiale du nucléaire. Comme c'était le cas dans l'affaire précitée, l'association a utilisé sur son site Internet la marque de la société associée à des éléments évoquant l'idée de mort. Pour la Cour

¹⁵⁹³ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.*, p. 864.

¹⁵⁹⁴ V.-L. BENABOU, *loc. cit.*, A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 7^e éd., Dalloz, 2012, p. 870.

¹⁵⁹⁵ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Répertoire de droit commercial*, Marques de fabrique, dernière mise à jour, janv. 2015, n° 443.

¹⁵⁹⁶ TGI Paris, 30 janv. 2004, JurisData n° 2004-234796, *CCE*, n° 4, avr. 2004, comm. 39, note C. CARON, confirmée par Paris, 16 nov. 2005, JurisData n° 2005-288792, *D.*, 2006, p. 785, obs. P. TREFIGNY, *CCE*, n° 1, janv. 2006, comm. 8, note C. CARON, *Propriété Industrielle*, n° 1, janv. 2006, comm. 4, note P. TREFIGNY.

¹⁵⁹⁷ Cass. com., 8 avr. 2008, *Bull. IV*, n° 79, *RTD Civ.*, 2008, p. 487, obs P. JOURDAIN, *CCE*, n° 6, juin 2008, comm. 77, note C. CARON.

de cassation, l'association « *agissant conformément à leur objet, dans un but d'intérêt général et de santé publique par des moyens proportionnés à cette fin (...)* », n'a pas abusé de son droit de liberté d'expression¹⁵⁹⁸.

549. Enfin, dans l'affaire *Danone* il était question de l'utilisation du nom de la marque sous le slogan « *jeboycottedanone* » dans les noms de domaine des sites créés afin de sensibiliser le public sur certains problèmes relatifs à la politique sociale de l'entreprise. La Cour d'appel de Paris¹⁵⁹⁹ a débouté la société de ses demandes en contrefaçon et en dénigrement en constatant notamment que les créateurs des sites litigieux avaient inscrit leur action « *dans le cadre d'un strict exercice de leur liberté d'expression et dans le respect des droits des sociétés intimées dont les produits n'étaient pas dénigrés* » et qu'« *aucun risque de confusion n'était susceptible de naître dans l'esprit des usagers* ».

Eu égard à ce qui précède, il semble que la licéité de l'usage parodique de la marque soit un acquis et que la vision traditionnelle supposant l'immunité totale de la marque contre toute caricature soit dépassée.

B. Le droit des marques s'inclinant à tort devant la liberté d'expression

550. Il a été démontré que la jurisprudence se réfère constamment à la liberté d'expression pour justifier la licéité des usages parodiques de la marque. En réalité cette référence n'est point nécessaire. Pour arriver au même résultat, il aurait suffi de rappeler les fonctions essentielles de la marque, qui ne saurait être protégée en dehors du cadre des usages dans la vie des affaires **(1)**. Parmi les effets indésirables de cette référence superflue, on compte la réouverture du débat sur la possibilité d'invocation de la liberté d'expression au détriment des limites des droits exclusifs internalisées par le droit de la propriété intellectuelle **(2)**.

1. La licéité des usages parodiques découlant de la spécialité de la marque

551. La doctrine souligne que la jurisprudence penchant en faveur de la licéité des usages parodiques de la marque tend à « *situer le débat sur le bon terrain* »¹⁶⁰⁰, celui du droit commun de la responsabilité civile, et à abandonner la logique de contrefaçon

¹⁵⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 8 avr. 2008, *Bull.* I, n° 104, *CCE*, n° 6, juin 2008, comm. 77, note C. CARON, *RTD Civ.*, 2008, p. 487, obs P. JOURDAIN, *D.*, 2008, p. 2402, obs. L. NEYRET.

¹⁵⁹⁹ Paris, 30 avr. 2003, *JurisData* n° 2003-222118, *Droit social*, 2003, p. 607, obs. F. CALINAUD, *D.*, 2003, p. 2685, obs. S. DURRANDE, *D.*, 2003, p. 1760, obs. C. MANARA.

¹⁶⁰⁰ A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*

de marque¹⁶⁰¹. Les droits intellectuels ont pour vocation de réserver à leur titulaire uniquement certaines utilités économiques de l'actif immatériel. La marque n'est pas une exception à cette règle. Elle n'est pas protégée comme un signe en soi, mais en tant que signe distinctif¹⁶⁰².

Dans cette optique, comme le fait remarquer B. Edelman, on ne saurait parler de la contrefaçon de marque en dehors de la sphère commerciale. Seuls les cas d'appropriation de la marque par un concurrent sont susceptibles de mettre en échec sa fonction principale, à savoir sa capacité de garantir au consommateur l'origine des produits qui lui sont proposés¹⁶⁰³.

552. Cette vision finaliste de la marque ne s'impose pas de toute évidence à la lumière des articles L. 713-2 et L. 713-3 du CPI, qui en dessinant l'étendue des droits exclusifs du titulaire de la marque font abstraction du contexte de l'utilisation et emploient des termes absolus¹⁶⁰⁴. Il en est autrement si on analyse la question sous l'angle des dispositions de l'art 5, 1° de la directive 2008/95/CE¹⁶⁰⁵ et de l'interprétation qui leur a été donnée par la CJCE dans l'arrêt *Arsenal*¹⁶⁰⁶.

Le texte de la directive soumet à l'autorisation du titulaire les usages faits par les tiers « *dans la vie des affaires* ». Pour la CJCE cela signifie que l'usage du signe doit se situer « *dans le contexte d'une activité commerciale visant à un avantage économique et non dans le domaine privé* »¹⁶⁰⁷. La Cour ajoute également qu'en droit des marques les droits exclusifs

¹⁶⁰¹ L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 358.

¹⁶⁰² M. VIVANT, *op. cit.*, n° 6-6.3.

¹⁶⁰³ B. EDELMAN, « Droit des marques et liberté d'expression », *op. cit.*, p.1833. Dans cette optique la doctrine souligne que le critère « d'usage dans la vie des affaires » est une des conditions de la contrefaçon de la marque, L. MARINO, *op. cit.*, p. 357.

¹⁶⁰⁴ Article L. 713-2 du CPI : « *Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire : a) La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que : "formule, façon, système, imitation, genre, méthode", ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement; b) La suppression ou la modification d'une marque régulièrement apposée* ». Article L. 713-3 du CPI : « *Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public :a) La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ;b) L'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement* ».

¹⁶⁰⁵ Article 5, 1° de la directive 2008/95/CE du 22 oct. 2008 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques : « *La marque enregistrée confère à son titulaire un droit exclusif. Le titulaire est habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage dans la vie des affaires : a) d'un signe identique à la marque pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée; b) d'un signe pour lequel, en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services couverts par la marque et le signe, il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion qui comprend le risque d'association entre le signe et la marque* ».

¹⁶⁰⁶ CJCE, 12 nov. 2002, *Arsenal Football Club plc c/Matthew Reed*, aff. C-206/01, *Rec. I-10273*, (ci-après *Arsenal*), *RTD Eur.*, 2004, p. 106 obs. G. BONET, *RTD Com.*, 2003, p. 415, obs. M. LUBY, *D.*, 2003, p. 755, obs. P. DE CANDE.

¹⁶⁰⁷ Point 40 de la décision *Arsenal*.

sont octroyés « afin de permettre au titulaire de la marque de protéger ses intérêts spécifiques en tant que titulaire de la marque, c'est-à-dire d'assurer que la marque puisse remplir ses fonctions propres. L'exercice de ce droit doit dès lors être réservé aux cas dans lesquels l'usage du signe par un tiers porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque et notamment à sa fonction essentielle qui est de garantir aux consommateurs la provenance du produit »¹⁶⁰⁸.

553. Face à une telle lecture de la directive, il semble que l'admission de la licéité de la parodie de marques par la jurisprudence française contribue à l'effacement de la divergence entre le droit national et le droit de l'Union européenne en matière d'étendue de protection conférée à une marque enregistrée¹⁶⁰⁹. Selon certains auteurs, cette évolution n'est rien d'autre qu'« une juste application du principe de spécialité des marques »¹⁶¹⁰.

Dans la mesure où le parodiste n'a pas, *ex definitione*, l'intention de s'approprier la marque parodiée, ni de l'utiliser pour faire la promotion de ses propres produits, la parodie ne porte pas atteinte aux droits exclusifs du titulaire¹⁶¹¹. Elle n'altère point le lien existant entre la marque et les produits ou services qu'elle désigne¹⁶¹².

554. Par conséquent, admettre la licéité de la parodie de marques ne signifie pas forcément reprendre l'exception connue du droit d'auteur. Il suffit de réaffirmer les limites externes des droits du titulaire¹⁶¹³. Toutefois, pour dire que la parodie de marque est licite, la jurisprudence française se réfère à la liberté d'expression¹⁶¹⁴. En réalité, elle est licite parce qu'elle se situe nécessairement à l'extérieur, et non pas à l'intérieur, de la sphère

¹⁶⁰⁸ Point 51 de la décision *Arsenal*. Le même raisonnement a été repris par de nombreuses décisions ultérieures de la Cour de justice. V. not. : CJCE, 25 janv. 2007, *Adam Opel AG c/Autec AG*, aff. C-48/05, *Rec. p. I-01017*, CJCE, 11 sept. 2007, *Céline SARL c/Céline SA*, aff. C-17/06, *Rec. p. I-07041*, CJUE, 23 mars 2010, *Google France SARL, Google Inc. c/Louis Vuitton Lalletier SA*, *Google France SARL c/ Viaticum SA*, *Luteciel SARL et Google France SARL c/Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL*, aff. jointes C-236/08 à C-238/08, *Rec. p. I-02417*.

¹⁶⁰⁹ Dans ce sens, J. PASSA, « Conditions de la contrefaçon de marque », in M. VIVANT, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 2^e éd., Dalloz, 2015, pp. 589-604, spéc. p. 595 et, indirectement, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 3^e éd., LGDJ, 2014, pp. 486-488. La jurisprudence française récente reste fidèle à la vision finaliste de la marque et s'approprie du critère de l'usage dans la vie des affaires. V. not. : Cass. com., 10 mai 2011, *Bull. IV*, n° 72, *Revue de droit du travail*, 2011, p. 649, obs. R. MARIE, Cass. com., 10 mai 2011, inédit, n°10-18.317, Cass. com., 12 juill. 2011, inédit, n° 10-22.739.

¹⁶¹⁰ M. CAUVIN, « Fifa :1 - Onze mondial : 0, Ou la prédominance de principe du droit d'auteur sur le droit public à l'information », *RLDI*, n° 38, mai 2008, pp. 6-11, spéc. p. 8.

¹⁶¹¹ A. CHAVANNE, J.-J. BURST, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX, *loc. cit.* Dans le même sens, A. STROWEL, F. TULKENS, « Freedom of expression and copyright under civil law : of balance, adaptation, and access », in J. GRIFFITHS, U. SUTHERSANEN, *Copyright and free speech, comparative and international analyses*, Oxford University Press, 2005, pp. 287-313, spéc. p. 301.

¹⁶¹² M. DUPUIS, « L'immixtion de la Convention EDH dans la propriété industrielle », *RLDA*, n° 41, août-sept. 2009, pp. 67-75, spéc. p. 75.

¹⁶¹³ P. MOURON, « La parodie, nouvelle limite externe au droit des dessins et modèles », *RLDI*, n° 98, nov. 2008, pp. 72-77, spéc. p. 75.

¹⁶¹⁴ E. BAUD, *op. cit.*, p. 414.

de réservation privative. Puisqu'il s'agit ici des limites externes du champ de la réservation privative, cette référence expresse à la liberté d'expression n'est point nécessaire¹⁶¹⁵.

555. Contrairement à ce qui a été suggéré par certains auteurs, le juge reconnaissant la parodie de marque n'est pas amené à appliquer un véritable test de proportionnalité et à peser, *in concreto*, les différents droits fondamentaux en présence¹⁶¹⁶. Il doit se demander, tout simplement, jusqu'à où s'étend la réservation privative. Si l'on suit la logique de la jurisprudence *Arsenal* et l'on considère, dans l'optique de l'interprétation conforme, qu'un usage parodique d'une marque protégée ne constitue pas, par nature, une violation des droits privatifs, cette conviction ne suffit-elle pas, en elle-même, pour admettre la licéité de la parodie de marque sans qu'il soit nécessaire d'invoquer la liberté d'expression ? Le principe de spécialité de la marque n'est-il pas déjà une manifestation de la liberté d'expression¹⁶¹⁷ ?

2. Le point de départ de la logique d'exception *extra jus auctoris*

556. L'attachement de la licéité des usages parodiques de la marque à la liberté d'expression et à la règle « *la confusion chasse la parodie* »¹⁶¹⁸ propre au droit d'auteur, ultérieurement étendu par le juge français, *mutatis mutandis*, au domaine des dessins et modèles protégés¹⁶¹⁹, a été approuvé par une partie de la doctrine. Certains auteurs voient dans cette opération une détermination claire de l'échelle des valeurs en cause et l'affirmation du principe selon lequel l'exercice des droits de la propriété intellectuelle ne saurait mettre

¹⁶¹⁵ M. VIVANT, « La contrefaçon revisitée : nécessité d'un usage dans la vie des affaires », *Le Lamy droit du numérique*, 2015, n° 2326.

¹⁶¹⁶ L'opinion contraire a été soutenue par C. Geiger qui suggère que les solutions adoptées dans les affaires *Esso* et *Areva* constituent des exemples d'application du test de proportionnalité supposant la pesée de différents droits en présence, dans l'optique des droits fondamentaux, C. GEIGER, « The social function of intellectual property rights, or how ethics can influence the shape and use of IP law », in G. B. DINWOODIE, *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 153-176, spéc. p. 173.

¹⁶¹⁷ Dans ce sens A. LATIL, *Création et droits fondamentaux*, LGDJ, 2014, p. 290.

¹⁶¹⁸ Selon le vocabulaire de C. CARON, « Exception de parodie : quid novi ? », note sous Paris, 18 févr. 2011, *JurisData* n° 2011-011965, *CCE*, n° 1, janv. 2012, comm. 1.

¹⁶¹⁹ V., sur ce point un arrêt intéressant, Paris, 21 sept. 2012, *JurisData* n° 2012-021857, *RLDI*, n° 98, nov. 2013, p. 72, obs. P. MOURON. En l'espèce il s'agissait d'un litige portant sur la reproduction de la couverture du magazine *Entreuve*, protégée au titre des dessins et modèles, par un magazine parodique *Fientreuve* édité par la société *Jalons*. Le grief de contrefaçon a été écarté en application du test propre au domaine des dessins et modèles - celui de l'observateur averti. Aux yeux du juge de la Cour d'appel, l'observateur averti, à savoir « *la personne attentive et suffisamment informée des différents magazines humoristiques diffusés en France* », serait en mesure d'établir la différence entre deux couvertures, malgré de nombreuses ressemblances entre elles, et cela grâce notamment à l'existence sur la couverture fabriquée par la société *Jalons* des inscriptions humoristiques telles que « *Attention ! Ceci est une grosse contrefaçon* » ou « *Toutes les conneries sont bonnes à dire* ». Par conséquent le produit litigieux n'était pas en mesure de reproduire, pour l'observateur averti, « *les caractéristiques essentielles du modèle déposé au point d'engendrer la même impression d'ensemble* ».

en échec les usages essentiels pour le débat démocratique¹⁶²⁰ ni permettre aux titulaires de revendiquer, à l'aide des outils juridiques, ce qu'ils n'ont pas réussi à obtenir par le consensus social¹⁶²¹. Pour reprendre le vocabulaire de A. Strowel et F. Tulkens, la liberté d'expression jouerait ainsi le rôle d'une « *bouée de sauvetage pour les utilisateurs de bonne foi se noyant dans la mer de la propriété intellectuelle* »¹⁶²².

D'autres craignent à juste titre, en invoquant également les métaphores nautiques, que le débat sur la licéité de la parodie de marque fait du droit de la propriété intellectuelle un « *îlot assiégé au sein d'un océan de liberté d'expression, toujours susceptible de l'engloutir* »¹⁶²³.

557. Ce qui est sûr, c'est que la logique d'invocation de la liberté d'expression pour bien déterminer les limites externes des droits du titulaire de la marque, superflue d'un point de vue juridique, et celle de sa mobilisation dans le domaine du droit d'auteur pour contourner la rigidité des exceptions présentent deux points communs. Premièrement, elles sous-entendent une insuffisance d'internalisation du conflit entre les droits exclusifs et les droits et libertés fondamentaux par le droit de la propriété intellectuelle. Deuxièmement, en corollaire du constat précédent, elles renversent la hiérarchie naturelle entre *lex specialis* et *lex generalis*, correspondant respectivement au droit de la propriété intellectuelle et aux droits et libertés fondamentaux.

558. Pour nous en convaincre, notons que la doctrine n'hésite pas à suggérer, dans le contexte de la parodie de marque, que « *le droit des marques, à la différence du droit d'auteur, ne connaît pas d'exceptions ou limites permettant une exonération de responsabilité en cas de reproduction sans autorisation. Pour le droit des marques, le recours à la liberté d'expression fait donc office de limites externes afin de compenser l'absence de limites internes* »¹⁶²⁴. Le conflit entre les droits privatifs et la liberté d'expression n'étant pas suffisamment internalisé par le droit des marques, la matière est susceptible d'être influencée par des règles d'origine externe¹⁶²⁵. Dans cette perspective, les droits privatifs et les droits et libertés fondamentaux se limitent réciproquement et les uns corrigent les excès

¹⁶²⁰ C. GEIGER, « Droit des marques et liberté d'expression, de la proportionnalité de la libre critique », *D.*, 2007, pp. 884-888, spéc.p. 887.

¹⁶²¹ *Ibid.*, pp 884-885.

¹⁶²² Orig. « *the lifebuoy for bona fide users drowning in a sea of intellectual property* », A. STROWEL, F. TULKENS, *op. cit.*, p. 311.

¹⁶²³ C. CARON, « Duo harmonieux sur la liberté d'expression confrontée au droit des marques », *loc. cit.*

¹⁶²⁴ M. CAUVIN, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶²⁵ A. STROWEL, F. TULKENS, *op. cit.*, p. 299.

des autres¹⁶²⁶. Certains auteurs vont encore plus loin, et estiment que la façon dont la jurisprudence française admet la licéité de la parodie de marque implique que, malgré l'absence de dispositions paralysant l'exercice du droit exclusif, ce dernier est susceptible de céder à chaque fois que cela serait dicté par les impératifs de la liberté d'expression¹⁶²⁷.

559. Une telle conception, très éloignée de la logique de la jurisprudence *Utrillo* et de l'idée de hiérarchisation en amont des intérêts en présence, s'accorde bien avec les thèses des partisans de la vision sociale des droits intellectuels. Ceux-ci décident d'appréhender la question de l'articulation des droits privatifs et des droits fondamentaux en faisant de ces derniers le point de départ de leur analyse.

Ainsi, comme le souligne D. Vorhoof, le droit d'auteur et le droit des marques peuvent, en premier lieu, être considérés comme des principes de base faisant de la parodie une brèche étroite, ouverte dans l'édifice des droits exclusifs. Dans cette optique traditionnelle la parodie, si elle est licite, elle ne peut être invoquée que dans les limites encadrées par la loi. En revanche, si l'on fait de la liberté d'expression le point de départ de notre analyse, et l'on justifie la licéité de la parodie en se plaçant dans une perspective externe, on remarquera que c'est la liberté d'expression qui constitue le principe et le droit exclusif une exception. Cela nous permettra d'admettre la licéité de la parodie même en l'absence de toute exception consacrée par la loi¹⁶²⁸. Cela vaut, bien évidemment, pour toute autre limitation des droits exclusifs.

560. Non seulement cette approche rejette, de manière ferme et non équivoque, l'idée de primauté du droit de la propriété intellectuelle sur la liberté d'expression affirmée par la jurisprudence *Utrillo*, mais aussi elle introduit une sorte de hiérarchie inverse supposant la supériorité de la liberté d'expression sur les droits exclusifs.

Dans cette perspective, nous ne sommes pas loin de l'idée selon laquelle les droits exclusifs étant des restrictions à la liberté d'expression, ils doivent être interprétés de manière

¹⁶²⁶ M. CAUVIN, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶²⁷ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004, p. 232.

¹⁶²⁸ D. VOORHOOF, « Freedom of expression, parody, copyright and trademarks », in J. C. GINSBURG, J. M BESEK, *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, ALAI-USA, 2002, pp. 636-648, spéc. p. 639 : « (...) one can consider copyright and trademark protection as the basic principle. From this perspective, freedom of expression and more specifically parody can be invoked as an exception, only allowing under very restrictive conditions reproduction or adaptation, the transformative use of parts of a protected work. From this perspective, parody is an **internal** exception within copyright or trademark law. That is one approach. But, one also can take the freedom of expression as the starting point, referring in the US to the First Amendment and referring in Europe to Article 10 of the European Convention on Human Rights, an article which has a very similar impact as the US First Amendment. (...) This approach, (...), refers to an **external** perspective. The legitimization of the exceptions for freedom of expression and parody is to be situated outside copyright (and trademark law). Confronted with intellectual property protection, this second approach guarantees the freedom of speech or parody exception, even if the copyright act or trademark law does not provide such an exception ».

stricte en tant que restrictions prescrites par la loi. La légitimité de leur exercice devrait être motivée au cas par cas, par la nécessité sociale pressente¹⁶²⁹.

561. Eu égard à ce qui précède, on peut facilement remarquer que la référence à la liberté d'expression en matière de parodie de marque constitue le point de départ d'un débat plus général sur la relation entre les droits fondamentaux et les droits intellectuels¹⁶³⁰. La question qui nous intéresse est avant tout celle de savoir si dans le contexte de ce débat, la sphère des exceptions aux droits de l'auteur est toujours immunisée contre les revendications basées sur les droits et libertés fondamentaux. La réponse à cette question est à rechercher dans les évolutions récentes du droit européen des droits de l'Homme.

Section 2. La non-remise en cause de l'approche traditionnelle par le droit européen des droits de l'Homme

562. La jurisprudence récente de la CEDH en matière de droit d'auteur a suscité une vague de polémiques autour la pertinence et de la viabilité de l'idée d'immunité du droit d'auteur français à l'encontre de la logique d'exception externe, fondée sur la liberté d'expression. Selon la doctrine majoritaire, le droit européen des droits de l'Homme remet aujourd'hui en cause la primauté absolue du droit d'auteur sur les droits et libertés fondamentaux en imposant au juge interne des méthodes d'analyse basées sur le test de proportionnalité. Ce dernier suppose la pesée au cas par cas des droits en présence et entraîne, s'il le faut, l'élargissement du champ d'application légale par référence à la Convention EDH.

563. Ce constat est à nuancer. S'il est vrai que le droit européen des droits de l'Homme bouleverse aujourd'hui la hiérarchie naturelle entre le droit d'auteur et la liberté d'expression, ce dont atteste la solution adoptée par la CEDH dans l'arrêt *Ashby Donald c/France*¹⁶³¹ (I), cette évolution n'entraîne pas nécessairement l'abandon de la théorie d'équilibre interne du droit d'auteur affirmée dans la jurisprudence *Utrillo* (II).

¹⁶²⁹ D. VOORHOOF, « La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect du droit d'auteur ? La parodie en tant que métaphore », in A. STRWOEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 39-69, spéc. p. 55.

¹⁶³⁰ C. GEIGER, « Fundamental rights, a safeguard for the coherence of intellectual property law? », *IIC*, n° 35(3), 2004, pp. 268-280, spéc. p. 268.

¹⁶³¹ CEDH, 10 janv. 2013, *Ashby Donald et autres c/France*, (ci-après *Ashby Donald*), n°36769/08, D., 2013, p. 172, obs. C. MANARA, *RTD Com.*, 2013, p. 274, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 5, mai 2013, étude 8, obs. A. ZOLLINGER, *CCE*, n° 4, avr. 2013, comm. 39, note C. CARON, *RIDA*, n° 237, juill. 2013, p. 217, obs. P. SIRINELLI, *JCP*, n° 14, 1^{er} avr. 2013, 397, note M. AFROUKH, *AJDA*, 2013, p. 1794, chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, 15 mars 2013, n°3, p. 4,

I. Le bouleversement de la hiérarchie naturelle entre le droit d'auteur et la liberté d'expression - l'affaire *Ashby Donald*

564. L'ingérence du droit européen des droits de l'Homme dans la hiérarchie entre le droit d'auteur et la liberté d'expression consiste à réduire le premier au rôle d'exception à la dernière. La CEDH l'admet dans l'arrêt *Ashby Donald* et l'audace dont elle fait ainsi preuve **(B)** contraste nettement avec la solution conservatrice adoptée par de la Cour de cassation française dans la même affaire¹⁶³² **(A)**.

A. Le conservatisme de la Cour de cassation

565. Dans l'affaire *Ashby Donald*, il s'agissait de photographies prises lors de défilés de mode parisiens, prises par des photographes accrédités par la Fédération française de la couture. Les clichés ont été transmis, par l'intermédiaire de la société Zeppelin dont l'un des photographes était le gérant, à la société américaine « *Viewfinder* », puis mis en ligne immédiatement après le défilé, et cela sans que les photographes ni les sociétés aient obtenu d'accord pour leur diffusion.

Les photographes ayant été condamnés pour contrefaçon par les juges d'appel¹⁶³³, ils formèrent un pourvoi en cassation bâti autour d'une contestation de la matérialité du délit de contrefaçon. Ils ont mis en doute l'originalité des créations de mode et ont réclamé le bénéfice de l'exception prévue dans l'article L. 122-5, 9° du CPI couvrant « *la reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but*

obs. S. LE CAM, *RLDI*, n° 92, avr. 2013, obs. L. COSTES, *D.*, 2013, p. 2487, chron. P. TREFIGNY, *D.*, 2014, p. 2078, chron. P. SIRINELLI, *Journal Européen des droits de l'Homme*, n° 2014/3, p. 355, chron. F. DUBUISSON. V. également : C. GEIGER, E. IZYUMENKO, « Copyright on the human rights' trial: redefining the boundaries of exclusivity through freedom of expression », *IIC*, n° 45(3), 2014, pp. 316-342, B. J. JUTTE, « The beginning of a (happy?) relationship: copyright and freedom of expression in Europe », *EIPR*, n° 38(1), 2016, pp. 11-22.

¹⁶³² Cass. crim., 5 févr. 2008, *Bull. Crim.*, n° 28, *RSC*, 2008, p. 618, obs. J. FRANCILLON, *RTD Com.*, 2008, p. 320, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD Com.*, 2008, p. 885, obs. B. BOULOC, *CCE*, n° 3, mars 2008, comm. 33, note C. CARON, *PI*, n° 27, avr. 2008, p. 221, obs. J.-M. BRUGUIERE, *AJ Pénal*, 2008, p. 236, obs. G. ROYER, *RLDI*, n° 37, avr. 2008, p. 9, obs. J. AITTOUARES, *RLDI*, n° 35, févr. 2008, p. 27, obs. L. COSTES, *RIDA*, n° 216, avr. 2008, p. 451, obs. P. SIRINELLI, *Droit Pénal*, n°4, avr. 2008, comm. 51, note J.-H. ROBERT, *LPA*, n° 175, 1^{er} sept. 2008, p. 6, chron. X. DAVERAT. V. encore : G. CORMAN, C. FLOURENS, V. ULMANN, « Contrefaçon de défilés de mode sur internet », *PI*, n° 28, juill. 2008, pp. 299-307.

¹⁶³³ Paris, 17 janv. 2007, *JurisData* n° 2007-327666.

exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur »¹⁶³⁴.

566. La Cour de cassation a balayé ces arguments. Le premier par référence à l'appréciation souveraine des juges du fond, le second en constatant que l'exception invoquée n'est pas applicable aux « *créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure* ». Ainsi, la Haute juridiction affirme, pour la première fois¹⁶³⁵, le caractère protégeable des défilés de mode, ce qui n'est pas choquant du fait du caractère ouvert du catalogue des œuvres protégées de l'article L. 112-2 du CPI¹⁶³⁶.

En outre, elle opère une interprétation stricte de l'exception de l'art L. 122-5, 9° dont le bénéfice est réservé, selon la même disposition du CPI, aux œuvres « d'art graphique, plastique ou architectural ». Ces catégories ne peuvent pas englober les créations de mode¹⁶³⁷, qui s'apparentent plutôt à des œuvres chorographiques¹⁶³⁸ ou à des pantomimes¹⁶³⁹.

567. Au-delà de ces précisions, la décision commentée est un exemple topique du raisonnement fidèle à la tradition moderne du droit d'auteur basée sur l'énoncé synthétique et ouvert du monopole et le caractère fermé de la liste d'exceptions.

Les photographes, mécontents de l'orthodoxie de la Cour de cassation, ont saisi la Cour européenne des droits de l'Homme, ce qui a donné lieu à une des rares décisions de cette juridiction en matière du droit d'auteur.

B. L'audace de la CEDH

568. La bataille a commencé devant la CEDH sur le terrain de l'article 7 de la Convention¹⁶⁴⁰. Les requérants ont soutenu que l'interprétation restrictive de l'exception

¹⁶³⁴ Sur cette exception v. : *supra*, n° 540 et suiv.

¹⁶³⁵ C. CARON, « Un défilé de mode est une œuvre », note sous Cass. crim., 5 févr. 2008, *Bull. Crim.*, n° 28, *CCE*, n° 3, mars 2008, comm. 33.

¹⁶³⁶ Dans ce sens, *Ibidem*.

¹⁶³⁷ F. POLLAUD-DULIAN, note sous Cass. crim., 5 févr. 2008, *Bull. Crim.*, n° 28, *RTD Com.*, 2008, pp. 320-322, spéc. p. 321.

¹⁶³⁸ J.-M. BRUGUIERE, obs sous Cass. crim., 5 févr. 2008, *Bull. Crim.*, n° 28, *PI*, n° 27, avr. 2008, pp. 221-223, spéc. p. 222.

¹⁶³⁹ J. AITTOUARES, « Le défilé de mode, œuvre de l'esprit », obs sous Cass. crim., 5 févr. 2008, *Bull. Crim.*, n° 28, *RLDI*, n° 37, avr. 2008, pp. 9-13, précités, spéc. p. 9.

¹⁶⁴⁰ Article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 1° : « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* », 2° : « *Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* ».

de l'article L. 122-5, 9° du CPI aurait violé l'art 7 de la Convention EDH, posant le principe de légalité des délits et des peines. En opérant ainsi, la Cour de cassation aurait élargi le champ d'application du délit de contrefaçon, au détriment du principe d'interprétation stricte de la loi pénale¹⁶⁴¹.

Ladite argumentation n'a pas emporté la conviction de la CEDH, pour laquelle la tâche d'interprétation et d'application de la loi nationale appartient au juge national. Le rôle de la Cour se limite, estime-t-elle, « à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation »¹⁶⁴². Aux yeux des juges strasbourgeois, l'interprétation opérée par la Cour de cassation, en ce qu'elle porte « sur le champ d'application d'une exception à la règle protégeant le droit légitime des auteurs »¹⁶⁴³, n'entraîne aucune violation des principes énoncés par l'art 7 de la Convention¹⁶⁴⁴.

569. Le second grief concernait la violation de l'article 10 de la Convention EDH. Selon les requérants, la condamnation prononcée par le juge français constitue une « ingérence injustifiée dans l'exercice de leur liberté d'expression »¹⁶⁴⁵. Les photographies litigieuses étant une « information », leur diffusion aurait relevé de l'exercice de la liberté d'expression¹⁶⁴⁶. Suivant la logique de l'art 10 de la Convention, il est soutenu devant la Cour que la condamnation au titre de contrefaçon, bien que prévue par la loi et poursuivant un but légitime, était une mesure disproportionnée qui porte une atteinte injustifiée non seulement à la liberté d'expression des photographes, mais aussi à son corollaire - le droit du public d'être informé sur les événements d'actualité, en l'occurrence l'actualité de la mode¹⁶⁴⁷.

570. La CEDH répond que « la publication des photographies litigieuses sur un site Internet dédié à la mode et proposant au public des images de défilés à la consultation libre ou payante et à la vente relève de l'exercice du droit à la liberté d'expression, et (...) la condamnation des requérants pour ces faits s'analyse en une ingérence dans celui-ci ». Certains auteurs en déduisent, à juste titre, un inversement spectaculaire de la hiérarchie traditionnelle entre le droit d'auteur et la liberté d'expression. Désormais les droits exclusifs

¹⁶⁴¹ Point 20.

¹⁶⁴² Point 23.

¹⁶⁴³ *Ibidem*.

¹⁶⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁴⁵ Point 24.

¹⁶⁴⁶ Point 26.

¹⁶⁴⁷ Points 26-27.

peuvent être considérés comme une exception à la liberté d'expression¹⁶⁴⁸. Ceci étant, la suite de la décision *Ashby Donald* est beaucoup moins révolutionnaire.

571. Ayant admis que la protection des droits des titulaires constitue une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression, la Cour était dans l'obligation de soumettre ladite ingérence au test de l'article 10, 2°¹⁶⁴⁹ de la Convention et vérifier si elle était prévue par la loi, poursuivait un but légitime et finalement si elle était nécessaire dans une société démocratique¹⁶⁵⁰.

L'ingérence étant prévue par la loi française et poursuivant un but manifestement légitime - la protection des droits d'autrui, c'est le dernier critère, celui de la nécessité dans une société démocratique, qui devait faire l'objet d'analyses approfondies. Sur ce point, en se référant à sa jurisprudence antérieure bien établie¹⁶⁵¹, la Cour définit d'abord l'adjectif « nécessaire » comme évoquant un « besoin social impérieux ». Ensuite, elle affirme qu'en matière de reconnaissance d'un tel besoin, les États contractants disposent « d'une certaine marge d'appréciation »¹⁶⁵² dont l'étendue dépend du type de discours ou d'information en cause¹⁶⁵³.

Dans cette perspective, en accord avec sa jurisprudence antérieure, la Cour rappelle les principes d'inadmissibilité de toute restriction en matière politique¹⁶⁵⁴ et l'existence d'une marge d'appréciation large en matière commerciale¹⁶⁵⁵, l'étendue de cette dernière devant toutefois être relativisée lorsqu'il s'agit de participer à un débat d'intérêt général¹⁶⁵⁶.

¹⁶⁴⁸ Pour une telle interprétation, v. : C. GEIGER, « L'utilisation jurisprudentielle des droits fondamentaux en Europe en matière de propriété intellectuelle : quel apport ? Quelles perspectives ? », in C. GEIGER, *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, 2013, pp. 193-219, spéc. pp. 201-202, C. GEIGER, F. SCHONHERR, « Limitations to copyright in the digital age », in A. SAVIN, J. TRZASKOWSKI, *Research Handbook on EU Internet Law*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 110-142, spéc. p. 119, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3^e éd., Dalloz, 2016, p. 35, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., PUF, 2015, p. 338, P.-Y. GAUTIER, « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *PI*, n° 54, janv. 2015, pp. 10-15, spéc. p. 11.

¹⁶⁴⁹ D. VOORHOOF, « Freedom of expression and the right to information: Implications for copyright », in C. GEIGER, *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 331-353, spéc. p. 333.

¹⁶⁵⁰ Point 35.

¹⁶⁵¹ V. : CEDH, 23 sept. 1994, *Jersild c/Danemark*, n° 15890/89, CEDH, 15 févr. 2005, *Steel et Morris c/Royaume-Uni*, n° 68416/01, CEDH, 12 févr. 2008, *Guja c/Moldavie*, n° 14277/04.

¹⁶⁵² Point 38, ii., V. de la décision *Ashby Donald*.

¹⁶⁵³ *Ibid.*, point 39.

¹⁶⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁵⁶ *Ibidem*. Sur l'ensemble de la question de la marge d'appréciation des États contractants en matière de limitation des droits et libertés prévus par la Convention, v. : F. TULKENS, L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC*, 2006, pp. 3-23.

En outre, la Cour souligne que lorsque le but de restriction de la liberté d'expression est, comme c'est le cas en l'espèce, la protection des droits et libertés d'autrui, eux-mêmes protégés par la Convention, la difficulté de la mise en balance des intérêts antagonistes implique nécessairement la reconnaissance, au profit des États contractants, d'une marge d'appréciation importante¹⁶⁵⁷.

572. Eu égard à ce qui précède, la Cour reconnaît en l'espèce l'existence d'une marge d'appréciation « particulièrement importante »¹⁶⁵⁸ et refuse de voir dans les sanctions infligées aux requérants par les juridictions françaises une ingérence violant l'article 10 de la Convention¹⁶⁵⁹, d'autant plus que la diffusion des photographies litigieuses constituait une démarche « avant tout commerciale » et que ses auteurs n'ont pas pris part à un débat d'intérêt général¹⁶⁶⁰.

573. Peu de temps après la décision *Ashby Donald*, la Cour européenne des droits de l'Homme a réaffirmé sa vision de la conciliation du droit d'auteur avec la liberté d'expression dans un litige concernant la condamnation pour complicité de contrefaçon par le juge suédois des créateurs d'un des plus célèbres services dédiés au partage des fichiers sur Internet - *The Pirate Bay*¹⁶⁶¹. Le service, basé sur le protocole *BitTorrent*, avait pour but de permettre aux utilisateurs d'échanger des fichiers entre eux, sans être connectés aux serveurs de *Pirate Bay*. Dans ce contexte, selon les requérants, leur condamnation résulte de l'utilisation du service par les tiers et constitue une violation de l'article 10 de la Convention dans la mesure où elle prive les créateurs du site de leur droit de recevoir et de communiquer des informations¹⁶⁶².

574. La CEDH estime, en premier lieu, que la condamnation constitue une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression, ce qui veut dire, ni plus ni moins, que l'activité de gestion d'un site permettant le partage de fichiers via le système p2p relève de l'exercice de la liberté d'expression. Ensuite, elle procède à l'analyse de cette ingérence sous l'angle des critères de l'article 10, 2° de la Convention EDH. Encore une fois, tout était question

¹⁶⁵⁷ Point 40 de la décision *Ashby Donald*.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, point 41.

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, points 44-45.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, point 39.

¹⁶⁶¹ CEDH, 19 févr. 2013, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c/Suède*, (ci-après *Pirate Bay*), n° 40397/12, CCE, n° 6, juin 2013, comm. 63, note C. CARON, *JDI*, n° 3, 2014, p. 1020, note X. AUREY, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, n° 5, 15 mai 2013, p. 3, obs. C. BERNAULT, *RIDA*, n° 237, juill. 2013, p. 217, obs. P. SIRINELLI, *PI*, n° 47, avr. 2013, p. 216, obs. J.-M. BRUGUIERE, *RTD Com.*, 2013, p. 274, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *AJDA*, 2013, p. 1794, chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2013, n° 199, p. 13, obs. L. MARINO. V. également : J. JONES, « Internet pirates walk the plank with article 10 kept at bay: Neij and Sunde Kolmisoppi v Sweden », *EIPR*, n° 35(11), 2013, pp. 695-700, C. GEIGER, E. IZYUMENKO, *loc. cit.*

¹⁶⁶² Partie « Grievs » de la décision *Pirate Bay*.

de savoir si la restriction, prévue par la loi et poursuivant un but légitime, était nécessaire dans une société démocratique.

Pour répondre à cette question, la Cour bannit toute analyse *in abstracto* et rappelle que « l'appréciation de la nécessité d'une ingérence dans une société démocratique ne se mesure pas en termes absolus »¹⁶⁶³. Elle doit tenir compte de « la nature des intérêts en présence et la mesure dans laquelle ceux-ci doivent être protégés dans les circonstances de la cause »¹⁶⁶⁴.

Ensuite, dans la ligne droite de la jurisprudence *Ashby Donald*, la Cour estime que la nature de l'information diffusée par les requérants, et particulièrement son caractère étranger à tout débat politique, ainsi que l'impératif de protection des titulaires de droits d'auteur offrent aux autorités nationales « une latitude particulièrement importante »¹⁶⁶⁵ en matière de conciliation des intérêts antagonistes.

Enfin, jugeant que l'ingérence était justifiée par des motifs impérieux et que les sanctions prononcées sous forme des peines d'emprisonnement et de dommages et intérêts n'étaient pas disproportionnées, la Cour déclare la requête irrecevable en la déclarant manifestement mal fondée¹⁶⁶⁶.

Cela nous montre bien que la décision *Pirate Bay* ne fait que reprendre les grandes lignes de celle rendue dans l'affaire *Ashby Donald*. L'attitude de la CEDH face à la conciliation du droit d'auteur avec la liberté d'expression étant exposée, reste à en évaluer la portée.

II. L'absence de bouleversement en matière d'équilibre préétabli du droit d'auteur

575. La décision *Ashby Donald* a suscité des interprétations divergentes. La doctrine majoritaire y voit un signe de rupture brutale avec la théorie d'équilibre interne du droit d'auteur. En inversant la hiérarchie traditionnelle entre les droits exclusifs et les droits et libertés fondamentaux, la CEDH aurait admis la possibilité d'application de la liberté d'expression au détriment des mécanismes conciliatoires internalisés par le droit d'auteur.

576. Cette interprétation maximaliste est à rejeter. Si la solution *Ashby Donald*, fragilise le paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur, le conflit entre leurs logiques n'est pas frontal. Si la CEDH se mêle à la question d'équilibre trouvé par le législateur

¹⁶⁶³ Partie « En droit », D de la décision *Pirate Bay*.

¹⁶⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶⁶ *Ibidem*.

national en matière de conciliation entre les droits d'auteur et la liberté d'expression, le contrôle qu'elle exerce possède une portée limitée qui ne remet pas nécessairement en cause la conception française des exceptions aux droits de l'auteur (A). À cet égard, elle s'aligne sur le raisonnement, mené également sur le terrain d'articulation entre le droit d'auteur et les droits et libertés fondamentaux, par la CJUE (B).

A. La portée limitée du contrôle opéré par la CEDH

577. Selon de nombreux commentateurs français et étrangers, la décision *Ashby Donald* ajoute une sorte de justification externe, en lien avec les droits et libertés fondamentaux, à la sanction de la violation des droits d'auteur¹⁶⁶⁷. Dans cette optique aucune condamnation restreignant la liberté d'expression ne pourra désormais être prononcée uniquement parce qu'une règle prohibant tel ou tel usage n'entre pas dans le champ d'application des exceptions prévues par la loi¹⁶⁶⁸. La liberté d'expression se transformerait ainsi en une sorte de contrainte externe pesant sur l'étendue de la protection par le droit d'auteur¹⁶⁶⁹.

Cela impliquerait la possibilité d'invocation de la liberté d'expression au-delà des mécanismes conciliatoires internalisés par le droit d'auteur, car la solution de la CEDH fait des droits exclusifs une exception au principe de la liberté d'expression¹⁶⁷⁰. À cet égard, P. Sirinelli souligne que le changement de perspective est radical et très éloigné de la logique traditionnelle du droit d'auteur dans la mesure où, désormais, « empêcher le contrefacteur de s'exprimer comme il l'entend serait susceptible, sauf explication justifiée d'être regardé comme une ingérence fautive ! »¹⁶⁷¹. Une telle lecture maximaliste de la décision de la CEDH n'emporte pas notre conviction.

¹⁶⁶⁷ O. VRINS, « The EU policies and actions in the fight against piracy », in I. STAMATOUDI, P. TORREMANS, *EU Copyright Law*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 799-945, spéc. p. 889.

¹⁶⁶⁸ O. VRINS, M. SCHNEIDER, « Cross-border enforcement of intellectual property : The European Union », in P. TORREMANS, *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 166-328, spéc. p. 320, J. JONES, « Internet pirates walk the plank with article 10 kept at bay: Neij and Sunde Kolmisoppi v Sweden », *EIPR*, n° 35(11), 2013, pp. 695-700, spéc. p. 697.

¹⁶⁶⁹ D. VOORHOOF, « Freedom of expression and the right to information: Implications for copyright », *op. cit.*, p. 331.

¹⁶⁷⁰ C. GEIGER, E. IZYUMENKO, *op. cit.*, p. 318.

¹⁶⁷¹ P. SIRINELLI, obs sous CEDH, 10 janv. 2013, *Ashby Donald et autres c/France*, n° 36769/08, *RIDA*, n° 237, juill. 2013, pp. 217-261, spéc. p. 249.

578. Notons que, contrairement à ce qui est communément admis, la solution *Ashby Donald* n'est pas inédite¹⁶⁷². En réalité, elle ne fait que reprendre les lignes d'une décision rendue le 15 janvier 1997 par l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme dans une affaire similaire, s'inscrivant également dans le fil jurisprudentiel français¹⁶⁷³.

Dans cette affaire, étant la suite d'un litige tranché par la Cour de cassation française dans un arrêt du 4 juillet 1995¹⁶⁷⁴, il s'agissait d'une diffusion par la chaîne *France 2* d'un reportage télévisé consacré à la restauration du théâtre des Champs-Élysées dans lequel apparaissaient, pour une courte durée, des fresques murales du peintre Édouard Vuillard. L'argumentation de la société *France 2*, qui réclamait le bénéfice de l'exception pour courte citation, a été rejetée par la Cour de cassation. Celle-ci a jugé, de manière classique, que « *la représentation intégrale d'une œuvre, quelles que soient sa forme et sa durée, ne peut s'analyser comme une courte citation* ». La société estime toutefois que la condamnation prononcée par le juge français « *revient à interdire aux chaînes de télévision d'exercer un droit de citation en matière artistique et, partant, porte atteinte à la liberté d'expression* »¹⁶⁷⁵.

La Commission, ayant reconnu la réalité de l'ingérence dans l'exercice du droit à communiquer les informations, constate que celle-ci était prévue par la loi, et qu'elle poursuivait un but légitime - la protection des droits d'autrui. Quant à la nécessité dans une société démocratique, elle estime que cette condition était remplie, car « *compte tenu des circonstances de l'espèce (...) il était raisonnable, pour les juridictions saisies dans l'intérêt de l'auteur et de ses ayants droit, de tenir compte des droits de ceux-ci sur les œuvres au demeurant librement diffusées par la requérante* »¹⁶⁷⁶.

Autrefois, cette décision, aujourd'hui tombée dans l'oubli, a été considérée par la doctrine comme une illustration « *de l'absence de conflit réel entre le droit d'auteur et la liberté d'information* »¹⁶⁷⁷ et une confirmation du fait que la question des contours des exceptions aux droits de l'auteur est entièrement « *laissée au soin des textes spécifiques* ».

¹⁶⁷² Ainsi il est communément admis que l'arrêt *Ashby Donald* a réalisé « *le premier examen de la législation française réprimant la contrefaçon de droit d'auteur à l'aune de la liberté d'expression* », B. GALOPIN, « Conséquences de la nature constitutionnelle et européenne du droit d'auteur : retour sur quelques décisions récentes », *RIDA*, n° 243, janv. 2015, pp. 175-235, spéc. pp. 187-189.

¹⁶⁷³ Commission européenne des Droits de l'Homme, 15 janv. 1997, *Société Nationale de programmes France 2 c/France* n° 30262/96.

¹⁶⁷⁴ Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, *Bull.* I, n° 296, *JCP*, 1995.II.22486, note J.-C. GALLOUX, *D.*, 1996, p. 4, note B. EDELMAN, *D.*, 1996, p. 73, obs. T. HASSLER.

¹⁶⁷⁵ Partie « Grief » de la décision Commission européenne des Droits de l'Homme, 15 janv. 1997 précitée.

¹⁶⁷⁶ Partie « En droit » de la décision Commission européenne des Droits de l'Homme, 15 janv. 1997 précitée.

¹⁶⁷⁷ F. DUBUISSON, « Quand le "droit" du public à l'information rencontre les "droits" sur l'information : vrai ou faux débat ? », in A. STRWOEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 71-101, spéc. p. 99.

en la matière »¹⁶⁷⁸. Les mêmes principes ne sont pas forcément remis en cause par l'arrêt *Ashby Donald*.

579. Si cette dernière remet en cause la conception traditionnelle selon laquelle le droit d'auteur et la liberté d'expression opèrent chacun dans son propre registre¹⁶⁷⁹, en montrant que la protection du premier peut constituer une atteinte à la seconde, elle n'est pas, en elle-même incompatible avec le paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur. Plus précisément, elle ne s'oppose pas à la logique d'internalisation du conflit entre les droits d'auteur et les droits et libertés fondamentales à l'aide des exceptions, d'interprétation stricte, limitativement énumérées par la loi.

Il est vrai que dans l'arrêt *Ashby Donald* la CEDH se méfie de toute démarche abstraite¹⁶⁸⁰, propre à la tradition française, et lui préfère une analyse au cas par cas, dans laquelle elle vérifie la légitimité et la proportionnalité de l'attente à la liberté d'expression à la lumière des critères de l'article 10, 2° de la Convention¹⁶⁸¹. Cela laisse ouverte la possibilité de condamnation de certaines mesures visant la protection du droit d'auteur¹⁶⁸². Cela étant, comme le fait à juste titre remarquer A. Zollinger, en soulignant l'existence, au profit des États signataires, d'une marge d'appréciation « particulièrement importante », la Cour ne souhaite pas imposer au législateur national un modèle de conciliation particulier¹⁶⁸³. Elle opère ainsi un contrôle particulièrement « mou »¹⁶⁸⁴.

580. La CEDH s'aligne ainsi sur la logique du précédent rendu par la Commission européenne des Droits de l'Homme le 15 janvier 1997, dans lequel cette dernière a souligné qu'« *il n'appartient normalement pas aux organes de la Convention de régler, au regard*

¹⁶⁷⁸ F. DUBUISSON, *Ibidem*.

¹⁶⁷⁹ *Supra*, n° 518 et suiv.

¹⁶⁸⁰ P. SIRINELLI, obs. sous CEDH, 10 janv. 2013, *Ashby Donald et autres c/France*, n°36769/08, D., 2014, pp. 2078-2090, précitées, spec p. 2089.

¹⁶⁸¹ *Ibidem*. V. également : point 38, iii de la décision *Ashby Donald* : « *La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était "proportionnée au but légitime poursuivi" et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent "pertinents et suffisants". Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents* ». Cette méthode n'est pas nouvelle. V., pour cette approche casuistique du caractère proportionné de l'ingérence, par exemple : CEDH, 25 mars 1985, *Barthold c/Allemagne*, n° 8734/79, spéc. point. 56.

¹⁶⁸² P. SIRINELLI, obs. sous CEDH, 10 janv. 2013, *Ashby Donald et autres c/France*, n°36769/08, RIDA, n° 237, juill. 2013, pp. 217-261, précitées, spéc. p. 259.

¹⁶⁸³ A. ZOLLINGER, « *Droit d'auteur et liberté d'expression : le discours de la méthode. - (Commentaire CEDH, 10 janv. 2013, n° 36769/08, Ashby Donald et a. c/ France)* », CCE, n° 5, mai 2013, étude 8, obs. précitées, spéc. n° 20.

¹⁶⁸⁴ L. MARINO, obs. sous CEDH, 19 févr. 2013, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c/Suède*, n° 40397/12, *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2013, n° 199, pp. 2418-2419, précitées, spéc. p. 2419.

du paragraphe 2 de l'article 10, les conflits susceptibles d'apparaître entre, d'une part, le droit de communiquer librement des informations et, d'autre part, le droit des auteurs dont les œuvres sont communiquées. La Commission doit apprécier s'il existe un lien proportionnel entre la limitation à la liberté précitée de la requérante et les intérêts protégés par cette limitation »¹⁶⁸⁵.

581. Vue sous cet angle, la jurisprudence *Ashby Donald* permet à certains commentateurs d'espérer qu'à l'avenir, l'invocation de la liberté d'expression sera une arme à importance mineure contre les griefs de contrefaçon¹⁶⁸⁶. Cette prévision se fonde sur le fait que la CEDH soit préoccupée non pas par le paradigme de conciliation choisi par le droit national, mais par les résultats concrets de son application dans une affaire donnée. Son intervention n'est nécessaire que dans des hypothèses marginales¹⁶⁸⁷, lorsque la décision des autorités nationales n'arrive pas à concilier, *in concreto*, les intérêts antagonistes, de façon conforme à la Convention¹⁶⁸⁸.

Dans l'arrêt *Ashby Donald*, pour évaluer la proportionnalité de l'ingérence litigieuse, la CEDH se penche sur la gravité des sanctions infligées aux requérants. Elle laisse ainsi entendre qu'une sanction démesurée de la contrefaçon peut constituer une violation de l'art 10¹⁶⁸⁹. Dans la même ligne de raisonnement, A. Zollinger suggère que le droit européen des droits de l'Homme pourrait par exemple être invoqué pour « corriger » la décision du juge national ayant trop rigoureusement appliqué le test en trois étapes jusqu'à priver une exception fondée sur la liberté d'expression de sa substance¹⁶⁹⁰. Il pourrait également être invoqué pour rappeler à l'ordre le législateur n'ayant pas prévu une exception dont la nécessité serait dictée par l'impératif de la protection de la liberté d'expression¹⁶⁹¹. À suivre ce raisonnement, « les droits de l'homme apparaîtraient (...), non comme

¹⁶⁸⁵ Partie « En droit », de la décision Commission européenne des Droits de l'Homme, 15 janv. 1997 précitée. Selon A. Zollinger, cette formule confirme la thèse selon laquelle « la problématique du "droit de voir" ne sera pas tranchée par la Cour européenne des droits de l'Homme, mais relèvera de la marge nationale d'appréciation », A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008, p. 362.

¹⁶⁸⁶ J. JONES, « Internet pirates walk the plank with article 10 kept at bay: Neij and Sunde Kolmisoppi v Sweden », *EIPR*, n° 35(11), 2013, pp. 695-700, spéc. p. 697.

¹⁶⁸⁷ B. GALOPIN, « Conséquences de la nature constitutionnelle et européenne du droit d'auteur : retour sur quelques décisions récentes », *RIDA*, n° 243, janv. 2015, pp. 175-235, spéc. p. 203.

¹⁶⁸⁸ Dans ce sens, M. KAMINSKI, « Copyright crime and punishment : The first amendment's proportionality problem », *Maryland Law Review*, n° 73, 2014, pp. 587-634, spéc. p. 601.

¹⁶⁸⁹ Dans ce sens, P. E. GELLER, « The celestial jam session : creative sharing online caught in conflicts of copyright laws », *EIPR*, n° 37(8), 2015, pp. 490-497, spéc. p. 496.

¹⁶⁹⁰ A. ZOLLINGER, « Droit d'auteur et liberté d'expression : le discours de la méthode - (Commentaire CEDH, 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald et a. c/ France*) », *op. cit.*, n° 29, A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008, p. 380.

¹⁶⁹¹ A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 375.

une menace contre notre modèle de droit d'auteur, mais au contraire comme un moyen de s'assurer que ce dernier reste équilibré et fidèle à lui-même »¹⁶⁹².

En outre, cette lecture modérée de l'arrêt *Ashby Donald* s'accorde bien avec la vision de conciliation du droit d'auteur avec les droits et libertés fondamentaux défendue par la CJUE.

B. L'alignement sur la position prise par la CJUE

582. La solution *Ashby Donald* est à rapprocher notamment du raisonnement de la CJCE adopté dans la décision *Promusicae*¹⁶⁹³, concernant la question de conciliation du droit d'auteur avec le droit à la vie privée. Dans cette affaire, il s'agissait précisément de la question de communication des données personnelles des internautes soupçonnés de contrefaçon par les fournisseurs d'accès à Internet aux associations de défense des droits d'auteur, dans le cadre d'une instance civile.

La CJCE constate que le droit communautaire n'impose pas ni n'interdit pas aux États membres de prévoir « *l'obligation de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer la protection effective du droit d'auteur dans le cadre d'une procédure civile* »¹⁶⁹⁴. Cette solution résulte de la lecture conjointe des dispositions de plusieurs directives européennes qui tantôt ne prévoient qu'une faculté, pour les États membres, de prendre une telle mesure¹⁶⁹⁵, tantôt l'imposent, mais dans des contextes différents¹⁶⁹⁶. Pour arriver à sa

¹⁶⁹² A. ZOLLINGER, « Droit d'auteur et liberté d'expression : le discours de la méthode. – (Commentaire CEDH, 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald et a. c/ France*) », *loc. cit.*

¹⁶⁹³ CJCE, 29 janv. 2008, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) c/ Telefonica de Espana SAU*, aff. C-275/06, *Rec. p. I-00271*, (ci-après *Promusicae*), *PI*, n° 27, avr. 2008, p. 239, obs. V.-L. BENABOU, *CCE*, n° 3, mars 2008, comm. 32, note C. CARON, *Revue Europe*, n° 3, mars 2008, comm. 98, note E. BERNARD, *RTD Com.*, 2008, p. 302, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD Eur.*, 2008, p. 405, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *D.*, 2008, p. 480 obs. J. DALEAU, *Gaz. Pal.*, n° 75, 15 mars 2008, p. 21, note J.-C. ZARKA, *Gaz. Pal.*, n° 131, 10 mai 2008, p. 38, obs. L. DJOLAKIAN, *Gaz. Pal.*, n° 299, 25 oct. 2008, p. 50, obs. P. BALLET, A. COLLIN, *RLDI*, n° 37, avr. 2008, p. 6, obs. L. SZUSKIN, M. DE GUILLENCHMIDT.

¹⁶⁹⁴ Point 70 de la décision *Promusicae*.

¹⁶⁹⁵ L'art 5, 1° de la directive 2002/58/CE du 12 juill. 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, pose un principe selon lequel « *les Etats membres garantissent, par la législation nationale, la confidentialité des communications effectuées au moyen d'un réseau public de communications et de services de communications électroniques accessibles au public, ainsi que la confidentialité des données relatives au trafic y afférentes* ». Ledit principe peut toutefois connaître des exceptions qui sont précisées dans l'article 15, 1° de la même directive. Les Etats membres peuvent adopter des mesures législatives atténuant la portée du principe de confidentialité de données à caractère personnel « *lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée, au sein d'une société démocratique, pour sauvegarder la sécurité nationale, c'est-à-dire la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques comme le prévoit l'article 13, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE* ». L'article auquel renvoie la disposition précitée permet aux Etats membres de limiter l'obligation de confidentialité des données

conclusion, la CJUE procède à une analyse de cette problématique sous l'angle du conflit des droits fondamentaux.

En premier lieu, elle affirme que le droit d'auteur, attaché au droit fondamental de propriété¹⁶⁹⁷, constitue un de principes généraux du droit communautaire¹⁶⁹⁸. Puis elle constate que la question soulevée de communication de données à caractère personnel confronte le droit d'auteur à un autre droit, tout aussi fondamental - le droit du respect de la vie privée¹⁶⁹⁹.

En second lieu, la CJCE considère qu'en l'absence de dispositions contraignantes prévues par le droit communautaire, il appartient aux États membres de trouver un « juste équilibre » entre les droits en conflit, par la transposition des directives relatives à la protection des données personnelles et le droit d'auteur¹⁷⁰⁰. Selon la Cour de Justice, celles-ci « laissent aux États membres une nécessaire marge d'appréciation pour définir des mesures de transposition qui puissent être adaptées aux différentes situations envisageables »¹⁷⁰¹.

583. À l'image de l'approche adoptée par la CEDH dans l'arrêt *Ashby Donald*, la nécessité d'arbitrage entre deux droits d'égale valeur est soulignée, mais aucun modèle de conciliation concret n'est imposé par la CJCE¹⁷⁰². L'on peut observer ici une certaine neutralité de la Cour de Justice face à la méthode de conciliation entre le droit d'auteur et les autres droits et libertés fondamentaux¹⁷⁰³.

personnelles dans le but de protection des droits et libertés d'autrui. Selon la CJUE dans l'arrêt *Promusicae*, « lesdites dispositions de l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58 doivent être interprétées comme exprimant la volonté du législateur communautaire de ne pas exclure de leur champ d'application la protection du droit de propriété ni des situations dans lesquelles les auteurs cherchent à obtenir cette protection dans le cadre d'une procédure civile », point 53. Cependant, en ce qu'elles ne consacrent qu'une faculté, elles ne peuvent pas, selon la Cour de Justice être interprétées comme étant contraignantes, point 55.

¹⁶⁹⁶ Les directives 200/31/CE, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur, 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, et 2004/48/CE, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, bien qu'elles « visent à ce que les États membres assurent, notamment dans la société de l'information, la protection effective de la propriété intellectuelle, et en particulier du droit d'auteur », (point 57 de décision *Promusicae*), elles ne sont pas applicables dans les domaines de la protection des données personnelles relevant de la directive 95/46/CE. V., sur ce point : les exclusions prévues respectivement par l'article 1, 5°, b), l'article 9 et l'article 8, 3°, e) des directives précitées.

¹⁶⁹⁷ *Supra*, n° 520 et n° 533.

¹⁶⁹⁸ Point 62 de la décision *Promusicae*.

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*, point 63.

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*, points 66-68.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, point 67.

¹⁷⁰² V.-L. BENABOU, obs. sous CJCE, 29 janv. 2008, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) c/Telefonica de Espana SAU*, aff. C-275/06, PI, n° 27, avr. 2008, pp. 239-240, précitées, spéc. p. 240. Dans le même sens, A. TSOUTSANIS, « Privacy and piracy in cyberspace: justice for all », *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, n° 12, vol. 8, 2013, pp. 952-956, spéc. p. 953.

¹⁷⁰³ *Contra* : L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 153, pour laquelle la solution de la CJUE dans l'arrêt *Promusicae* « (...) n'est pas aussi neutre qu'elle paraît. Elle affirme l'existence du conflit de droit, elle prend parti sur la méthode pour le résoudre et elle rappelle le pouvoir du juge ».

Pour nous en convaincre définitivement, notons que la jurisprudence postérieure de la CJUE, reprenant la solution *Promusicae*¹⁷⁰⁴, a clairement affirmé qu'«*il incombe aux autorités et aux juridictions nationales, dans le cadre des mesures adoptées pour protéger les titulaires de droits d'auteur, d'assurer un juste équilibre entre la protection de ce droit et celle des droits fondamentaux de personnes qui sont affectées par de telles mesures*»¹⁷⁰⁵. En s'attachant à ce principe, tantôt la Cour de Justice cautionne les résultats de la conciliation du droit d'auteur avec les impératifs de protection d'autres droits fondamentaux¹⁷⁰⁶, tantôt elle les condamne¹⁷⁰⁷. Dans tous les cas, il ne s'agit toutefois pas d'imposer aux autorités nationales une seule méthode conciliation, basée sur le test de proportionnalité¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰⁴ CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet Extended SA c/Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. C-70/10, (ci-après *Scarlet*), *Rec. I-11959*, *CCE*, n° 6, juin 2012, comm. 63, note A. DEBET, *PI*, n° 45, oct. 2012, p. 436, obs. V.-L. BENABOU, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, n° 1, 15 janv. 2012, p. 1, obs. C. BERNAULT, *Gaz. Pal.*, n° 477, 16 févr. 2012, p. 14, obs. L. MARINO, *D.*, 2011, p. 2925, obs. C. MANARA, *D.*, 2012, p. 2343, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC, P. TREFIGNY, *D.*, 2012, p. 2836, obs. P. SIRINELLI, *RSC*, 2012, p. 163, obs. J. FRANCILLON, *RTD Eur.*, 2012, p. 404, obs. F. BENOIT-ROHMER, *RTD Eur.*, 2012, p. 957, obs. E. TREPPOZ.

¹⁷⁰⁵ Point 45 de la décision *Scarlet*. Le principe a été repris par la jurisprudence ultérieure. V. not. : point 46 de la décision de la CJUE du 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH c/Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, aff. C-314/12, publié au Recueil numérique, *RTD Eur.*, 2015, p. 173, obs. F. BENOIT-ROHMER, *RTD Com.*, 2014, p. 609, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.*, 2014, p. 1246, obs. C. CASTETS-RENARD, *D.*, 2014, p. 2078, obs. P. SIRINELLI, *CCE*, n°5, mai 2014, comm. 43, note C. CARON, *Revue Europe*, n°5, mai 2014, comm. 229, note L. IDOT, *PI*, n° 52, juill. 2014, p. 288, obs. J.-M. BRUGUIERE, *Gaz. Pal.*, 17 juill. 2014, n° 198, p. 18, chron. L. MARINO, *RLDI*, n°103, avr. 2014, p. 23, obs. L. COSTES, *RLDI*, n° 105, juin 2014, p. 12, obs. G. BUSSEUIL, *RLDI*, n° 105, juin 2014, p. 74, obs. O. ROUX.

¹⁷⁰⁶ V. not. : CJUE, 19 avr. 2012, *Bonnier Audio, Earbooks et autres c/Perfect Communication Sweden*, aff. C-461/10, publiée au Recueil numérique, *PI*, n° 45, oct. 2012, p. 438, obs. V.-L. BENABOU. Dans cette affaire la Cour de Justice a jugé que la législation suédoise qui «*permet à la juridiction nationale saisie d'une demande d'injonction de communiquer des données à caractère personnel, introduite par une personne ayant qualité pour agir, de pondérer, en fonction des circonstances de chaque espèce et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité, le intérêts opposés en présence*», (point 59) était «*susceptible, en principe, d'assurer un juste équilibre entre la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droit d'auteur, et la protection des données à caractère personnel dont bénéficie un abonné à Internet ou un utilisateur d'Internet*», point 60.

¹⁷⁰⁷ V. not. : la partie de la décision *Scarlet* portant sur la question de savoir si le droit de l'Union Européenne, interprété à la lumière des exigences résultant de la protection de différents droits fondamentaux, s'oppose à une injonction, faite par le juge à un fournisseur d'accès à internet, de filtrer, à titre préventif, à ses frais exclusifs, sans limitation dans le temps, toutes les communications passant par ses services, à l'égard de tous ses clients, dans le but de repérer et, le cas échéant, bloquer le transfert de fichiers illégaux (point 29). Pour la Cour de Justice, un tel système, pouvant porter atteinte à la liberté d'information car ne distinguant pas entre un contenu illicite et un contenu licite, ne satisferait pas à l'exigence «*d'assurer un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part*», point 53. Dans le même sens : CJUE, 16 févr. 2012, *SABAM c/Netlog NV*, aff. C-360/10, publié au Recueil numérique, *PI*, n° 45, oct. 2012, p. 436, obs. V.-L. BENABOU, *CCE*, n° 6, juin 2012, comm. 63, note A. DEBET.

¹⁷⁰⁸ A cette occasion, F. Peraldi Leneuf souligne que «*(...) ce sont l'excès, la disproportion décelée dans la généralité de la mesure, qui confine à l'arbitraire, qui sont sanctionnés. Ce qui signifie qu'il serait évidemment très imprudent de déduire qu'il s'agit d'une position établie du juge. A contrario, tout dispositif cohérent, juste, non discriminatoire et protecteur des intérêts des consommateurs ou utilisateurs pourrait être validé*», F. PERALDI LENEUF «*Conflit de règles et de valeur en droit européen : de la conciliation à la pesée d'intérêts*», in P. PERALDI LENEUF, S. SCHILLER, *Les conflits horizontaux de normes, Le traitement*

584. En ce qui concerne précisément le test de proportionnalité, supposant la pesée, au cas par cas, des droits en présence, la Cour de Justice y est souvent hostile en matière du droit d'auteur. En atteste notamment sa décision dans l'affaire *Laserdisken*¹⁷⁰⁹.

La société polonaise *Laserdisken* pratiquait l'importation de phonogrammes et de copies d'œuvres cinématographiques de pays situés en dehors de l'Union européenne et la vente de ceux-ci au Danemark. Elle bénéficiait de la règle d'épuisement international jusqu'à la transposition, par le législateur danois, de l'article 4, 2° de la directive 2001/29/CE, prévoyant la règle d'épuisement communautaire et excluant tout épuisement international. La société a estimé que ladite transposition « *a pour effet de priver les citoyens de l'Union de leur droit de recevoir des informations, en violation de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »¹⁷¹⁰.

Cet argument s'explique par le fait que dans la situation où le titulaire n'a pas donné son consentement à la première vente dans la Communauté, il se peut que l'œuvre soit commercialisée en dehors de celle-ci, sans qu'elle puisse l'être dans les États membres¹⁷¹¹.

585. Après avoir fait référence aux trois critères de l'art 10, 2° de la Convention, la Cour de Justice se borne à constater que « *la restriction alléguée de la liberté de recevoir des informations est justifiée au regard de la nécessité de protéger les droits de propriété intellectuelle tels que le droit d'auteur, qui font partie du droit de propriété* »¹⁷¹² et elle ne procède pas à un véritable contrôle de proportionnalité approfondi¹⁷¹³. Comme le souligne A. Lucas, la Cour est ici très loin d'imposer aux autorités nationales l'obligation de faire recours au test de proportionnalité à chaque fois que le droit d'auteur entre en conflit avec les autres droits et libertés fondamentaux¹⁷¹⁴.

586. Au demeurant, en ce qui concerne l'interprétation et l'application des exceptions dans le contexte du conflit entre le droit d'auteur avec les autres droits et libertés fondamentaux, la CJUE se montre récemment très protectrice à l'égard de l'idée d'équilibre

légistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent, Mare & Martin, 2014, pp. 247-268, spéc. p. 263.

¹⁷⁰⁹ CJCE, 12 sept. 2006, *Laserdisken ApS c/Kulturministeriet*, aff. C-479/04, (ci-après *Laserdisken*), *Rec.* p. I-8113, *D.*, 2006, p. 2398, obs. J. DALEAU, *RTD Com.*, 2007, p. 80, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *PI*, n° 23, avr. 2007, p. 211, obs. A. LUCAS, *JCP E*, n° 5, 31 janv. 2008, 1144, obs. A. ZOLLINGER, *Revue Europe*, n° 11, nov. 2006, comm. 333, note F. MARIATTE. V. également : M. M. FRABBONI, « The ECJ has no doubts over Community exhaustion », *Entertainment Law Review*, n° 18(2), 2007, pp. 70-72.

¹⁷¹⁰ Point 60 de la décision *Laserdisken*.

¹⁷¹¹ M. M. FRABBONI, *op. cit.*, p. 72.

¹⁷¹² Point 65 de la décision *Laserdisken*.

¹⁷¹³ B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, 2012, p. 167.

¹⁷¹⁴ A. LUCAS, note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, *Bull.* n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, *PI*, n° 56, juill. 2015, pp. 281-285, spéc. p. 285.

interne. Ainsi, dans l'arrêt *Infopaq*¹⁷¹⁵, elle se prononce sur la question d'interprétation de l'exception pour reproduction provisoire, consacrée par l'art 5, 1° de la directive 2001/29/CE en estimant que « *selon une jurisprudence constante, les dispositions d'une directive qui dérogent à un principe général établi par cette même directive doivent faire l'objet d'une interprétation stricte* »¹⁷¹⁶.

En outre, selon la Cour, il résulte des considérants 4, 6 et 21 de la directive 2001/29/CE que les conditions d'application de l'exception « *doivent être également interprétées à la lumière de l'exigence de sécurité juridique des auteurs en ce qui concerne la protection de leurs œuvres* »¹⁷¹⁷.

Somme toute, il semble que la Cour de Justice soit éloignée de la logique de pesée d'intérêts au cas par cas au détriment de la liste fermée d'exceptions¹⁷¹⁸.

¹⁷¹⁵ CJCE, 16 juillet 2009, *Infopaq*, précitée

¹⁷¹⁶ Point 56 de la décision *Infopaq*.

¹⁷¹⁷ Point 59 de la décision *Infopaq*.

¹⁷¹⁸ Dans ce sens, A. LUCAS, note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, Bull. n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, *PI*, n° 56, juill. 2015, pp. 281-285, spéc. 284.

Conclusions du Chapitre 1

587. Fruit de l'apparition du discours sur la remise en cause des catégories juridiques traditionnelles par les droits et libertés fondamentaux, la question de conciliation des droits d'auteur avec la liberté d'expression n'a pas été envisagée par les rédacteurs de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique. Toutefois, il découle naturellement de la conception du droit d'auteur, que cette dernière a consacré, que ce conflit doit être entièrement internalisé par les lois sur le droit d'auteur. En atteste l'arrêt *Utrillo* dans lequel la Cour de cassation estime que les exceptions aux droits de l'auteur prévues par le législateur français constituent des mesures nécessairement proportionnées et appropriées, limitant les attaques envers les droits d'auteur au nom de la liberté d'expression. Il en résulte que l'invocation directe de la liberté d'expression au détriment des exceptions légales n'est pas possible.

588. Cette approche, en parfait accord avec le paradigme d'équilibre préétabli de la matière, a prétendument été remise en cause par la CEDH dans l'arrêt *Ashby Donald*. Cette interprétation est à nuancer. Certes, désormais le législateur français n'est plus souverain en matière de conciliation du droit d'auteur avec la liberté d'expression. Bénéficiant d'un large pouvoir d'appréciation, il devient une sorte de « sous-traitant »¹⁷¹⁹, jugé sur les résultats de son travail. Néanmoins l'absence de directives formulées par la CEDH quant à la façon d'accomplir la tâche de conciliation sous-traitée et son attachement à la marque d'appréciation nationale en la matière nient la réalité de la condamnation de la solution *Utrillo*.

Dans cette optique, une partie de la doctrine, opérant une lecture *a minima* de la solution de la CEDH, souligne à juste titre que même après l'arrêt *Ashby Donald*, les juges internes peuvent continuer « *d'appliquer rigoureusement le principe de liste fermée d'exceptions, et refuser d'examiner l'argument tiré de l'article 10, sans encourir automatiquement un constat de violation de part de la Cour européenne des droits de l'homme* »¹⁷²⁰. La marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales devrait

¹⁷¹⁹ Selon le vocabulaire de L. MARINO, obs. sous CEDH, 19 févr. 2013, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c/Suède*, n° 40397/12, *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2013, n° 199, pp. 2418-2419, spéc. p. 2419.

¹⁷²⁰ A. ZOLLINGER, « Droit d'auteur et liberté d'expression : le discours de la méthode. - (Commentaire CEDH, 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald et a. c/France*) », *op. cit.*, n° 23, Dans le même sens C. MARECHAL, « Les exceptions au droit d'auteur sur les œuvres d'art », *CCE*, n°10, oct. 2015, étude 18, spéc. n°9.

englober « *l'application normale d'une législation veillant, en son sein, à préserver des facultés d'expression* »¹⁷²¹ et profiter à la protection des droits des auteurs¹⁷²².

Une telle interprétation est conforme non seulement à la tradition française du droit d'auteur, mais aussi au droit de l'Union européenne, penchant toujours, au moins en ce qui concerne le conflit entre le droit d'auteur et les droits fondamentaux, vers le paradigme d'équilibre préétabli.

Reste à savoir si la réception de la solution *Ashby Donald* en France se fera dans l'optique de cette interprétation minimaliste.

¹⁷²¹ A. ZOLLINGER, « Droit d'auteur et liberté d'expression : le discours de la méthode. - (Commentaire CEDH, 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald et a. c/ France*) », *op. cit.*, n° 23. La même opinion a été soutenue par A. Zollinger dans sa thèse, publiée avant que l'arrêt *Ashby Donald* soit rendu : A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 380-381. Dans le même sens, P. SIRINELLI, obs. sous CEDH, 10 janv. 2013, *Ashby Donald et autres c/France*, n°36769/08, *RIDA*, n° 237, juill. 2013, pp. 217-261, spéc. p. 259. Selon D. Voorhoof, « *it is striking to observe (...) that neither the French nor the Swedish courts have pertinently motivated why the convictions of the applicants based on the copyright law in their respective countries were in accordance with Article 10 ECHR. Neither of the national courts explicitly struck a fair balancing of the rights at issue, justifying the interference solely on the application of the copyright law* », D. VOORHOOF, « Freedom of expression and the right to information: Implications for copyright », in C. GEIGER, *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 331-353, spéc. p 348. Pourtant, aucune condamnation n'a été prononcée.

¹⁷²² X. AUREY, note sous CEDH, 19 févr. 2013, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c/Suède*, précitée, n° 40397/12, *JDI*, n°3, 2014, pp. 1020-1022, spéc. p. 1022.

Chapitre 2. L'externalisation du conflit entre le droit d'auteur et la liberté d'expression

589. L'arrêt *Ashby Donald* a été rendu à une époque où le droit européen des droits de l'Homme est accusé de tous les maux du monde juridique contemporain. Dans sa célèbre chronique, publiée en 2008, B. Edelman appelle la Cour européenne des droits de l'Homme une juridiction tyrannique¹⁷²³ ayant instrumentalisé les droits de l'Homme, la Convention et ses propres précédents, pour désorganiser les systèmes juridiques internes. Elle est devenue, dit-il, « l'exemple à ne pas suivre, le contre-exemple absolu », et ajoute que « la chose est d'autant plus grave qu'elle impose aux juridictions nationales - qui, a priori, respectent la "prééminence du droit" - une jurisprudence chaotique et contradictoire, semant le trouble dans leur rang et détruisant, sans vergogne, "le patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques" qu'elle avait à charge de protéger ! ».

590. Dans le domaine du droit d'auteur, la lecture minimaliste de la solution *Ashby Donald* que nous avons soutenue affaiblit quelque peu ces accusations. Le juge français demeure libre de défendre la « tradition politique » du droit d'auteur français en rejetant la logique de l'exception externe, fondée sur la liberté d'expression.

Cela étant, tel n'a pas été son choix. La Cour de cassation aurait pu décider de protéger la tradition hexagonale du droit d'auteur et essayer de présenter la théorie de l'équilibre interne de la matière comme s'inscrivant parfaitement dans la marge d'appréciation conférée par la CEDH en matière de conciliation du droit d'auteur avec la liberté d'expression¹⁷²⁴. Elle a pourtant préféré une interprétation jusqu'au-boutiste et erronée de la solution *Ashby Donald*. Dans le cadre de celle-ci, la liberté d'expression est effectivement devenue une justification externe de la sanction de violation des droits d'auteur et une véritable exception aux droits de l'auteur, à contours incertains.

591. S'éloignant du conservatisme de l'arrêt *Utrillo* le juge français a ainsi décidé d'abandonner le paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur, en externalisant le conflit entre ce dernier et la liberté d'expression (**Section 1**). L'abandon du principe de la liste fermée d'exceptions et la montée en puissance du juge du droit d'auteur qu'entraîne cette évolution sont souvent présentés comme un signe d'américanisation du droit d'auteur français. En réalité, il n'en est rien. Le rejet de la thèse selon laquelle on assiste ici à la

¹⁷²³ V. : B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.*, 2008, pp. 1946-1953.

¹⁷²⁴ Pour la possibilité d'une telle interprétation de la jurisprudence *Ashby Donald* par le juge interne, v. : B. GALOPIN, « Conséquences de la nature constitutionnelle et européenne du droit d'auteur : retour sur quelques décisions récentes », *op. cit.*, p. 207.

réception de la logique du *fair use* (**Section 2**) nous permettra d'expliciter les raisons pour lesquelles l'idée d'équilibre préétabli du droit d'auteur a cédé devant l'offensive de la liberté d'expression.

Section 1. L'abandon du paradigme décidé par le juge français

592. L'histoire du droit d'auteur et de ses exceptions montre que le juge français n'a jamais vraiment accepté la mission qui lui a été confiée par les rédacteurs de la loi du 11 mars 1957. A la moindre occasion, le magistrat tend à rouvrir la liste d'exceptions limitativement énumérées par la loi et de retrouver son pouvoir créateur d'autrefois dont il est aujourd'hui formellement privé.

Dans cette optique, il n'est pas étonnant qu'en matière du conflit entre le droit d'auteur et la liberté d'expression la Cour de cassation ait donné, dans son arrêt *Klasen* du 15 mai 2015¹⁷²⁵, une lecture favorable à l'approche fondée sur le test de proportionnalité **(I)**. Le fait que sa solution s'inscrive dans le contexte plus large de l'évolution récente des méthodes de raisonnement pratiquées par la Cour de cassation confirme sa portée générale **(II)**.

I. Vers la généralisation du test de proportionnalité

593. Dans l'arrêt *Klasen* ayant déjà, malgré son jeune âge, été compté parmi les « grandes décisions » rendues en matière de la propriété intellectuelle¹⁷²⁶, la Cour de cassation a exposé son interprétation de la solution *Ashby Donald* **(A)**. Elle semble lui avoir reconnu, à tort, une portée maximale. Toutefois, la modestie de la technique de cassation pour manque de base légale à laquelle la cour régulatrice a fait recours obscurcit quelque peu sa solution **(B)**.

¹⁷²⁵ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, *CCE*, n° 10, oct. 2015, étude 17, obs. M. VIVANT, *JCP*, n° 38, 14 Sept. 2015, 967, obs. C. GEIGER, *CCE*, n° 7, juill. 2015, comm. 55, note C. CARON, *D.*, 2015, p. 1672, obs. A. BENSAMOUN, P. SIRINELLI, *RTD Com.*, 2015, p. 515, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *Gaz. Pal.*, n° 309, 5 nov. 2015, p. 13 obs. L. MARINO, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, n° 7, 1^{er} juill. 2015, p. 1, obs. A. LUCAS, *RLDI*, n° 116, juin 2015, p. 17, obs. L. COSTES, *PI*, n° 56, juill. 2015 p. 281, note A. LUCAS et p. 285 note J.-M. BRUGUIERE, *D.*, 2015, p. 1094, obs. A. T., *PI*, n° 58, janv. 2016, p. 89, obs. M. VIVANT, C. GEIGER.

¹⁷²⁶ J.-M. BRUGUIERE, note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.39, non encore publié au Bulletin, *PI*, n°56, juill. 2015, pp. 285-287, spéc. p. 285.

A. La lecture de la solution *Ashby Donald* par le juge français - l'arrêt *Klasen*

594. Dans l'affaire *Klasen* il s'agissait d'un litige opposant un artiste-peintre Peter Klasen et un photographe de mode Alix Malka. Trois clichés du photographe, qui montraient un visage maquillé d'une femme et qui ont été publiés avec la mention de son nom dans un magazine italien, ont été intégrés dans plusieurs toiles du peintre, colorées en bleu.

595. L'auteur des photographies a intenté une action en contrefaçon de ses droits d'auteur. La ligne de défense de l'artiste-peintre s'est cristallisée, en premier lieu, autour de la contestation du caractère protégeable des photographies litigieuses. Faute d'originalité suffisante, elles ne seraient, selon lui, qu'une « simple prestation technique commanditée ». En outre, sont invoquées, à titre subsidiaire, les exceptions de parodie, de courte citation et « d'utilisation accessoire », ainsi que le bénéfice de la liberté d'expression.

Les juges d'appel¹⁷²⁷ ont d'abord considéré les œuvres litigieuses dignes de protection au titre du droit d'auteur. Pour eux, le siège de l'originalité se trouvait dans l'agencement des différents éléments présentés sur les photographies leur donnant « *une physionomie propre qui les distingue des autres photographies du même genre* ». De plus, ils ont écarté le jeu des exceptions invoquées « *nécessairement d'interprétation restrictive* ».

596. Ainsi, l'exception de courte citation se trouve écartée du fait de la place « non négligeable » qu'occupaient les photographies dans les œuvres du peintre. Le même argument a été évoqué pour justifier le rejet de l'idée de reproduction accessoire. L'exception de parodie n'a pas non plus été mobilisée avec succès, car les reprises des photographies étaient de simples utilisations non autorisées, non accompagnées d'éléments permettant d'identifier une parodie ou une dérision.

597. Quant à la partie de l'argumentation réclamant le bénéfice de la liberté d'expression, les juges d'appel ont mené une réflexion en parfait accord avec la vision minimaliste du message véhiculé par la jurisprudence *Ashby Donald*. Après avoir rappelé que la liberté d'expression peut être légitimement limitée, pour protéger d'autres droits individuels, ils estiment que « *la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts en présence* » ne saurait permettre à ce que la revendication et l'exercice des droits d'auteur sur l'œuvre dérivée se fassent « *au mépris des droits d'autrui attachés aux œuvres premières* ». La Cour d'appel ajoute également que « *les droits sur des œuvres arguées de contrefaçon ne sauraient (...), faute d'intérêt supérieur, l'emporter sur ceux des œuvres*

¹⁷²⁷ Paris, 18 sept. 2013, n° 12/02480, *Légipresse*, n° 313, 2014, p. 103, note B. KHALVADJIAN.

dont celles-ci sont dérivées, sauf à méconnaître le droit à la protection des droits d'autrui en matière de création ».

Tout cela a conduit les juges d'appel à retenir le délit de contrefaçon et d'infirmier le jugement de première instance l'ayant écarté en reconnaissant le jeu de l'exception de parodie¹⁷²⁸.

598. Contrairement à toute attente, devant la Cour de cassation, le moyen tiré de la violation de l'art 10, 2° de la Convention EDH fut accueilli. Pour prononcer une cassation, au visa dudit article, la Cour régulatrice reproche à la cour d'appel, de ne pas « *expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait* » et d'avoir ainsi « *privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé* ».

À première vue, l'apport de cet arrêt est clair. La décision conservatrice des juges du fond est réformée et la cassation s'opère à travers une formule qui se situe aux antipodes de la tradition française du droit d'auteur, privilégiant l'approche abstraite du conflit entre le droit d'auteur et la liberté d'expression. En réalité, l'exégèse de l'arrêt *Klasen* est beaucoup moins aisée, car, après tout, il ne s'agit « que » d'une cassation pour manque de base légale.

B. La portée incertaine d'une censure pour manque de base légale

599. La doctrine majoritaire voit dans l'arrêt *Klasen* une rupture brutale avec la théorie d'équilibre interne du droit d'auteur et la création, pure et simple, d'une nouvelle exception aux droits de l'auteur dont le mécanisme repose sur l'invocation directe de la liberté d'expression (1). Tout en signalant que cette interprétation emportera notre conviction, on ne saurait passer outre un courant doctrinal suggérant que la cassation pour manque de base légale intervenue dans l'arrêt *Klasen*, loin d'être révolutionnaire, prenne forme d'une censure purement disciplinaire (2).

1. Une lecture maximaliste

600. Dans l'arrêt *Klasen*, la Cour de cassation semble imposer au juge, saisi d'un grief tiré de la violation des droits d'auteur, la recherche concrète d'un équilibre entre le droit d'auteur et les droits et libertés fondamentaux. Toute démarche abstraite, propre à la tradition

¹⁷²⁸ TGI Paris, 31 janv. 2012, n° 10/02898.

française du droit d'auteur, serait ainsi bannie. La sanction de la violation des droits d'auteur doit, dans chaque cas, être fruit de la recherche d'un juste équilibre entre les droits en conflit¹⁷²⁹. Comme le souligne C. Caron, ce juste équilibre « *dans certains cas, penchera du côté du droit fondamental de l'auteur et, dans d'autres, vers la liberté fondamentale d'expression. Autrement dit, certaines contrefaçons seront paralysées par la liberté d'expression, alors que d'autres seront sanctionnées, nonobstant cette dernière* »¹⁷³⁰.

Dans cette optique, l'opposabilité des droits d'auteur doit désormais être justifiée de manière systématique¹⁷³¹. Cela constitue la consécration de la théorie de l'équilibre externe du droit d'auteur ou bien, pour reprendre le vocabulaire de B. Fabré, du paradigme du système « ouvert et hétéro-limité »¹⁷³². À suivre ce raisonnement, le changement d'orientation n'aurait pas pu être plus radical. La liberté d'expression ne joue pas ici, comme le souhaiteraient certains auteurs favorables à la possibilité d'invocation des droits fondamentaux dans le champ d'application du droit d'auteur, le rôle d'une norme « complétive », pouvant être mobilisée dans des situations exceptionnelles pour compléter l'équilibre consacré par le législateur, sans abroger son travail¹⁷³³. Au contraire, c'est le contrôle systématique de conformité de l'exercice des droits d'auteur à l'article 10 de la Convention qui semble être imposé.

601. Par conséquent, la raison d'être de consécration des exceptions aux droits de l'auteur par le législateur s'efface purement et simplement¹⁷³⁴. Selon certains commentateurs, la solution *Klasen* constitue une ébauche d'une nouvelle « métaexception », externe au droit

¹⁷²⁹ C. CARON, « Droit d'auteur versus liberté d'expression : exigence d'un "juste équilibre" », note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, CCE, n° 7, juill. 2015, comm. 55.

¹⁷³⁰ *Ibidem*.

¹⁷³¹ A. BENSAMOUN, P. SIRINELLI, « Droit d'auteur vs. Liberté d'expression : suite et pas fin... », note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, non encore publié, n° 13-27.391, D., 2015, pp. 1672-1677, spéc. p. 1674.

¹⁷³² B. FABRE, *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, 2012, p.139.

¹⁷³³ Une telle vision de la théorie de l'équilibre externe de la propriété intellectuelle est présentée par L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 151. A. Zollinger est également favorable à une telle approche « modéré » de l'équilibre externe du droit d'auteur. Ainsi, dit-il, « *On ne peut à notre sens exclure catégoriquement toute invocation de l'article. 10 en dehors du cadre des exceptions légales (...). Néanmoins, une telle action n'a de chance d'aboutir que dans des circonstances des plus exceptionnelles, lorsque se présentera au juge une situation que le législateur ne pouvait nullement prévoir. Dans la très grande majorité des cas, le jeu simple des exceptions, ou leur interprétation à la lumière des principes fondamentaux (pour les questions relativement nouvelles) permettra de résoudre les conflits* », A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008, p. 375.

¹⁷³⁴ Ainsi, en annotant la décision *Klasen*, F. Pollaud-Dulian constate la chose suivante : « *On conçoit mal, dans ces conditions, pourquoi le législateur consacre des exceptions et notamment celles qui servent la liberté d'expression des idées (citation, parodie, publication des discours d'actualité, etc.) : si l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme peut être utilisé pour écarter le bénéfice d'un droit subjectif reconnu par la loi, tel que le droit d'auteur, à quoi bon des exceptions légales strictement définies et d'interprétation étroite ?* ». F. POLLAUD-DULIAN, obs sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, RTD Com., 2015, pp. 515-526, précitées, spéc. p. 519.

d'auteur, dont les limites et le champ d'application demeurent flous¹⁷³⁵. La généralité des termes utilisés par la Cour de cassation conférerait à la solution une grande portée, couvrant tous les cas dans lesquels le défendeur à l'action en contrefaçon invoque la liberté d'expression afin d'échapper à la condamnation¹⁷³⁶.

Ce changement d'orientation spectaculaire, qualifié par la doctrine d'une véritable ouverture d'une boîte de Pandore¹⁷³⁷ serait un signe « *d'émancipation du juge, appelé à statuer en équité au nom d'une recherche de juste équilibre ou de proportionnalité* »¹⁷³⁸, ce qui s'oppose, de manière évidente, au principe de sécurité juridique et passe outre deux siècles d'élaboration de la tradition française du droit d'auteur.

2. Une lecture minimaliste

602. Pour relativiser la portée de l'arrêt *Klasen*, une partie de la doctrine souligne la particularité de la technique de cassation utilisée par la cour régulatrice. Ainsi, A. Bensamoun et P. Sirinelli soulignent que « (...) *dans l'échelle de classification des arrêts suivant leur importance et leur portée, le défaut de base légale constitue un motif de cassation qui oblige à relativiser la règle que l'on pourrait extrapoler de la décision. En effet, ce cas d'ouverture est constitué par une insuffisance de motivation de la décision attaquée, qui met la Cour régulatrice dans l'impossibilité d'exercer son contrôle* »¹⁷³⁹.

La censure pour défaut de base légale ne concerne pas le fond de la décision attaquée, mais s'attache à sa motivation¹⁷⁴⁰. Elle ne préjuge pas la solution de la juridiction de renvoi qui demeure libre de juger dans le sens de la décision attaquée, à condition que sa décision soit dûment motivée¹⁷⁴¹. Une cassation pour défaut de base légale s'apparente à une censure avant tout disciplinaire¹⁷⁴² dans le cadre de laquelle on reproche aux juges du fond de ne pas avoir vérifié que toutes les conditions d'application de la règle de droit étaient réunies¹⁷⁴³.

¹⁷³⁵ A. BENSAMOUN, P. SIRINELLI, *op. cit.*, p. 1675.

¹⁷³⁶ A. LUCAS, note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, *PI*, n° 56, juill. 2015, n° 56, pp. 281-285, précitée, spéc. p. 283.

¹⁷³⁷ *Ibid.*, p. 284.

¹⁷³⁸ F. POLLAUD-DULIAN, obs sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, *RTD Com.*, 2015, pp. 515-526, précitées, spéc. p. 515.

¹⁷³⁹ A. BENSAMOUN, P. SIRINELLI, *op. cit.*, p. 1676.

¹⁷⁴⁰ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, pouvoirs et arrêts en matière civile*, 7^e éd., Dalloz, 2010, p. 156.

¹⁷⁴¹ Cour de cassation, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 3^e éd., LexisNexis, 2012, p. 193.

¹⁷⁴² M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *loc. cit.*

¹⁷⁴³ J.-Y. FROUIN, « La technique de cassation (synthèse) », *LPA*, n° 19, 25 janv. 2007, pp. 53-55, spéc. pp. 53-54.

La cour régulatrice rappelle tout simplement à l'ordre les juges du fond ce qui prive l'arrêt de cassation de toute portée réelle¹⁷⁴⁴.

Toutefois, le caractère purement disciplinaire des cassations pour manque de base légale n'est pas une règle absolue. Il se peut que la Cour de cassation, en faisant ce reproche aux juges du fond, précise, de manière indirecte, les conditions d'application de la règle de droit¹⁷⁴⁵. Les apports de telles décisions ne peuvent pas être négligés.

603. L'interprétation doctrinale, ci-dessus présentée, selon laquelle l'arrêt *Klasen* impose au juge l'obligation de recherche systématique d'équilibre entre les droits en présence s'inscrit, semble-t-il, dans cette logique. La Cour de cassation ferait ainsi de cette recherche une condition de l'application des règles sanctionnant la violation des droits d'auteur.

De l'autre côté, on pourrait estimer, suivant une hypothèse avancée par J.-M. Bruguière, que le message véhiculé par l'arrêt *Klasen* consiste tout simplement à reprocher aux juges d'appel de ne pas avoir donné une réponse suffisante à l'argument tiré de l'art 10 de la Convention EDH. Pour que l'arrêt d'appel échappe à la censure, cette réponse aurait peut-être pu prendre forme d'un simple rappel d'impossibilité d'application en l'espèce des exceptions connues du droit d'auteur français¹⁷⁴⁶.

Cette deuxième lecture, minimaliste et minoritaire, ôterait à la décision commentée tout caractère révolutionnaire en la situant dans la ligne droite de l'interprétation que nous avons donnée à la solution *Ashby Donald*. Ainsi, il suffirait au juge d'invoquer l'argument d'internalisation du conflit entre le droit d'auteur et les droits et libertés fondamentaux pour expliquer pourquoi l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression du contrefacteur est justifiée.

604. Aussi séduisante qu'elle puisse paraître, cette interprétation visant à sauvegarder l'idée d'équilibre préétabli de la matière est à rejeter. Ce qui milite en faveur de la portée générale de la jurisprudence *Klasen* c'est le fait que le raisonnement adopté par la Cour de cassation, s'il est inédit en matière du droit d'auteur, il s'inscrit dans un courant jurisprudentiel, s'étant récemment généralisé, dans lequel la Cour de cassation se montre hostile à toute hiérarchisation abstraite des droits fondamentaux.

¹⁷⁴⁴ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *op. cit.*, p. 157.

¹⁷⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁴⁶ J.-M. BRUGUIÈRE, note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, *PI*, n° 56, juill. 2015, pp. 285-287, spéc. p. 286, Dans le même sens, A. BENSAMOUN, P. SIRINELLI, *loc. cit.*

II. Un reflet de l'évolution générale des méthodes de raisonnement de la Cour de cassation

605. L'arrêt *Klasen* est un reflet de la révolution « tranquille »¹⁷⁴⁷ s'opérant actuellement sur le plan des méthodes de contrôle exercé par la Cour de cassation. Le contrôle « dogmatique », basé sur le raisonnement syllogistique est aujourd'hui accusé d'obsolescence (A). Dans de nombreuses branches du droit privé, il a cédé devant la logique du contrôle systématique de proportionnalité, dans l'optique des droits et libertés fondamentaux (B).

A. La prétendue obsolescence du contrôle « dogmatique »

606. Le modèle traditionnel de contrôle opéré par la Cour de cassation est aujourd'hui remis en question. Comme le souligne B. Louvel, Premier président de la Cour de cassation, dans la tradition legaliste française, le rôle de la Cour de cassation consistait « à s'assurer que, dans un cas donné, les conditions de mise en œuvre d'un texte étaient bien réunies et à en faire une application mécanique, indépendamment de toute autre considération, notamment tenant à l'interférence des droits et libertés fondamentaux avec la situation »¹⁷⁴⁸.

En effectuant son contrôle, elle faisait traditionnellement recours à la technique de syllogisme qualifié aujourd'hui de « légalisme mécanique »¹⁷⁴⁹ ou de raisonnement purement « dogmatique »¹⁷⁵⁰. Celui-ci « fonde (...) les éléments factuels d'une situation d'espèce sur des prémisses dont la vérité est certaine, ce qui aboutit nécessairement à une conclusion qui ne peut qu'être vraie ou évidente »¹⁷⁵¹.

Certains commencent à y voir une méthode obsolète, ne suivant pas l'évolution de la jurisprudence européenne, et notamment celle de la CEDH. Cette dernière imposerait au juge national un raisonnement plus « dialectique »¹⁷⁵², impliquant « l'examen des conséquences, des incidences de l'application d'un texte au regard des circonstances de l'espèce »¹⁷⁵³.

¹⁷⁴⁷ V. : P. JESTAZ, J.-P. MARGUENAUD, C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, pp. 2061-2070.

¹⁷⁴⁸ B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », Entretien avec Bertrand Louvel, Premier président de la Cour de cassation, *JCP*, n° 43, 19 oct. 2015, 1122. Dans le même sens, P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.*, 2015, pp. 2022-2030, spéc. p. 2023

¹⁷⁴⁹ B. LOUVEL, *loc. cit.*

¹⁷⁵⁰ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Tome I, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 49.

¹⁷⁵¹ *Ibidem.*

¹⁷⁵² *Ibidem.*

¹⁷⁵³ B. LOUVEL, *loc. cit.*

607. C'est n'est rien d'autre que le contrôle de proportionnalité, dépassant le cadre strictement juridique, et dépassant peut-être le cadre de sources formelles du droit¹⁷⁵⁴, qui est ainsi prôné. Il constituerait une réponse à l'essor de revendications basées sur les droits et libertés fondamentales devant les juridictions européennes¹⁷⁵⁵ et les méthodes d'interprétation pratiquées par ces dernières¹⁷⁵⁶.

La doctrine formule de nombreuses critiques à l'égard de cette réforme annoncée. Si dans son travail la Cour de cassation devait sortir du cadre restreint des déductions logiques, cachant la dimension métajuridique de sa réflexion¹⁷⁵⁷, pour se pencher systématiquement sur le « juste équilibre » à trouver entre les intérêts antagonistes, ne se transformerait-elle pas en une juridiction du fond ?¹⁷⁵⁸. Sa jurisprudence jusqu'ici un modèle de concision et de rigueur, tellement admirée par la doctrine¹⁷⁵⁹, ne serait-elle pas imprégnée par l'insécurité juridique et la casuistique¹⁷⁶⁰, traits marquant la jurisprudence de cette « juridiction tyrannique » qu'est, selon B. Edelman, la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁷⁶¹ ? N'assiste-t-on pas à l'offensive des méthodes d'interprétation propres à la tradition anglo-saxonne ?¹⁷⁶²

B. Une révolution avérée

608. Vu la jurisprudence récente de la Cour de cassation, les auteurs critiquant le bouleversement des bases conceptuelles du contrôle exercé par la cour régulatrice ne doivent peut-être plus être regardés comme défenseurs, mais plutôt contestateurs du *statu quo*. Les méthodes de raisonnement fondées sur le test de proportionnalité ont déjà conquis

¹⁷⁵⁴ P. JESTAZ, J.-P. MARGUENAUD, C. JAMIN, *op. cit.*, p. 2070.

¹⁷⁵⁵ V., sur ce point : F. PERALDI LENEUF, « Conflit de règles et de valeur en droit européen : de la conciliation à la pesée d'intérêts », in P. PERALDI LENEUF, S. SCHILLER, *Les conflits horizontaux de normes, Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, Mare & Martin, 2014, pp. 247-268.

¹⁷⁵⁶ B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, 2015, pp. 1326-1327, spéc. p. 1326, O. DUFOUR, « La Cour de cassation fait (discrètement) sa révolution », *LPA*, n° 144, 21 juill. 2015, pp. 3-5, spéc. p. 4.

¹⁷⁵⁷ V. : V. REBEYROL, « Une réforme pour la Cour de cassation ? », *JCP*, n° 37, 7 sept. 2015, 954.

¹⁷⁵⁸ J.-B. SEUBE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », *LPA*, n° 46, 5 mars 2009, pp. 86-92, spéc. p. 87.

¹⁷⁵⁹ V. not. : P. MALAURIE, « Le style des “Cours suprêmes” françaises - Une recherche constante de l'équilibre », *JCP*, n° 23, 4 juin 2012, doct. 689.

¹⁷⁶⁰ J.-B. SEUBE, *loc. cit.*

¹⁷⁶¹ *Supra*, n° 597.

¹⁷⁶² Ainsi, P. MALAURIE souligne, avec une dose d'ironie, que « Cette “mise à jour” de la Cour de cassation impose qu'elle change de style. Il faudrait en finir avec la concision de ses arrêts, qui les rendrait inintelligibles. Il serait nécessaire d'adopter les merveilleuses 200 pages (ou plus, ou moins) des arrêts de la Common Law ou de la CEDH débattant du pour et du contre, examinant les faits, les précédents et publiant les opinions dissidentes », P. MALAURIE, « Reformier la Cour de cassation, oui ou non ? », *Gaz. Pal.*, n° 311, 7 nov. 2015, pp. 10-11, spéc. p. 10.

l'esprit du juge de la Cour de cassation. Ces dernières années, celui-ci, des décisions révolutionnaires pouvant choquer les juristes dogmaticiens et cela dans de nombreux domaines du droit privé (1). Situé dans ce contexte, l'arrêt *Klasen* dévoile sa portée véritable, consistant en une négation des thèses fondamentales du paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur (2).

1. Les illustrations récentes de la nouvelle méthode de contrôle

609. Sans vouloir dresser un inventaire exhaustif des illustrations de la nouvelle méthode de contrôle exercé par la Cour de cassation, basée sur le test de proportionnalité, rappelons un arrêt récent¹⁷⁶³, dans lequel la Cour de cassation a censuré, au seul visa de l'article 8 de la Convention, une décision ayant prononcé la nullité d'un mariage entre le beau-père et sa bru. La cour régulatrice y estime que le prononcé de la nullité constituait, par rapport à l'épouse, « *une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale, dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans* ».

La doctrine souligne qu'en statuant ainsi, la cour régulatrice brise le tabou de l'inceste¹⁷⁶⁴ et passe outre l'arbitrage opéré par le législateur¹⁷⁶⁵. En effet, l'article 161 du Code civil prohibe, à l'aide d'une règle d'ordre public matrimonial, le mariage entre les alliés dans la ligne directe¹⁷⁶⁶. Désormais, comme le soulignent des commentateurs, « *même une loi visant à défendre la société contre l'abomination de l'inceste doit être assouplie en fonction du cas particulier examiné !* »¹⁷⁶⁷

¹⁷⁶³ Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, *Bull. I*, n° 234, *AJ Famille*, 2013, p. 663, obs. F. CHENEDE, *D.*, 2014, p. 179, obs. F. CHENEDE, *D.*, 2014, p. 153, obs. H. FULCHIRON, *AJ Famille*, 2014, p. 124, obs. S. THOURET, *RTD Civ.*, 2014, p. 88, obs. J. HAUSER, *Revue juridique personnes et famille*, n° 5, mai 2014, p. 10, obs. M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, *Droit de la famille*, n° 1, janv. 2014, comm. 1, note J.-R. BINET.

¹⁷⁶⁴ Selon l'expression de F. CHENEDE, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, *Bull. I*, n° 234, *D.*, 2014, pp. 179-182, précités, spec. p. 179.

¹⁷⁶⁵ F. CHENEDE, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, *Bull. I*, n° 234, *AJ Famille*, 2013, p. 663, précités, spec. p. 663.

¹⁷⁶⁶ Article 161 du Code civil : « *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne* ». Un tel mariage est, aux termes de l'article 184 du Code civil frappé de nullité absolue invocable dans le délai de trente ans à compter de sa célébration. En l'espèce ce délai n'était pas écoulé.

¹⁷⁶⁷ P. JESTAZ, J.-P. MARGUENAUD, C. JAMIN, *op. cit.*, p. 2067. Les mêmes auteurs remarquent que cette solution révolutionnaire va encore plus loin que celle consacrée dans l'arrêt *Mel Yedei* (Cass. 3^e civ., 6 mars 1996, *Bull. III*, n° 60) Dans cette décision célèbre, la Cour de cassation applique les règles de la Convention pour paralyser le jeu d'une clause contractuelle alors que l'arrêt commenté écarte l'application d'une règle d'ordre public matrimonial prévue par la loi.

610. Un autre arrêt de la Cour de cassation¹⁷⁶⁸ illustrant parfaitement cette tendance a été rendu dans une affaire concernant la diffusion, par une société *Arte France*, d'un programme décrivant une enquête criminelle menée contre un personnage de fiction soupçonné d'avoir donné une mort violente à son épouse. L'équipe de production avait mis en place, sur Internet, une plateforme invitant les utilisateurs à se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence du protagoniste.

Un individu, appartenant au monde réel, acquitté par une cour d'assises après un long procès entamé à la suite de la mort de son épouse, s'est aperçu des similitudes entre cette œuvre de fiction et sa propre affaire. Il a donc décidé d'assigner la chaîne en justice, faisant valoir la violation de son droit au respect de la vie privée.

Pour rejeter le pourvoi de la chaîne, la Cour de cassation affirme d'abord que « *le principe de la liberté d'expression consacré par le § 1^{er} de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales peut comporter (...), des restrictions et des sanctions nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui* ». Ensuite, conformément à la nouvelle orientation, elle se penche sur l'équilibre entre les droits en présence, trouvé par les juges du fond, et précise que les mesures prononcées par ceux-ci, en l'occurrence « *la cessation sans délai de la diffusion de ce programme, sous astreinte de 50 000 euros par diffusion de celui-ci dans son intégralité ou par extraits sur quelque support que ce soit* », étaient « *en proportion avec l'atteinte qu'elle avait caractérisée* ».

611. De plus, certaines décisions récentes de la cour régulatrice suggèrent que la méconnaissance du principe de proportionnalité peut être un cas d'ouverture à cassation autonome¹⁷⁶⁹. À cet égard, il convient d'évoquer un arrêt¹⁷⁷⁰ dans lequel a encouru la cassation une décision des juges du fond rejetant une requête en relèvement de la peine complémentaire d'interdiction définitive du territoire français, prononcée en réponse à une condamnation pour trafic des stupéfiants.

Après avoir rappelé que, selon l'article 8 de la Convention, « *un juste équilibre doit être assuré entre d'une part, le droit au respect de a vie privée et familiale, d'autre part,*

¹⁷⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2015, n° 14-16.273, non encore publié au Bulletin, *CCE*, n° 11, nov. 2015, comm. 92, note A. LEPAGE, *JCP*, n° 51, 14 déc. 2015, 1385, note P. DUCOULOMBIER, *L'Essentiel, Droit de la famille et des personnes*, n° 10, 15 nov. 2015, p. 2, obs. T. DOUVILLE, *RLDC*, n° 132, déc. 2015, p. 38, obs. M. DESOLNEUX.

¹⁷⁶⁹ G. CHETARD, « Cassation pour “méconnaissance du principe de proportionnalité” », obs. sous Cass. crim. 3 juin 2015, non encore publié, n° 14-86.507, *AJ pénal*, 2015, p. 487.

¹⁷⁷⁰ Cass. crim., 3 juin 2015, n°14-86.507, non encore publié au Bulletin, *AJ pénal*, 2015, p. 487, obs. G. CHETARD, *Revue Droit Pénal*, n° 9, sept. 2015, comm. 113, note J.-H. ROBERT, *Procédures*, n° 8-9, août 2015, comm. 275, note A.-S. CHAVENT-LECLERE.

les impératifs de la défense de l'ordre public, de la prévention des infractions pénales et de la protection de la santé publique » la Cour de cassation reproche aux juges du fond, de s'être déterminés « par des motifs contradictoires, et en méconnaissance du principe de proportionnalité ».

612. Ainsi, le test de proportionnalité devient une partie intégrale du contrôle opéré par la Cour de cassation et un outil appliqué par le juge de manière systématique¹⁷⁷¹. Tout s'explique par la crainte de condamnation par la CEDH qui s'est manifeste pleinement dans les arrêts de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011, ayant affirmé que les États adhérents à la Convention « sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »¹⁷⁷².

Il semble que la lecture de l'arrêt *Klasen* doive se faire dans l'optique de cette évolution récente¹⁷⁷³, ce qui commande une interprétation maximaliste de sa portée¹⁷⁷⁴.

2. Les conséquences du changement de méthode de contrôle pour la tradition française du droit d'auteur

613. Une fois la lecture *a minima* de la jurisprudence *Klasen* rejetée, on remarque que celle-ci entraîne de graves conséquences pour la tradition française du droit d'auteur. À vrai dire, il s'agit de sa négation. Le principe de proportionnalité en tant que règle générale du raisonnement du juge, est une norme flexible, non compatible avec l'idée de hiérarchisation abstraite des rapports juridiques. Dans cette méthode, tout conflit des valeurs est résolu par référence à des « schémas référentiels » hautement relatifs¹⁷⁷⁵, ce qui

¹⁷⁷¹ Pour d'autres exemples, v. not. : Cass. 3^e civ., 15 oct. 2015, n° 14-23.612, non encore publié au Bulletin, *D.*, 2015, p. 2423, obs. C. DUBOIS, *Gaz. Pal.*, n° 342, 8 déc. 2015, p. 25, obs. J.-P. TRICOIRE, Cass. com. 15 déc. 2015, n° 14-11.500, non encore publié au Bulletin, *Revue des sociétés*, 2016, p. 193, obs. P. ROUSSEL GALLE, *RTD Com.*, 2016, p. 191, obs. F. MACORIG-VENIER, *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n° 2, 1^{er} mars 2016, p. 17, obs. D. DORAY.

¹⁷⁷² Cass. Ass. Plén., 15 avr. 2011, (4 arrêts), *Bull. crim.*, n° 1, n° 2, n° 3, n° 4, *AJ Pénal*, 2011, p. 311, note C. MAURO, *RSC*, 2011, p. 410, obs. A. GIUDICELLI, *RTD Civ.*, 2011, p. 725, obs. J.-P. MARGUENAUD, *Constitutions*, 2011, p. 326, obs. A. LEVADE.

¹⁷⁷³ V. pour cette approche, P.-Y. GAUTIER, « Contre la “balance des intérêts” : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.*, 2015, pp. 2189-2190, P. DUCOULOMBIER, « Quel équilibre entre liberté de création et protection de la vie privée ? », note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2015, non encore publié au Bulletin, *JCP*, n° 51, 14 déc. 2015, 1385.

¹⁷⁷⁴ *Supra*, n° 607 et suiv.

¹⁷⁷⁵ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Tome I, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 50.

défie les bases conceptuelles du paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur et, bien évidemment, impose l'ouverture de la liste d'exceptions.

614. En outre, cette nouvelle vision de conciliation du droit d'auteur avec les autres droits et libertés fondamentaux brise la vision traditionnelle de la nature des prérogatives des utilisateurs des œuvres de l'esprit. Ainsi, comme le souligne P.-Y. Gautier, le raisonnement en termes de proportionnalité suppose que la liberté d'expression et les droits subjectifs méconnus par celui qui s'en prévaut soient des prérogatives d'égale valeur¹⁷⁷⁶. S'il en était autrement, la question d'application du test de proportionnalité ne se serait pas posée et le conflit aurait pu être résolu à l'aide de méthodes traditionnelles basées sur une hiérarchie préétablie.

615. Cette érection de la liberté d'expression et de ses dérivés, tels que le droit du public à l'information, au rang des droits subjectifs se heurte à de nombreux obstacles conceptuels. Ne s'agit-il pas ici de la confusion entre les droits subjectifs et les libertés, confusion entre des prérogatives définies et celles qui n'ont de contenu que négatif?¹⁷⁷⁷. Comme le souligne A. Lucas, bien que l'article 10 de la Convention confère à toute personne « *le droit à la liberté d'expression* » il ne définit le contenu de ce droit qu'en énumérant la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer et surtout en prohibant des ingérences d'autorités publiques en la matière.

616. Il en résulte que l'objectif principal de ce texte est de préciser des prérogatives du public de façon négative¹⁷⁷⁸, ce qui est en parfaite cohérence avec la nature même des libertés. Dans cette optique, comme le fait remarquer J.-M. Bruguière, en annotant l'arrêt *Klasen*, « *la position de la première chambre civile selon laquelle un équilibre doit être recherché "entre les droits en présence" est fautive. En fait de droit, il n'en existe qu'un : le droit d'auteur. L'autre est une liberté* »¹⁷⁷⁹. C'est à cette distinction fondamentale que s'attaque la Cour de cassation dans l'arrêt *Klasen*.

Le résultat de cette négation de toute hiérarchie entre les droits subjectifs de l'auteur et la liberté d'expression dont jouissent les utilisateurs revient à octroyer indirectement à ces

¹⁷⁷⁶ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, p. 2190.

¹⁷⁷⁷ *Supra*, n° 158 et suiv.

¹⁷⁷⁸ A. LUCAS, « Droit d'auteur, liberté d'expression et « droit du public à l'information (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française) », in A. STRWOEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 123-141. Dans le même sens, A. STROWEL, F. TULKENS, « Freedom of expression and copyright under civil law : of balance, adaptation, and access », in J. GRIFFITHS, U. SUTHERSANEN, *Copyright and free speech, comparative and international analyses*, Oxford University Press, 2005, pp. 287-313, spéc. pp 290-291.

¹⁷⁷⁹ J.-M. BRUGUIERE, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, Bull. non encore publié n° 13-27.391, *PI*, juill. 2015, n° 56, pp. 285-287, spéc. p. 287.

derniers, sinon les droits subjectifs à part entière, au moins des prérogatives similaires, à contenu positif, mobilisables devant le juge et pouvant paralyser l'exercice des droits exclusifs.

617. Tous les piliers de l'équilibre préétabli du droit d'auteur sont ainsi démolis. Pour s'en convaincre, constatons qu'on assiste à l'émergence d'une exception prétorienne, à contours flous, d'origine *extra jus auctoris*, créant des équivalents des droits subjectifs au profit des utilisateurs.

Contrairement à ce qu'on a pu constater par rapport au dépassement du paradigme d'équilibre préétabli par les mécanismes du droit de la concurrence¹⁷⁸⁰, la négation de la tradition du droit d'auteur français par l'extension du champ d'application du droit européen des droits de l'Homme n'a pas été imposée par les autorités supranationales. Au contraire, elle a pu s'opérer en raison de la participation active du juge national.

Si on lit l'arrêt *Klasen* à la lumière de la solution *Ashby Donald* on a le sentiment que l'auteur direct de cette œuvre de destruction n'est pas le juge européen. Ce dernier a donné au juge français des outils de démolition, tout en lui accordant une marge d'appréciation importante quant à la façon de leur utilisation. Comme nous l'avons démontré¹⁷⁸¹, le domaine du droit d'auteur aurait bien pu échapper à la révolution induite par la généralisation du test de proportionnalité et continuer de reposer sur la théorie de l'équilibre interne. Pour cela, il aurait toutefois fallu que le juge français accepte le rôle qui lui a été attribué par les rédacteurs de la loi du 11 mars 1957 et qu'il poursuive dans la voie de la jurisprudence *Utrillo*. Tel ne fut pas le cas.

618. La nouvelle position de la Cour de cassation est d'autant plus étrange que dans une décision se situant, sur le plan temporel, entre les arrêts *Ashby Donald* et *Klasen*¹⁷⁸² la Cour de cassation a adopté une solution qui semble opérer une lecture minimaliste des enseignements dispensés par la CEDH.

Ainsi, il a été jugé, au visa de l'article 10 de la Convention, que, la liberté d'expression étant «*un droit dont l'exercice ne revêt un caractère abusif que dans les cas spécialement déterminés par la loi ; (...) le refus de l'auteur d'un catalogue raisonné d'y insérer une œuvre, fût-elle authentique, ne peut, à défaut d'un texte spécial, être considéré comme*

¹⁷⁸⁰ *Supra*, partie deuxième, titre 1.

¹⁷⁸¹ *Supra*, n° 585 et suiv.

¹⁷⁸² Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2014, *Bull. I*, n° 10, *RTD Com.*, 2014, p. 129, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD Civ.*, 2014, p. 383, *JCP*, n° 13, 31 mars 2014, 384, note E. RASCHEL, *JCP*, n° 12, 24 mars 2014, 364 obs. C. CARON, *CCE*, n° 3, mars 2014, comm. 25, note C. CARON, *PI*, n° 51, avr. 2014, p. 162, obs. A. LUCAS, *Gaz. Pal.*, n° 107, 17 avr. 2014, p. 12, obs. S. GERRY-VERNIERES, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, n° 3, 1^{er} mars 2014, p. 2, obs. S. CHATRY.

fautif». Si l’analogie avec les décisions précitées n’est que lointaine dans la mesure où il s’agit ici de la possibilité de limitation de la liberté d’expression de l’auteur et non pas de celle du public, l’exigence d’un texte spécial, seul pouvant être obvié à la liberté d’expression, soulignée par la Cour de cassation atteste, selon C. Caron, que les règles encadrant le jeu du délit de contrefaçon peuvent, dans la ligne de la décision *Ashby Donald*, être des limites valables de la liberté d’expression du contrefacteur¹⁷⁸³.

619. Cela étant, le scénario dans lequel le juge français se rebelle contre la vision des exceptions aux droits de l’auteur consacrée par la loi est aujourd’hui récurrent. Face à la rigidité de la législation française en la matière, les méthodes de raisonnement basées sur la logique des droits et libertés fondamentaux permettent au magistrat de réajuster l’équilibre consacré par le législateur¹⁷⁸⁴ et de retrouver ainsi la plénitude du pouvoir qui lui a été ôté par la loi du 11 mars 1957. Le juge, « émancipé »¹⁷⁸⁵ par les normes d’origine *extra jus auctoris*, « dépoussière »¹⁷⁸⁶ ainsi les sources du droit d’auteur français.

Dans cette optique, l’arrêt *Klasen* est une nouvelle manifestation du duel entre le juge et le législateur en matière du droit d’auteur, duel dans lequel le législateur français avec sa vision des exceptions aux droits de l’auteur rigides est toujours perdant.

De nombreux commentateurs voient dans cette défaite un signe d’américanisation du droit d’auteur français.

Section 2. Une fausse réception du *fair use* américain

620. En annotant l’arrêt *Utrillo*, A. Lucas a estimé qu’en cas de confrontation du droit d’auteur avec les droits et libertés fondamentaux la pesée d’intérêts en présence par le juge, au mépris de l’arbitrage effectué par le législateur, serait une méthode « détestable », qui « *reviendrait à introduire subrepticement dans les systèmes de droit d’auteur une sorte de fair use, c’est-à-dire un système d’exception ouvert dans lequel il reviendrait au juge*

¹⁷⁸³ C. CARON, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2014, *Bull.* I, n° 10, *JCP*, n° 12, 24 mars 2014, 364, Dans le même sens B. GALOPIN, « Conséquences de la nature constitutionnelle et européenne du droit d’auteur : retour sur quelques décisions récentes », *RIDA*, n° 243, janv. 2015, pp. 175-235, spéc. pp. 201-202.

¹⁷⁸⁴ Dans ce sens, C. GEIGER, « Author’s Right, Copyright and the Public’s Right to Information: A Complex Relationship (Rethinking Copyright in the Light of Fundamental Rights) », in F. MACMILLAN, *New Directions in Copyright Law*, Tome V, Edward Elgar Publishing, 2007, pp. 24-44, spéc. p. 36.

¹⁷⁸⁵ L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l’exemple du droit d’auteur », *JCP*, n° 30, 26 juill. 2010, doct. 829.

¹⁷⁸⁶ *Ibidem*.

de dire, au vu des circonstances de l'espèce, si la prétention de l'utilisateur d'échapper au droit exclusif est raisonnable »¹⁷⁸⁷.

La jurisprudence récente de la Cour de cassation nourrit cette opinion. Nombreux parmi ceux qui reconnaissent la portée générale de la jurisprudence *Klasen* avancent une thèse, selon laquelle l'admission d'une métaexception, basée sur la liberté d'expression constitue une réception de la doctrine américaine du *fair use* américain¹⁷⁸⁸. Cette vision n'est pas exacte.

621. Nous avons vu qu'à nombreuses reprises le *copyright* américain s'est montré hostile à l'égard de la logique d'exception externe, basée sur les mécanismes propres au droit de la concurrence¹⁷⁸⁹. La même tendance est observable, avec encore plus de netteté, en matière de sa confrontation avec la liberté d'expression. Dans ce domaine, le *copyright* a accouché sa propre vision de conciliation des droits exclusifs avec la liberté d'expression appelée souvent « la théorie de balance définitionnelle », dans laquelle l'exception de *fair use* joue un rôle central.

L'analyse des bases conceptuelles de ladite théorie (I), ainsi que des cas de son application par la jurisprudence américaine (II) montrera que si l'exception de *fair use* est, en effet, une exception ouverte, cette ouverture garantit, paradoxalement, la rigidité du système de *copyright* en l'immunisant contre les revendications basées sur la liberté d'expression.

I. Les bases conceptuelles de la théorie de balance définitionnelle aux États-Unis

622. Le droit américain a également dû trouver des remèdes au conflit entre les droits d'auteur et la liberté d'expression. Dans le contexte juridique d'outre-Atlantique il s'agit d'articuler le droit de *copyright* avec le Premier Amendement de la Constitution des États-Unis¹⁷⁹⁰.

¹⁷⁸⁷ A. LUCAS, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, *Bull.* I, n° 229, *PI*, n° 10, janv. 2004, pp. 550-552, précitées, spéc. p. 551.

¹⁷⁸⁸ Dans le même sens, J.-M. BRUGUIERE, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, *PI*, juill. 2015, pp. 285-287, précitées, spéc. p. 286.

¹⁷⁸⁹ *Supra*, n° 436 et suiv.

¹⁷⁹⁰ Selon lequel, « *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances* ».

La doctrine américaine a découvert cette problématique dans les années 1970 et l'a baptisée «*un paradoxe largement ignoré*»¹⁷⁹¹ (A). Elle n'a ménagé aucun effort pour le résoudre (B).

A. La découverte du paradoxe

623. Le conflit entre le *copyright* et le Premier Amendement a été qualifié de paradoxal par la doctrine américaine, car il prend forme d'un conflit des normes à valeur constitutionnelle (1), ne pouvant pas être résolu par le texte de la Constitution (2).

1. La dimension constitutionnelle du conflit entre le *copyright* et le Premier Amendement

624. Pour expliquer le caractère paradoxal de la relation entre le *copyright* et le Premier, il faut d'abord rappeler qu'aux termes de ce dernier, le Congrès ne pourra créer « aucune loi » restreignant la liberté d'expression ou la liberté de la presse¹⁷⁹². Les lois sur le *copyright* semblent violer cette interdiction, de manière évidente. Elles sont des lois, votées par le Congrès, qui punissent les expressions étant des utilisations non autorisées des œuvres protégées par le *copyright*¹⁷⁹³. Le *copyright* restreint ainsi les libertés protégées par le Premier Amendement.

L'absolutisme du premier amendement qui s'exprime dans l'emploi de l'expression « aucune loi » fait qu'on pourrait douter de la constitutionnalité du *copyright*¹⁷⁹⁴. Pourtant, la légitimité de ce dernier se fonde également sur un principe constitutionnel, appelé la clause de *copyright*¹⁷⁹⁵. En outre, l'interprétation littérale du Premier Amendement n'est pas admissible, car elle voudrait que la protection constitutionnelle s'étende aux discours inacceptables dans une société démocratique, tels que, par exemple, le parjure, les propos

¹⁷⁹¹ M. B. NIMMER, « Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press? », *UCLA Law Review*, n° 17(6), 1969-1970, pp. 1180-1204, spéc. p. 1181.

¹⁷⁹² *Supra*, note 1757.

¹⁷⁹³ M. B. NIMMER, *loc. cit.*

¹⁷⁹⁴ M. B. NIMMER, « Copyright vs. the first amendment », *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.*, n° 17(4), 1969-1970, pp. 255-279, spéc. p. 256.

¹⁷⁹⁵ « Copyright clause ». Elle est contenue dans l'art I, section 8, al. 8 de la Constitution des Etats-Unis : « (The Congress shall have power) 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 ».

obscènes ou encore la violation du secret de correspondance¹⁷⁹⁶. Une telle solution serait, comme le souligne M. B. Nimmer « irréaliste et indésirable »¹⁷⁹⁷.

625. Ces deux dispositions poursuivent des objectifs divergents d'où la nécessité de conceptualisation des méthodes de leur conciliation. Comme c'est le cas en Europe, cette problématique n'a été découverte que récemment par la doctrine américaine. Comme le souligne la doctrine, les Pères fondateurs des États-Unis ne l'ont pas envisagée¹⁷⁹⁸ et, curieusement, elle a réussi à échapper à l'attention des commentateurs pendant près de deux siècles de coexistence du *copyright* et du Premier Amendement¹⁷⁹⁹.

2. La nécessité de résolution du conflit des normes en dehors du texte de la Constitution

626. Pour neutraliser le paradoxe auquel donne lieu la confrontation du *copyright* avec le Premier Amendement, la première des explications possibles consiste à se placer dans l'optique de la dialectique des dispositions de la Constitution, et de chercher la solution du conflit dans son texte.

Ainsi, on pourrait argumenter qu'en réalité on assiste à un faux débat, dans la mesure où les dispositions de la Constitution relatives à la protection des auteurs constituent une exception à la règle énoncée dans le Premier Amendement¹⁸⁰⁰. Dans cette optique l'antagonisme aurait été neutralisé, en amont, par le texte même de la Constitution.

627. Cet argument n'emporte pas la conviction dans la mesure où il est incompatible avec la nature des amendements de la Constitution américaine qui ont vocation à remplacer toutes les dispositions du corps de la constitution incompatibles avec eux¹⁸⁰¹.

Notons toutefois qu'une telle interprétation jusqu'au-boutiste du Premier Amendement n'est pas moins erronée en ce qu'elle vide de tout sens la provision de la Constitution obligeant le Congrès à voter des lois protégeant les auteurs. Toute loi sur le *copyright*

¹⁷⁹⁶ D. E. SHIPLEY, « Conflicts Between Copyright and the First Amendment After *Harper & Row, Publishers v. Nation Enterprises* », *Brigham Young University Law Review*, n° 4, 1986, pp. 983-1042, spéc. p. 986.

¹⁷⁹⁷ M. B. NIMMER, « Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press? », *op. cit.*, p. 1184.

¹⁷⁹⁸ R. SOOFI, « First Amendment Challenges to Copyright after *Eldred v. Ashcroft*: The DMCA's Circumvention of Free Speech », *Journal of Legislation*, n° 1(30), 2003, pp. 169-182, spéc. p. 170.

¹⁷⁹⁹ J. L. SWANSON, « Copyright versus the First Amendment: Forecasting an End to the Storm » *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, n° 7(2), 1987, pp. 263-297, spéc. p. 273.

¹⁸⁰⁰ M. B. NIMMER, « Copyright vs. the first amendment », *op. cit.*, p. 257.

¹⁸⁰¹ *Ibidem*. Dans le même sens, L. S. SOBEL, « Copyright and the First Amendment: A Gathering Storm? », *Copyright Law Symposium (ASCAP)*, n° 19, 1969, pp. 43-80, spéc. p. 64, J. P. BAUER, « Copyright and the First Amendment: Comrades, Combatants, or Uneasy Allies? », *Washington and Lee Law Review*, n° 67(3), 2010, pp. 831-914, spéc. p. 838, D. E. SHIPLEY, *op. cit.*, p. 985.

deviendrait ainsi forcément inconstitutionnelle, ce qui n'est pas admissible¹⁸⁰². L'argument tiré de la nature du Premier Amendement, légitime en lui-même doit par conséquent être tempéré.

La difficulté qui apparaît à ce stade d'analyse tient au fait qu'à la différence de l'article 10 de la Convention EDH, le Premier Amendement ne prévoit aucune atténuation du principe de la protection de la liberté d'expression. Face à cette impasse exégétique, la solution du conflit doit être recherchée en dehors du texte de la Constitution.

628. Cette recherche doit se faire dans l'optique correspondant, *mutatis mutandis*, à la hiérarchie entre le droit d'auteur et la liberté d'expression établie en Europe par la CEDH. Puisque la disposition protégeant la liberté d'expression est un texte ajouté à la Constitution, et jouissant de ce fait de la primauté sur les règles contenues dans le corps de celle-ci, c'est au *copyright* de prouver sa conformité au Premier Amendement et non pas à ce dernier de justifier la légitimité des limites qu'il peut apporter à l'exercice, voire l'existence des droits exclusifs.

Autrement dit, pour reprendre le vocabulaire de P. Goldstein, le *copyright* apparaît, à la lumière du Premier Amendement, comme un descendant de la censure. Pour échapper au grief d'inconstitutionnalité, il lui faut prouver qu'il en est le seul descendant légitime¹⁸⁰³.

B. Les tentatives de résolution du paradoxe

629. À l'image de la théorie d'équilibre interne, récemment abandonnée par le juge français, les tentatives de résolution du conflit entre les droits exclusifs de l'auteur et la liberté d'expression aux États-Unis tendent à prouver que le *copyright* ne s'oppose pas au Premier Amendement.

La doctrine américaine penche, dès la découverte de la question, vers l'idée d'internalisation parfaite des considérations relevant du Premier Amendement, par le *copyright* (2). Une telle méthode de conciliation s'impose eu égard aux faiblesses de son opposé consistant à balancer, *ad hoc*, les droits en présence (1).

¹⁸⁰² V., sur ce point : L. S. SOBEL, *op.cit.*, p. 63 et suiv., C. LOVING, « Fair use protection for news reporting: where does the first amendment stand? », *New York University Review of Law & Social Change*, n° 3(13), 1984-1985, pp. 647-666, spéc. p. 647, note 3.

¹⁸⁰³ P. GOLDSTEIN, « Copyright and the first amendment », *Columbia Law Review*, n° 70(6), 1970, pp. 983-1057, spéc. p. 983 : « *Copyright is the uniquely legitimate offspring of censorship* ».

1. Le rejet de la méthode de balance *ad hoc*

630. Supposant la rationalité des Pères fondateurs des États-Unis et partant de la conviction selon laquelle ceux-ci n'ont pas pu créer des dispositions contradictoires, il est possible de défendre une thèse selon laquelle le *copyright* et le Premier Amendement ne s'opposent vraiment pas et possèdent leurs champs d'application propres¹⁸⁰⁴.

Cet argument de rationalité des auteurs des dispositions en conflit est également renforcé par le fait que la provision de la Constitution relative au *copyright*, la première loi sur le *copyright* ainsi que le premier amendement datent de la même époque¹⁸⁰⁵. En outre, ils sont largement les créations des mêmes personnes¹⁸⁰⁶.

Les propositions doctrinales se situant dans cette logique de séparation des champs d'application des droits exclusifs et de la liberté d'expression, très proche à la tradition française du droit d'auteur, tendent à résoudre le conflit en proposant une approche abstraite de celui-ci.

631. Telle était notamment la position de M. B. Nimmer. Selon lui, pour résoudre le conflit entre le *copyright* et le Premier Amendement il est nécessaire de bannir tout modèle de raisonnement cas par cas qualifié d'« *ad hoc balancing* »¹⁸⁰⁷. Cette méthode, ressemblant fortement à la nouvelle orientation de la Cour de cassation française, trouve ses sources dans une décision ne traitant pas du *copyright* - *American Communication Assn. c/Douds* de 1950¹⁸⁰⁸. Elle a ensuite été popularisée par la jurisprudence américaine jusqu'à devenir, dans les années 1960, le paradigme dominant de conciliation entre le premier amendement et d'autres valeurs constitutionnelles¹⁸⁰⁹. Elle consiste à peser, dans chaque cas, quel intérêt mérite la protection dans les circonstances de l'espèce.

¹⁸⁰⁴ V., sur ce point : L. S. SOBEL, *op. cit.*, p. 69 : « *The framers must have intended to create two separate and distinct rights* », et p. 71 : « (...) *the copyright clause and the first amendment can easily be viewed as having separate spheres of influence* ».

¹⁸⁰⁵ C. LOVING, *loc. cit.*

¹⁸⁰⁶ Ils sont tous entrés en vigueur entre 1789 et 1791. V., sur ce point : J. P. BAUER, « *Copyright and the First Amendment: Comrades, Combatants, or Uneasy Allies?* », *Washington and Lee Law Review*, n° 67(3), 2010, pp. 831-914, spéc. p. 838 : « (...) *it is highly unlikely that in 1790 through 1791 the Founding Fathers intended to repeal or diminish the authority conferred on Congress by the Copyright Clause, which had so recently been placed in the Constitution. Strong support for this conclusion is the fact that early Congresses, whose members included the very people instrumental in drafting both the Constitution and the Bill of Rights, enacted legislation pursuant to the delegation of authority in the Copyright Clause, which conveyed exclusive rights to copyright owners, albeit of a more limited nature and scope than under contemporary law* ».

¹⁸⁰⁷ M. B. NIMMER, « *Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press?* », *op. cit.*, p. 1183.

¹⁸⁰⁸ 339 U.S. 382 (1950).

¹⁸⁰⁹ V., sur ce point : T. I. EMERSON, « *Toward a General Theory of the First Amendment* », *Yale Law Journal*, n° 72(5), pp. 877-956, spéc. p. 912 et la jurisprudence citée, ainsi que M. B. NIMMER,

632. Selon l'éminent auteur, une telle méthode méconnaît le principe de sécurité juridique, en ce qu'elle n'offre aucune indication quant à l'issue du conflit dans des situations non traitées par les précédents¹⁸¹⁰. Selon lui, ce sentiment d'insécurité ne peut que paralyser les exercices légitimes de la liberté d'expression¹⁸¹¹. Le Premier Amendement serait ainsi vidé de sa substance. Si une telle méthode n'est pas étrangère au système de *common law* rappelle-t-il, elle n'est pas suffisamment digne pour être utilisée pour résoudre un conflit des normes constitutionnelles impliquant les valeurs les plus fondamentales¹⁸¹². Certains auteurs n'hésitent pas à lui refuser la qualité d'une véritable règle de droit¹⁸¹³.

Tout cela entraîne l'adhésion de l'auteur à la méthode de conciliation « définitionnelle »¹⁸¹⁴, dans laquelle l'issue du conflit est déterminée, de manière abstraite, par les éléments faisant partie de l'architecture du *copyright*.

2. La recherche des sauvegardes de la liberté d'expression incluses dans le *copyright*

633. Le rejet de la méthode de balance *ad hoc* entraîne la nécessité de différencier, en amont, les exercices des droits exclusifs pouvant être paralysés par la liberté d'expression et ceux qui échappent toujours à la sanction de violation du premier amendement¹⁸¹⁵. Selon M. B. Nimmer, cette ligne de démarcation doit être construite à l'aide de la distinction, inhérente à l'architecture du *copyright*, entre l'idée et l'expression, et non de l'exception de *fair use*.

Cette marginalisation de la doctrine de *fair use* dans l'œuvre de conciliation du *copyright* avec le Premier Amendement **(a)** ne se justifie pas **(b)**.

« Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy », *California Law Review*, n° 56(4), 1968, pp. 935-967, spéc. p. 938.

¹⁸¹⁰ M. B. NIMMER, « Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press? », *loc. cit.*

¹⁸¹¹ *Ibidem.*

¹⁸¹² M. B. NIMMER, « Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy », *California Law Review*, n° 56(4), 1968, pp. 935-967, spéc. p. 939.

¹⁸¹³ T. I. EMERSON, *op. cit.*, pp. 912-914, L. B. FRANTZ, « First Amendment in the Balance », *Yale Law Journal*, n° 71(8), 1962, pp. 1424-1450, spéc. p. 1433 : « (...) *the inevitability of balancing is said to follow from the fact that the terms used in the first amendment are not self-defining. If the Constitution fails to tell the judge what he must do, it is argued that he has no choice but to put it aside and use his own best judgment. (...) Doubtless our Constitution, being composed of general propositions, cannot, of its own unaided force, dictate answers to concrete questions. But if we therefore conclude that the text can play no part in deciding concrete questions, nothing can follow from this except the conclusion that it was an exercise in futility to write it in the first place* ». Les ressemblances avec les arguments avancés par la doctrine française contre la méthode de raisonnement basée sur le test de proportionnalité sont ici flagrantes.

¹⁸¹⁴ « *Definitional balancing approach* ».

¹⁸¹⁵ M. B. NIMMER, « Copyright vs. the first amendment », *op. cit.*, p. 260.

a. La réticence à l'égard du *fair use* en tant que fondement de la théorie de balance définitionnelle

634. Les critiques du *fair use* en tant que mécanisme de neutralisation du conflit entre le *copyright* et le Premier Amendement se forment autour de deux axes principaux : Premièrement, l'exception de *fair use* autoriserait plus qu'exige le Premier Amendement. Deuxièmement, la souplesse du *fair use* risquerait de lui amputer toute autonomie par rapport au Premier Amendement, ce qui nierait toute idée de balance définitionnelle et équivaldrait à la consécration du paradigme de conciliation *ad hoc*.

La dissémination des idées est une partie cruciale du débat démocratique. De ce fait, elle échappe à la réservation privative et mérite la protection de la part du Premier Amendement¹⁸¹⁶. Il en est autrement dans le cas d'un simple copiage de l'expression des idées¹⁸¹⁷. Le désintérêt de la part du Premier Amendement se justifie, dans ce dernier cas, par le bénéfice social généré par l'incitation à la création des formes nouvelles, reposant sur le *copyright*¹⁸¹⁸.

M. B. Nimmer considère que cette mise en sommeil du Premier Amendement ne se justifie que pendant une durée limitée. Si l'on se place dans l'optique de réservation privative au-delà de la durée de vie de l'auteur, ses enfants et peut-être ses grands enfants, le facteur d'incitation à la création justifiant la non-applicabilité de la disposition protégeant la liberté d'expression s'efface¹⁸¹⁹. Dans ce cas, le Premier Amendement retrouve à nouveau la plénitude de son pouvoir et prime le *copyright*.

635. Dans cette optique, la distinction classique entre l'idée et l'expression¹⁸²⁰, ainsi qu'accessoirement la durée limitée de la protection, délimitent les champs d'application respectifs du *copyright* et du Premier Amendement.

Tout en soutenant la thèse d'internalisation du conflit entre les droits exclusifs et la liberté d'expression par les lois sur le *copyright*, M. B. Nimmer refuse de voir dans le *fair use*

¹⁸¹⁶ Cette approche est en accord avec la lecture du Premier Amendement opérée par la Cour suprême des Etats-Unis. V. not. : *Roth c/United States*, 345 U.S. 476 (1957), spéc. 484 : « *The protection given speech and press was fashioned to assure unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people* ».

¹⁸¹⁷ J. OAKES, « Copyright and the First Amendment », *University of Miami Law Review*, n° 33(1), 1978, pp. 207-246, spéc. p. 233.

¹⁸¹⁸ *Ibidem*.

¹⁸¹⁹ M. B. NIMMER, « Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press? », *op. cit.*, p. 1193.

¹⁸²⁰ En droit américain, les premières articulations de la distinction entre l'idée et l'expression sont communément recherchées dans la décision de la Cour suprême *Baker c/Selden*, 101 U.S. 99 (1879).

l'outil de cette internalisation. Dans sa pensée, la doctrine de *fair use* n'est pas un reflet du Premier Amendement à l'intérieur du *copyright*.

636. En premier lieu, il souligne l'indépendance de ces deux règles sur le plan formel. Le Premier Amendement constitue une limitation constitutionnelle qui s'impose au Congrès, légiférant en matière du *copyright* alors que le *fair use* émane du Congrès et relève de sa discrétion¹⁸²¹.

637. En second lieu, sur le plan matériel, il estime que le *fair use* est une exception limitant l'exercice des droits exclusifs au-delà de ce qui est imposé par le Premier Amendement. Pour éclairer cet argument rappelons que le *fair use* est, à l'instar des exceptions connues du droit d'auteur français, une limite interne des droits exclusifs du titulaire. Il en résulte naturellement qu'il a vocation à légitimer les utilisations auxquelles s'intéressent les droits exclusifs et non pas à celles qu'ils ignorent. Dans cette perspective le *fair use* couvre nécessairement les exercices de la liberté d'expression supposant la reprise de la forme et non pas des idées pures.

Selon les thèses de M. B. Nimmer, le Premier Amendement, dont l'économie consiste uniquement à évincer les entraves que le *copyright* peut poser à la dissémination des idées, n'exige pas le retrait du droit exclusif lorsque le copiage porte sur la forme protégée. Lorsqu'il est nécessaire de copier les idées d'autrui, il est presque toujours possible qu'on s'exprime « autrement », en les revêtant d'une forme différente¹⁸²². C'est précisément pour cette raison que la distinction entre l'idée et l'expression devient capable de délimiter les champs d'application respectifs du *copyright* et du Premier Amendement.

La reprise pure et simple d'une forme protégée, sans autorisation du titulaire, est plus facile pour le copiste, car elle lui épargne tout effort de reformulation. Elle n'est pas toujours condamnée par le *copyright* précisément grâce à l'existence d'une limite interne sous forme de *fair use*. Or, selon Nimmer et ses disciples, dans l'optique du Premier Amendement cette facilité de copiage n'emporte pas sur l'impératif d'incitation à la création, s'exprimant dans la réservation privative de la forme et justifiant l'existence du *copyright*¹⁸²³.

¹⁸²¹ M. B. NIMMER, *op. cit.*, p. 1200.

¹⁸²² *Ibidem*.

¹⁸²³ *Ibid.*, pp. 1202-1203. E. Samuels explique cet argument de manière suivante : « *The potential harm that results from exact copying, which has the greatest likelihood of displacing an existing market for a work, is much greater than the potential harm from non literal copying. Exact copying would seem to be the type of activity least deserving of any first amendment or "marketplace of idea" claims, since it contributes nothing to the stock of ideas in the marketplace, but only appropriates the profit or advantage from one party in favor of another* », E. SAMUELS, « The Idea-Expression Dichotomy in Copyright Law », *Tennessee Law Review*, n° 56(2), 1989, pp. 321-464, spéc. p. 376.

638. Autrement dit, pour situer les thèses ci-dessus évoquées dans le cadre conceptuel du droit français, s'il est nécessaire que le conflit entre la liberté d'expression et le droit d'auteur soit internalisé par ce dernier, la façon dont la liberté d'expression est protégée par la Constitution américaine s'oppose à ce que son exercice soit garanti par les limites internes des droits exclusifs. Les limites externes (la distinction idée/expression et la durée limitée des droits patrimoniaux) offrent à cet égard les garanties suffisantes.

639. En outre, comme le souligne un autre auteur américain ayant amplement commenté la relation entre le *copyright* et le Premier Amendement - L. S. Sobel, l'internalisation du conflit entre les droits exclusifs et la liberté d'expression par la doctrine de *fair use* peut, au lieu de renforcer la méthode de conciliation définitionnelle, conduire, sinon *de jure*, au moins *de facto*, à peser, cas par cas, les droits en présence.

Sa crainte était que le juge adopte des approches différentes du *fair use*, en fonction des impératifs de la liberté d'expression, en faisant abstraction des limites traditionnelles de cette exception¹⁸²⁴. Le dépassement des contours traditionnels de cette exception ferait d'elle non pas un vrai outil d'internalisation d'une dose suffisante de la protection de la liberté d'expression par le *copyright*, mais plutôt un vecteur d'épanouissement total de la logique du Premier Amendement, extérieure au *copyright*, au-delà de ce qui ne prive pas les droits exclusifs de leur substance.

640. Cet argument n'est rien d'autre qu'un reflet d'une certaine méfiance de la doctrine américaine à l'égard du juge du *copyright*, si familière également à la tradition du droit d'auteur français dont l'équilibre interne a été maintes fois trahi par le magistrat.

Les deux argumentations, refusant d'intégrer le *fair use* dans la théorie de balance définitionnelle, n'emportent pas notre conviction.

b. La nécessité du recours au *fair use* dans la construction de la balance définitionnelle

641. En ce qui concerne les thèses avancées par M. B. Nimmer, contre l'incorporation du *fair use* dans la théorie de balance définitionnelle, celles-ci semblent surestimer la netteté de la ligne séparant l'idée de l'expression.

¹⁸²⁴ L. S. SOBEL, « Copyright and the First Amendment: A Gathering Storm? », *Copyright Law Symposium (ASCAP)*, n° 19, 1969, pp. 43-80, spéc. p. 79. Dans le même sens, J. L. SWANSON, « Copyright versus the First Amendment: Forecasting an End to the Storm », *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, n° 7(2), 1987, pp. 263-297, spéc. p. 276.

À l'instar de ses homologues françaises, la doctrine et la jurisprudence américaines n'arrivent toujours pas à distinguer ces notions avec précision¹⁸²⁵. Dans cette optique, la conciliation entre le *copyright* et le Premier Amendement basée uniquement sur cette distinction fondamentale, au lieu d'être «définitionnelle», sous-entendrait toujours un élément de conciliation *ad hoc*. Le fardeau de casuistique se déplacerait simplement sur la question de savoir où s'arrête la reprise d'une idée et commence le copiage de la forme. Cette faiblesse inhérente à la distinction entre l'idée et l'expression conduit de nombreux auteurs à admettre son insuffisance en matière de conciliation du *copyright* avec le Premier Amendement¹⁸²⁶.

642. De surcroît, la doctrine américaine souligne que même dans les cas dans lesquels la distinction paraît évidente, souvent l'idée n'est pas dissociable de son expression. Si techniquement il est toujours possible de s'exprimer sans copier la forme protégée, il se peut que la réservation de la forme entraîne *de facto* la réservation du fond. L'expression sous forme de paraphrase n'est pas toujours suffisamment convaincante pour satisfaire aux besoins de l'auditoire auquel elle s'adresse¹⁸²⁷.

643. M. B. Nimmer était pleinement conscient de cette limite de sa théorie quand il avouait son insuffisance dans certaines situations exceptionnelles. Il plaidait pour la possibilité d'application directe du Premier Amendement en matière des photographies des journalistes illustrant des événements d'actualité¹⁸²⁸ et de certaines œuvres d'art graphique, telles que la célèbre *Mona Lisa*, dont nul ne saurait expliquer l'idée en faisant abstraction de la forme¹⁸²⁹.

644. Les auteurs contemporains soulignent toutefois que l'indissociabilité de l'idée de l'expression dépasse largement le cadre des hypothèses exceptionnelles décrites par

¹⁸²⁵ V. not. : J. P. BAUER, « Copyright and the First Amendment: Comrades, Combatants, or Uneasy Allies? », *Washington and Lee Law Review*, n° 67(3), 2010, pp. 831-914, spéc. p. 850 : « (...) the boundary between idea and expression is anything but a bright line; rather, it is blurry and often a moving target. Often one cannot know if one has made a protected expression until a court has spoken ». Sur la difficulté de la distinction et ses implications en dehors du contexte du Premier Amendement, v. not. : A. ROSEN, « Reconsidering the idea/expression dichotomy », *University of British Columbia Law Review*, n° 26(2), 1992, pp. 263-280.

¹⁸²⁶ V. not. : A. C. YEN, « A first amendment perspective on the idea/expression dichotomy and copyright in a work's "total concept and feel" », *Emory Law Journal*, n° 38(2), 1989, pp. 393-436, spéc. p. 397, N. W. NETANEL, « Locating Copyright Within the First Amendment Skein », *Stanford Law Review*, n° 54(1), 2001-2002, pp. 1-86, spéc. p. 19. Certains auteurs soulignent que l'utilisation du terme « dichotomie », qui désigne deux éléments bien opposés, pour désigner la relation entre l'idée et l'expression est un abus de langage. Dans ce sens, T. DENNESON, « Definitional Imbalance between Copyright and the First Amendment », *William Mitchell Law Review*, n° 30(3), pp. 895-930, spéc. p. 912.

¹⁸²⁷ N. W. NETANEL, *op. cit.*, p. 16.

¹⁸²⁸ M. B. NIMMER, « Copyright vs. the first amendment », *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.*, n° 17(4), 1969-1970, pp. 255-279, spéc. p. 272 et suiv.

¹⁸²⁹ *Ibid.*, p. 272.

l'éminent auteur. Elle peut concerner également de nombreuses œuvres littéraires et surtout audiovisuelles¹⁸³⁰, gagnant de l'importance avec le développement de la société de l'image. Comme le souligne un auteur, prenant l'exemple de la télévision, les idées exprimées par cette dernière se fondent avec le média lui-même, de sorte que l'idée devient l'image¹⁸³¹.

645. Techniquement, l'impossibilité de dissocier l'idée de l'expression dans certaines situations ne nous force pas de rejeter les thèses de Nimmer quant à la suffisance de cette distinction traditionnelle dans l'optique de conciliation du *copyright* avec le Premier Amendement. Il en est ainsi parce que la théorie de la fusion (*merger doctrine*) permet, *a priori* de rétablir la cohérence de la distinction idée/expression, tout en maintenant sa capacité de neutraliser la plupart des revendications basées sur la liberté d'expression.

En vertu de la théorie de la fusion, constituant un complément de la distinction entre l'idée et l'expression, « *lorsque les idées sont inséparablement liées à leur expression, de sorte qu'il est impossible de donner une autre forme à la même idée, la protection sera refusée à cette expression* »¹⁸³².

646. La doctrine de fusion pallie les insuffisances de la distinction entre l'idée et l'expression. Toutefois, dans le contexte des développements techniques récents elle devient une arme à double tranchant. Son application extensive peut priver de la protection de vastes catégories d'œuvres de l'esprit, et spécialement celles dont le principal vecteur de communication d'idées fait appel à la stimulation visuelle du spectateur¹⁸³³. Ses effets indésirables risquent de marginaliser le *copyright* dans sa lutte contre le Premier Amendement.

Eu égard à ce qui précède, il paraît que la limite externe des droits exclusifs sous forme de distinction entre l'idée et l'expression n'est pas, en elle seule, en mesure de résoudre le conflit entre le *copyright* et le Premier Amendement de façon définitionnelle sans éliminer tout recours du juge à la technique de balance d'intérêts *ad hoc*. Dans cette optique, la doctrine de *fair use*, en ce qu'elle constitue une limite interne des droits privatifs et de ce

¹⁸³⁰ N. W. NETANEL, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸³¹ S. ZIMMERMANN, « Regulatory Theory of Copyright: Avoiding a First Amendment Conflict », *Emory Law Journal*, 35(1), 1986, pp. 163-212, spéc. p. 201.

¹⁸³² S. ANG, « Idea-Expression Dichotomy and Merger Doctrine in the Copyright Laws of the U.S and the U.K », *International Journal of Law and Information Technology*, n° 2(2), pp. 111-153, spéc. p. 112. Les origines de la théorie de la fusion peuvent être tracées dans les affaires *Morrissey c/The Procter & Gamble Co. et alli.*, 379 F.2d 675 (1967) et *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. c/Kalpakian*, 446 F. 2d 738 (1971).

¹⁸³³ Dans ce sens, S. ZIMMERMANN, *loc. cit.* : « *The limitations of the idea-expression dichotomy to situations in which the idea and expression are inseparable has been recognized. The solution most commonly used is to prohibit copyright protection in all situations in which the idea and expression cannot be distinguished. However, such a limitation is inadequate when applied to the television media. Taken to its extreme, no copyright protection would be allowed for television since the visual medium incorporates the idea into the expression* ».

fait, autorise la reprise de la forme protégée, semble être le seul outil garantissant la séparation des champs d'application du *copyright* et du Premier Amendement.

647. Pour s'en convaincre définitivement il est toutefois nécessaire de repousser l'argument de L.S. Sobel, selon lequel l'équilibre définitionnel du *copyright* construit autour du *fair use* est fragile et susceptible d'être entièrement soumis à la logique du Premier Amendement, du fait de l'interprétation laxiste de l'exception par le juge¹⁸³⁴. Cette thèse a besoin d'une vérification que seule l'expérience jurisprudentielle peut fournir.

II. L'application de la théorie de balance définitionnelle aux États-Unis

648. En matière du conflit entre le *copyright* et le Premier Amendement, l'approche de l'exception de *fair use* adoptée par le juge américain se situe aux antipodes de la logique de destruction de l'équilibre voulu par le législateur, suivie par le juge français.

Puisqu'il est une exception ouverte le *fair use* est facilement malléable par son interprète. Cette caractéristique l'expose à un risque de dilution de ses contours sous la pression exercée par les revendications basées sur la liberté d'expression. L'expérience jurisprudentielle montre toutefois, que le juge du *copyright* appliquant la doctrine de *fair use* dans le contexte du Premier Amendement, empêche ce risque de se matérialiser.

649. À cet égard, il convient d'évoquer un arrêt de principe, rendu par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Harper & Row, Publishers, Inc. c/Nation Enterprises* de 1985¹⁸³⁵ qui a fait de l'exception souple de *fair use* le pilier de la théorie de balance définitionnelle (A) et dont la solution n'a été remise en cause par la jurisprudence postérieure que de façon apparente (B).

A. L'affirmation nette de la théorie de l'équilibre interne – l'arrêt *Harper & Row*

650. À l'image de la Cour de cassation française rendant l'arrêt *Klasen*, dans l'affaire *Harper & Row* la Cour suprême des États-Unis a été amenée à interpréter la doctrine *fair use* dans le contexte des revendications basées sur la liberté d'expression. Contrairement à son homologue français, elle rejette fermement la logique de l'exception externe. En outre, elle opère une lecture plus que classique du *fair use*.

¹⁸³⁴ *Supra*, n° 647.

¹⁸³⁵ 471 U.S. 539 (1985).

651. Il s'agissait d'un litige portant sur la contrefaçon d'une œuvre décrivant la vie du Président américain Gerald Ford. Ce dernier a donné à l'éditeur *Harper & Row* une autorisation exclusive pour la publication de ses mémoires, sous forme de livre. Peu de temps avant l'achèvement de l'œuvre par son auteur, l'éditeur d'un journal *The Nation Magazine* s'est procuré, dans des circonstances qui demeurent inconnues, du manuscrit non-publié des mémoires. Ensuite il a publié un article dont environ 1/6 du texte était composé des citations textuelles de l'œuvre du Président Ford.

Dans le procès initié par *Harper & Row*, l'argumentation du défendeur était construite, en premier lieu, autour de la doctrine du *fair use*. Les contrefacteurs invoquaient en outre le bénéfice direct du Premier Amendement. Par conséquent, la Cour suprême a dû se prononcer sur une conjonction d'arguments qui ressemble, *mutatis mutandis*, à celle soumise à l'attention de la Cour de cassation française dans les affaires *Utrillo*¹⁸³⁶ et *Klasen*¹⁸³⁷.

652. La Cour suprême rejette d'abord les arguments tirés du *fair use*, en se concentrant principalement sur la nature de l'œuvre litigieuse. Sa décision s'appuie sur un principe, bien ancré dans la *common law* et connu également du droit français, selon lequel l'exception n'est invocable que dans les cas où l'œuvre a été divulguée¹⁸³⁸.

À cet égard, les contrefacteurs ont avancé une lecture audacieuse de la révision du *Copyright Act* de 1976 qui a inclus le droit de divulgation à l'énumération des prérogatives du titulaire des droits exclusifs¹⁸³⁹. Ainsi la section 107 du *Copyright Act* pose le principe selon lequel l'exception s'applique à tous les droits énumérés dans la section 106, parmi lesquels figure désormais le droit de divulgation¹⁸⁴⁰. *Lege non distinguente*, l'exception devrait pouvoir s'appliquer également à des œuvres non divulguées.

653. Pourtant cet argument n'emporte pas la conviction de la Cour suprême pour laquelle, la non-applicabilité traditionnelle de la doctrine du *fair use*, consacrée par la *common law*, n'a pas été évincée par l'intégration du droit de divulgation au *Copyright Act*. Pour motiver sa décision, la Cour souligne la nécessité d'accorder une protection

¹⁸³⁶ *Supra*, n° 525 et suiv.

¹⁸³⁷ *Supra*, n° 600 et suiv.

¹⁸³⁸ 471 U.S. 539, spéc. 551.

¹⁸³⁹ 17 U.S.C. § 106, 3°: « *(the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize of the following:)* to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending ». Il est à noter qu'avant la révision du *Copyright Act* de 1976, seules les œuvres divulguées étaient éligibles à la protection par la loi fédérale. Le droit de divulgation était protégé principalement par le *common law copyright*. V., sur cette dualité, antérieure à la réforme de 1976 : A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences*, Bruylant, LGDJ, 1993, p. 539 et suiv., W. L. MENTLIK, « Federal Preemption in the Field of Intellectual Creations - An End to the Common Law Copyright », *Copyright Law Symposium (ASCAP)*, n° 23, 1973, pp. 115-142.

¹⁸⁴⁰ 17 U.S.C. § 107 : « *Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, (...), is not an infringement of copyright* ».

particulièrement forte dans la phase de préparation de l'œuvre¹⁸⁴¹. Elle en tire un principe, selon lequel « *dans des circonstances ordinaires, le droit de l'auteur de contrôler première apparition publique de son expression non divulguée emporte sur les revendications basées sur le fair use* »¹⁸⁴².

654. L'affirmation de la règle selon laquelle l'exception de *fair use* ne s'applique qu'aux œuvres divulguées, qui, signalons-le, n'est plus du droit positif après la réforme de la section 107 du *Copyright Act* intervenue en 1992¹⁸⁴³, permet à la Cour suprême de se pencher sur l'argument tiré de l'invocation du Premier Amendement. Celui-ci consiste à dire que les valeurs protégées par le Premier Amendement imposent un traitement particulier dans les circonstances de l'espèce¹⁸⁴⁴. Selon les défenseurs, le champ d'application du *fair use* devrait être élargi lorsque le litige touche à des questions d'intérêt public majeur. Ils estiment que les emprunts excessifs faits à l'œuvre du Président Ford, qui n'auraient pas été considérées comme relevant du *fair use* dans des circonstances ordinaires, doivent l'être en l'espèce, au nom de l'exigence de dissémination rapide des nouvelles découlant du Premier Amendement¹⁸⁴⁵.

655. La réponse de la Cour suprême à cet argument est tellement nette qu'on peut facilement rapprocher l'arrêt *Harper & Row* à la solution conservatrice de la Cour de cassation adoptée dans l'affaire *Utrillo*.

Ainsi, il a été jugé qu'« *à la lumière des éléments de protection des valeurs, relevant du Premier Amendement et inclus dans la distinction entre l'expression protégeable et les idées échappant à la protection, prévue par le Copyright Act, et eu égard à la latitude, quant à l'érudition et le commentaire, traditionnellement permise par le fair use, nous ne voyons pas de nécessité d'élargissement de la doctrine de fair use jusqu'à créer ce qui constituerait une exception au copyright ciblant les personnages publics. La question de savoir si le copiage d'un manuscrit rédigé par un personnage public relève, dans une situation donnée, du fair use doit être appréciée selon la vision traditionnelle de ce dernier* »¹⁸⁴⁶.

¹⁸⁴¹ 471 U.S. 539, spéc. p. 555.

¹⁸⁴² *Ibidem* : « *Under ordinary circumstances, the author's right to control the first public appearance of his undissemated expression will outweigh a claim of fair use* ».

¹⁸⁴³ V. : loi du 24 oct. 1992, 106 Stat. 3145 qui ajoute, à la fin de la section 107 du *Copyright Act*, une précision selon laquelle : « *The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors* ». Désormais l'exception de *fair use* s'applique également à des œuvres non-divulguées. V., sur ce point : A. STROWEL, *op. cit.*, p. 546. L'auteur souligne que cette modification est un fruit du *lobbying* du milieu journalistique invoquant la liberté de la presse.

¹⁸⁴⁴ 471 U.S. 539, spéc. p. 555.

¹⁸⁴⁵ 471 U.S. 539, spéc. p. 556.

¹⁸⁴⁶ 471 U.S. 539, spéc. 560 : « *In view of the First Amendment protections already embodied in the Copyright Act's distinction between copyrightable expression and uncopyrightable facts and ideas, and the*

656. La position prise par la Cour suprême dans l'affaire *Harper & Row* confirme qu'outre la dichotomie entre l'idée et l'expression, le *fair use* est une composante essentielle de l'équilibre définitionnel mis en place par le *copyright*, en considération de la liberté d'expression¹⁸⁴⁷. Selon le juge américain, si le *fair use* est un outil de protection des valeurs incarnées dans le Premier Amendement, ce dernier n'a pas assez de pouvoir pour lui imposer sa logique. En cas de conflit entre la liberté d'expression et le *fair use*, c'est nécessairement l'économie de ce dernier qui prévaut¹⁸⁴⁸.

En contraste avec les évolutions récentes de la jurisprudence française, la Cour suprême des États-Unis se montre ici très hostile à la création de toute exception externe basée sur la liberté d'expression¹⁸⁴⁹. Elle opère une lecture très classique et non extensive du *fair use*¹⁸⁵⁰, ce qui permet d'écarter le risque de dilution de ses contours dans l'économie du Premier Amendement. Le fait que l'exception soit invoquée à l'appui des revendications du bénéfice de la liberté d'expression semble n'avoir aucune incidence sur son interprétation par le juge. Cela nous montre que la Cour suprême résiste, dans la décision *Harper & Row*, à la tentation décrite par L. S. Sobel¹⁸⁵¹ de transformer le *fair use* en un outil privilégiant la logique de pesée d'intérêts cas par cas en fonction des impératifs dictés par le Premier Amendement.

B. La non-remise en cause de la théorie de l'équilibre interne par la jurisprudence postérieure

657. À première vue, la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis postérieure à l'arrêt *Harper & Row* a affaibli la portée de la règle d'immunité du *copyright* à l'encontre des revendications basées sur la liberté d'expression. En affirmant que ladite immunité joue aussi longtemps que le Congrès ne modifie pas les « contours traditionnels du *copyright* »,

latitude for scholarship and comment traditionally afforded by fair use, we see no warrant for expanding the doctrine of fair use to create what amounts to a public figure exception to copyright. Whether verbatim copying from a public figure's manuscript in a given case is or is not fair must be judged according to the traditional equities of fair use ».

¹⁸⁴⁷ T. DENNESON, *op. cit.*, p. 898.

¹⁸⁴⁸ J. L. SWANSON, *op. cit.*, p. 273.

¹⁸⁴⁹ L. LESSIG, « Copyright's First Amendment », *UCLA Law Review*, n° 48(5), 2001, pp. 1057-1074, spéc. p. 1060.

¹⁸⁵⁰ A. W. LANGVARDT, « "I Have a (Fair Use) Dream": Historic Copyrighted Works and the Recognition of Meaningful Rights for the Public », *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, n° 25(4), 2014-2015, pp. 939-1006, spéc. p. 977.

¹⁸⁵¹ *Supra*, n° 647.

la Cour suprême semble admettre la possibilité d’invocation du Premier Amendement, à titre d’exception externe, dans des circonstances exceptionnelles.

658. Une partie de la doctrine française avance une telle opinion, pour voir dans l’arrêt *Klasen* de la Cour de cassation un signe d’américanisation du droit d’auteur français. À notre avis, si cette position était défendable au moment où la Cour suprême a consacré la notion floue des « contours traditionnels du *copyright* » **(1)**, elle ne l’est plus à la lumière de sa jurisprudence récente clarifiant sa signification **(2)**.

1. La consécration de la notion de « contours traditionnels du *copyright* »

659. La notion des « contours traditionnels du *copyright* », issue de la jurisprudence postérieure à l’arrêt *Harper & Row*, joue un rôle important dans la répartition des champs d’application respectifs du *copyright* et du Premier Amendement **(a)**. Pourtant, au moment de sa consécration, sa signification était des plus incertaines **(b)**.

a. La fonction de la notion

660. Si en France la crise de la théorie d’équilibre interne du droit d’auteur est apparue au moment de la montée en puissance des méthodes de raisonnement pratiquées par la CEDH et de l’offensive des droits et libertés fondamentaux dans le discours juridique, aux États-Unis le même principe, nettement affirmé dans la décision *Harper & Row*, a été mis en question par l’expansion du *copyright*.

Avec l’avènement du numérique, le Congrès a décidé, en 1998¹⁸⁵², d’allonger la durée de la protection des œuvres existantes, déjà protégées ainsi que des créations futures, en ajoutant vingt ans au délai de cinquante ans *post mortem* consacré par le *Copyright Act* en 1976. Cette modification de la durée de protection, prospective, mais aussi rétrospective, est communément présentée comme étant la plus drastique¹⁸⁵³ et la plus controversée¹⁸⁵⁴ des modifications récentes de la législation sur le *copyright*.

¹⁸⁵² *Sonny Bono Copyright Term Extension Act*, Pub. L. No. 105-298, 112, Stat. 2827 (1998).

¹⁸⁵³ C. N. GIFFORD, « Sonny Bono Copyright Term Extension Act », *University of Memphis Law Review*, n° 30(2), pp. 363-408, spéc. p. 378.

¹⁸⁵⁴ R. A. EPSTEIN, « Dubious Constitutionality of the Copyright Term Extension Act », *Loyola of Los Angeles Law Review*, 36(1), pp. 123-158, spéc. p. 123. Pour l’approche critique, v. également : H. BROWN, D. MILLER, « Copyright Term Extension : Sapping American Creativity », *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, n° 44(2), pp. 94-102.

Résultat d'un lobbying acharné, notamment de la part des géants de l'industrie cinématographique, craignant de voir tomber dans le domaine public les créations telles que les personnages de *Mickey Mouse* et *Donald Duck*¹⁸⁵⁵, l'extension de la durée du *copyright* se justifiait par la poursuite des objectifs les plus nobles. Ainsi, elle a permis au droit américain de s'aligner sur la durée de protection plus longue, devenant une règle à portée mondiale¹⁸⁵⁶. En outre, elle répond à la croissance de l'espérance de vie des créateurs et de leurs héritiers et aux changements induits par la révolution numérique. Cette dernière a fourni aux titulaires les moyens permettant d'allonger la durée de l'exploitation commerciale des œuvres de l'esprit¹⁸⁵⁷.

661. Cela étant, parmi les effets secondaires de cette réforme on compte la renaissance du débat qui semble avoir été tranché par la Cour suprême dans la décision *Harper & Row*. Face à l'allongement de la durée de protection, le schéma de conciliation définitionnelle commence à être présenté comme ne pouvant plus légitimer les restrictions de la liberté d'expression ajoutées par la réforme. Une partie de la doctrine américaine souligne que la Cour suprême n'a reconnu l'immunité du *copyright* à l'encontre du Premier Amendement qu'en considérant que la réservation privative favorise l'exercice de la liberté d'expression. L'extension de la durée de la protection des œuvres déjà existantes ne ferait que décourager la création des œuvres nouvelles ce qui constituerait un empiétement intolérable des droits exclusifs sur le terrain du Premier Amendement¹⁸⁵⁸.

662. Dans ce contexte, la Cour suprême dans l'affaire *Eldred c/Ashcroft*¹⁸⁵⁹ prend à nouveau position sur la question de conciliation du *copyright* avec le Premier Amendement. Les faits de l'affaire sont fort banals. L'activité d'un service en ligne, proposant

¹⁸⁵⁵ V., sur le contexte politique de la réforme : C. N. GIFFORD, *op. cit.*, p. 385 et suiv.

¹⁸⁵⁶ L'extension de la durée de protection dans la Communauté Européenne, par la directive n° 93/98/CEE du 29 oct. 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, est communément présentée comme étant l'argument décisif en faveur de la même réforme aux Etats-Unis. V. : C. ALARCON, « Eldred v. Ashcroft Challenges the Copyright Term Extension Act », *Boston University Journal of Science Technology Law*, n° 8(2), pp. 713-720, spéc. p. 714, J. L. DIXON, « Copyright Term Extension Act: Is Life Plus Seventy Too Much? », *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, n° 18(4), pp. 945-980, spéc. p. 975.

¹⁸⁵⁷ O. G. HATCH, « Toward a Principled Approach to Copyright Legislation at the Turn of the Millennium », *University of Pittsburgh Law Review*, n° 59(4), pp. 719-758, spéc. pp. 728-729.

¹⁸⁵⁸ Dans ce sens, E. CHEMERINSKY, « Balancing Copyright Protection and Freedom of Speech: Why the Copyright Extension Act is Unconstitutional », *Loyola of Los Angeles Law Review*, n° 36(1), pp. 83-98 et spéc. p. 85 : « Copyright protections are tolerated under the First Amendment because they encourage speech. Extending copyright protections after the speech has occurred does not serve this purpose. Therefore, such extensions should not be tolerated under the First Amendment. Although I favor enforcement of copyright protections that existed when the work was created, because they were part of the incentive for the speech to have occurred, I oppose extension of copyrights after the speech occurred because extending copyrights has nothing to do with encouraging more speech ».

¹⁸⁵⁹ 537 U.S. 186 (2003), *PI*, n° 7, avr. 2003, p. 170, obs. A. LUCAS, *RIDA*, n° 197, juill. 2003, p. 132, obs. J. C. GINSBURG.

le téléchargement des livres tombés dans le domaine public, a été perturbée par l'extension de la durée de protection. Les prétentions soulevées étaient pourtant d'un grand calibre. Il n'était pas question d'invocation de la liberté d'expression pour faire d'elle une exception non prévue par le *copyright*, mais plutôt d'une attaque frontale, visant à contester la constitutionnalité de la réforme allongeant la durée de la protection.

663. Le premier des arguments avancés à l'appui de la thèse d'inconstitutionnalité consistait à dire qu'en ajoutant vingt ans au délai de protection des œuvres bénéficiant déjà de la protection, le Congrès a violé la disposition de la Constitution qui l'autorise à sécuriser les droits exclusifs des auteurs pendant « un temps limité »¹⁸⁶⁰. Ce n'est donc pas le délai de soixante-dix ans *post mortem* qui serait, en lui-même, inconstitutionnel¹⁸⁶¹, mais plutôt son application rétroactive aux œuvres non encore tombées dans le domaine public et bénéficiant, avant la réforme, de la protection plus courte¹⁸⁶². Outre cet argument basé sur la violation de la clause constitutionnelle de *copyright*, il a été soutenu devant la Cour suprême que la réforme litigieuse n'est pas compatible avec le Premier Amendement en ce qu'elle constitue une restriction de la liberté d'expression universelle et applicable sans égard à la nature d'expression¹⁸⁶³.

664. La Cour suprême rejette la thèse d'inconstitutionnalité du *Copyright Term Extension Act*. Pour le faire, elle utilise, en premier lieu, un argument historique et observe que toutes les extensions de la durée de la protection, votées dans le passé, ont profité aux œuvres futures aussi bien qu'à celles déjà existantes en non encore tombées dans le domaine public¹⁸⁶⁴. En second lieu, elle considère que la dernière extension du délai de protection, ainsi que les précédentes, satisfont à l'exigence constitutionnelle du « temps limité »¹⁸⁶⁵, car elles sont loin de mettre en place une protection perpétuelle¹⁸⁶⁶.

665. L'intérêt principal de la décision *Eldred c/Ashcroft* réside pourtant dans la réponse apportée par la Cour suprême à l'argument tiré de la violation du Premier Amendement. Pour commencer, la Cour adhère, de manière expresse, à la thèse de rationalité des Pères fondateurs des États-Unis¹⁸⁶⁷ et considère que le peu de temps séparant l'adoption

¹⁸⁶⁰ V. : la clause de *copyright*, *supra*, note 1757.

¹⁸⁶¹ Cela étant, de nombreux auteurs américains ont exprimé leurs critiques à l'égard de ce nouveau délai en le jugeant trop long. V. not. : W. J. GORDON, « Do We have a Right to Speak with Another's Language? *Eldred* and the Duration of Copyright », in P. L. C. TORREMANS, *Copyright and Human Rights: Freedom of Expression, Intellectual Property, Privacy*, Kluwer Law International, 2004, pp. 109-129.

¹⁸⁶² 537 U.S. 186, spéc. 193.

¹⁸⁶³ 537 U.S. 186, spéc. 218.

¹⁸⁶⁴ 537 U.S. 186, spéc. 200.

¹⁸⁶⁵ 537 U.S. 186, spéc. 204.

¹⁸⁶⁶ 537 U.S. 186, spéc. 210.

¹⁸⁶⁷ *Supra*, n° 638.

de la clause constitutionnelle de *copyright* et du Premier Amendement atteste de leur compatibilité¹⁸⁶⁸. Ensuite, la Cour suprême souligne l'existence, au sein du *copyright*, des limitations prenant en compte le Premier Amendement sous forme de la distinction entre l'idée et l'expression et du *fair use*¹⁸⁶⁹.

666. Plus loin, après ce rappel des éléments essentiels de la théorie de balance définitionnelle, la Cour articule un raisonnement qui, à première vue, marque une rupture avec l'absolutisme de la solution *Harper & Row*. Elle considère que les mécanismes internalisés par le *copyright* sont, *en général*, en mesure de neutraliser les revendications basées sur la liberté d'expression¹⁸⁷⁰ et exprime son désaccord avec les juges d'appel qui ont déclaré le *copyright* « *catégoriquement immunisé contre toute contestation en vertu du Premier Amendement* »¹⁸⁷¹. La Cour estime néanmoins, en citant la décision *Harper & Row*, que « *lorsque le Congrès ne modifie pas les contours traditionnels de la protection conférée par le copyright, comme c'est le cas en l'espèce, l'examen supplémentaire sous l'angle du premier amendement est inutile* »¹⁸⁷². Cette solution a suscité de vives réactions, également de la part de la doctrine française.

667. Ainsi, en annotant l'arrêt *Klasen* de la Cour de cassation, C. Geiger estime à juste titre que ce dernier marque une rupture avec la méthode de conciliation *in abstracto* pratiquée par la jurisprudence française depuis la célèbre décision *Utrillo*. En entrant dans le discours comparatiste, il voit dans la décision *Eldred c/Ashcroft* un signe d'assouplissement de la jurisprudence américaine allant dans le sens d'appréciation du conflit entre le *copyright* et le Premier Amendement selon la méthode de balance, *in concreto*, des droits en présence¹⁸⁷³. Selon le même auteur, ce passage du schéma dans lequel le *copyright* est

¹⁸⁶⁸ 537 U.S. 186, spéc. 219.

¹⁸⁶⁹ 537 U.S. 186, spéc. 219-220.

¹⁸⁷⁰ 537 U.S. 186, spéc. 221 : « *The First Amendment securely protects the freedom to make or decline to make one's own speech; it bears less heavily when speakers assert the right to make other people's speeches. To the extent such assertions raise First Amendment concerns, copyright's built-in free speech safeguards are generally adequate to address them* », nous soulignons.

¹⁸⁷¹ 537 U.S. 186, spéc. 221 : « *We recognize that the D. C. Circuit spoke too broadly when it declared copyrights "categorically immune from challenges under the First Amendment"* ».

¹⁸⁷² 537 U.S. 186, spéc. 221 : « *But when, as in this case, Congress has not altered the traditional contours of copyright protection, further First Amendment scrutiny is unnecessary* ».

¹⁸⁷³ C. GEIGER, « Droit d'auteur et liberté d'expression artistique : art "autorisé" et libre création ne font pas bon ménage », obs. sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, *JCP*, n° 38, 14 sept. 2015, 967, précitées. Dans le même sens, A. STROWEL, F. TULKENS, « Equilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. A propos des libertés de créer et d'utiliser des œuvres », in A. STROWEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 9-38, spéc. p. 36, selon lesquels la solution *Eldred c/Ashcroft* atteste qu'« *outre l'équilibrage interne au droit d'auteur garanti par divers principes et exceptions (...), des pondérations qui font primer la liberté d'expression s'imposent dans certains cas exceptionnels - le droit d'auteur n'est pas immunisé à l'encontre des demandes légitimes fondées sur la liberté d'expression* ».

catégoriquement immunisé contre les revendications basées sur la liberté d'expression vers celui dans lequel il ne l'est que « généralement » signifie qu'il est désormais possible, aux États-Unis, d'invoquer des défenses basées sur le Premier Amendement en matière du *copyright*¹⁸⁷⁴.

Pour A. Lucas dans l'arrêt *Eldred c/Ashcroft* la Cour suprême est toujours hostile à la possibilité de paralysie des droits exclusifs par des revendications basées sur la liberté d'expression¹⁸⁷⁵. Il remarque toutefois que cette éventualité n'est pas non plus totalement exclue dans la mesure où la Cour réserve « l'hypothèse d'un bouleversement de l'équilibre actuel du *copyright* »¹⁸⁷⁶.

À suivre cette logique, en ouvrant une brèche dans l'édifice de l'équilibre interne du *copyright*, l'arrêt *Eldred c/Ashcroft* marquerait l'éloignement du droit américain de sa tradition de conciliation définitionnelle et son rapprochement au modèle actuellement en vigueur en France.

668. Pour prendre position dans ce débat, notons d'abord que la clé de compréhension de la solution *Eldred c/Ashcroft* réside dans l'interprétation des circonstances dans lesquelles les mécanismes traditionnels d'internalisation du conflit entre le *copyright* et le Premier Amendement ne sont pas en mesure de garantir l'immunité du premier à l'encontre du dernier. La Cour suprême indique que l'équilibre interne de la matière, bâti autour de la distinction idée/expression et du *fair use*, peut être maintenu aussi longtemps que le Congrès ne modifie pas les « contours traditionnels du *copyright* ». *A contrario*, le dépassement de ceux-ci rend possible l'intervention du Premier Amendement.

Dans cette optique, la portée de la décision commentée est étroitement liée à la signification de la notion de « contours traditionnels du *copyright* » qui présente un fort degré d'ambiguïté.

b. L'ambiguïté de la notion

669. Pour éclairer les contours traditionnels du *copyright*, commençons par l'évidence. Ne voulant pas accuser la Cour suprême de s'être contredite nous constaterons que la notion

¹⁸⁷⁴ C. GEIGER, « Droit d'auteur et liberté d'expression artistique : art "autorisé" et libre création ne font pas bon ménage », *loc. cit.*

¹⁸⁷⁵ A. LUCAS, obs. sous *Eldred c/Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), *PI*, n° 7, avril 2003, pp. 170-172, spéc. p. 171.

¹⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 172.

ne désigne pas la durée de la protection inférieure à soixante-dix ans *post mortem*¹⁸⁷⁷. Logiquement, il en est de même pour l'extension rétroactive de la durée de la protection aux œuvres déjà existantes et non encore tombées dans le domaine public¹⁸⁷⁸.

670. Il est possible d'associer la notion de contours traditionnels du *copyright* à l'évolution de l'objet de la protection. Si un jour le *copyright* commence à protéger les créations autres que celles auxquelles s'intéressait le *copyright* dans sa forme traditionnelle, un tel excès de réservation privative pourrait être corrigé par l'application du Premier Amendement. Une grande partie de la doctrine américaine a suivi cette lecture de l'arrêt *Eldred c/Ashcroft*. On ajoute que les contours traditionnels du *copyright* en matière de l'objet de la protection doivent être appréciés à la lumière de l'ensemble des évolutions historiques de la matière, à partir du Statut d'Anne de 1709 étant la première loi régissant le domaine du droit d'auteur¹⁸⁷⁹.

Par exemple, les droits exclusifs sur les enregistrements des séquences de son devraient être soumis au contrôle accru de la part du Premier Amendement, car ils n'ont été inclus dans l'orbite de la protection qu'en 1971¹⁸⁸⁰ et, de ce fait, ils ne relèvent pas du champ traditionnel du *copyright*¹⁸⁸¹.

671. Cette interprétation contient une dose importante de raisonnement *ignotum per ignotius* dans la mesure où il est impossible de savoir où s'arrête le *copyright* « traditionnel » et commence celui susceptible d'être paralysé par le Premier Amendement¹⁸⁸². De surcroît, en glorifiant les textes anciens, elle est susceptible, à long terme, de freiner toute évolution de la matière.

Fort heureusement, après la plus récente des décisions de la Cour suprême traitant de la conciliation du *copyright* avec la liberté d'expression, la signification du terme « contours traditionnels du *copyright* » ne fait plus aucun doute, ce qui nous permet de cerner avec précision la portée des arrêts *Harper & Row* et *Eldred c/Ashcroft*.

¹⁸⁷⁷ Dans ce sens, P. BENDER, « Copyright and the First Amendment after *Eldred v. Ashcroft* », *Columbia Journal of Law & the Arts*, n° 30(3-4), 2007, pp. 349-354, spéc. p. 350.

¹⁸⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁷⁹ V., sur ce point : W. MCGINTY, « First Amendment Rights to Protected Expression : What are the Traditional Contours of Copyright Law ? », *Berkeley Technology Law Journal*, n° 23(3), 2008, pp. 1099-1140, spéc. p. 1125.

¹⁸⁸⁰ *Sound Recordings Act*, Pub. L. 92-140, 85 Stat. 391 (1971).

¹⁸⁸¹ W. MCGINTY, *op. cit.*, p. 1126.

¹⁸⁸² A cet égard P. Bender s'interroge : « *What about the subject matters of copyright? Must those be "traditional" in order to avoid First Amendment scrutiny, and, if so, what are those "traditional subject matters? Those few covered in the Statue of Anne, or the first federal copyright statute (maps, charts and books)? The much broader categories of writings protected by the 1909, or 1976 revisions of the Copyright Act? Must the bundle of exclusive rights conferred by copyright also be "traditional" to escape First Amendment attack? If so, what does that "traditional" bundle contain?* », P. BENDER, *op. cit.*, pp. 350-351.

2. La clarification de la notion de « contours traditionnels du *copyright* »

672. Dans l'arrêt *Golan c/Holder*¹⁸⁸³, rendu en 2012, la Cour suprême des États-Unis a expliqué que les « contours traditionnels du *copyright* », dont la fixité immunise la matière contre les revendications basées sur la liberté d'expression, désignent la distinction entre l'idée et l'expression ainsi que l'exception de *fair use* (a). Cette définition ne fait que renforcer la théorie de balance définitionnelle, de sorte que la divergence entre le droit d'auteur français et le *copyright* américain en matière d'invocabilité de la liberté d'expression dans le champ d'application des droits exclusifs paraît flagrante (b).

a. La dichotomie idée/expression et le *fair use* en tant que contours traditionnels du *copyright*

673. Dans l'affaire *Golan c/Holder*, le litige était en relation avec l'adoption, par le législateur américain, de l'*Uruguay Round Agreements Act (URAA)*¹⁸⁸⁴. Cet acte du Congrès avait principalement pour but de transposer les dispositions de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale de commerce et de rendre la législation américaine conforme à la Convention de Berne. Précisément, il était question de satisfaire pleinement aux principes de réciprocité et d'assimilation des auteurs étrangers aux auteurs nationaux¹⁸⁸⁵. Selon ce dernier principe, les pays unionistes ne peuvent pas donner aux auteurs étrangers, ressortissants d'un autre pays unioniste, le traitement moins favorable que celui qu'ils offrent aux auteurs nationaux.

674. Pour respecter cette règle, le législateur américain a consacré, en adoptant l'*URAA*, la notion d'œuvre restaurée¹⁸⁸⁶. Il s'agit d'inclure dans l'orbite du *copyright* les œuvres étrangères, non encore tombées dans le domaine public dans leurs pays d'origine, mais non protégées aux États-Unis pour des raisons diverses et notamment du fait du non-accomplissement de certaines formalités qui conditionnaient le déclenchement de la protection avant que cette exigence soit abandonnée en 1988¹⁸⁸⁷.

¹⁸⁸³ 132 S. Ct. 873 (2012), *CCE*, n° 12, déc. 2012, étude 21, obs. P. MOURON.

¹⁸⁸⁴ Pub. L. n° 103-465, 108 Stat. 4809 (1994).

¹⁸⁸⁵ *Supra*, n° 101.

¹⁸⁸⁶ « *Restored work* ». V. : la section 514 de l'*URAA*, devenue 17 U.S.C. § 104A.

¹⁸⁸⁷ V., sur ce point : *Berne Convention Implementation Act*, Pub. L. n° 100-568, 102 Stat. 2853 (1988).

675. La réforme instaurant la notion d'œuvre restaurée a eu pour effet de soustraire de nombreuses œuvres du domaine public¹⁸⁸⁸. Dans l'affaire *Golan c/Holder* les demandeurs, chefs d'orchestre, musiciens et éditeurs, ayant vu leurs activités perturbées du fait de cette expansion du champ du *copyright* ont avancé un grief d'inconstitutionnalité de l'URAA. Pour le faire, ils se sont appuyés tant sur la clause constitutionnelle de *copyright* que sur le Premier Amendement¹⁸⁸⁹.

La Cour suprême a rejeté leurs arguments en estimant que la réforme litigieuse n'a point altéré les contours traditionnels du *copyright*¹⁸⁹⁰. L'apport principal de la décision réside dans le fait que cette fois-ci cette notion a été définie. Ainsi, en se référant à la décision *Eldred c/Ashcroft* la Cour précise : « nous y avons décrit les "contours traditionnels" de la protection conférée par le *copyright*, *i. e.*¹⁸⁹¹ la dichotomie idée/expression et le *fair use* »¹⁸⁹².

La Cour opère ici une interprétation *strictissime* de la notion de contours traditionnels du *copyright*, dont la signification donnait lieu à des spéculations depuis l'arrêt *Eldred v. Ashcroft*. Elle voit en elle, tout simplement, la dichotomie idée/expression et l'exception de *fair use*¹⁸⁹³. Cela nous permet de cerner avec précision l'attitude du juge américain à l'égard du conflit entre les droits exclusifs conférés par le *copyright* et la liberté d'expression.

b. La réalité de la divergence entre le droit d'auteur et le *copyright*

676 La lecture conjointe des arrêts *Harper & Row*, *Eldred c/Ashcroft* et *Golan c/Holder* nous permet d'affirmer que le Congrès peut étendre librement le champ des droits exclusifs, sans qu'il y ait lieu à appliquer le Premier Amendement, aussi longtemps que cette

¹⁸⁸⁸ Parmi lesquelles se trouvaient notamment des films d'Alfred Hitchcock, des compositions de Dimitri Shostakovich ou bien des peintures de Pablo Picasso, J. W. RICE, « Devil Take the Hindmost : Copyright's Freedom from Constitutional Constraints after *Golan v. Holder* », *University of Pennsylvania Law Review*, n° 161, 2012, pp. 283-302, spéc. p. 283.

¹⁸⁸⁹ 132 S. Ct. 873, spéc. 878.

¹⁸⁹⁰ 132 S. Ct. 873, spéc. 890-891.

¹⁸⁹¹ « *Id est* », nous soulignons.

¹⁸⁹² 132 S. Ct. 873, spéc. 890 : « We next explain why the First Amendment does not inhibit the restoration authorized by § 514. To do so, we first recapitulate the relevant part of our pathmarking decision in *Eldred* (...). We then described the "traditional contours" of copyright protection, *i.e.*, the "idea/expression dichotomy" and the "fair use" defense. Both are recognized in our jurisprudence as "built-in First Amendment accommodations." *Eldred*, 537 U.S., at 219, 123 S. Ct. 769; see *Harper & Row*, 471 U.S., at 560, 105 S. Ct. 2218 (*First Amendment protections are "embodied in the Copyright Act's distinction between copyrightable expression and uncopyrightable facts and ideas," and in the "latitude for scholarship and comment" safeguarded by the fair use defense*) », nous soulignons.

¹⁸⁹³ J. W. RICE, *op. cit.*, p. 297.

expansion n'a pas d'incidence sur la dichotomie idée/expression, et l'exception de *fair use*¹⁸⁹⁴. Ces derniers sont les seuls contours traditionnels du *copyright* à prendre en considération pour savoir si la réservation privative entre en collision avec le Premier Amendement¹⁸⁹⁵.

Il en découle plusieurs conclusions qui assombrissent l'avenir du domaine public aux États-Unis¹⁸⁹⁶. Nous nous concentrerons toutefois uniquement sur les éléments nécessaires à la compréhension de la vraie nature des évolutions actuelles du paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur en France.

677. En premier lieu, en aucun cas la jurisprudence récente de la Cour suprême des États-Unis ne s'éloigne, dans le domaine du conflit entre les *droits exclusifs* et la liberté d'expression, de la méthode de conciliation *in abstracto*. Quant à cette dernière, ses bases conceptuelles sont beaucoup plus anciennes que les premières études françaises consacrées à la question et remontent aux premières critiques doctrinales formulées, dans les années 1970, à l'encontre de la méthode consistant à peser *in concreto* les droits en présence. Contrairement à la Cour de cassation française, qui opère à tort une interprétation jusqu'au-boutiste de la jurisprudence *Ashby Donald*, aux États-Unis le conflit est, à l'heure actuelle, résolu selon une approche abstraite. Cela correspond, *mutatis mutandis*, à la situation connue du droit français pendant la période comprise entre les arrêts *Utrillo* et *Klasen*.

678. En deuxième lieu, dans cette méthode de conciliation abstraite, l'exception de *fair use* joue un rôle premier. Étant une limite interne des droits subjectifs de l'auteur, elle comble les insuffisances de la dichotomie idée/expression dans la neutralisation des revendications basées sur la liberté d'expression. L'expérience jurisprudentielle montre que, malgré la pression exercée par le Premier Amendement, le *fair use* résiste à toute tentative de dépassement de ses limites traditionnelles. Dans cette optique, s'il est, par nature, une norme flexible, car son jeu suppose toujours l'intervention du juge et l'examen cas par

¹⁸⁹⁴ Dans ce sens, N. W. NETANEL, « First Amendment Constraints on Copyright after *Golan v. Holder* », *UCLA Law Review*, n° 60(5), 2013, pp. 1082-1129, spéc. p. 1102.

¹⁸⁹⁵ H. B. ABRAMS, « Eldred, *Golan* and Their Aftermath », *Journal of the Copyright Society of the USA*, n° 60(4), 2013, pp. 491-528, spéc. p. 514.

¹⁸⁹⁶ V., sur ce point : J. W. RICE, *op. cit.*, p. 299 selon laquelle : « *even more significant than the immediate consequences of Golan is the shadow the decision casts on the future of the American public domain. It may be that, because the Golan Court took such drastic steps to emaciate the public domain, the American public will be hesitant to rely on a work's public domain status in the future. Because Golan sets no explicit limit on the reach of its holding, artists will be understandably fearful that any public work they utilize might soon be "restored" to copyright by Congress, placing them in a financially compromising position. Now that the Court has established that Congress has wide latitude in removing previously uncopyrighted works from the public domain, Congress could also theoretically grant retroactive protection to previously copyrighted public domain works whose copyrights have expired* ».

cas des faits de l'espèce à la lumière de quatre conditions légales¹⁸⁹⁷ de l'exception, cette flexibilité ne se manifeste qu'à l'intérieur de la sphère du *copyright*. Vu de l'extérieur du système du *copyright*, le *fair use* apparaît, paradoxalement, comme une norme particulièrement rigide, sortant indemne de sa confrontation avec la liberté d'expression.

679. Par conséquent, à notre avis, toute assimilation de la rupture avec le paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur, observable aujourd'hui dans la jurisprudence de la Cour de cassation, à la consécration du *fair use* à la française ne se justifie pas. Un tel raisonnement confond la flexibilité jouant à l'intérieur du *copyright* qui fait partie de la tradition du *fair use* avec la flexibilité imposée par des normes provenant d'en dehors du *copyright*.

Cette différence subtile de perspectives a été cernée par F. Pollaud-Dulian. Celui-ci, après avoir posé une question rhétorique relative au sens de consécration des exceptions légales, strictement définies, dès lors que l'invocation de l'article 10 de la Convention est capable de paralyser l'exercice des droits d'auteur, constate que « *cela revient à faire jouer potentiellement à ce texte le rôle d'un "fair use", à ceci près que, dans le "copyright" américain, aussi incertain soit-il, le "fair use" est une exception consacrée par une disposition légale (...) et qui n'est pas, elle-même, dépourvue de limite, et non une liberté* »¹⁸⁹⁸.

Puisque le *fair use* possède des limites légales que le juge américain n'ose pas dépasser, même au nom de la protection de la liberté d'expression, la contradiction induite par le maintien apparent en droit français de la liste fermée d'exceptions et l'admission, en même temps, de la possibilité de son contournement par les normes d'origine *extra jus auctoris*, n'est pas un signe d'américanisation du droit d'auteur. Loin de créer des impressions dissonantes, le droit américain constitue, à cet égard, un modèle de cohérence.

¹⁸⁹⁷ A. W. LANGVARDT, « "I Have a (Fair Use) Dream": Historic Copyrighted Works and the Recognition of Meaningful Rights for the Public », *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, n° 25(4), 2014-2015, pp. 939-1006, spéc. p. 969.

¹⁸⁹⁸ F. POLLAUD-DULIAN, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, *RTD Com.* 2015, pp. 515-526, précitées, spéc. p. 519.

Conclusions du Chapitre 2

680. Bien qu'une telle interprétation maximaliste des enseignements dispensés par la CEDH dans l'arrêt *Ashby Donald* ne s'impose pas, le juge français a décidé de faire du test de proportionnalité une méthode universelle de conciliation du droit d'auteur avec la liberté d'expression. Cette dernière peut désormais jouer le rôle d'une limite interne des droits subjectifs en s'apparentant à une exception véritable d'origine *extra jus auctoris*. Outre la remise en cause évidente de l'idée centrale du paradigme d'équilibre préétabli qui est le postulat d'autosuffisance des lois sur le droit d'auteur en matière d'exceptions, la méthode de conciliation consistant en une pesée, cas par cas, des droits en présence imposée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Klasen* s'attaque à d'autres axiomes qui en découlent.

681. Précisément, l'anéantissement de la hiérarchie traditionnelle entre les règles spéciales du droit d'auteur et la catégorie générale de la liberté d'expression que sous-entend cette nouvelle méthode de conciliation revient, indirectement, à conférer aux utilisateurs des prérogatives assimilables aux droits subjectifs. En outre, en rupture avec le modèle de l'exception issu de la loi du 11 mars 1957, cette extension du champ d'application des droits et libertés fondamentaux engendre la montée en puissance du pouvoir du juge en matière des exceptions aux droits de l'auteur. Ce dernier phénomène crée une image d'américanisation du système français d'exceptions par leur prétendu rapprochement à la logique du *fair use*. Cette première apparence est toutefois trompeuse.

Effectivement, le *copyright* américain met accent sur le pouvoir du juge en matière de l'exception de *fair use* qui, à la différence des exceptions françaises, constitue une norme ouverte. Ceci étant, depuis que le conflit entre les droits exclusifs et la liberté d'expression induit par une contradiction des normes constitutionnelles a été découvert par les chercheurs américains il y a plus de quarante ans, la doctrine majoritaire et la jurisprudence de la Cour suprême s'accordent sur le postulat selon lequel cette opposition doit être neutralisée par les lois sur le *copyright*, spécialement par l'exception de *fair use*. À l'image de la tradition du droit d'auteur français, bien résumée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Utrillo*, le *copyright* américain se montre hostile à toute tentative de réajustement de l'équilibre interne de la matière.

Conclusions du Titre 2

682. Le terrain de confrontation du droit d'auteur avec la liberté d'expression est l'endroit où la crise du paradigme français d'équilibre préétabli se manifeste de manière particulièrement aiguë. L'approche traditionnelle de ce conflit spectaculaire consistait à « injecter » une dose suffisante de la protection de la liberté d'expression des utilisateurs des œuvres de l'esprit dans le tissu du droit d'auteur objectif par la mise en place des exceptions. Ces dernières, limitant l'exercice des droits exclusifs de manière nécessairement proportionnée, étaient des outils permettant de résoudre, de manière abstraite, voir nier la réalité du conflit entre le droit d'auteur et la liberté d'expression. Entre les deux se nouait une relation *lex specialis/lex generalis*, de sorte que la catégorie générale de la liberté d'expression ne saurait être obviée au droit d'auteur, ce dernier la prenant suffisamment en compte à travers les exceptions légales. Une telle logique d'internalisation du conflit entre les droits exclusifs et la liberté d'expression par le droit d'auteur objectif est en parfait accord avec le paradigme d'équilibre préétabli de la matière, reposant sur l'idée d'autosuffisance des lois sur le droit d'auteur en matière des exceptions.

683. Ce modèle n'a pas réussi à résister au phénomène récent d'extension du champ d'application des droits et libertés fondamentaux qui a abouti à une véritable externalisation du conflit entre les droits exclusifs et la liberté d'expression. Contrairement à ce qu'on admettait traditionnellement en France et au schéma actuellement en vigueur aux États-Unis, la Cour de cassation reconnaît aujourd'hui la nécessité pour le juge de procéder, avant de prononcer une condamnation pour contrefaçon, à une analyse du caractère proportionné de l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression que constitue une telle condamnation. Il en résulte que désormais l'art 10 de la Convention EDH joue le rôle d'une exception aux droits de l'auteur, d'origine *extra jus auctoris*.

684. Il ne s'agit pas d'une application occasionnelle d'une norme extérieure au droit d'auteur dans des circonstances exceptionnelles, mais de sa mobilisation systématique. En outre, il ne s'agit pas d'un changement de paradigme imposé par les autorités supranationales, mais d'un phénomène ayant largement sa source dans les évolutions du droit interne. Dans cette optique, cette rupture avec la tradition française du droit d'auteur est encore plus brutale que celle résultant du bouleversement de l'équilibre interne de la matière par les mécanismes du droit de la concurrence.

Conclusions de la Partie deuxième

685. Les vertus telles que la sécurité juridique et la cohérence du droit ne décrivent plus le droit d'auteur français qui en matière de ces précieux points d'équilibre que sont les exceptions fait tout pour ne pas être fidèle à lui-même. La confrontation des exceptions aux droits de l'auteur françaises avec les règles du droit de la concurrence ainsi qu'avec les droits et libertés fondamentaux est révélatrice d'une crise profonde du paradigme traditionnel dans lequel le droit d'auteur est censé internaliser le conflit entre les droits exclusifs et les intérêts des utilisateurs. Le droit d'auteur autosuffisant et équilibré, issu de la grande loi du 11 mars 1957 n'est plus le modèle en vigueur. Il a cédé devant la pression exercée par les règles extérieures à la matière et ayant un champ d'application plus large qui en assumant le rôle des exceptions, et dérogeant à ce titre aux droits subjectifs de l'auteur, dérogent également au droit d'auteur objectif.

686. Ce mélange de la logique de l'exception aux droits de l'auteur avec celle de l'exception au droit d'auteur est une étrange alchimie. Tout ce passe comme si les règles générales pouvaient déroger aux règles générales. Dans ce monde à l'envers dans lequel les catégories générales telles que la liberté d'expression ou le principe de la libre concurrence peuvent modifier les limites internes des droits subjectifs reconnus par le droit spécial rien ne semble pouvoir être préétabli.

687. Reste à savoir si ces dérèglements du paradigme traditionnel sont imputables à l'expansionnisme tyrannique des règles générales d'origine extra *jus auctoris*, ou bien ils résultent de l'érosion interne du droit d'auteur trop attaché à l'idée de son autosuffisance pour faire face aux défis du monde contemporain. À cet égard, notre étude se place dans la perspective d'une distinction entre la causalité *sine qua non* et la causalité adéquate. Le paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur ne se serait probablement pas effondré s'il n'avait pas été confronté à l'expansion récente du droit de la concurrence ainsi que des droits et libertés fondamentaux.

688. Toutefois, si on situe la problématique dans un contexte du droit comparé et on se rend compte de la vraie nature du prétendu « antonyme » des exceptions françaises qui est le *fair use* américain la perspective change diamétralement.

De l'autre côté de l'Atlantique, les tentatives de dépassement de l'équilibre interne du *copyright* par les mécanismes de l'*antitrust* aussi bien que celles visant sa dilution dans l'économie du Premier Amendement de la Constitution des États-Unis sont, à l'heure actuelle, restées vaines. Dans deux cas ce résultat a été atteint grâce à l'architecture particulière

de l'exception de *fair use*. Celle-ci est d'abord une norme intrinsèquement souple et malléable par le juge. À première vue, ces caractéristiques la situent aux antipodes de la tradition hexagonale du droit d'auteur. En réalité les mêmes attributs font du *fair use* ce dont les exceptions françaises ont été privées et ce qui constitue le cœur du paradigme consacré par la loi du 11 mars 1957 - une norme garantissant l'autosuffisance des lois sur le droit d'auteur en matière de conciliation des droits exclusifs avec les intérêts des utilisateurs.

689. L'exemple américain nous montre que la pression qu'exerce le droit de la concurrence et les droits fondamentaux sur le droit d'auteur peut être canalisée sans que l'inversement de la hiérarchie fondamentale entre *lex specialis* et *lex generalis* soit inévitable. Cette observation nous permettra de formuler quelques conclusions quant aux issues possibles de la crise touchant les exceptions aux droits de l'auteur en France.

Conclusions générales

690. Selon T. Kuhn, la crise de la science normale peut avoir deux issues possibles. La plus spectaculaire est, bien évidemment, l'abandon du paradigme classique et l'acceptation d'un paradigme nouveau. Ce passage constitue une véritable révolution scientifique supposant « *une reconstruction de tout un secteur sur de nouveaux fondements, reconstruction qui change certaines des généralisations théoriques les plus élémentaires de ce secteur et aussi nombre des méthodes et applications paradigmatiques* »¹⁸⁹⁹. Toutefois, même après la prise de conscience par les scientifiques de l'existence de graves anomalies défiant les généralisations fondamentales du paradigme dominant, la mort de celui-ci ne conclut pas toujours la période de crise.

La seconde des solutions possibles consiste à sauver *in extremis* le paradigme dominant, en forçant les outils dont dispose la science normale à résoudre les problèmes ayant engendré la crise¹⁹⁰⁰.

En faisant de ces deux variantes une grille des conclusions découlant de notre étude de la crise des exceptions aux droits de l'auteur, envisageons-la selon qu'elle soit le prélude d'un changement de paradigme **(I)** ou d'un réajustement du paradigme traditionnel **(II)**.

I. Le prélude d'un changement de paradigme ?

691. Le changement de paradigme est toujours un phénomène à la fois destructif et constructif¹⁹⁰¹. Des ruines du paradigme ancien surgit une nouvelle science normale qui, pendant un certain temps, garantira une stabilité et fournira de nouvelles solutions-types aux problèmes-types rencontrés par la discipline. T. Kuhn souligne que dans certains cas les phases de destruction et de construction sont concomitantes, de sorte que le constat de la crise coïncide avec l'émergence d'un paradigme nouveau¹⁹⁰². Dans d'autres cas, entre les deux s'écoule un temps plus ou moins considérable¹⁹⁰³.

692. La crise des exceptions aux droits de l'auteur que nous avons constatée remet en cause la généralisation fondamentale de la matière qu'est l'idée d'autosuffisance des lois sur le droit d'auteur en matière de conciliation des droits exclusifs avec les intérêts des utilisateurs à l'aide des exceptions. Dans cette optique, celle-ci est sans aucun doute

¹⁸⁹⁹ T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983, p. 124.

¹⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 123.

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 100.

¹⁹⁰² *Ibid.*, p. 126.

¹⁹⁰³ *Ibidem*.

un phénomène destructif. Pourtant, à notre sens, la même crise n'est pas suffisamment constructive pour conclure de l'avènement d'un nouveau paradigme.

Il en est ainsi parce que le modèle qui suppose l'inversement de la hiérarchie entre les règles spéciales et les règles générales, et dans le cadre duquel l'exception dérogeant au *lex specialis* se confond avec *lege generalis*, n'est pas un paradigme. Dire que les droits exclusifs ne peuvent être exercés tant que cet exercice n'entre pas en conflit avec le principe de la libre concurrence ou bien avec l'exercice des autres droits et libertés fondamentaux n'est pas une solution-type garantissant une stabilité du droit d'auteur. C'est justement une antithèse du paradigme, dans le cadre de laquelle tout se résout au cas par cas. Une telle analyse anéantit le droit d'auteur en déléguant la résolution des problèmes qu'il rencontre aux autres branches du droit, prévoyant des règles ayant un champ d'application plus large. On ne saurait encore parler d'un nouveau paradigme en matière d'exceptions aux droits de l'auteur si tout ce que nous propose la « nouvelle exception » est la fuite vers les paradigmes élaborés en dehors du droit d'auteur et la recherche de solutions *ad hoc* compatibles avec les normes d'origine *extra jus auctoris*. L'ancien équilibre du droit d'auteur étant démoli, le nouveau n'est pas encore créé, car comme le souligne un auteur, « *équilibre* n'est pas *articulation*, encore moins *compatibilité* »¹⁹⁰⁴.

693. Voici comment le cercle de l'histoire des exceptions aux droits de l'auteur se referme. La matière, qui s'est rigidifiée¹⁹⁰⁵ pour sortir d'une période préparadigmatique caractérisée par le désaccord sur les principes fondamentaux¹⁹⁰⁶, est à nouveau marquée par l'approche casuistique de la balance ponctuelle des intérêts antagonistes. Construit pour rompre avec le schéma dans lequel tout se juge en équité et conformément au « bon sens », le modèle issu de la loi du 11 mars 1957 n'est pas en mesure de maintenir l'autarcie des lois sur le droit d'auteur en matière des exceptions.

694. Le phénomène de retour à la préséance est un des effets universels de la crise du paradigme dominant. Ainsi, selon T. Kuhn « (...) *toutes les crises commencent par l'obscurcissement du paradigme et par un relâchement consécutif des règles de la recherche normale. De sorte que la recherche durant la crise ressemble beaucoup à celle de la période antérieure au paradigme (...)* »¹⁹⁰⁷.

¹⁹⁰⁴ P. HENAFF, « L'œuvre transformative - Sécuriser l'œuvre transformative sans remettre en cause le monopole de l'auteur de l'œuvre préexistante », *CCE*, n° 4, avril 2016, étude 8, spéc. n° 16.

¹⁹⁰⁵ *Supra*, Partie première, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁹⁰⁶ *Supra*, Partie première, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁹⁰⁷ T. KUHN, *op. cit.*, p. 123.

Ce qui différencie toutefois la prés science et la science de la période de crise, c'est le fait que dans cette dernière « (...) *le foyer de divergence est à la fois plus petit et plus clairement défini* »¹⁹⁰⁸. Cette dernière idée constituera le point de départ de notre analyse de la deuxième des issues possibles de la crise des exceptions aux droits de l'auteur.

II. La possibilité de réajustement du paradigme traditionnel

695. Si le nouveau paradigme des exceptions aux droits de l'auteur n'est pas encore arrivé, il est judicieux d'envisager la possibilité de la sauvegarde du paradigme d'équilibre préétabli. Cela nécessiterait un certain réajustement des outils dont il dispose. Souvent, le progrès de la science s'accomplit lorsque la science normale se rajeunit par l'élimination ou bien le remplacement d'éléments qui étaient traditionnellement considérés comme faisant partie du paradigme dominant¹⁹⁰⁹. Voici peut-être une piste à suivre.

Les résultats de l'analyse comparative que nous avons menée en étudiant la réaction des exceptions françaises et du *fair use* américain à l'offensive des revendications basées sur les règles du droit de la concurrence ou sur les droits et libertés fondamentaux nous permettent de formuler des conclusions quant à « l'étiologie » de la crise de l'équilibre préétabli du droit d'auteur français.

696. Il est possible d'affirmer que la rigidité externe de l'exception, sa capacité à résister à la dilution dans l'économie des règles ayant un champ d'application plus large, est inversement proportionnelle à sa rigidité interne. Plus l'exception est souple et malléable par le juge, plus le droit d'auteur peut rester autarcique et jouer pleinement son rôle de *lex specialis*, limitant, de manière nécessairement légitime et proportionnée, des catégories générales telles que le principe de libre concurrence ou de liberté d'expression.

Il apparaît donc que dans le contexte juridique actuel la méthode issue de la loi du 11 mars 1957, consistant à dresser une liste exhaustive des exceptions rédigées de manière rigide, ne peut plus mener aux résultats voulus dans le cadre du paradigme d'équilibre préétabli. En revanche, ce qui était traditionnellement considéré comme une antithèse de l'exception « à la française » à savoir une norme souple, laissant une grande marge de manœuvre à l'interprète, devient un outil susceptible de rétablir la cohérence de la matière.

¹⁹⁰⁸ *Ibidem.*

¹⁹⁰⁹ T. KUHN, *op. cit.*, p. 100.

Ainsi, il apparaît que l'exception sous forme de norme intrinsèquement souple, mais extrinsèquement rigide est aujourd'hui un modèle à suivre pour le droit d'auteur français si ce dernier souhaite rester fidèle à sa tradition. Une telle réconciliation du droit d'auteur français avec le *copyright* sur le terrain des exceptions suppose toutefois le franchissement de certains obstacles.

697. Le premier obstacle provient du droit de l'Union européenne. La directive 2001/29/CE dressant une liste limitative des exceptions pouvant être inscrites dans les droits nationaux des États membres, il est évident que la transposition du modèle américain n'est pas pour aujourd'hui. Elle n'est pas non plus pour demain. Dans sa stratégie de révision de la directive 2001/29/CE, la Commission européenne, tout en souhaitant élargir le spectre de certaines exceptions et créer une exception nouvelle, semble rester attachée à leur formulation analytique.

Ceci étant, même dans l'hypothèse où la réforme du cadre européen des exceptions s'opère *a minima*, ce qui est fort probable, une certaine ouverture des exceptions françaises reste possible. À cet égard, une partie de la doctrine a récemment proposé plusieurs stratégies de flexibilisation des exceptions françaises. Vu les résultats de notre étude, deux propositions méritent qu'on y prête attention.

698. Tout d'abord, il est souhaitable que le législateur français exploite au maximum la souplesse inhérente au dispositif européen. Dans l'état du droit positif, cela pourrait consister en une transposition à la lettre de toutes les exceptions prévues par la directive¹⁹¹⁰.

Pour se rendre compte de l'utilité de cette démarche, restons près des dysfonctionnements constatés dans notre étude, et rappelons que, fort probablement, si l'exception française pour courte citation était conforme au texte de la directive qui lui réserve un champ d'application beaucoup plus large que celui du droit interne¹⁹¹¹, la solution *Klasen*¹⁹¹² n'aurait jamais vu le jour.

En outre, il ne faut pas oublier que « *l'exception de citation constitue la terre d'élection de la création transformative* »¹⁹¹³. Comme cela a été souligné dans le rapport

¹⁹¹⁰Ce qui est préconisé également par B. HUGENHOLTZ, M. SENFTLEBEN, « Fair use in Europe. In Search of Flexibilités », nov. 2011, Amsterdam, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959554, p. 2.

¹⁹¹¹ *Supra*, Partie première, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹⁹¹² *Supra*, Partie deuxième, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

¹⁹¹³ V. L. BENABOU, F. LANGROGNET, Rapport de la mission du CSLPLA sur les « œuvres transformatives », disponible sur www.culturecommunication.gouv.fr/.../Rapport%20oeuvres%20transformatives.pdf, p. 52.

Lescure, rien ne s'oppose à ce que l'exception pour citation conforme aux bons usages¹⁹¹⁴ désigne la citation « créative et transformatrice »¹⁹¹⁵.

Dans cette optique, l'alignement de la loi française sur le dispositif européen constituerait d'abord une cessation des violations par la France des engagements résultant de la directive 2001/29/CE et une réponse à un besoin social pressant. Mais surtout, à notre sens, cette démarche permettrait de faire le premier pas vers la limitation de l'emprise du droit de la concurrence sur le droit d'auteur. Comme nous l'avons démontré, une exception couvrant les actes de reprise transformatrice permet au système du droit d'auteur d'internaliser les solutions qui, en son absence, risquent d'être prononcées en application de la théorie des facilités essentielles¹⁹¹⁶.

Quant à l'utilité de la transposition de toutes les exceptions prévues par la directive, notons juste que si l'exception pour inclusion fortuite avait été transposée par le législateur français, le juge n'aurait probablement pas procédé au remodelage des limites externes des droits exclusifs à l'aide de la théorie de l'accessoire¹⁹¹⁷ ni à la transposition prétorienne de ladite exception¹⁹¹⁸.

699. Outre l'exploitation au maximum de la flexibilité offerte par la liste européenne des exceptions, les résultats de notre étude nous forcent à accepter le postulat d'inversion du test en trois étapes, récemment soutenu par une partie de la doctrine¹⁹¹⁹. Au lieu de servir d'outils supplémentaires de restriction de l'exercice des exceptions, les trois critères du test pourraient devenir l'ébauche d'une exception ouverte.

Un tel système semi-ouvert garantirait un minimum de souplesse aux exceptions françaises et serait peut-être un pas vers le rétablissement de la cohérence du paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur. Si une telle évolution semble être juridiquement possible, elle se heurte à de nombreux obstacles psychologiques que les résultats de notre étude permettent de surmonter.

700. Il a été démontré que la flexibilisation des exceptions françaises et leur rapprochement à la logique du *fair use* américain ne constituerait point un éloignement de la

¹⁹¹⁴ *Supra*, Partie première, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹⁹¹⁵ P. LESCURE, Mission « Acte II de l'exception culturelle », Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », Tome I, mai 2013, disponible sur www.culturecommunication.gouv.fr/content/.../file/Rapport%20Lescure%20498.pdf, p. 432.

¹⁹¹⁶ *Supra*, Partie deuxième, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁹¹⁷ *Supra*, Partie première, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

¹⁹¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹¹⁹ V. not. : B. HUGENHOLTZ, M. SENFTLEBEN, *loc. cit.*, C. GEIGER, D. GERVAIS, M. SENFTLEBEN, « Three-Step Test Revisited : How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law », *American University International Law Review*, n° 29(3), 2013-2014, pp. 581-626.

tradition du droit d'auteur français. Au contraire, une telle démarche renforcerait la matière et surtout rétablirait sa cohérence interne. Étudiées sous l'angle paradigmatique, les divergences transatlantiques en matière de réaction des exceptions à l'offensive des normes venues d'en dehors du droit d'auteur montrent en réalité la convergence des buts poursuivis par le droit d'auteur issu de la loi du 11 mars 1957 et par le *copyright* américain. Tous deux défendent la fonction de *lex specialis* du droit d'auteur, limitant les règles générales de manière légitime et proportionnée. Dans cette perspective, si demain le droit d'auteur « s'américanise » en assouplissant ses exceptions, il ne fera que se « refranciser ». En revanche, le modèle actuel, dans lequel le rôle de l'exception est joué par les normes générales d'origine *extra jus auctoris*, n'appartient ni à l'une ni à l'autre des grandes traditions historiques, ce qui fait de lui un véritable apatride.

701. Bien évidemment, l'assouplissement des exceptions françaises supposerait une certaine réconciliation du législateur avec le juge du droit d'auteur et l'abandon de la conviction selon laquelle il appartient au législateur de contrôler tous les aspects de la vie des exceptions. Sur ce point, en effet, on pourrait avoir le sentiment d'une trahison de la tradition française du droit d'auteur. En réalité, faire des exceptions françaises des normes ouvertes pourrait, outre sauver le paradigme d'équilibre préétabli, jeter une lumière nouvelle sur les différentes anomalies que nous avons constatées en traçant les limites du pouvoir explicatif du modèle mis en place par la loi du 11 mars 1957¹⁹²⁰.

Admettre ouvertement que le législateur français n'est pas le seul maître des exceptions aux droits de l'auteur, ce serait consacrer le *statu quo*. Nous avons démontré qu'à l'heure actuelle, la naissance, la vie et la mort de l'exception aux droits de l'auteur sont influencées, outre la volonté du législateur français, par celle du juge¹⁹²¹, des titulaires¹⁹²², des autorités administratives indépendantes¹⁹²³, voire des bénéficiaires des exceptions¹⁹²⁴. L'état du droit positif ne nous a pas fourni assez de moyens pour que les phénomènes tels que la création des exceptions prétoriennes, la contractualisation des exceptions ou bien la dilution de leur caractère normatif par l'effet des mesures techniques de protection soient expliqués par le paradigme traditionnel. Il semble que le rajustement de ce dernier par l'assouplissement des exceptions permettrait d'éliminer ces anomalies.

¹⁹²⁰ *Supra*, Partie première, Titre 2.

¹⁹²¹ *Supra*, Partie première, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹⁹²² *Supra*, Partie première, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

¹⁹²³ *Ibidem*.

¹⁹²⁴ *Supra*, Partie première, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

Nous avons vu que malgré sa sophistication et son élan, le modèle de l'exception issu de la loi du 11 mars 1957 n'a pas mis fin au duel entre le législateur et le juge en matière de conciliation des droits exclusifs avec les intérêts des utilisateurs. Le magistrat saisit chaque occasion que lui offre la confrontation du dispositif conçu à l'ère analogique avec la réalité du monde dominé par le numérique pour revendiquer la plénitude des pouvoirs dont le législateur omnipotent a souhaité le priver. Ce phénomène met en relief les limites de la prévoyance des créateurs de la loi. Peut-être que la façon dont la loi du 11 mars 1957 a voulu faire du droit d'auteur un ensemble homogène et autosuffisant n'était qu'un mythe légicentriste, ignorant le fait que le droit est, comme le disait le doyen Carbonnier, par sa nature flexible et « *trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite* »¹⁹²⁵. Chassée de la liste des exceptions limitativement énumérées par la loi, la flexibilité inhérente à la règle de droit se manifesterà à travers son interprétation créative par le juge, ou bien par le remodelage par ce dernier des limites externes des droits exclusifs.

Au lieu de lutter constamment et toujours en vain contre le pouvoir du magistrat, il serait peut-être plus judicieux de trouver un juste milieu entre l'omnipotence et le désintérêt total du législateur en matière des exceptions. Jusqu'ici, le droit d'auteur français n'a connu que ces deux extrêmes et pourtant le volet comparatiste de notre étude montre que la cohérence interne de la matière ne peut être bâtie que sur la coopération du législateur avec le juge du droit d'auteur. Une fois admis que le législateur n'est pas seul en mesure de créer un droit d'auteur digne du titre d'un *lex specialis* autosuffisant, cela jette une nouvelle lumière sur les phénomènes de contractualisation des exceptions et sur la paralysie de leur exercice par les mesures techniques de protection.

702. Il a été démontré que les phénomènes de contractualisation des exceptions et de paralysie de leur exercice par les mesures techniques de protection s'expliquent mal dans le cadre du modèle dans lequel le législateur a tracé avec une précision chirurgicale la frontière entre les droits exclusifs et les exceptions. L'exception supplétive s'approchant dangereusement de la logique de tolérance n'est pas compatible avec l'idée de toute prévoyance de son créateur. Cela étant, une fois que l'on abandonne cette idée irréaliste, les mêmes anomalies s'intégreront peut-être dans le paradigme réajusté.

Précisément, la possibilité de contractualisation des exceptions et de leur paralysie par les verrous techniques seraient vues comme des éléments contrebalançant leur souplesse. Outre la question d'une rupture apparente avec la tradition du droit d'auteur français déjà

¹⁹²⁵ J. CARBONNIER, « Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur », 10^e édition, LGDJ 2001, p. 8.

discutée, l'argument que l'on pourrait avancer contre l'ouverture des exceptions consiste à dire que l'exception qui s'assouplit pour s'immuniser contre l'offensive des règles d'origine extra *jus auctoris* risquerait de léser les titulaires voyant trop souvent paralysé l'exercice de leurs droits. La cohérence interne du droit d'auteur serait ainsi rétablie au prix du sacrifice de l'auteur. Pour repousser cet argument, il convient de remarquer que le titulaire exposé aux risques liés à l'ouverture des exceptions pourrait le neutraliser en amont, en négociant les modalités de leur exercice par voie contractuelle ou bien en recourant aux mesures techniques de protection.

Un tel schéma, dans lequel le caractère supplétif des exceptions, à le supposer reconnu, et les mesures techniques de protection jouent le rôle de soupapes de sécurité contrebalançant les effets potentiellement néfastes des exceptions souples, paraît beaucoup plus cohérent que le système actuel dans lequel les mêmes éléments ne trouvent aucune explication logique.

703. Somme toute, il semble que la compréhension de la vraie nature de la crise des exceptions aux droits de l'auteur soit une étape nécessaire pour construire une vision du droit d'auteur tel qu'il a toujours voulu être, digne du nom d'un *lex specialis*, arbitrant le conflit entre les droits exclusifs et les intérêts des utilisateurs. Il en est ainsi, parce qu'au fond, l'ajustement proposé du paradigme classique consiste à réaffirmer les principes traditionnels, formulés autrement. La même appréhension de la crise des exceptions est-elle en mesure d'esquisser un droit d'auteur tel qu'il devrait être compte tenu de sa nature ? En espérant que la posture méthodologique adoptée dans cette étude nous le permette, nous ne répondrons pas à cette question.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITES, MANUELS, OUVRAGES GENERAUX

FRANCOPHONES

AUBERT (J.-L.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz, 2006.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.),

- *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome V, Sirey, 1930,
- *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome III, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1905.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Dalloz, 2003.

BERTRAND (A.), *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz, 2010.

BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, 3^e éd., LGDJ, 2014.

BLANC (E.), *Traité de la contrefaçon en tous genres et de sa poursuite en justice*, H. Plon, Cosse, 1855.

CARBONNIER (J.),

- *Droit civil, Introduction*, 24^e éd., PUF, 1996,
- *Droit civil, Introduction*, 25^e éd., PUF, 1997,
- *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ 2001,
- *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, PUF, 2004.

CARON (C.), *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd., LexisNexis, 2015.

CHALMERS (A. F.), *Qu'est-ce que la science ? Récents développements en philosophie des sciences : Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, La Découverte, 1988.

CHAUVEAU (A.), HELIE (F.), *Théorie du Code pénal*, Tome VII, E. Legrand, 1842.

CHAVANNE (A.), BURST (J.-J.), AZEMA (J.), GALLOUX (J.-C.), *Droit de la propriété industrielle*, 7^e éd., Dalloz, 2012.

COLOMBET (C.),

- *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, approche de droit comparé*, 2^e éd., Litec, 1992,
- *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., Dalloz, 1999.

CORNIL (G.), *Le droit privé, essai de sociologie juridique simplifiée*, Marcel Giard, 1924.

CORNU (G.),

- *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005,
- *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 12^e éd., Montchrestien, 2005,
- *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007.

DALLOZ (D), DALLOZ (A.), *Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Tome XXXVIII, Bureau de la jurisprudence générale, 1857.

DAVID (R.), *Le droit français*, Tome I, LGDJ, 1960.

DE FOLLEVILLE (D.), *De la propriété littéraire et artistique*, Libraires de la Cour d'appel et de l'ordre des avocats, 1877.

DE LAGLADE (F.), *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative...*, Tome IV, Nêve, Firmin Didot, 1824.

DE SAVIGNY (M. F. C.), *Traité de droit romain*, Tome I, F. Didot frères, 1855.

DEBBASCH (C.), COLIN (F.), *Administration publique*, Economica, 2005.

DEL BIANCO (E.), *Le droit d'auteur et ses limites*, Imprimerie H. Jaunin S.A, 1951.

DESBOIS (H.),

- *Le droit d'auteur : droit français, convention de Berne révisée*, Dalloz, 1950,
- *Cours de la propriété littéraire, artistique et industrielle*, Les cours de droit, 1969-1970,
- *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978.

DOCK (M.-C.), *Étude sur le droit d'auteur*, LGDJ, 1963.

DREYFUS (F.), D'ARCY (F.), *Les institutions politiques et administratives de la France*, Economica, 1993.

DUBOUCHET (P.), *Droit et philosophie : Une critique des sciences humaines*, L'Harmattan, 2009.

DUPIN AINE (M.), *Œuvres de R.-J. Pothier contenant les traités du droit français*, Tome III, H. Tarlier Libraire-Editeur, 1831.

DUGUIT (L.),

- *Traité de droit constitutionnel*, Tome I, E. Bocard, 1927,
- *Les Transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e éd., Librairie Félix Alcan, 1920.

ESFELD (M.), *Philosophie des sciences : une introduction*, 2^e éd., Presses polytechniques et universitaires romandes, 2009.

ESMEIN (P.), PONSARD (A.), *Droit civil français*, Tome VI, Contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile, 7^e éd., Librairie de la Cour de Cassation, 1975.

FRANCON, (A.), *Cours de propriété littéraire artistique et industrielle 1996/1997*, Litec, 1996.

GASTAMBIDE (J. A.), *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres et de la propriété en matière de littérature, théâtre, musique, peinture, dessin, gravure, dessins de manufactures, sculpture, sculptures industrielles, marques, noms, raisons commerciales, enseignes, etc.*, Legrand et Descauriel, 1837.

GAUTIER (P.-Y.),

- *Propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., PUF, 2004,
- *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., PUF, 2015.

GAVALDA (C.), PARELANI (G.), *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 2010.

GHESTIN (J.),

- *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993,
- *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994.

GOLDMAN (B.), LYON-CAEN (A.), VOGEL (L.), *Droit commercial européen*, 5^e éd., Dalloz, 1994.

HASSLER (T.), *Répertoire du droit commercial*, contrat de publicité, octobre 2008, dernière mise à jour - janvier 2012.

HAUSER (J.), LEMOULAND (J.-J.), *Répertoire de droit civil*, Ordre public et bonnes mœurs, janvier 2015, dernière mise à jour - avril 2015.

HUARD (G.), *Traité de la propriété littéraire*, Marchal et Billard, 1903.

JHERING VON (R.), *L'évolution du droit*, Chevalier-Marescq et Cie, 1901.

JIANG (J.), *Théorie du droit public*, L'Harmattan, 2010.

KUHN (T.), *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983.

LABBEE (P.), *Introduction au droit processuel*, Presses Universitaires de Lille, 1995.

LACAN (A.), PAULMIER (M.), *Traité de la législation et de la jurisprudence des théâtres*, Tome II, Durand libraire-éditeur, 1853.

LAGRANGE (E.), *Manuel de droit romain ou explication des institutes de Justinien*, 8^e éd., J.-B. Mulot, 1861.

LAUDAN (L.), *La dynamique de la science*, Pierre Mardaga Editeur, 1977.

LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 2011.

LE SENNE (N.-M.), *Brevets d'invention, traité des droits d'auteur et d'inventeur en matière de littérature, de sciences, d'arts et d'industrie*, Comon et Cie, 1849.

LE TARNEC (A.), *Manuel de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 1966.

LEVINET (M.), *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010.

- LUCAS (A.), LUCAS (H.-J.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Litec, 2001.
- LUCAS (A.), LUCAS(H.-J.), LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012.
- LYON-CAEN (G.), LAVIGNE (P.), *Traité théorique et pratique de droit du cinéma français et comparé*, LGDJ, 1957.
- MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, 5^e éd., Dalloz, 2011.
- MANKIWI (G. N.), TAYLOR (M. P.), *Principes de l'économie*, De Boeck, 2010.
- MARINO (L.), *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013.
- MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.) TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome I, Montchrestien, 1965.
- MERLIN (P. A.), *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Tome XII, 5^e éd., J.-P. Roret, Garnery, 1827.
- NICOLAS-VULLIERME (L.), *Droit de la concurrence*, Magnard-Vuibert, 2011.
- OLANGIER (P.), *Le droit d'auteur*, Tome I, Les principes, Le droit ancien, LGDJ, 1934.
- OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999.
- Pandectes de Justinien*, Tome XXIII, Dondey-Dupré, 1823.
- PETIT (B.), *Introduction générale au droit*, Presses Universitaires de Grenoble, 2008.
- PETIT (N.), *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2012.
- PLAISANT (R.), *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, J. Delmas et Cie, 1970.
- PLANIOL (M.),
- *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 1923,
 - *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, revu et complété par G. RIPERT, Tome II, Obligations, Contrats, Sûretés réelles, LGDJ, 1947.
- POLLAUD-DULIAN (F.),
- *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014,
 - *La propriété industrielle*, Economica, 2011.
- POUILLET (E.),
- *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3^e éd., Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1908.
 - *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, Marchal et Billard, 1911, pp. 49-54.
- RENOUARD (A.-C.),
- *Traité des droits d'auteurs dans la littérature les sciences et les Beaux-arts*, Tome I, Jules Renouard et Cie libraires, 1838,

- *Traité des droits d'auteurs dans la littérature les sciences et les Beaux-arts*, Tome II Jules Renouard et Cie libraires, 1839.

RIDEAU (J.), *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 6^e éd., LGDJ, 2010.

ROUBIER (P.)

- *Le droit de la propriété industrielle*, Partie spéciale, Sirey, 1954,
- *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005,
- *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, 2005.

SALEILLES (R.), *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire Allemand*, 2^e éd., Librairie Cotillon, F. Pichon, 1901.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), *Répertoire de droit commercial*, Marques de fabrique, dernière mise à jour - janvier 2015.

SERIAUX (A.), SERMET (L.), VIRIOT-BARRIAL (D.), *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998.

SERRAND (P.), *Manuel d'institutions administratives françaises*, PUF, 2015.

SIRINELLI (P.), *Propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Dalloz, 2004.

TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), BENFEDDA (A.), *Droit de la Propriété intellectuelle*, 3^e éd., Lextenso, 2012.

TROPLONG (R.-T.), *De l'échange et du louage : commentaire des titres VII et VIII du livre II du Code civil*, Tome III, C. Hingray, 1840.

VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Tome II, Les moyens du droit, Dalloz, 1984.

VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, Panthéon-Assas, LGDJ, 2010.

VIVANT (M.), BRUGUIERE (J.-M.), *Droit d'auteur et droits voisins*, 3^e éd., Dalloz, 2015.

VOGEL (L.), *Droit européen des affaires*, Dalloz, 2013.

ANGLOPHONES ET AUTRES

American Bar Association, *Antitrust Law Developments*, 6^e éd., 2007.

BARTA (J.),

- *Problemy prawa autorskiego*, Uniwersytet Jagielloński, Zakamycze 2001,
- *Prawo autorskie*, System Prawa Prywatnego, Tome XIII, C. H. Beck, 2008.

GOYDER (D. G.), *EC Competition Law*, 4^e éd., Oxford University Press, 2003.

PATRY (W.-F.), *Copyright Law and Practice*, Tome II, Greenwood Press, 1994.

TORREMANS (P.), *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013.

DICTIONNAIRES

ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014.

Grand Larousse Universel, 1997, Tome 7.

Grand Larousse Universel, 1997, Tome 8.

Le Petit Robert, 2014.

MORIN (J. B.), *Dictionnaire étymologique des mots français dérivés du grec*, chez B. Warée, Paris, an XI – 1803

THESES, MONOGRAPHIES, OUVRAGES SPECIAUX

FRANCOPHONES

ALAIN (R. B.), *Propos sur l'éducation suivis de pédagogie enfantine*, PUF, 1986.

Alamanch illustré chronologique, historique, critique et anecdotique de la musique, 1^{re} année, 1866, A. Ikclmer et Cie, 1866.

BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956.

BEAUDOIN (G.), *Pratiques anticoncurrentielles et droit d'auteur*, Thèse, Paris Ouest Nanterre la Défense, 2012.

BEN DAHMEN (K.), *Interactions du droit international et du droit de l'Union européenne, Un pluralisme juridique rénové en matière de propriété industrielle*, L'Harmattan, 2013.

BENHAMOU (F.), FARCHY (J.), *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte 2014.

BENSAMOUN (A.), *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008.

BERGE (J.-S.), *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996.

BERNARD (A.), *Les critères d'application du droit communautaire aux propriétés intellectuelles*, Thèse, Paris II, 1989.

BIGOT (G.), *Droit de la création publicitaire*, LGDJ, 1997.

BITAN (H.),

- *Protection et contrefaçon des logiciels et des bases de données*, Editions Lamy, 2006,
- *Droit des créations immatérielles, Logiciels, Bases de données, Autres œuvres sur le Web 2.0*, Lamy, 2010.

BLANCHARD (C.), *La dispense en droit privé*, Editions Panthéon-Assas, 2010.

BLUMANN (C.), *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, 1974.

BONNEFOY (G.), *La nouvelle législation sur la propriété littéraire et artistique, Commentaire article par article de la loi 57-927 du 11 mars 1957*, Montchrestien, 1959.

BOUCHURBERG (L.), *Le droit de citation Propriété littéraire et artistique Droits voisins et Droit des marques Étude de droit comparé œuvres littéraires œuvres artistiques et photographiques, œuvres musicales, œuvres audiovisuelles banques de données/logiciels/jeux vidéo*, Masson, 1994.

BRAUN (A.), GLEISS (A.), HIRSCH (M.), *Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Larcier, Dalloz, 1967.

BRONZO (N.), *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007.

CADET (F.), *L'ordre public en droit international de la famille, Étude comparé France/Espagne*, L'Harmattan, 2005.

CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979.

CARON (C.), *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998.

CARRE (S.), *L'intérêt public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier I, 2004.

CASTELL (B.), *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire*, PUF, 1989.

CASTETS-RENARD (C.), *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003.

CHARBIT (N.), *Le droit de la concurrence et le secteur public*, L'Harmattan, 2002.

COHEN (C.), *Les normes permissives en droit international privé. Etude critique*, Thèse, Paris II, Panthéon-Assas, 2015.

Cour de cassation, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 3^e éd., LexisNexis, 2012.

DABIN, (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.

DE BECHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de Droit*, Editions Odile Jacob, 1997.

DE BROGLIE (G.), *Le droit d'auteur et l'Internet*, PUF, 2001.

DE MOY (J.-M.), *L'exception en droit privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011.

DE VAREILLES-SOMMIERES (G. B.), *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois, Étude de philosophie du droit et de droit civil*, Cotillon-Pichon, 1899.

- DESBOIS (H.), FRANCON (A.), KEREVER (A.), *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 1976.
- DEZOBRY (G.), *La théorie des facilités essentielles, essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2009.
- DIENG (M.), *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse, Paris II, Panthéon-Assas, 2012.
- DOMAT (J.), « Les lois civiles dans leur ordre naturel », in. J. REMY *Œuvres complètes de J. Domat*, Tome I, Alex Gobelet Librairie, 1835.
- DORMONT (S.), *Le conflit entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence*, Thèse, Paris Sud XI, 2011.
- DOUTRELEPONT (C.), *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, Bruylant, LGDJ, 1997.
- DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ, 1985.
- DREYER (E.), *Le dépôt légal, essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, LGDJ, 2003.
- DURAND (P.), *La notion d'Etat dans l'ordre juridique communautaire*, Thèse, Paris Sud XI, 2000.
- DUSOLLIER (S.), *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, 2007.
- ECK (L.), *L'abus de droit en droit constitutionnel*, L'Harmattan, 2010.
- EDELMAN (B.), *Le sacré de l'auteur*, Editions du seuil, 2004.
- EL KHOURY (P.), *Le Fair Use et le Fair Dealing, Étude de droit comparé*, Editions Thémis, 2005.
- FABRE (B.), *La crise du droit d'auteur : une approche systémique*, Thèse, Aix-Marseille, 2012.
- FARCHY (J.), *Internet et le droit d'auteur la culture Napster*, éditions CNRS, 2003.
- FERAL-SCHUHL (C.), *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'Internet*, 6^e éd., Dalloz, 2010.
- FRANCON (A.), *La Propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne et aux États-Unis, étude critique*, librairie Arthur Rousseau, 1955.
- GALOPIN (B.), *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2012.
- GAVIN (G.), *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation françaises*, Dalloz, 1960.
- GEIGER (C.), *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004.
- GENTOT (M.), *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1991.
- GERARD (P.), *Images et usages de la nature en droit*, FUSL, 1993.

- GRAMMATIKAS (G.), *Théorie générale de la renonciation en droit civil (Etude parallèle du droit français et du droit hellénique)*, LGDJ, 1971.
- GRAZ (D.), *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises, Etude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE*, Librairie Droz, 1988.
- GREFFE (F.), GREFFE (P.-B.), *La publicité et la loi, Droit français - Union européenne - Suisse*, 11^e éd., Litec, 2009.
- GROULIER (C.), *Norme permissive et le droit public*, Thèse, Limoges, 2006.
- GRYNBAUM (L.), LE GOFFIC (C.), MORLET-HAIDARA (L.), *Droit des activités numériques*, Dalloz, 2014.
- GUEDON (M. J.), *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 1991.
- Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris, 1971)*, OMPI, 1978.
- GUINARD (D.), *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, l'Harmattan 2012.
- HANIA (G.), *Droit d'auteur et droit de la concurrence*, Thèse, Paris XII, 2006.
- HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, FUSL, 1994.
- HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, 2004.
- HERVIEU (M.), *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Dalloz, 2012.
- HUET (J.), DREYER (E.), *Droit de la communication numérique*, Lextenso, LGDJ, 2011.
- HUGUET (A.), *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ, 1962.
- IHERING (R.), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Tome IV, A. Marescq, 1878.
- IPPOLITO (M. M.), *Image, droit d'auteur et respect de la vie privée*, L'Harmattan, 2006.
- JABER (A.), *Les infractions commises sur l'Internet*, L'Harmattan, 2009, p. 172.
- JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.), *La technique de cassation, pouvoirs et arrêts en matière civile*, 7^e éd., Dalloz, 2010.
- JOLY DE CHOIN (L.-A.), GOUSSET (M.), *Instructions sur le rituel*, Tome V, Gauthier Frères et Cie, 1829.
- JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006.
- KESKIN (C.), *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, L'Harmattan, 2009.

LAPOUSTERLE (J.), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, Illustration à partir de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2007, p. 283.

LATIL (A.), *Création et droits fondamentaux*, LGDJ, 2014.

LESUEUR (J.), *Conflits de droits, illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

LEVEQUE (F.), MENIERE (Y.), *Economie de la propriété intellectuelle*, La Découverte, 2003.

LIEN DO (K.), *L'exploration du dialogue de Bohm comme approche d'apprentissage: une recherche collaborative*, Thèse, Université Laval de Québec, 2003.

LUCAS (A.), *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, p. 170.

MAILLARD (T.), *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, Thèse, Paris XI, 2009.

MALAURIE (P.), *Les contrats contraires à l'ordre public, Étude de Droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S*, Matot-Braine, 1953.

MARECHAL (C.), *Concurrence et propriété intellectuelle*, Litec, 2009.

MAUREL (L.), *Bibliothèques numériques : le défi du droit d'auteur*, Presses de l'enssib, Ecole supérieure des sciences de l'information et des bibliothèques, 2008.

MILLET (F.-X.), *Le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition : étude de droit comparé France-Allemagne*, L'Harmattan, 2011.

MODIANO (G.), *Le contrat de licence de brevet : droit suisse et pratique communautaire*, Librairie Droz, 1979.

MORE (K.), *Les dérogations au droit d'auteur L'exceptions de copie privée*, Presses Universitaires de Rennes, 2009.

MOURA VICENTE (D.), *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Académie de droit internationale de La Haye, 2009.

MOUTEL (B.), *L'« effet horizontal » de la Convention Européenne des Droits de l'Homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse, Limoges, 2006.

MUZNY (P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Tome I, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

OST (F.), *Droit et intérêt, entre droit et non-droit : intérêt*, FUSL, 1990.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, 2002.

PARENT (E.), *Le droit d'auteur sur les créations publicitaires*, Eyrolles, 1989.

PERES-DOURDOU (C.), *La règle supplétive*, LGDJ, 2004.

PIERRAT (E.), *Reproduction interdite ? Le droit à l'image expliqué aux professionnels et à ceux qui souhaitent se protéger*, Maxima, 2002.

POLLAUD-DULIAN (F.), *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, 1989.

POMART (C.), *La magistrature familiale*, L'Harmattan, 2003.

PRES (X.), *Les sources complémentaires du droit d'auteur français, Le juge, l'Administration, les usages et le droit d'auteur*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

RABAULT (H.), *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, 1997.

RACLET (A.), *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002.

RAESTAD (A.), *La Convention de Berne révisée à Rome 1928*, Les Editions Internationales, 1931.

RAMBAUD (R.), *L'institution juridique de régulation, Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L'Harmattan, 2012.

RAYNAUD (J.), *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Thèse, Limoges, 2001.

RECHT (P.), *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, histoire et théorie*, LGDJ, 1969.

REMICHE (B.), CASSIERS (V.), *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire, Créer, protéger et partager les inventions au XXI^e siècle*, Larcier, 2010.

RIPERT (G.),

- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.,
- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

SANSON-HERMITTE (M.-A.), *Droit européen de la concurrence, Cohérence économique, sécurité juridique*, Librairies techniques, 1981.

SFETEA (J.), *De la nature personnelle du droit d'auteur*, Jouve et Cie Editeurs, 1923.

STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

STROWEL (A.),

- *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences*, Bruylant, LGDJ, 1993,
- *Quand Google défie le droit, Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, De Boeck & Larcier, 2011.

THULLIER (B.), *L'autorisation, étude de droit privé*, LGDJ, 1996.

TITIRIGA (R.), *La comparaison, technique essentielle du juge européen*, L'Harmattan, 2011.

TORRE-SCHAUB (M.), *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, LGDJ, 2002.

VINCENT (J.), *Droit des arts visuels, Contrats d'auteurs*, Lamy, Wolters Kluwer France, 2010.

VICENTE (D. M.), *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Académie de droit international de La Haye, 2009.

WAELEBROECK (M.), FRIGNANI (A.), *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE*, Tome IV, Concurrence, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997.

WISTRAND (H.), *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses œuvres*, Montchrestien, 1968.

ZOLLINGER (A.), *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008.

ZOLYNSKI (C.), *Méthode de transposition des directives communautaires : Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 2007.

ANGLOPHONES ET AUTRES

BAVASSO (A.), *Communications in EU Antitrust Law : Market Power and Public Interest*, Kluwer Law International, 2003.

BENTLY (L.), SUTHERSANEN (U.), TORREMANS (P.), *Global Copyright: Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 237.

BOGART (J. H.), *Circuit Conflicts in Antitrust Litigation*, American Bar Association, 2009.

BURELL (R.), COLEMAN (A.), *Copyright Exceptions : The Digital Impact*, Cambridge University Press, 2005.

DERCLAYE (E.), *The legal protection of databases, a comparative analysis*, Edward Elgar Publishing, 2008.

DREIER (T.), HUGENHOLTZ (B.), *Concise European Copyright Law*, Kluwer Law International, 2006.

DUTFIELD (G.), SUTHERSANEN (U.), *Global Intellectual Property Law*, Edward Elgar Publishing, 2008.

FINE (F.-L.), *The EC Competition Law on Technology Licensing*, Sweet et & Maxwell, 2006.

GHIDINI (G.), *Intellectual Property and Competition Law: The Innovation Nexus*, Edward Elgar Publishing, 2006.

GIENAS (K.), *Ograniczenie dozwolonego użytku w drodze kontraktowej - zarys problematyki*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, n° 2, 104.

GIFFORD (D. J.), KURDLE (R. T.), *The Atlantic Divide in Antitrust: An Examination of US and EU Competition Policy*, University of Chicago Press, 2015.

GUIBAULT (L.), *Copyright Limitations and Contracts, An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer Law International, 2002.

HARACOGLU (I.), *Competition Law and Patents, A Follow-on Innovation Perspective in the Biopharmaceutical Industry*, Edward Elgar Publishing, 2008.

HOVENKAMP (H. J.), *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, 2009.

HYLTON (K. N.), *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, 2003.

KALLAY (D.), *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property, An Austrian Approach*, Edward Elgar Publishing, 2004.

KASEBERG (T.), *Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in the EU and the US*, Bloomsbury Publishing, 2012.

LANDES (W. M.), POSNER (R. A.), *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, 2009.

LORRAINE SCHROEDER (J.), *The Four Lacanian Discourses : or Turning Law Inside Out*, Routledge, 2008.

NIKOLINAKOS (N. T.), *EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunications, Media and IT Sectors*, Kluwer Law International, 2006.

RAHNASTO (I.), *Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-trust Law, Leveraging IPRs in the Communications Industry*, Oxford University Press, 2003.

REICH (N.), *Understanding EU Law: Objectives, Principles and Methods of Community Law*, Intersentia, 2003.

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

RICKETSON (S.), GINSBURG (J.), *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, Tome I, Oxford University Press, 2012.

SINJELA (M.), *Human Rights and Intellectual Property Rights, Tensions and Convergences*, Nijhoff Publishers, 2007.

STOLL (P. T.), BAUSCHE (J.), AREND (K.), *WTO: Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, BRILL, 2009.

STOYANOVA (M.), *Competition Problems in Liberalized Telecommunications: Regulatory Solutions to Promote Effective Competition*, Kluwer Law International, 2008.

STRBA (S. I.), *International Copyright Law and Access to Education in Developing Countries: Exploring Multilateral Legal and Quasi-Legal Solutions*, Nijhof Publishes, 2012.

SUNDARA RAJAN (M.-T.), *Moral Rights: Principles, Practice and New Technology*, Oxford University Press, 2011.

SWEENEY (B. J.), *The Internationalization of Competition Rules, The approach of European States*, Taylor & Francis, 2009.

ARTICLES

FRANCOPHONES

ABELLO (A.), « La propriété intellectuelle, une “propriété de marché” » in M.-A. FRISON-ROCHE, A. ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, pp. 341-372.

ALLEAUME (C.),

- « La contractualisation des exceptions, La situation en France », *PI*, n° 25, oct. 2007, pp. 436-442,
- « La mise en balance du droit d’auteur », *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2010, pp. 423-445.

ANCEL (P.), AUBERT (G.), « Introduction en forme de dialogue franco-suisse » in P. ANCEL, G. AUBERT, CH. CHAPPUIS, *L’abus de droit, Comparaisons franco-suisse*, Presses Universitaires de Saint-Etienne, 2001, pp. 15-28.

ATIAS (C.), LINOTTE (D.), « Le mythe de l’adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, pp. 251-258.

AUTIN (J.-L.), « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *Revue du droit public et de la science politique*, 1988, II, pp. 1213-1227.

AZZI (T.), « La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information, ou le monopole préservé », *CCE*, n° 7, juillet 2007, étude 16.

BACCICHETTI (E.), BONNET (P.), « Droit des pratiques anticoncurrentielles et droits de propriété intellectuelle », *JCP E*, n° 46, 12 nov. 2009, 2057.

BARTHEZ (A.-S.), « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes » in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, 2009.

BAUD (E.), « Contentieux du droit des marques : la liberté d’expression menace-t-elle le monopole du titulaire de marque ? » in M.-A. FRISON-ROCHE, A. ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, pp. 405-437.

BAUD (E.), COLOMBET (S.), « La parodie de marque : vers une érosion du caractère absolu des signes distinctifs ? », *D.*, 1998, pp. 227-232.

BAUM (A.),

- « Droit international public, Convention de Berne et lois nationales », deuxième article, *Le Droit d'Auteur, Revue du bureau de l'Union Internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 15 sept. 1946, pp. 101-107,
- « Droit international public, Convention de Berne et lois nationales », troisième article, *Le Droit d'Auteur, Revue du bureau de l'Union Internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 15 oct. 1946, pp. 114-119.

BAZEX (M.), « Entre concurrence et régulation, la théorie des “facilités essentielles” », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, n° 119, janv.-févr. 2001, pp. 37-44.

BENABOU (V.-L.),

- « Epuisement des droits, épuisement des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? », *Légicom*, n° 25, 2001/2, pp. 115-127,
- « La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *CCE*, n° 10, oct. 2001, chron. 23,
- « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, n° 192, avril 2002, pp. 3-109,
- « Liberté d'expression et droit des marques : la jurisprudence dans tous ses états », *PI*, n° 8, juillet 2003, pp. 322-328,
- « De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques », *PI*, n° 25, oct. 2007, pp. 423-435,
- « Un contre-exemple : bref aperçu sur le rôle créateur de la jurisprudence », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013, pp. 21-26,
- « Quelle réforme du droit d'auteur pour l'Union européenne », *D.*, 2014, pp. 731-732.

BENSAMOUN (A.),

- « La loi du 1er août 2006 : nouvelle manifestation du dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur », *D.*, 2007, pp. 328-335.
- « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, n° 224, avril 2010, pp. 2-159.

BERGE (J.-S.),

- « Incidences du droit communautaire sur le conflit de lois : l'exemple du droit d'auteur », *LPA*, n° 103, 26 août 1996, pp. 4-10,
- « Entre autres droits, la propriété intellectuelle », *PI*, n° 4, juillet 2002, pp. 9-14,
- « Remarques conclusives : quelle contractualisation pour quelle propriété intellectuelle ? », in J.-M. BRUGUIERE, *Les contrats de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2013, pp. 129-132.

BERMOND, (J.-C.) « L'œuvre du juge communautaire dans le contentieux des droits de la propriété intellectuelle et industrielle », *Revue de droit des affaires internationales-International Business Law Journal*, n° 3, 2004, pp. 317-343.

BLAISE (J.-B.), « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des “installations essentielles” », *D. aff.*, 1996, pp. 859-862.

BLARY-CLEMENT (E.),

- « La prévalence de l'efficacité économique dans le règlement des conflits entre propriété intellectuelle et droit de la concurrence », in F. PERALDI-LENEUF, S. SCHILLER, *Les conflits de normes, Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, GIP Mission de recherche Droit et justice, pp. 194-209,

- « L'innovation et son partage : finalité économique commune des droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence », *Le Concurrentialiste, Revue d'actualité de droit économique*, mai 2013, pp. 2-8.

BOCHURBERG (L.), « Le droit de citation en matière audiovisuelle », *Gaz. Pal.*, 27-28 oct. 1995, pp. 1198-1203.

BOCKEL (A.), « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in G. CONAC, H. MAISL, J. VAUDIAUX, *Itinéraires, Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, pp. 43-59.

BONET (G.),

- « La commission des communautés européennes et les accords de concession de licence de brevets », *JCP E*, 1976.I.12067,
- « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, n° 3, 1993, pp. 173-188,
- « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, pp. 87-108,
- « L'égalité de traitement des titulaires de droit d'auteur ou de droits voisins dans la Communauté, contribution à propriétés intellectuelles » in *Mélanges offerts à A. Françon*, Dalloz, 1995, pp. 1-16,
- « Remise en cause d'une certaine primauté nationale », *D. aff.*, 1996, pp. 827-830,
- « Le point sur l'application de l'article 82 (ex-article 86) CE en matière de propriétés intellectuelles. Après l'arrêt IMS de la Cour de justice du 29 avr. 2004 », *RTD Eur.*, 2004, pp. 691-706.

BONET (G.), DESJEUX (X.), « Le droit de la publicité dans l'article 14 de la loi du 3 juillet 1985 », *JCP*, 1987.I.3283.

BOUGEARD (C.), « Les racines du droit d'auteur (*étude historique : XVII^e et XIX^e siècles*) » in I. DE LAMBERTERIE, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1991, pp. 5-14.

BOULANGER (M.), « Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi », in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Tome V, Dalloz, 1950, pp. 61-73.

BOUTET (M.), « Considérations générales », *RIDA*, n° spécial XIX, avril 1958, pp. 13-21.

BOY (L.), « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? », *RIDE*, n° 1, 2005, pp. 27-50.

BRUGUIERE (J.-M.),

- « Le droit à l'interopérabilité », *CCE*, n° 2, févr. 2007, étude 3,
- « L'influence de la loi du 11 mars 1957 sur les autres branches du droit », *LPA*, 6 déc. 2007, n° 244, pp. 11-16,
- « L'articulation du droit d'auteur et des droits voisins », in J.-M. BRUGUIERE, *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz, 2011, pp. 67-75.

BURST (J.-J.), KOVAR (R.), « Sur une jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de propriété industrielle », *JCP E*, 1975.II.11728.

BUYDENS (M.), DUSOLLIER (S.), « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, n° 9, sept. 2001, chron. 22.

CALVET (H.), DESURMONT (T.), « L'arrêt Magill : une décision d'espèce ? », *RIDA*, n° 167, janv. 1996, pp. 3-67.

CAMUS (I.), « La parodie de marque : un défi mondial pour les marques de luxe qui en sont une cible privilégiée », *PI*, n° 56, juillet 2015, pp. 241-245.

CAPRIOLI (E. A.), « L'ARMT nouvelle est arrivée ! », *CCE*, n° 6, juin 2007, comm. 88.

CARBONNIER (J.), « Notes sur la prescription extinctive », *RTD Civ.*, 1952, pp. 171-181.

CARON (C.),

- « Les limites externes au droit d'auteur (abus de droit et droits du public) » in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'Étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 237-251,
- « La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur », *CCE*, oct. 1999, chron. 1,
- « La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », *CCE*, n° 5, mai 2001, chron. 13,
- « Les droits de l'Homme réconciliés avec le droit d'auteur », *D.*, 2001, pp. 2504-2508,
- « Les exceptions, L'impact sur le droit français », *PI*, n° 2, janv. 2002, pp. 25-30,
- « Et si le droit d'auteur n'existait pas sur Internet et ailleurs ? », *D.*, 2005, p. 513,
- « La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *JCP E*, n°42, 19 oct. 2006, 2503.
- « La limite de l'accessoire consacrée avec un nouveau fondement », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull. I*, n°87, *CCE*, n° 7, juillet 2011, comm. 62,
- « Les exceptions au regard du fondement du droit d'auteur en droit français » in A. LUCAS, P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, *Les exceptions au droit d'auteur : Etat des lieux et perspectives dans l'Union Européenne*, Dalloz, 2012, pp. 19-25,
- « L'interopérabilité au service de la libre concurrence », *CCE*, n° 1, janv. 2012, comm. 2,
- « A l'abordage », *CCE*, n° 3, mars 2015, repère 3,
- « Exception de panorama : lorsque la montagne accouche d'une souris », *JCP*, n° 6, 8 févr. 2016, 144.

CARRE (S.),

- « Rapport français » in R. M. HILTY, S. NERISSON, *Balancing Copyright - A Survey of National Approaches*, Springer-Verlag, 2012, pp. 387-429,
- « Le rôle de la Cour de Justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union », in C. GEIGER, *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, 2013, pp. 1-58.

CARREAU (C.), « Propriété intellectuelle et abus de droit », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, pp. 17-41.

CASTETS-RENARD (C.), « “Marché unique numérique” : la Commission européenne présente les premières mesures en droit d’auteur », *D.* 2016, pp. 388-395.

CATALA (P.), « Rapport de synthèse », in *L’ordre public*, Travaux de l’Association Henri Capitant, Tome XLIX, 1998, LGDJ, 2001, pp. 337-356.

CAUVIN (M.), « Fifa : 1 - Onze mondial : 0, Ou la prédominance de principe du droit d’auteur sur le droit public à l’information », *RLDI*, n° 38, mai 2008, pp. 6-11.

CHANTEPIE (P.), BENSOUSSAN (A.), « Le droit d’auteur à l’épreuve des nouvelles technologies », *RLC*, n° 11, avril/juin 2007, pp. 204-216.

CHEVALLIER (J.),

- « Réflexions sur l’institution des autorités administratives indépendantes », *JCP*, 1986.I.3254,
- « Vers un droit postmoderne ? », in J. CLAM, G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 21-46.

COLIN (C.),

- « Devoir d’auteur », *RIDA*, n° 224, avril 2010, pp. 160-249,
- « La contractualisation des exceptions en droit d’auteur : oxymore ou pléonasme ? », *CCE*, n° 2, févr. 2010, étude 3.

COLLET (M.),

- « La réforme de la CNIL ou les ruses de l’Etat “post-moderne” », in *Annales de la régulation*, vol. 1, LGDJ, 2006, pp. 127-150,
- « Valeur(s) de la régulation », in M. DEGUERGUE, L. FONBAUSTIER, *Mélanges en l’honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, pp. 241-253.

CORNU (M.), « A propos des productions intellectuelles de la recherche, entre logique privative et nécessités publiques », *PI*, n° 20, juillet 2006, pp. 270-280.

COSTES (L.), « La réforme européenne du droit d’auteur dans la tourmente », *RLDI*, n° 113, mars 2015, p. 3.

DABIN (J.), « Droit subjectif et subjectivisme juridique », in *Le droit subjectif en question*, Archives de philosophie du droit, tome IX, Sirey, 1964, pp. 17-35.

DAP (S.), « La prise en compte jurisprudentielle de la position particulière des opérateurs de SIEG sur le marché européen », in L. POTVIN-SOLIS, *La libéralisation des services d’intérêt économique général en réseau en Europe*, Bruylant, 2007, pp. 75-99.

DASSESE (J.), « Les brevets » in W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Les Nouvelles, Droit des Communautés européennes*, Larcier, 1969.

DE OLIVEIRA ASCENSAO (J.), « Liberté des idées, faits, concepts, systèmes, aspects fonctionnels », in *Droit d’auteur et liberté d’expression*, ALAI, ALADDA, 2008, pp. 270-279.

DE VISSCHER (F.), MICHAUX (B.), « Le droit d’auteur et les droits voisins désormais dans l’environnement numérique : la loi du 22 mai 2005 ne laisse-t-elle pas un chantier ouvert ? », *Journal des Tribunaux*, n° 6215, 4 mars 2006, pp.133-144.

DE VITA (A.), « L'abus de droit dans le droit du logement », in *L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles*, Actes du dix-neuvième Colloque de droit européen, Luxembourg, 6-9 nov. 1989, Conseil d'Europe, 1990, pp. 122-157.

DE WERRA (J.), « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie) », *RIDA*, n° 189, juillet 2001, pp. 67-213.

DECOCQ (G.), « Abus de droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante », in *Droit et technique, études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, pp. 143-159.

DECOOPMAN (N.), « A propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation », in J. CLAM, G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 249-257.

DEMEUR (M.), « Objet des droits de propriété intellectuelle et licences obligatoires dans le droit de la concurrence », in M. DONY, A. DE WALSCHE, *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Vol. 2, Bruylant, 1999, pp. 843-880.

DERCLAYE (E.), « Une analyse économique de la protection contractuelle des bases de données », *Reflets et perspectives de la vie économique*, n° 4, 2006, Tome XLV, pp. 49-73.

DESBOIS (H.),

- « Le droit moral » *RIDA*, n° spécial XIX, avril 1958, pp. 121-159,
- « Les rapports entre la propriété industrielle et le régime de la concurrence dans le Traité du Marché commun », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome II, Droit privé, propriété industrielle littéraire et artistique, Dalloz, Sirey, 1961, pp. 425-437,
- « Les droits des acteurs et des artistes sur leur interprétation », *D.*, 1964, pp. 247-256,
- « La conférence de Stockholm relative aux droits intellectuels » *Annuaire français de droit international*, n° 13, vol. 13, 1967.

DESURMONT (T.), « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite », *RIDA*, n° 134, oct. 1987, pp. 3-69.

DEUMIER (P.), « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.*, 2015, pp. 2022-2030.

DIETZ (A.), « La place du droit d'auteur dans la hiérarchie des normes : la question constitutionnelle » in *Regards sur les sources du droit d'auteur*, Congrès ALAI, 18-21 sept. 2005, Paris, ALAI, 2007, pp. 43-54.

DIJOUX (R.), « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux », *LPA*, 27 oct. 2011 n° 214, pp. 12-17.

DOCK (M.-C.), « Les conventions internationales sur le droit d'auteur et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme », in *Droit d'auteur et droits de l'homme*, Actes du colloque international des 16 et 17 juin 1989, Paris, INPI, 1989, pp. 85-93.

DREYER (E.),

- « La liberté d'expression comme "droit" concurrent », *RLDI*, supplément au n° 49, mai 2009, pp. 29-33,
- « L'information par l'image et le droit d'auteur », *CCE*, n° 3, mars 2004, chron. 6.

DUBUISSON (F.), « Quand le "droit" du public à l'information rencontre les "droits" sur l'information : vrai ou faux débat ? », in A. STRWOEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 71-101.

DUCOULOMBIER (P.), « Quel équilibre entre liberté de création et protection de la vie privée ? », note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2015, non encore publié au Bulletin, *JCP*, n° 51, 14 déc. 2015, 1385.

DUFOUR (O.), « La Cour de cassation fait (discrètement) sa révolution », *LPA*, n° 144, 21 juill. 2015, pp. 3-5.

DUPUIS (M.), « L'immixtion de la Convention EDH dans la propriété industrielle », *RLDA*, n° 41, août-sept. 2009, pp. 67-75.

DURAND (P.), « L'évolution contemporaine du droit de la concurrence », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome II, Dalloz, Sirey, 1961, pp. 439-452.

DURRANDE (S.),

- « La cession du droit d'exploitation des œuvres publicitaires de commande (Commentaire de l'art. 14, al. 1^{er} et 2, de la loi du 3 juillet 1985) », *D.*, 1986, pp. 280-284,
- « La parodie, le pastiche et la caricature », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, pp. 133-142.

DUSOLLIER (S.),

- « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *Intellectuele Rechten, Droits Intellectuels*, n° 2, 2005, pp. 213-223,
- « Les nouvelles dispositions belges en matière de protection technique des œuvres », *Auteurs & Médias*, 2005, p. 532-549,
- « L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection », *CCE*, n° 11, nov. 2006, étude 29,
- « La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives », *PI*, n° 25, oct. 2007 pp. 443-452,
- « Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle » in *IRPI, Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, LexisNexis, 2013, pp. 29-48.

DUSOLLIER (S.), BODSON (L.), CRUQUINAIRE (A.), DE PATOUL (F.), « La transposition de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information : le législateur belge à la croisée des chemins », *Intellectuele Rechten - Droits Intellectuels*, n° 1, 2002, p. 46-63.

DUSSOLIER (S.), POULLET (Y.), *Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique*, Centre de Recherches Informatique et Droit Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur, 2000, Etude réalisée pour UNESCO.

EDELMAN (B.),

- « L'arrêt *Magill* : une révolution ? », *D.*, 1996, pp. 119-125,
- « Enquête sur le droit moral des artistes-interprètes », *D.*, 1999, pp. 240-244,
- « L'exception de parodie appliquée au droit des marques », *Légicom*, n° 25, 2001/2, pp. 97-103,
- « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.*, 2008, pp. 1946-1953,
- *J.-CL.*, Propriété littéraire et artistique, fasc. 1112 : Droit d'auteur, Nature du droit d'auteur, Principes généraux, dernière mise à jour, 29 nov. 2000
- *J.-CL.*, Propriété littéraire et artistique, fasc. 1810 : Droit de L'Union Européenne, Droit d'auteur de droits voisins dans la liberté des échanges, dernière mise à jour, janv. 2013,
- *J.-CL.*, Propriété littéraire et artistique, fasc. 1820 : Droit de l'Union Européenne, Droit d'auteur et droits voisins dans la libre concurrence, dernière mise à jour, mai 2014.

FARCHY (J.), « Le droit d'auteur est-il soluble dans l'économie numérique ? », *Réseaux*, 2001/6, n° 110, pp. 16-40.

FAVOREU (L.), « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », in M. WALINE, *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, 1977, pp. 33-48.

FRANCON (A.),

- « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.*, 1976, chron. XII, pp. 55-62,
- « Le droit d'auteur et le Traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne », *RIDA*, n° 100, avril 1979, pp. 129-197,
- « Les conventions internationales de droit d'auteur comme facteur d'harmonisation des législations nationales », in *Les activités et les biens de l'entreprise, mélanges offerts à Jean Derruppé*, Litec, 1991, pp. 391-397.

FREGET (O.), « Accès aux infrastructures essentielles et accès réglementé : La nécessité d'une mise à jour d'un concept "incontournable" », *Concurrences*, n° 2, 2011, pp. 2-7.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

- Introduction à la troisième partie intitulée « La redécouverte des "piliers du droit" : le contrat et la responsabilité », in J. CLAM, G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 279-292,
- « L'hypothèse de l'interrégulation », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Les risques de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2005, pp. 69-80,
- « L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation », in M.-A. FRISON-ROCHE, A. ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, pp. 15-26.

FROUIN (J.-Y.), « La technique de cassation (synthèse) », *LPA*, n° 19, 25 janv. 2007, pp. 53-55.

GALLOUX (J.-C.), « Exceptions et limitations au droit d'auteur : Exception française ou paradoxe français ? », in C. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. M. HILTY, *Rencontres franco-allemandes, Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007, pp. 321-334.

GALOPIN (B.), « Conséquences de la nature constitutionnelle et européenne du droit d'auteur : retour sur quelques décisions récentes », *RIDA*, n° 243, janv. 2015, pp. 175-235.

GAUBIAC (Y.),

- Rapport national « France : rapport général » in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'Étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 226-235,
- « L'épuisement des droits dans l'environnement analogique et numérique », *Bulletin du droit d'auteur UNESCO*, n° 4, vol. XXXVI, 2002, pp. 2-17.

GAUDRAT (P.),

- « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la "société de l'information" », *RTD Com.*, 2003, pp. 87-108,
- « Sombre actualité... projet de la loi sur le droit d'auteur, les droits voisins et la société de l'information et la copie privée empêchée », *RTD Com.*, 2006, pp. 386-405.

GAUDRAT (P.), SARDAIN (F.), « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *CCE*, n° 11, nov. 2005, étude 37.

GAUTIER (P.-Y.),

- « De la transposition des exceptions : à propos de la directive "droit d'auteur dans la société de l'information" », *CCE*, n° 11, nov. 2001, chron. 25,
- « Problématique générale : la diversité des sources du droit d'auteur », in *Regards sur les sources du droit d'auteur*, Congrès ALAI, 18-21 sept. 2005, Paris, ALAI, 2007, pp. 67-78,
- « Le triomphe de la théorie de l'arrière-plan », *CCE*, n° 11, nov. 2008, étude 23,
- « Les exceptions au regard du droit de l'Union européenne », in A. LUCAS, P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, *Les exceptions au droit d'auteur : Etat des lieux et perspectives dans l'Union Européenne*, Dalloz, 2012, pp. 37-42,
- « Pour une réelle régulation du droit d'auteur : le respect de la hiérarchie entre droit exclusif et exceptions », *RLDI*, n° 94, juin 2013, pp. 54-56
- « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *PI*, n° 54, janv. 2015, pp. 10-15,
- « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.*, 2015, pp. 2189-2190.

GAZIER (F.), CANNAC (Y.), « Les autorités administratives indépendantes », *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, n° 35, 1983-1984, pp. 13-47.

GEIGER (C.),

- « De la nature juridique des limites au droit d'auteur, Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *PI*, n° 13, oct. 2004, pp. 882-891,
- « La transposition du test des trois étapes en droit français », *D.*, 2006, pp. 2164-2167,
- « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, n° 4, 2006, Tome. XX, pp. 389-432,
- « Droit d'auteur et droit du public à l'information : relation conflictuelle ou pacifique » in A. STRWOEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 103-122,

- « Les exceptions au droit d’auteur en France, Critiques et prospective », in C. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. M. HILTY, *Rencontres franco-allemandes, Perspectives d’harmonisation du droit d’auteur en Europe*, Litec, 2007, pp. 349-360,
- « Droit des marques et liberté d’expression, de la proportionnalité de la libre critique », *D.*, 2007, pp. 884-888,
- « Les exceptions au droit d’auteur en faveur de la création dérivée » in *Droit d’auteur et liberté d’expression*, ALAI, ALADDA, 2008, pp. 338-347,
- « L’utilisation jurisprudentielle des droits fondamentaux en Europe en matière de propriété intellectuelle : quel apport ? Quelles perspectives ? », in C. GEIGER, *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, 2013, pp. 193-219,
- « Effectivité et flexibilité : deus impératifs de l’adaptation du droit des “exceptions” », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013, pp. 41-46.

GEIGER (C.), MACREZ (F.), BOUVEL (A.), CARRE (S.), HASSLER (T.), SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « Quelles limites au droit d’auteur dans la société de l’information ? Réponse du Livre Vert sur “le droit d’auteur dans l’économie de la connaissance” », *PI*, n° 32, juillet 2009, pp. 231-244.

GEIGER (C.), SCHONHERR (F.), « Limitations to copyright in the digital age », in A. SAVIN, J. TRZASKOWSKI, *Research Handbook on EU Internet Law*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 110-142.

GENDREAU (A.), REDON (D.), « Droit de la concurrence et droit d’auteur : entre conflit, coexistence et conciliation », *RJDA*, n° 12, déc. 2004, pp. 1151-1155.

GENDREAU (A.), « La nature du droit d’auteur selon le nouveau Code civil », *Revue juridique Thémis*, vol. 27, 1993, pp. 85-108.

GERVAIS (A.), « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” », in *Mélanges à l’honneur de Paul Roubier*, Tome I, Dalloz, Sirey, 1961, pp. 241-252.

GHESTIN (J.), « L’abus dans les contrats », *Gaz. Pal.*, 1981, II, doct. pp. 379-384.

GIMENEZ MICO (J. A.), « L’intertexte précolonial et la transculture postcoloniale », in M.-D. POPELARD, A. WALL, *Citer l’autre*, Presses Sorbonne Nouvelle, 2005, pp. 25-38.

GLAIS (M.), « Concurrence – Infrastructures et autres ressources essentielles au regard du droit de la concurrence », *Revue d’économie industrielle*, vol. 85, 1998, pp. 85-116.

GOFFIN (C.), « La théorie des “facilités essentielles” dans la jurisprudence communautaire récente », in O. JOUANJAN, *Théories réalistes du droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle Série, n° 4, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, pp. 153-180.

GOMIS (G.), « L’influence des mesures techniques sur les pratiques contractuelles », *RLDI*, supplément au n° 49, mai 2009, pp. 73-77.

GOTZEN (F.),

- *Het Bestemmingsrecht van de auteur* (Le droit de destination de l’auteur), Thèse, Larcier, 1975, compte rendu par H. DESBOIS, *RIDA*, n° LXXXV, juillet 1975, pp. 216-218,

- « La libre circulation des produits couverts par un droit de propriété intellectuelle dans la jurisprudence de la Cour de justice », *RTD Com.*, 1985, pp. 467-481,
- « Une approche synthétique des exceptions au droit d'auteur dans le droit de l'Union européenne », in A. LUCAS, P. SIRNELLI, A. BENSAMOUN, *Les exceptions au droit d'auteur, Etat des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, 2012.

GOTZEN (M.), « La propriété industrielle et les articles 36 et 90 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne (C.E.E) », *RTD Com.*, 1958, pp. 261-303.

GRONDIN (J.), « La fusion des horizons, La version gadamérienne de *l'adæquatio rei et intellectus* ? », *Archives de Philosophie*, n° 2005/3 Tome LXVIII, pp. 401-418.

GUIBAULT, (L.), « Nature et portée des limitations et exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins au regard de leurs missions d'intérêt général en matière de transmission des connaissances : l'avenir de leur adaptation à l'environnement numérique », *e.Bulletin du droit d'auteur*, UNESCO, octobre-décembre 2003, http://portal.unesco.org/culture/fr/files/17316/108747961511_guibault_f.pdf/1_guibault_f.pdf.

HAUSER (J.), « Le juge et la loi », *Pouvoirs Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, la loi, n° 114, sept. 2005, pp. 139-153.

HAWK (B. E.),

- « Un tour d'horizon du droit et de la politique de la concurrence », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, 1992, pp. 1-10,
- « Analyse comparative de l'article 82 du traité CE et de la section 2 du Sherman Act », in G. CANIVET, *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, pp. 131-149.

HENAFF (P.), « L'œuvre transformative - Sécuriser l'œuvre transformative sans remettre en cause le monopole de l'auteur de l'œuvre préexistante », *CCE*, n° 4, avril 2016, étude 8.

HEPP (F.),

- « Extrait des observations de F. HEPP, sur l'avant-projet de loi concernant la Propriété Artistique et Littéraire » in *Travaux de la commission de la propriété intellectuelle (Décrets du 28 Août 1944 et du 5 Mai 1945)*, Texte proposé par la Commission en vue d'une ordonnance sur la propriété littéraire et artistique, Office Professionnel des Industries et Métiers d'Art et de Création, Office Professionnel des Industries Arts et Commerces du Livre, 1944-1945, pp. 34-36,
- « Le droit d'auteur "propriété incorporelle" ? », *RIDA*, n° spécial, avril 1958, pp. 161-191.

HILTY (R.), « L'avenir du droit d'auteur dans le "dilemme numérique" », *RLDI*, n° 1, janv. 2005, pp. 49-51.

HOOL (M.), « Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle », in *Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle ?*, Librairie Droz, 1996, pp. 73-82.

HOUIN (R.), « De lege ferenda », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome I, Dalloz, Sirey, 1961, pp. 273-294.

HUET (J.), « *Le reverse engineering*, ou ingénierie inverse, et l'accès aux interfaces dans la protection des logiciels en Europe : questions de droit d'auteur et de droit de la concurrence », *D.*, 1990, pp. 99-105.

JACQUIER (S.), MAXWELL (W.), BUFFET-DELMAS (X.), « Industries de contenu : quel avenir pour les licences territoriales ? », *RLDI*, n° 47, mars 2009, pp. 63-71.

JAUFFRET (A.), « Chroniques de législation et de jurisprudence françaises », I, Organisation générale du commerce, *RTD Com.*, 1951, pp. 479-512.

JEANNENEY (P.-A.), « Le régulateur producteur de droit », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.

JEANTET (F.-C.), « Le principe de territorialité du droit des marques dans le Marché commun après l'arrêt Grundig », in H. G. ANGELO, M. WAELBROECK, *Brevets et marques au regard du droit de la concurrence en Europe et aux États-Unis*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1968, pp. 71-78.

JEMMAUD (A.), « L'ordre, une exigence du droit ? », in P. ANCEL, M.-C. RIVIER, *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, pp. 15-26.

JESTAZ (P.), « Rapport de syntèse », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, Revue de la Recherche Juridique, Cahiers de méthodologie juridique n° 3, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, pp. 1181-1193.

JESTAZ (P.), MARGUENAUD (J.-P.), JAMIN (C.), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, pp. 2061-2070.

JOHANNES (H.), « La propriété industrielle et le droit d'auteur dans le droit des communautés européennes », *RTD Eur.*, 1973, pp. 369-411.

KAMINA (P.),

- « Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur ? », *D.*, 1999, pp. 580-587,
- « Droit d'auteur et article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *Légicom*, n° 25, 2001/2, pp. 7-16,
- « Un point sur le droit d'auteur et l'article 10 de la Conv. EDH », *Légicom*, n° 30, 2004/1, pp. 88-94.

KAMOCKI (P.), « "Laissez-fouiller!" L'argument pour les "utilisations orthogonales" des œuvres de l'esprit dans le contexte du débat sur l'exploration des données », *RIDA*, n° 247, janv. 2016, pp. 5-85.

KELSEN (H.), « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *Revue du droit public et de la science politique*, Tome XLIII, 1926, pp. 561-646.

KERBOURC'H (J.-Y.), « Penser la flexibilité en droit du travail », in M. DE NANTEUIL, A. EL AKREMI, *La société flexible*, ERES, 2005.

KEREVER (A.),

- « La règle du "traitement national" ou le principe de l'assimilation », *RIDA*, n° 158, oct. 1993, pp. 75-131,

- « Révolution française et droit d'auteur », *RIDA*, n° 141, juillet 1989, pp. 3-8.
- KLUG (U.), « Observations sur le problème des lacunes en droit », in C. PERELMAN, *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968.
- KOVAR (R.), « L'incidence du droit communautaire sur la propriété industrielle », *JDI*, 1976, pp. 208-217.
- LAFORÉST (D.), « L'image dans le texte : entre subordination et citation » in M.-D. POPELARD, A. WALL, *Citer l'autre*, Presses Sorbonne Nouvelle, 2005, pp. 113-123.
- LALAUT (C.), « Le contrat et la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *Gaz. Pal.*, 1999, 1^{er} sem. pp. 554-564.
- LAMBONI (C.-L.), SENECHAL (C.), « Naviguer sur Internet jusqu'à l'épuisement », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 42, 2012, pp. 629-675.
- LARERE (B.), « Les limites controversées au monopole », *RLDI*, supplément au n° 49, mai 2009, pp. 34-37.
- LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », in R. CABRILLAC, LEQUETTE (Y.), MAISTRE DU CHAMBON (P.), SIMLER (P.), *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 83-107.
- LARRIEU (J.), « Propriété et symbole révolutionnaire ou le buste de Marianne », in G. KOUBI, *Propriété & Révolution*, Actes du Colloque de Toulouse 12-14 oct. 1989, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990, pp. 251-261.
- LATREILLE (A.), « Les limitations techniques. Conditions de régulation et périmètre des exceptions », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013, pp. 6-12.
- LATREILLE (A.), MAILLARD (T.), « Mesures techniques de protection et d'information », *J.-CL.*, Propriété littéraire et artistique, fasc. 1660, dernière mise à jour - févr. 2015.
- LAVERGNE (B.), « La densification normative des recommandations des autorités administratives indépendantes », in C. THIGIERGE, *La densification normative, Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013, pp. 239-251.
- LEAFFER (M.), « La théorie des installations essentielles en droit américain », in *Regards sur les sources du droit d'auteur*, Congrès ALAI, 18-21 sept. 2005, Paris, ALAI, 2007, pp. 619-624.
- LEBEN (C.), « Impératif juridique, dérogation et dispense quelques observations », *Droits Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 25, 1997, pp. 33-45.
- LE COUSTOMER (J.-C.), « La norme et l'exception. Réflexions sur les rapports du droit avec la réalité », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 6, 2007, pp. 19-28.
- LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « Les origines : La dispense en droit canonique », *Droits Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 25, 1997, pp. 11-18.
- LEFRANC (D.), « Le nouveau public (réflexions comparatistes sur les décisions "Napster" et MP3.com) », *D.*, 2001, pp. 107-112.

LEGROS (R.), « Les notions à contenu variable en droit pénal », *in*. CH. PERELMAN, R. VAN DER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, pp. 21-37.

LE MARDELE (J.-G.), « Modifications au régime des baux commerciaux. Prorogation légale. Dispositions diverses (Commentaire de la loi du 24 mai 1951) », *JCP*, 1951.I.936.

LEPAGE (A.), « Vue générale sur les exceptions et les limitations au droit d'auteur dans l'environnement numérique », *e.Bulletin du droit d'auteur*, UNESCO, janvier-mars 2003, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139696F.pdf>

LEROY (Y.), « La notion d'effectivité du droit », *Droit et Société*, n° 79, 2011, pp. 715-732.

LEMARCHAND (S.), « L'affaire NMPP : s'orientent-elles vers une nouvelle limite au droit d'auteur du logiciel au nom de la libre concurrence ? », *PI*, n° 11, avril 2004, pp. 626-629.

LEMARCHAND (S.), FREGET (O.), SARDAIN (F.), « Biens informationnels entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *PI*, n° 6, janv. 2003, pp. 11-23.

LINANT DE BELLEFONDS (X.), « Triple blindage », *CCE*, n° 7, juill. 2004, repère 7.

LOHOUES-OBLE (J.), « L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Revue du droit uniforme*, Vol. XIII, 2008 - 1/2, pp. 319-338.

LOUVEL (B.),

- « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », Entretien avec Bertrand Louvel, Premier président de la Cour de cassation, *JCP*, n° 43, 19 oct. 2015, 1122,
- « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, 2015, pp. 1326-1327.

LUCAS (A.),

- « Droit d'auteur, liberté d'expression et "droit du public à l'information" (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française) », *in* A. STRWOEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 123-141,
- « De la protection à la "surprotection" des droits de propriété intellectuelle », *in*. IRPI, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, LexisNexis, 2013, pp. 17-27,
- *J.-CL*, Propriété littéraire et artistique, fasc. 1248 : Droits des auteurs-droits patrimoniaux-Exceptions au droit exclusif (CPI, article L. 122-5 et L. 331-4), n° 19, dernière mise à jour-sept. 2015.

LYON-CAEN (G.), « La bataille truquée de la flexibilité », *Droit Social*, 1985, pp. 801-810.

MACCORMICK (N.), « La texture ouverte des règles juridiques », *in* P. AMSELEK, C. GRZEGORCZYK, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF 1989, pp. 109-126.

MACKAAY (E.), « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, n° 53, 1979, pp. 33-50.

MAILLARD (T.),

- « La réception des mesures techniques de protection des œuvres en droit français : Commentaire du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *Légipresse*, n° 208, 2004, II, pp. 8-15,
- « Le monopole malmené : l'impact des mesures techniques de protection et d'information », *RLDI*, supplément au n° 49, mai 2009, pp. 69-72,
- « Les mesures techniques de protection des œuvres : sauveur ou fossoyeur du droit d'auteur », in D. LE METAYER, *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruylant, 2010, pp. 93-106.

MAISL (H.), « Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ? », in C.-A. COLLIARD, G. TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, pp. 75-89.

MALAURIE (P.),

- « Le style des "Cours suprêmes" françaises - Une recherche constante de l'équilibre », *JCP*, n° 23, 4 juin 2012, doct. 689.,
- « Reforme la Cour de cassation, oui ou non ? », *Gaz. Pal.*, n° 311, 7 nov. 2015, pp. 10-11.

MALLET-POUJOL (N.),

- « Le double langage du droit à l'information », *D.*, 2002, pp. 2420-2427,
- « Droit d'auteur et droit de la concurrence : à propos de l'abus de position dominante en droit d'auteur », in J.-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN, *Propriété intellectuelle et droit commun*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, pp. 211-239.

MARECHAL (C.), « Les exceptions au droit d'auteur sur les œuvres d'art », *CCE*, n° 10, oct. 2015, étude 18.

MARIE (A.), « La propriété intellectuelle aujourd'hui : les chantiers en cours, les nouveaux défis », *CCE*, n° 12, déc. 2015, entretien 11.

MARINO (L.), « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP*, n° 30, 26 juill. 2010, doct. 829.

MARMOZ (F.), « Le refus de sanctionner par la nullité la délibération d'un organe social adoptée en violation d'une disposition statutaire », *D.*, 2010, pp. 2405-2409.

MARTIN (R.), « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », *RTD Civ.*, 1975, pp. 52-65.

MARTY (F.), PILLOT (J.),

- « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », *Revue d'économie industrielle*, n° 129-130, 2010, pp. 277-300,
- « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne », *Reflets et perspectives de la vie économique*, Tome L, n° 4, 2011, pp. 197-221.

MATHYSSENS (J.), « De la Déclaration Universelle à la conception française du droit d'auteur », in INPI, *Droits d'auteur et droits de l'homme*, Actes du colloque international des 16 et 17 juin 1989, INPI, 1989, pp. 63-66.

MEINERTZHAGEN-LIMPENS (A.), « Quelques aspects de l'ordre public en droit comparé », in J.-F. ROMAIN et *alli.*, *L'ordre public concept et applications*, Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique, vol. III, Bruylant, 1995, pp. 219-256.

MESTRE (J.), « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Sirey, 1985, pp. 437-474.

MILAS (R.), « Eléments d'une théorie de la continuité du service public communautaire », *Revue du Marché Commun*, 1985, pp. 570-580.

MOURGEON (J.), « Tolérance et règle de droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 30, n° 4, 1989, pp. 979-986.

MOURON (P.),

- « La parodie, nouvelle limite externe au droit des dessins et modèles », *RLDI*, n° 98, nov. 2013, pp. 72-77,
- « De la propriété incorporelle de l'auteur en droit français », *RIDA*, n° 245, juill. 2015, pp. 265-367.

MOYSE (P.-Y.), « La nature du droit d'auteur : Droit de propriété ou Monopole ? », *McGill Law Journal*, n° 43(3), 1997-1998, pp. 507-564.

OBERTHUR (J.-P.), « L'article 14 relatif aux œuvres de commande utilisées pour la publicité », *RIDA*, n° 128, avril 1986, pp. 7-45.

OUDEMANS (G.), KOOIJ (C.), WOLTERBEEK (J.), « Droits de propriété industrielle et règles de concurrence dans le Traité de Rome », *La Propriété Industrielle*, 1960, vol. 76, pp. 28-32.

PASSA (J.),

- « Le brevet d'invention face aux règles communautaires de libre concurrence et de libre circulation des marchandises », *Droit et Patrimoine*, n° 86, oct. 2000, pp. 73-81,
- « La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *JCP*, 2001.I.331,
- « Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013, pp. 13-17,
- « Conditions de la contrefaçon de marque », in M. VIVANT, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 2^e éd., Dalloz, 2015, pp. 589-604.

PERALDI LENEUF (F.), « Conflit de règles et de valeur en droit européen : de la conciliation à la pesée d'intérêts », in P. PERALDI LENEUF, S. SCHILLER, *Les conflits horizontaux de normes, Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, Mare & Martin, 2014, pp. 247-268.

PEYRE (J.), « Droits de Propriété intellectuelle/Droit de la concurrence : attente d'un dénouement dans les Affaires *IMS* et *Microsoft* », *RLC*, n° 1, nov. 2005, pp. 26-28.

PFISTER (L.), « Mort ou transfiguration du droit d'auteur ? Eclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », *Bulletin des Bibliothèques de France*, n° 5, Tome LI, 2006 n° 5, pp. 5-13.

PIATEK (D.), « Le droit commun et la technique du non-droit en droit de la propriété intellectuelle », in J. LEROY, D. PIATEK, P. SZWEDO, *Les sources du droit dans les pays européens et francophones*, Mare & Martin, 2016, pp. 181-200.

PIATTI (M.-C.), « Un équilibre de principe - ou un droit d'auteur qui préserve et encourage la création », *RLDI*, 2012, n° 82, mai 2012, pp. 85-89.

PINEAU (J.), « L'ordre public dans les relations de famille », in *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées libanaises, Tome XLIX, 1998, LGDJ, 2001.

PIROVANO (A.), « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.*, 1972, pp. 67-70.

PLAISANT (R.), « Le principe de territorialité du droit des brevets dans le Marché commun », in H. G. ANGELO, M. WAELBROECK, *Brevets et marques au regard du droit de la concurrence en Europe et aux États-Unis*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1968, pp. 111-117.

POLLAUD-DULIAN (F.),

- « Le droit moral en France à travers la jurisprudence récente », *RIDA* n° 145, juill. 1990, pp. 127-314,
- « Abus de droit et droit moral », *D.*, 1993, pp. 97-102,
- « À propos de la sécurité juridique », *RTD Civ.*, 2001, pp. 487-504,
- « Doctrine des infrastructures essentielles. Rapports entre droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle », *RTD Com.*, 2005, pp. 730-731,
- « Détruire, dit-elle : le rapport Reda de la commission juridique du Parlement européen sur le droit d'auteur », *D.*, 2015, p. 639.

POUMAREDE (M.), « Application de la théorie des facilités essentielles à un droit de propriété intellectuelle », *JCP*, 2005.II.10121.

PUIG (P.), « Formation du contrat et droits fondamentaux, regard privatiste », in D. COSTA, A. PELISSIER, *Contrats et Droits Fondamentaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011, pp. 22-41.

RANGEON (F.), « Réflexions sur l'effectivité de droit », in D. LOCHAK, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, pp 126-149.

RAPP (L.), « Nature et pouvoirs de l'Autorité de régulation des mesures techniques de protection », *RLDI*, n° 23, janv. 2007, pp. 64-69.

RAYNAUD (P.), « La renonciation à un droit », *RTD Civ.*, 1936, pp. 763-809.

REBEYROL (V.), « Une réforme pour la Cour de cassation ? », *JCP*, n° 37, 7 sept. 2015, 954.

RECHT (P.), « La pseudo-citation dans le domaine des arts plastiques et figuratifs », *RIDA*, n° XVII, oct. 1957, pp. 85-119.

REINBOTHE (J.), « Le rôle des normes régionales, L'exemple de l'Union Européenne », *in Regards sur les sources du droit d'auteur*, Congrès ALAI, 18-21 sept. 2005, Paris, ALAI, 2007, pp. 177-185.

REISCHL (G.), « La protection de la propriété industrielle et commerciale et le droit d'auteur dans le Marché commun », *Cahiers de droit européen*, 1982, pp. 3-20.

REJET (T.), « L'ordre public dans les relations de travail », *in*. T. REJET, *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, pp. 43-63.

RICHER (L.), « Le droit à la paresse ? “Essential facilities”, version française », *D.*, 1999, pp. 523-525.

RIEM (F.), « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *RIDE*, n° 1, 2008, Tome XXII, pp. 67-91.

ROJINSKY (C.), « La copie privée, point d'équilibre du droit d'auteur », *Expertises*, n° 294, juill. 2005, pp. 255-258.

ROTONDI (M.), « Le rôle de la notion de l'abus de droit », *RTD Civ.*, 1980, pp. 66-69.

ROTTINGER (M.), « L'épuisement du droit d'auteur, Le droit d'auteur et les règles de la libre circulation des marchandises », *RIDA*, n° 157, juill. 1993, pp. 51-127.

ROY (J.-M.), « La tolérance », *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, n° 1995-2, pp. 497-510.

RUZEK (V.), « La parodie en droit des marques », *Propriété industrielle*, n° 4, avril 2005, étude 11.

SAINT-LAURENT (C.), « La gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes », *in* P. TAFFOREAU, *Pratique de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2013, pp. 387-411.

SAPORTA (M.),

- « Les reproductions mécaniques et leur usage privé », *RIDA*, n° 1, oct. 1953, pp. 65-89,
- « Les frontières du droit d'auteur », *Extrait des Annales de la Propriété Industrielle, Artistique et Littéraire*, fasc. 4, 1951.

SARDAIN (F.), « Le droit d'auteur à l'épreuve du logiciel : l'exemple du droit de décompilation », *CCE*, n° 10, oct. 2002, chron. 24.

SAVATIER (R.), « Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », *JCP*, 1957.I.1398.

SCHAPIRA (J.), « L'article 85 du Traité de Rome devant la Cour de Justice des Communautés », *JDI*, 1967, pp. 323-356.

SCHUMACHER (H.) , « Le principe de territorialité du droit des marques dans le Marché commun après l'arrêt Grundig », *in* H. G. ANGELO, M. WAELBROECK, *Brevets et marques au regard du droit de la concurrence en Europe et aux États-Unis*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1968, pp. 49-59.

SEUBE (J.-B.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », *LPA*, n° 46, 5 mars 2009, pp. 86-92.

SIGHN (A.), « “Google Books” : morceaux choisis », *RLDI*, n° 57, févr. 2010, pp. 6-11.

SIIRIAINEN (F.), « “Droit d’auteur” contra “droit de la concurrence” : versus “droit de la régulation” », *RIDE*, n° 4, 2001, Tome XV, pp. 413-446.

SIRINELLI (P.),

- « Brèves observations sur le “raisonnable” en droit d’auteur », in *Propriétés Intellectuelles, Mélanges en l’honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, pp. 397-413,
- *Exceptions et limites aux droit d’auteur et droits voisins*, Document de l’OMPI n° WCT-WPPT/IMP/, 3 déc. 1999, Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur (WCT) et du Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Genève, 3-7 déc. 1999,
- « Synthèse », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d’Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d’Étude de l’ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 133-144,
- « La directive “Société de l’information” : apport réel ou fictif au droit d’auteur ? », in *IRPI, Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, Litec, 2001, pp. 79-96,
- « Le droit d’auteur à l’âge du numérique », in X. GREFFE, N. SONNAC, *Culture Web, création, contenus, économie numérique*, Dalloz, 2008, pp. 409-435,
- « Propos introductifs », in A. LUCAS, P. SIRNELLI, A. BENSAMOUN, *Les exceptions au droit d’auteur, Etat des lieux et perspectives dans l’Union européenne*, Dalloz, 2012, pp. 9-16.

SPADA (P.), « Les enjeux des “exceptions et limitations” au droit d’auteur en droit italien et la mystique dominicale de la propriété intellectuelle », in A. LUCAS, P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, *Les exceptions au droit d’auteur : Etat des lieux et perspectives dans l’Union Européenne*, Dalloz, 2012, pp. 27-34.

SPITZ (B.), « Le droit d’auteur en France : un monopole menacé ? », *RLDI*, n° 94, juin 2013, pp. 73-76.

STROWEL (A.), « Droit d’auteur et accès à l’information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l’histoire et les développements récents », in S. DUSOLIER, J. C. GINSBURG, P. B. HUGENHOLTZ, A. LUCAS, A. STROWEL, *Le droit d’auteur : un contrôle de l’accès aux œuvres ?*, Bruylant, 2000, pp. 5-24.

STROWEL (A.), TULKENS (F.), « Equilibrer la liberté d’expression et le droit d’auteur, A propos des libertés de créer et d’user des œuvres », in A. STROWEL, F. TULKENS, *Droit d’auteur et liberté d’expression, Regards francophones, d’Europe et d’ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 5-38.

TALLINEAU (L.), « Les tolérances administratives », *AJDA*, janv.1978, pp. 3-38.

THERY (P.), « La dispense en droit privé », *Droits Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 25, 1997, pp. 59-71, spéc. pp. 61-63.

THIBIERGE (C.), « Synthèse, la force normative », in C. THIBIERGE, *La force normative, Naissance d’un concept*, LGDJ, 2009, pp. 741-811.

THILL-TAYARA (M.), COUADOU (C.), « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles », *CCC*, n° 5, 1999, pp. 4-7.

THIOLLIÈRE (M.), « Pourquoi Hadopi ? », in J.-M. BRUGUIÈRE, *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz, 2011, pp. 95-100.

TORREMANS (P. L. C.), « Le droit d'auteur en tant que droit de l'Homme », *PI*, n° 23, avril 2007, pp. 173-183.

TOURNIER (A.), « Le bilan de la loi », *RIDA*, n° spécial XIX, avril 1958, pp. 73-119.

TREPPOZ (E.),

- « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », *RLDI*, n° 82, mai 2012, pp. 99-101,
- « L'adaptation des exceptions du droit d'auteur au numérique : vers une recherche d'alignement », *CCE*, n° 7, juillet 2010, étude 14.

TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC*, 2006, pp. 3-23.

ULLRICH (H.), « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – limites de protection et limites de contrôle », *RIDE*, n° 4, 2009, pp. 399-450.

VAN GYSEL (A.-C.), ROMAIN (J.-F.), « Conclusions générales : l'ordre public entre hétérogénéité et homogénéité », in *L'ordre public concept et applications*, Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique, vol. III, Bruylant 1995, pp. 305-327.

VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950.I.851.

VERCKEN (G.),

- « La protection des dispositifs techniques (II) Recherche clarifiée désespérément : à propos de l'article 6.4 de la directive du 22 mai 2001 », *PI*, n° 2, janv. 2002, pp. 52-57,
- « Mesures techniques et copie privée : round 1 ? », *Légipresse*, n° 198, 2003, I, pp. 17-18,
- « La consécration des mesures techniques de protection, un combat d'arrière-garde ? », *PI*, n° 25, oct. 2007, pp. 413-418.

VILBOIS (J.), « Historique », *RIDA*, n° spécial XIX, avril 1958, pp. 29-71.

VIRASSAMY (G.), « Entreprise et propriété », in G. VIRASSAMY, *L'entreprise face au bicentenaire du code civil*, L'Harmattan, 2005, pp. 123-145.

VIVANT (M.),

- « Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur » *JCP*, 1989.I.3372,
- « Ingénierie inverse, ingénierie perverse ? », *JCP E*, 1991.I.56,
- « Touche pas à mon filtre ! Droit de maque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E*, n° 22, 3 juin 1993, act. 251,

- « La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante (A propos de l'arrêt Magill de la Cour de justice) », *JCP*, 1995.I.3883,
- « Courte citation et parodie : des exceptions au droit moral ? », *RLDI*, n° 13, févr. 2006, pp. 59-61,
- « Droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence : conflit de droits ou question de décryptage », in J. DREXL, *Technologie et concurrence - Technology and Competition : Mélanges en l'honneur de Hanns Ullrich - Contributions in honour of Hanns Ullrich*, Larcier, 2009.
- « Synthèse des débats », Cycle de conférences de la Cour de cassation, « Droit de propriété intellectuelle : approches juridique et économique », 9 nov. 2006, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 11, avril-juin 2007, pp. 222-224,
- « La contrefaçon revisitée : nécessité d'un usage dans la vie des affaires », *Le Lamy droit du numérique*, 2015, n° 2326,
- « La République potagère », *D.*, 2016, p. 993.

VOORHOOF (D.), « La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect du droit d'auteur ? » in A. STROWEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, pp. 39-69.

WILLET (G.), « Paradigme, théorie, modèle, schéma : qu'est-ce donc ? », *Communication et organisation*, n° 10, 1996.

WINCKLER (A.), « Public et privé : l'absence de préjugé », *Archives de philosophie de droit*, n° 41, 1997, pp. 301-315.

ZOLYNSKI (C.), « Les limites de l'harmonisation communautaire », *RLDI*, supplément au n° 94, juin 2013, pp. 18-20.

ANGLOPHONES

ABRAHAMSON (Z.), « Essential Data », *The Yale Law Review*, n° 3, vol. 124, 2014, pp. 576-881.

ALARCON (C.), « Eldred v. Ashcroft Challenges the Copyright Term Extension Act », *Boston University Journal of Science Technology Law*, n° 8(2), pp. 713-720.

ANG (S.), « Idea-Expression Dichotomy and Merger Doctrine in the Copyright Laws of the U.S and the U.K », *International Journal of Law and Information Technology*, n° 2(2), 1994, pp. 111-153.

AREEDA (P.), « Essential facilities: an epithet in need of limiting principles », *ALJ*, n°3, vol. 58, 1989, pp. 841-853.

BAUER (J. P.), « Copyright and the First Amendment: Comrades, Combatants, or Uneasy Allies? », *Washington and Lee Law Review*, n° 67(3), 2010, pp. 831-914.

BENDER (P.), « Copyright and the First Amendment after Eldred v. Ashcroft », *Columbia Journal of Law & the Arts*, n° 30(3-4), 2007, pp. 349-354.

BLOOM (E. M.), HARRIS (B. M.), « The Right to Refuse to Deal Under Colgate Doctrine or Delusion? », *Boston College Law Review*, n° 3, vol. 5, 1964, pp. 682-703.

BRACHA (O.), « The Ideology of Authorship Revisited : Authors, Markets, and Liberal Values in Early American Copyright », *The Yale Law Journal*, n° 118, 2008-2009, pp. 186-271.

CALABRESI (G.), MELAMED (A.-D.), « Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral », *Harvard Law Review*, n° 6, vol. 85, avril 1972, pp. 1089-1128.

CANDEUB (A.), « *Trinko* and re-grounding the refusal to deal doctrine », *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 66, 2005, pp. 821-870.

CASTALDO (A.), NICITA (A.), « Essential Facility Access in Europe : Building a Test for Antitrust Policy », *Review of Law and Economics*, n° 1, vol. 3, 2007, pp. 83-110.

CHEMERINSKY (E.), « Balancing Copyright Protection and Freedom of Speech: Why the Copyright Extension Act is Unconstitutional », *Loyola of Los Angeles Law Review*, n° 36(1), pp. 83-98.

COCO (R.), « Antitrust Liability For Refusals to License Intellectual Property: A Comparative Analysis and International Setting », *Marquette Intellectual Property Law Review*, n° 1, vol. 12, 2008, pp. 1-47.

COKER (J. R.), « Saving *Otter Tail*: The Essential Facilities Doctrine and Electric Power Post-*Trinko* », *Florida State University Law Review*, vol. 33, 2005, pp. 231-258.

COTTER (T. F.),

- « Intellectual property and the essential facilities doctrine », *The Antitrust Bulletin*, vol. 44, 1999, pp. 211-250,
- « The essential facilities doctrine » in K. N. HYLTON, *Antitrust Law and Economics*, Tome IV d'*Encyclopedia of Law and Economics*, 2^e éd., Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 157-182.

CROXSON, (K.) « Promotional Piracy », *Oxyconomics*, Oxford University Economic Studies, n° 1-2, vol. 1, pp. 13-15.

DENNESON (T.), « Definitional Imbalance between Copyright and the First Amendment », *William Mitchell Law Review*, n° 30(3), pp. 895-930.

DIXON (J. L.), « Copyright Term Extension Act: Is Life Plus Seventy Too Much? », *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, n° 18(4), pp. 945-980.

DREIER (T.),

- « Contracting out of copyright in the information society: the impact on the freedom of expression », in J. GRIFFITHS, U. SUTHERSANEN, *Copyright and free speech, comparative and international analyses*, Oxford University Press, 2005, pp. 385-400,
- « Regulating competition by way of copyright limitations and exceptions », in P. TORREMANNS, *Copyright Law, A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar Publishing, 2007, pp. 232-254.

DREXL (J.),

- « IMS Health and Trinko – antitrust placebo for consumers instead of sound economics in refusal-to-deal cases », *IIC*, n° 35(7), 2004, pp. 788-808,
- « Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License: A “More Economic Approach” to Competition by Imitation and to Competition by Substitution », in C.-D. EHLERMANN, I. ATANASIU, *The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law*, European Competition Law Annual, 2005, pp. 647-686.

DUSOLLIER (S.), « Exceptions and technological measures in the European copyright directive of 2001 - an empty promise », *IIC*, n° 34(1), 2003, pp. 62-75.

EMERSON (T. I.), « Toward a General Theory of the First Amendment », *Yale Law Journal*, n° 72(5), pp. 877-956.

EPSTEIN (R. A.), « Dubious Constitutionality of the Copyright Term Extension Act », *Loyola of Los Angeles Law Review*, 36(1), pp. 123-158.

FINE (F.), « NDS/IMS: a logical application of essential facilities doctrine », *ECLR*, n° 23(9), 2002, pp. 457-468.

FIRTH (A.), « The essential facilities principle and other issues of competition », in I. STAMATOUDI, P. TORREMANNS, *EU Copyright Law*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 52-88.

FITZGERALD (D.), « Magill revisited », *EIPR*, n° 20(4), 1998, pp. 154-161.

FRABBONI (M. M.), « The ECJ has no doubts over Community exhaustion », *Entertainment Law Review*, n° 18 (2), 2007, pp. 70-72.

FRANTZ (L. B.), « First Amendment in the Balance », *Yale Law Journal*, n° 71(8), 1962, pp. 1424-1450.

FRISCHMANN (B.), WALLER (S. W.), « Revitalizing Essential Facilities », *ALJ*, n° 1, vol. 75, 2008, pp. 1-65.

GAUBIAC (Y.), « France : rapport général », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d’Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d’Étude de l’ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 226-235.

GEIGER (C.),

- « Fundamental rights, a safeguard for the coherence of intellectual property law? », *IIC*, n°35(3), 2004, pp. 268-280,
- « France : Intellectual Property Code, Article L. 122-5-3 ; European Convention on Human Rights, Article 10 - “Utrillo” », *IIC*, n° 35(6), 2004, pp. 716-726,
- « “Constitutionalising” intellectual property law? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union », *IIC*, n° 37(4), 2006, pp. 371-406,
- « Author’s Right, Copyright and the Public’s Right to Information: A Complex Relationship (Rethinking Copyright in the Light of Fundamental Rights) », in F. MACMILLAN, *New Directions in Copyright Law*, Tome V, Edward Elgar Publishing, 2007, pp. 24-44,
- « Promoting Creativity through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law », *Vanderbilt journal of entertainment and technology law*, n° 3, vol. 12, 2010, pp. 515-548,

- « The social function of intellectual property rights, or how ethics can influence the shape and use of IP law », in G. B. DINWOODIE, *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 153-176.

GEIGER (C.), GERVAIS (D.), SENFTLEBEN (M.), « Three-Step Test Revisited : How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law », *American University International Law Review*, n° 29(3), 2013-2014, pp. 581-626.

GEIGER (C.), BULAYENKO (O.), HASSLER (T.), IZYUMENKO (E.), SCHONHERR (F.), SEUBA (X.), « The Resolution of the European Parliament of July 9, 2015: paving the way (finally) for a copyright reform in the European Union? », *EIPR*, n° 37(11), 2015, pp. 683-701.

GEIGER (C.), IZYUMENKO (E.), « Copyright on the human rights' trial: redefining the boundaries of exclusivity through freedom of expression », *IIC*, n° 45(3), 2014, pp. 316-342.

GEIGER (C.), SCHONHERR (F.), « Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: The Need to Reconsider the Acquis regarding Limitations and Exceptions », in T. SYNODINOU, *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Kluwer Law International, 2012, pp. 133-167.

GELLER (P. E.), « The celestial jam session : creative sharing online caught in conflicts of copyright laws », *EIPR*, n° 37(8), 2015, pp. 490-497.

GHIDINI (G.), AREZZO (E.), « On the Intersection of IPRs and Competition Law With Regard to Information Technology Markets », in C.-D. EHLERMANN, I. ATANASIU, *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Bloomsbury Publishing, 2007, pp. 105-118.

GIFFORD (C. N.), « Sonny Bono Copyright Term Extension Act », *University of Memphis Law Review*, n° 30(2), pp. 363-408.

GITTER (D. M.), « The conflict in the European Community Between Competition Law and Intellectual Property Rights: A Call for Legislative Clarification of the Essential Facilities Doctrine », *American Business Law Journal*, n° 40, 2003, pp. 217-300.

GOLDSTEIN (P.), « Copyright and the first amendment », *Columbia Law Review*, n° 70(6), 1970, pp. 983-1057.

GORDON (W. J.), « Do We have a Right to Speak with Another's Language? *Eldred* and the Duration of Copyright », in P. L. C. TORREMANS, *Copyright and Human Rights: Freedom of Expression, Intellectual Property, Privacy*, Kluwer Law International, 2004, pp. 109-129.

GREAVES (R.), « Magill est arrivé...RTE and ITP v. Commission of the European Communities », *ECLR*, n° 16(4), 1995, pp. 244-247.

GRIFFITHS (J.),

- « The 'Three-Step Test' in European Copyright Law - Problems and Solutions », *Intellectual Property Quarterly*, n° 4, 2009, pp. 428-457,
- « Constitutionalising or harmonising ? The Court of Justice, the right to property and European copyright law », *European Law Review*, 2013, n° 38(1), pp. 65-78.

GUBA (E. G.), LINCOLN (Y. S.), « Competing Paradigms in Qualitative Research », in N. K. DENZIM, Y. S. LINCOLN, *Handbook of qualitative research*, Thousand Oaks Sage Publications, 1994.

GUIBAULT (L.),

- « Limitations found outside copyright law », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'Étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 42-54,
- « Evaluating Directive 2001/29/EC in the Light of the Digital Public Domain » in M. D. DE ROSNAY, J. C DE MARTIN, *The Digital Public Domain, Foundations for an Open Culture*, Open Book Publishers, 2012, pp. 61-79.

GUNDLACH (G. T.), BLOOM (P. N.), « The “Essential Facility” Doctrine: Legal Limits and Antitrust Considerations », *Journal of Public Policy & Marketing*, n° 2, vol. 12, 1993, pp. 156-169.

HATCH (O. G.), « Toward a Principled Approach to Copyright Legislation at the Turn of the Millenium », *University of Pittsburgh Law Review*, n° 59(4), pp. 719-758.

HAY (G. A.), « Trinko: Going All the Way », *The Antitrust Bulletin*, n° 4, vol. 50, 2005, pp. 527-547.

HELBERGER (N.), HUGENHOLTZ (B.), « No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law », *Berkeley Technology Law Journal*, n° 22(3), 2007, pp. 1062-1098.

HOVENKAMP (H. J.), JANIS (M. D.), LEMLEY (M. A.), « Unilateral Refusals to License », *Journal of Competition Law and Economics*, n° 1, vol. 2, 2006, pp. 1-42.

HUGENHOLTZ (B.),

- « Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid », *EIPR*, n° 22(11), 2000, pp. 499-505,
- « Fierce creatures, Copyright exemptions Toward extinction ? », in D. VAVER, *Intellectual Property Rights: Critical Concepts in Law*, Tome II, Taylor & Francis, 2006, pp. 231-239.

HYLTON (K. N.), « Economic Rents and Essential Facilities », *Brigham Young University Law Review*, 1991, pp. 1243-1284.

JEHORAM (H.-C.), « Prohibition of parallel imports through intellectual property rights », in D. VAVER, *Intellectual Property Rights : Critical Concepts in Law*, vol. 5, Taylor & Francis, 2006, pp. 101-115.

JONES (J.), « Internet pirates walk the plank with article 10 kept at bay: Neij and Sunde Kolmisoppi v Sweden », *EIPR*, n° 35(11), 2013, pp. 695-700.

KAMINSKI (M.), « Copyright crime and punishment : The first amendment's proportionality problem », *Maryland Law Review*, n° 73, 2014, pp. 587-634.

KAMPERMAN SANDERS (A.), « Essential Facilities and Appropriate Remuneration of Achievements », in C. HEATH, A. KAMPERMAN SANDERS, *New Frontiers*

of Intellectual Property Law : IP and Cultural Heritage - Geographical Indications - Enforcement – Overprotection, IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law, vol 25, Hart Publishing, 2005, pp. 245-266.

KAPEN (A. Y.), « Duty to Cooperate Under Section 2 of the Sherman Act Aspen Skiing’s Slippery Slope », *Cornell Law Review*, n° 5, vol. 72, juill. 1987, pp. 1047-1074.

KATZ (A.), VEEL (P. E.), « Beyond Refusal to Deal : A Cross-Atlantic View of Copyright, Competition, and Innovation Policies », *ALJ*, n° 79, 2013, pp. 141-184.

KOBAK, JR (J. B.), « Antitrust Treatment of Refusals to License Intellectual Property », *The Licensing Journal*, n° 1, vol. 22, 2002, pp. 1-14.

KOBOLDT (C.), « Intellectual Property and Optimal Copyright Protection », *Journal of Cultural Economics*, n° 19, 1995, pp. 131-155.

KORAH (V.),

- « The Ladbroke Saga », *ECLR*, n° 19(3), 1998, pp. 169-176,
- « The interface between intellectual property and antitrust : the european experience », *ALJ*, n° 3, vol. 69, 2002, pp. 801-839.

LANDES (W-M.), POSNER (R. A.), « An Economic Analysis of Copyright Law », *The Journal of Legal Studies*, n° 2, vol. 18, 1989, pp. 325-363.

LANGVARDT (A. W.), « “I Have a (Fair Use) Dream”: Historic Copyrighted Works and the Recognition of Meaningful Rights for the Public », *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 25(4), 2014-2015, pp. 939-1006.

LAO (M.),

- « Aspen Skiing and Trinko: antitrust intent and “sacrifice” », *ALJ*, n° 73, 2005, pp. 171-208,
- « Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal », *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, n° 5, vol. 11, 2013, pp. 274-319.

LESSIG (L.), « Copyright’s First Amendment », *UCLA Law Review*, n° 48(5), 2001, pp. 1057-1074.

LIM (D.),

- « Prejudice to honour or reputation in copyright law », *Monash University Law Review*, n° 2, vol 33, 2007, pp. 290-322,
- « Copyright Under Siege: An Economic Analysis of the Essential Facilities Doctrine and the Compulsory Licensing of Copyrighted Works », *Albany Law Journal of Science and Technology*, vol. 17, 2007, pp. 481-558.

LIPSKY, JR (A. B.),SIDAK (J. G.), « Essential Facilities », *Stanford Law Review*, n° 57, 1999, pp. 1187-1249.

LOVING (C.), « Fair use protection for news reporting: where does the first amendment stand? », *New York University Review of Law & Social Change*, n° 3(13), 1984-1985, pp. 647-666.

MACFARLANE (N.), « The tension between national intellectual property rights and certain provisions of EC law », *EIPR*, n° 16(12), 1994, pp. 525-530.

MAHBOOB MURSHED (M.), « Curbing Software Piracy in eCommerce : Compatibility with Human Rights : Challenges and Possible Solutions », in M. SINJELA, *Human Rights and Intellectual Property Rights, Tensions and Convergences*, Nijhoff Publishers, 2007, pp. 1-29.

MARTIN-PRAT (M.), « The Future of Copyright in Europe », *Columbia Journal of Law & the Arts*, n° 38, 2014-2015, pp. 29-47.

MARQUARDT (P. D.), LEDDY (M.), « The essential facilities doctrine and intellectual property rights: a response to Pitofsky, Patterson, and Hooks », *ALJ*, n° 3, vol. 70, 2003, pp. 847-873.

MAURER (S. M.), SCOTCHMER (S.), « The Essential Facilities Doctrine: The Lost Message of *Terminal Railroad* », *California Law Review*, vol. 5, 2014, pp. 278-316.

MAZZONE (J.), « Copyfraud », *New York University Law Review*, n° 3, vol. 81, 2006, pp. 1026-1100.

McCURDY (G. V. S.), « Intellectual property and competition : does the essential facilities doctrine shed any new light ? », *EIPR*, n° 25(10), 2003, pp. 472-480.

McGINTY (W.), « First Amendment Rights to Protected Expression : What are the Traditional Contours of Copyright Law ? », *Berkeley Technology Law Journal*, n° 23(3), 2008, pp. 1099-1140.

MEINBERG (H.), « From Magill to IMS Health : the new product requirement and the diversity of intellectual property rights », *EIPR*, n° 28(7), 2006, pp. 398-403.

MENTLIK (W. L.), « Federal Preemption in the Field of Intellectual Creations - An End to the Common Law Copyright », *Copyright Law Symposium (ASCAP)*, n° 23, 1973, pp. 115-142.

MILLER (C.-G.), « Magill : time to abandon the “specific subject-matter” concept », *EIPR*, n° 16(10), 1994, pp. 415-421.

NARCISO (A.), « IMS Health or the question whether intellectual property still deserves a specific approach in a free market economy », *Intellectual Property Quarterly*, n° 4, 2003, pp. 445-468.

NETANEL (N. W.),

- « Locating Copyright Within the First Amendment Skein », *Stanford Law Review*, n° 54(1), 2001-2002, pp. 1-86,
- « First Amendment Constraints on Copyright after *Golan v. Holder* », *UCLA Law Review*, n° 60(5), 2013, pp. 1082-1129.

NIMMER (M. B.),

- « Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy », *California Law Review*, n° 56(4), 1968, pp. 935-967,

- « Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press? », *UCLA Law Review*, n° 17(6), 1969-1970, pp. 1180-1204,
- « Copyright vs. the first amendment », *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.*, n° 17(4), 1969-1970, pp. 255-279.

OAKES (J.), « Copyright and the First Amendment », *University of Miami Law Review*, n° 33(1), 1978, pp. 207-246.

ONG (B.), « Anti competitive refusals to grant copyright licences : reflections on the IMS saga », *EIPR*, n° 26(11), 2004, pp. 505-514.

OPI (S. B.), « The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property Rights Still Sacrosanct? », *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, n° 2, vol. 11, 2001, pp. 409-507.

ORTIZ (A. A.), « Old Lessons Die Hard: Why the Essential Facilities Doctrine Provides Courts the Ability to Effectuate Competitive Balance in High Technology Markets », *Journal of High Technology Law*, n° 1, vol. 13, pp. 170-214.

PALLAS LOREN (L.), « Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems », *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 5, 1997, pp. 1-58.

PATTERSON (M. R.), « When is property intellectual? The leveraging problem », *Southern California Law Review*, vol. 73, pp. 1133-1160.

PETIT (N.), « Circumscribing the Scope of EC Competition Law in Network Industries? A Comparative Approach to the US Supreme Court Ruling in the *Trinko* Case », *Journal of Network Industries*, n° 3-4, vol. 5, 2004, pp. 347-363.

PITOFISKY (R.), PATTERSON (D.), HOOKS (J.), « The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law », *ALJ*, n° 70, 2002, pp. 443-462.

PUGATCH (M. P.), « The Economics of DRM in Capitalist Markets », *Know IP - The Stockholm Network's Monthly IPR Journal*, n° 2, vol. 3, 2007, pp. 4-6.

PUHALA (J. P.) « *Berkey Photo and Alaska Airlines: Different Approaches to Monopoly Leveraging Claims* », *Western New England Law Review*, vol. 16, 1994, pp. 111-148.

RAY PATTERSON (L.), « *Folsom v. Marsh and its legacy* », *Journal of Intellectual Property Law*, n° 5, 1998, pp. 431-452.

REIFFEN (D.), KLEIT (A. N.), « Terminal Railroad Revisited :Foreclosure of an Essential Facility or Simple Horizontal Monopoly ? », *Journal of Law and Economics*, n° 2, vol. 33, 1990, pp. 419-438.

REINBOTHE (J.), « Provisions on Exceptions in the European Community Proposed Directive on Copyright and Related Rights in the Information Society », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, *Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'Étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 63-70.

REINDL (A.), « The magic of Magill: Tv program guides as a limit of copyright law », *IIC*, n° 24(1), 1993, pp. 60-82.

RICE (J. W.), « Devil Take the Hindmost : Copyright's Freedom from Constitutional Constraints after *Golan v. Holder* », *University of Pennsylvania Law Review*, n° 161, 2012, pp. 283-302.

RIEVMAN (D. M.), « The Grinnell Test of Monopolization Sounds a False Alarm: *Aspen Sking Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* », *Boston College Law Review*, n°2, vol. 28, 1987, pp. 415-457.

ROBINSON (G. O.), « On Refusing to Deal with Rivals », *Cornell Law Review*, n° 5, vol. 87, 2002, pp. 1177-1232.

ROSEN (A.), « Reconsidering the idea/expression dichotomy », *University of British Columbia Law Review*, n° 26(2), 1992, pp. 263-280.

RUBIN (J. L.), « The Truth About *Trinko* », *The Antitrust Bulletin*, n° 4, vol. 50, 2005, pp. 1-13.

RUDAZ (C. C.), « Did *Trinko* Really Kill Antitrust Price Squeeze Claims ? A Critical Approach to the *Linkline* Decision Through a Comparison of E.U. and U.S. Case Law », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2010, pp. 1077-1119.

SAG (M.),

- « God in the Machine: A New Structural Analysis of Copyright's Fair Use Doctrine », *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, n° 11, 2005, pp. 381-435,
- « The prehistory of fair use », *Brooklyn Law Review*, n° 76, 2010-2011, pp. 1371-1412,
- « Predicting Fair Use », *Ohio State Law Journal*, n° 73, 2012, pp. 47-91.

SAMUELS (E.), « The Idea-Expression Dichotomy in Copyright Law », *Tennessee Law Review*, n° 56(2), 1989, pp. 321-464.

SARDINA (M.-V.), « Exhaustion and first sale in intellectual property », *Santa Clara Law Review*, vol. 51, 2011, pp. 1055-1062.

SCHAUER (F.), « Formalism », in L. MAY, J. BROWN, *Philosophy of law, classical and contemporary readings*, Blackwell Publishing Ltd. 2010, pp. 32-41.

SCHOEN (F. X.), « Exclusionary conduct after *Trinko* », *New York University Law Review*, vol. 80, 2005, pp. 1625-1664.

SCHWARZ (M.), « Copyright in compilations of facts », *EIPLR*, n° 13(5), 1991, pp. 178-182.

SCHWEITZER (H.), « Controlling the Unilateral Exercise of Intellectual Property Rights. A Multitude of Approaches But No Way Ahead », in I. GOVAERE, H. ULLRICH, *Intellectual Property, Market Power and the Public Interest*, P.I.E. Peter Lang S.A, 2008, pp. 59-96.

SHIPLEY (D. E.), « Conflicts Between Copyright and the First Amendment After *Harper & Row, Publishers v. Nation Entreprises* », *Brigham Young University Law Review*, n° 4, 1986, pp. 983-1042.

SOBEL (L. S.), « Copyright and the First Amendment: A Gathering Storm? », *Copyright Law Symposium (ASCAP)*, n° 19, 1969, pp. 43-80.

SOOFI (R.), « First Amendment Challenges to Copyright after *Eldred v. Ashcroft*: The DMCA's Circumvention of Free Speech », *Journal of Legislation*, n° 1(30), 2003, pp. 169-182.

SPOOR (J.), « General aspects of Exceptions and Limitations on Copyright », in L. BAULCH, M. GREEN, M. WYBURN, « Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions », Journées d'Étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 sept. 1998, Australian Copyright Council, 1999, pp. 27-41.

SQUITIERI (M.), « Refusals to license under European Union competition law after *Microsoft* », *Journal of International Business Law*, vol. 11, 2012, pp. 65-83.

STRATAKIS (A.), « Comparative analysis of the US and EU approach and enforcement of the essential facilities doctrine », *ECLR*, n° 27(8), 2006, pp. 434-442.

STROWEL (A.), TULKENS (F.), « Freedom of expression and copyright under civil law : of balance, adaptation, and access », in J. GRIFFITHS, U. SUTHERSANEN, *Copyright and free speech, comparative and international analyses*, Oxford University Press, 2005, pp. 287-313.

SUTHERSANEN (U.), « Some initial thoughts on copyright, human rights and market freedom », in G. WESTKAMP, *Emerging Issues in Intellectual Property, Trade, Technology and Market Freedom: Essays in Honour of Herchel Smith*, Edward Elgar Publishing, pp. 35-53.

SWANSON (J. L.), « Copyright versus the First Amendment: Forecasting an End to the Storm », *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, n° 7(2), 1987, pp. 263-297.

TALUS (K. P.), « Just what is the scope of the essential facilities doctrine in the energy sector?: Third party acces-friendly interpretation in the EU v. contractual freedom in the US », *Common Market Law Review*, n° 48, 2011, pp. 1571-1598.

TEHRANIAN (J.), « Et tu, fair use ? The triumph of natural-law copyright », *U. C. Davis Law Review*, n° 38, 2004-2005, pp. 465-508.

THOMAS (J.A), CUPPENS (F.), CUPPENS-BOULAHIA (N.), « Environmental Constraints Management in Digital Right Licences », in N. CUPPENS-BOULAHIA, P. OWEZARSKI, *SAR-SSI 2008 3rd Conference on Security in Network Architectures and Information Systems Loctudy, France - 13-17 October 2008*, Editions Publibook 2008, pp. 85-101.

TROBERG (M. C.), « Differences between the U.S. and the EU in Antitrust Review of Intellectual Property: A Comparative Analysis of the Essential Facilities Doctrine », *Global Antitrust Review*, 2011, pp. 54-81.

TSOUTSANIS (A.), « Privacy and piracy in cyberspace: justice for all », *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, n° 12, vol. 8, 2013, pp. 952-956.

TURNEY (J.), « Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation », *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, n° 2, vol. 3, 2005, pp. 179-202.

VAHEESAN (S.), « Reviving an Epithet: A New Way Forward for the Essential Facilities Doctrine », *Utah Law Review*, n° 3, 2010, pp. 911-962.

VENIT (J. S.), « The ‘Essential Facilities’ Doctrine : Its Role in EC Competition Law », in C.-D. EHLERMANN, L. GOSLING, *European Competition Law Annual 1998 : Regulating Communications Markets*, Bloomsbury Publishing, 2000, pp. 237-272.

VINJE (T.-C.),

- « Magill : its impact on the information technology industry », *EIPR*, n° 14(11), 1992, pp. 397-402,
- « The final word on Magill: the judgement of the ECJ », *EIPR*, n° 17(6), 1995, pp. 297-909,
- « Copyright imperilled? », *EIPR*, n° 21(4), 1999, pp. 192-207.

VOORHOOF (D.),

- « Freedom of expression, parody, copyright and trademarks », in J. C. GINSBURG, J. M BESEK, *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d’auteur*, Actes du congrès de l’ALAI, 13-17 juin 2001, ALAI-USA, 2002, pp. 636-648,
- « Freedom of expression and the right to information: Implications for copyright », in C. GEIGER, *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 331-353.

VRINS (O.), « The EU policies and actions in the fight against piracy », in I. STAMATOUDI, P. TORREMANNS, *EU Copyright Law*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 799-945.

VRINS (O.), SCHNEIDER (M.), « Cross-border enforcement of intellectual property : The European Union », in P. TORREMANNS, *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 166-328.

WALLER (S. W.), « Areeda, Epithets, and Essential Facilities », *Wisconsin Law Review*, 2008, pp. 359-386.

WALLER (S. W.), TASCH (W.), « Harmonizing Essential Facilities », *ALJ*, n° 76(3), 2010, pp. 741-767.

WALLER (S.W), SAG (M.), « Promoting Innovation », *Iowa Law Review*, n° 100, 2015, pp. 2223-2247.

WESTKAMP (G.),

- « Intellectual property, competition rules, and the emerging market: some thoughts on the european exhaustion doctrine », *Marquette intellectual property law review*, n° 2, vol. 11, 2007, pp. 291-335,
- « Copyright reform and necessary flexibilities », *IIC*, n° 45(5), pp. 497-499.

YEN (A. C.), « A first amendment perspective on the idea/expression dichotomy and copyright in a work’s “total concept and feel” », *Emory Law Journal*, n° 38(2), 1989, pp. 393-436.

ZIMMERMANN (S.), « Regulatory Theory of Copyright: Avoiding a First Amendment Conflict », *Emory Law Journal*, n° 35(1), 1986, pp. 163-212.

RAPPORTS

Actes de la Conférence de Stockholm de la Propriété Intellectuelle, 11 juin - 4 juillet 1967, OMPI, Genève 1971 vol.1.

Actes de la Conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928, Bureau de l'Union Internationale pour la Protection des œuvres Littéraires et Artistiques, 1929.

Autorité de la Concurrence, Etudes Thématiques « Les droits de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence » in *Rapport annuel 2004*, pp. 81-160.

Autorité de régulation des mesures techniques, rapport annuel 2008.

BENABOU (V.-L.), LANGROGNET (F.), Rapport de la mission du CSLPLA sur les « œuvres transformatives », disponible sur www.culturecommunication.gouv.fr/.../Rapport%20oeuvres%20transformatives.pdf.

Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle, Conférence diplomatique de Stockholm, 1967, Comité d'experts gouvernementaux, *Rapport général du groupe d'étude suédois /BIRPI établi au 1^{er} juillet 1964*.

Conseil d'Etat, Rapport public 2001, jurisprudence et avis de 2000, Les autorités administratives indépendantes, Etudes et documents du Conseil d'Etat, n°52, p. 275.

Documents de la conférence réunie à Bruxelles, du 5 au 26 juin 1948, Bureau de l'Union Internationale pour la Protection des Œuvres Littéraires et Artistiques, 1951.

GERALD (P.), *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Tome I, n°404, Sénat, session ordinaire de 2005-2006, annexe au procès-verbal de la séance du 15 juin 2006.

Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris, 1971), OMPI, 1978.

LAKANAL (J.), « Rapport fait au nom du comité d'instruction publique pour maintenir les droits de propriété des auteurs d'écrits en tous genres, des compositeurs de musique, des peintres, des dessinateurs », in *Exposé sommaire des travaux de Joseph Lakanal*, Firmin Didot Frères, 1838, pp. 9-13.

LE CHAPELIER, *Rapport au nom du Comité de Constitution, sur la Pétition des Auteurs dramatiques, dans la séance du Jeudi 13 Janvier 1791, avec le Décret rendu dans cette Séance*, Imprimerie Nationale, 1791.

Les activités et les biens de l'entreprise, mélanges offerts à Jean Derruppé, Litec 1991.

LESCURE (P.), Mission « Acte II de l'exception culturelle », Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », Tome I, mai 2013, disponible sur www.culturecommunication.gouv.fr/content/.../file/Rapport%20Lescure%20498.pdf,

Les droits de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, Etudes thématiques, rapport du Conseil de la concurrence 2004.

OCDE, *Gouvernance des entreprises publiques, Panorama des pays de l'OCDE*, Editions OCDE, 2006, p. 20.

PLAISANT (R.), « Rapport général sur les travaux de la Conférence diplomatique de Bruxelles pour la révision de la Convention de Berne », *in. Documents de la conférence réunie à Bruxelles, du 5 au 26 juin 1948*, Bureau de l'Union Internationale pour la Protection des Œuvres Littéraires et Artistiques, 1951, pp. 93-109, spec. p. 100.

Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2014/2256 (INI), disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-546.580+02+DOC+PDF+V0//FR&language=FR>.

THIOLLIERE (M.), Rapport fait au nom de la commission des Affaires culturelles sur le projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, n°53, Sénat, session ordinaire de 2008-2009, Annexe au procès-verbal de la séance du 22 octobre 2008.

NOTES DE JURISPRUDENCE

Anonyme sous Paris, 1^{er} févr. 1905, *S.*, 1907.II.113.

AITTOUARES (J.), « Le défilé de mode, œuvre de l'esprit », obs sous Cass. crim., 5 févr. 2008, *Bull. Crim.*, n° 28, *RLDI*, n° 37, avril 2008, pp. 9-13.

AUREY (X.), note sous CEDH, 19 févr. 2013, n° 40397/12, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c/Suède* précitée, *JDI*, n°3, 2014, pp. 1020-1022.

AUROUX (J.-B.), « Universal/Deezer : la guerre des droits n'aura pas lieu », obs. sous TGI Paris, réf., 5 sept. 2011, *RLDI*, n° 76, nov. 2011, pp. 22-30.

BADINTER (R.), obs. sous Cass 1^{re} civ., 4 janv. 1964, (*Furtwängler*), *Bull. I*, n°7, *JCP*, 1964.I.1844.

BENABOU (V.-L.),

- « Patatras ! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 », obs. sous Conseil constit., 27 juil. 2006, n° 2006-540 DC, *Rec.* p. 88, *PI*, n° 20, juillet 2006, pp. 240-242,
- obs. sous CJCE, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) c/Telefonica de Espana SAU*, *Rec.* p. I-00271, *PI*, n° 27, avril 2008, pp. 239-240,
- obs. sous CJCE, 29 janv. 2008, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) c/Telefonica de Espana SAU*, aff. C-275/06, *PI*, n° 27, avr. 2008, pp. 239-240,
- « Arrêt "Painer" : la protection par le droit d'auteur d'une photographie de portrait utilisée à des fins de recherche d'une personne disparue », obs. sous CJUE, 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Eva-Maria Painer c/Standard Verlags GmbH et autres*, *Rec.* p. I-12533, *Journal de droit européen*, n° 189, mai 2012, pp. 146-148.

BENSAMOUN (A.),

- « Victor Hugo et le droit d'auteur, suite et... suite », obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, *Bull. I*, n° 47, *RLDI*, n° 25, mars 2007, pp. 49-53,

- « L'exception fondée sur l'accessoire : accessoirement non transposée... », obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull. I*, n° 87, *RLDI*, n° 72, juin 2011, pp. 6-9.

BENSAMOUN (A.), SIRINELLI (P.), « Droit d'auteur vs. Liberté d'expression : suite et pas fin... », note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, non encore publié, n° 13-27.391, *D.*, 2015, pp. 1672-1677

BERTAUX (C.-M.), « Image des œuvres d'art et information », obs. sous Cass 1^{re} civ., 13 nov. 2003, *Bull. I*, n° 229, *Légipresse*, n° 212, juin 2004, pp. 73-76.

BINCTIN (N.), obs. sous Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2011, *Bull. I*, n° 170, *CCE*, n° 3, mars 2012, étude 6.

BONET (G.),

- note sous CJCE, 17 mai 1988, aff. 158/86, *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c/Erik Viuff Christiansen*, *Rec. p.* 2605, *RTD Eur.*, 1988, pp. 647-654,
- obs. sous CJCE, 30 juin 1988, aff. 35/87, *Thetford Corporation c/Fiamma SPA*, *Rec. p.* 3585, *RTD Eur.*, 1988, pp.713-718,
- obs. sous CJCE, 5 oct. 1988, *Consortio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli (CIRCA) et Maxicar c/Régie nationale des usines Renault*, aff. 53/87, *Rec. p.* 6039, *JCP* 1989.II.21247,
- obs. sous CJCE, 5 oct. 1988, *Consortio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli (CIRCA) et Maxicar c/Régie nationale des usines Renault*, aff. 53/87, *Rec. p.* 6039 et sous CJCE, 5 oct. 1988, *AB Volvo c/Erik Veng (UK) Ltd.*, aff. 238/87, *Rec. p.* 6211, *RTD Eur.*, 1990, pp. 720-726,
- « Pratiques empêchant l'édition et la vente de guides TV généraux hebdomadaires », note sous TPICE, 10 juill. 1991, aff. T 69/89, *Radio Telefis Eireann c/Commission*, *RTD Eur.*, 1993, pp. 525-533,
- obs. sous CJCE, 6 avr. 1995, *Radio Telefis Eireann et Independent Television Publications Ltd. c/Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec. p.* I-743, *RTD Eur.*, 1995, pp. 835-845,
- « Le principe communautaire des facilités essentielles comme limite du droit de l'auteur : confirmation de la jurisprudence *Magill* », note sous TPICE, 12 juin 1997, aff. T-504/93, *Tiercé Ladbroke SA c/Commission des Communautés européennes*, *Rec. p.* II-923, *D.*, 1999, pp 303-306.

BRUGUIERE (J.-M.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2007, inédit, n° 05-14.928, *PI*, janv. 2008, n° 26, pp. 112 - 114
- obs. sous Cass. crim., 5 févr. 2008, *Bull. Crim.*, n° 28, *PI*, n° 27, avril 2008, pp. 221-223,
- note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.39, non encore publié au Bulletin, *PI*, n°56, juill. 2015, pp. 285-287.

CARON (C.),

- note sous TGI Lyon, 4 avril 2001, *CCE*, n° 6, juin 2001, comm. 57,
- « Duo harmonieux sur la liberté d'expression confrontée au droit des marques », note sous Paris, 26 févr. 2003, *JurisData* n° 2003-202549, *CCE*, n° 4, avril 2003, comm. 38,
- « Droits de l'Homme et droit d'auteur : inquiétudes (provisoirement) dissipées », note sous Cass 1^{re} civ., 13 nov. 2003, *Bull. I*, n° 229, *CCE*, n°1, janv. 2004, comm. 2,

- « Affaire Esso c/ Greenpeace : décision au fond », note sous TGI Paris, 30 janv. 2004, JurisData n° 2004-234796, *CCE*, n° 4, avril 2004, com. 39,
- note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, *Bull. I*, n° 134, *CCE*, n°5, mai 2005, comm. 78,
- « Le droit du producteur de base de données tyrannisé par le droit de la concurrence », note sous Cass. com., 4 déc. 2001, *Bull. IV*, n° 193, *CCE*, n°3, mars 2002, comm. 38,
- « Affaire Mulholland Drive : suite et (peut-être) épilogue ! », note sous Paris, 4 avril 2007, n° 06/07506, JurisData n° 2007-329335, *CCE*, n° 5, mai 2007, comm. 68,
- « Les Misérables devant la Cour de cassation : le domaine public réaffirmé », note sous Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, *Bull. I*, n° 47, *CCE*, n° 3, mars 2007, comm. 34.
- « Droit d’auteur versus droit à l’information du public : encore et toujours », note sous Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2007, inédit, n° 05-14.928, *CCE*, n° 1, janv. 2008, comm. 2,
- « Un défilé de mode est une œuvre », note sous Cass. crim., 5 févr. 2008, *Bull. Crim.*, n° 28, *CCE*, n° 3, mars 2008, comm. 33,
- note sous Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, *Bull. I*, n°177, *CCE*, n° 9, sept. 2008, comm. 102,
- note sous Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009, *Bull. I*, n°8, *CCE*, n°4, avril 2009, comm. 33,
- « Caractérisation d’un abus de position dominante en référé », note sous TGI Paris, réf., 5 sept. 2011, *CCE*, n° 11, nov. 2011, comm. 101,
- « Exception de parodie : quid novi ? », note sous Paris, 18 févr. 2011, JurisData n° 2011-011965, *CCE*, n° 1, janv. 2012, comm. 1,
- « L’interopérabilité au service de la libre concurrence », note sous Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2011, *Bull. I*, n°170, *CCE*, n° 1, janv. 2012, com. 2,
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2014, *Bull. I*, n° 10, *JCP*, n° 12, 24 mars 2014, 364,
- « Droit d’auteur versus liberté d’expression : exigence d’un “juste équilibre” », note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, *CCE*, n° 7, juill. 2015, comm. 55.

CASTETS-RENARD (C.),

- « Le retour en grâce de la copie privée », note sous Paris, 22 avril 2005, n° 04/14933, JurisData n°2005-268600, *D.*, 2005, pp. 1573-1576,
- « *Etre et avoir...* et apparaître accessoirement ! Ou comment limiter le monopole de l’auteur », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull. I*, n° 87, *D.*, 2011, pp. 1875-1879.

CHENEDE (F.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, *Bull. I*, n° 234, *D.*, 2014, pp. 179-182,
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, *Bull. I*, n° 234, *AJ Famille*, 2013, p. 663.

CHEWARD (G.), « Cassation pour “méconnaissance du principe de proportionnalité” », obs. sous Cass. crim. 3 juin 2015, non encore publié, n° 14-86.507, *AJ pénal*, 2015, p. 487.

CHEVRIER (E.), « La Cour de cassation contrôle les facilités essentielles », obs sous Cass. com., 12 juill. 2005, *Bull. IV*, n° 163, *D.*, 2005, p. 2144.

CLAUDEL (E.), « Théorie des facilités essentielles : lorsque le droit de la concurrence veille à la facilité commune, la liberté contractuelle... compte pour des prunes », note sous Cass. com., 4 déc. 2001, *Bull. IV*, n° 193, *RTD Com.*, 2002, pp. 296-299.

COLOMBET (C.), obs. sous Paris, 30 mai 1985, *D.*, 1986, somm. comm., p. 186.

DALEAU (J.), note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2001, *Bull. I*, n° 172, *D.*, 2001, pp. 2517-2518.

DESBOIS (H.),

- note sous T. com. de la Seine, 18 janv.1937, *D.P.*, 1938.II.25,
- note sous TGI de la Seine, 17 juin 1964, *RTD Com.*, 1964, pp. 782-786.

DESURMONT (T.), note sous TPICE 10 juillet 1991, *The British Broadcasting Corporation et B.B.C enterprises c/Commission des communautés européennes*, *Rec.* p. II-535, *RIDA*, n°151, janv. 1992, pp. 250-272.

DREYER (E.), « Illicéité de la copie privée dont la source est elle-même illicite », note sous Cass. crim., 30 mai 2006, inédit, *D.*, 2006, pp. 2676-2680.

DUSOLLIER (S.), DE FRANQUEN (A.), obs. sous CJUE, 26 avril 2012, aff. C-510/10, *DR et TV2 Danmark c/NCB – Nordisk Copyright Bureau*, publié au Recueil numérique, *Journal de droit européen*, n° 196, 2013, pp. 59-71.

EDELMAN (B.),

- note sous CJCE, 20 oct. 1993, *Phil Collins c/Imtrat Handelsgesellschaft mbH et Patricia Im - und Export Verwaltungsgesellschaft mbH et Leif Emanuel Kraul c/EMI Electrola GmbH*, aff. jointes C-92/92 et C-326/92, *Rec.* p. I-5154, *D.*, 1995, pp. 136-139,
- « La représentation d'une œuvre artistique dans une œuvre audiovisuelle », note sous Cass 1^{re} civ., 4 juillet 1995, *Bull.* I, n° 295, *D.*, 1996, pp. 4-8,
- « La Cour de cassation ne rit pas », note sous Cass. 2^e civ., 2 avril 1997, *Bull.* II, n° 113, *D.*, 1997, pp. 411-414,
- « Du mauvais usage des droits de l'homme », obs. sous TGI Paris, 23 févr. 1999, *D.*, 2000, pp. 455-458,
- B. EDELMAN, « Droit des marques et liberté d'expression », obs. sous Paris, 26 févr. 2003, *JurisData* n° 2003-202549, *D.*, 2003, pp. 1831-1835.

ESMEIN (A.), note sous Cass. req., 29 juin 1897, *S.* 1898.I.17.

FRANCOIS (G.), « L'absence d'alternative satisfaisante, une limite opportune au droit d'accès, imposée par la théorie des facilités essentielles », obs. sous Cass. com., 12 juillet 2005, *Bull.* IV n° 163, *JCP E*, n° 47, 24 nov. 2005, 1700.

FRANCON (A.)

- note sous Cass. 1^{re} civ., 13 avril 1988, *Bull.* I, n° 96, *RTD. Com.*, 1989, pp. 238-204,
- « Reportage télévisé d'une exposition publique et convention européenne des droits de l'Homme », obs sous TGI Paris, 23 févr. 1999, *RTD Com.*, 2000, pp. 96-99.

GALOPIN (B.), « Accessoire : la Cour de cassation assume l'exception prétorienne », note sous Cass 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull.* I, n° 87, *RLDI*, n° 73, juillet 2011, pp 20-24.

GEIGER (C.),

- « Exception de citation et droits fondamentaux, une occasion manquée de faire avancer le discours sur les exceptions au droit d'auteur », note sous Cass 1^{re} civ., 13 nov. 2003, *Bull.* I, n° 229, *JCP*, 2004.II.10080,
- « Droit d'auteur et liberté d'expression artistique : art "autorisé" et libre création ne font pas bon ménage », obs. sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, *JCP*, n° 38, 14 sept. 2015, 967.

GRIDEL (J.-P.), « Brèves remarques approbatives de la cassation intervenue dans l'affaire dite des *Guignols de l'info* », obs. sous Cass. 2^e civ., 2 avril 1997, *Bull. II*, n° 113, *D.*, 1998, pp. 183-184.

HENAFF (P.), « L'œuvre transformative - Sécuriser l'œuvre transformative sans remettre en cause le monopole de l'auteur de l'œuvre préexistante », *CCE*, n° 4, avril 2016, étude 8.

HENROTTE (J.-F.), note sous Tribunal de première instance de Bruxelles, 25 mai 2004, *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, n° 26, 2004, pp. 1157-1166.

HERMITTE (M.-A.)

- obs sous TPICE, 10 juillet 1991, aff. T 69/89, *Radio Telefís Eireann c/Commission*, *JDI*, 1992, pp. 471-477,
- obs. sous CJCE, 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Radio Telefís Eireann et Independent Television Publications Ltd. c/Commission des Communautés européennes*, *Rec. p. I-743*, *JDI*, 1996, pp. 530-536.

KAMINA (P.), « Droit d'auteur et article 10 Conv. EDH : suite... et fin ? », note sous Cass. 1^{re} civ., 13 nov 2003, *Bull. I*, n° 229, *Propriété industrielle*, n° 1, janv. 2004, comm. 8.

KOVAR (R.), CONSTANTINESCO (V.), « Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1976, pp. 185-241.

LE CALVEZ (J.), note sous Cass. crim., 30 janv. 1978, *Bull. Crim.*, n° 35, *Gaz. Pal.* 1978.II.466.

LUCAS (A.),

- obs. sous Paris, 30 mai 2001, *PI*, oct. 2001, n° 1, p. 66,
- note sous CE, 29 juillet 2002, n° 200886, *Lebon*, p. 280, *PI*, n° 6, janv. 2003, pp. 57-58,
- obs. sous *Eldred c/Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), *PI*, n° 7, avril 2003, pp. 170-172
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, *Bull. I*, n° 229, *PI*, n° 10, janv. 2004, pp. 550-552,
- note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2012, *PI*, n° 45, oct. 2012, pp. 405-406,
- note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, *Bull.* n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, *PI*, n° 56, juill. 2015, pp. 281-285.

MAILLARD (G.),

- note sous T. civ. de la Seine, 30 nov. 1900, *Pataille*, 1901, p. 244,
- note sous T. civ. de la Seine, 28 oct. 1903, *Pataille*, 1903, p. 314.

MAILLARD (T.), « Licéité de la mesure technique de protection interdisant la copie privée d'un DVD », note sous TGI Paris 30 avril 2004, *JurisData* n° 2004-241517, *JCP E*, n° 30, 22 juillet 2004, 1101.

MALLET-POUJOL (N.), « La théorie des "facilités essentielles" et les créations informationnelles », obs. sous Cass. com., 12 juillet 2005, *Bull. IV* n° 163, *RLDI*, n° 13, févr. 2006, pp. 6-8.

MARINO (L.), obs. sous CEDH, 19 févr. 2013, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c/Suède*, n° 40397/12, *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2013, n° 199, pp. 2418-2419.

NAST (M.), note sous Cass. crim., 19 mars 1926, *D.*, 1927.I.25.

PILON (E.), note sous Cass. req., 27 mai 1903, *RTD Civ.*, 1903, pp. 666-669.

PIRIOU (F.-M.), obs. sous TGI Paris, 18 oct. 2009, *CCE*, n° 5, mai 2010, étude 11.

POLLAUD-DULIAN, (F.),

- note sous Paris, 21 sept. 1999, *JCP E* n° 27, 6 juillet 2000, 1094,
- « Les rapports de l'exception de copie privée avec les mesures techniques de protection », obs. sous TGI Paris, 30 avril 2004, JurisData n° 2004-241517, *RTD Com.*, 2004, pp. 486-491,
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2005, *Bull.* I, n° 105, *RTD Com.*, 2005, pp. 302-306,
- note sous Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2006, *Bull.* I, n° 126, *RTD Com.*, 2006, pp. 370-374,
- « Droit moral *post mortem*. Adaptation. Suite d'une œuvre tombée dans le domaine public. Liberté de création. Dévolution successorale. Intervention d'organismes professionnels », obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, *Bull.* I, n° 47, *RTD Com.*, 2007, pp. 354-357,
- note sous Cass. crim., 5 févr. 2008, *Bull. Crim.*, n° 28, *RTD Com.*, 2008, pp. 320-322,
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2011, *Bull.* I, n° 170, *RTD Com.*, 2011, pp. 760-762.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2011, inédit, *RTD Com.*, 2012, pp. 120-124,
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, *RTD Com.*, 2015, pp. 515-526.

POUMAREDE (M.), « Application de la théorie des facilités essentielles à un droit de propriété intellectuelle », note sous Cass. com., 12 juillet 2005, *Bull.* IV n° 163, *JCP*, 2005.II.10121.

SIRINELLI (P.)

- note sous Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, *Bull.* I, n° 157, *RIDA*, n° 151, janv. 1992, pp. 272-290,
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2004, *Bull.* I, n° 154, *PI*, n° 12, juillet 2004, pp. 774-778,
- obs. sous Paris, 12 sept. 2008, JurisData n° 2008-370395, *RIDA* n° 219, janv. 2009, pp. 237-265,
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2011, inédit, *D.*, 2012, pp. 2844-2847,
- obs. sous CEDH, 10 janv. 2013, n°36769/08, *Ashby Donald et autres c/France*, *RIDA*, n° 237, juillet 2013, pp. 217-261,
- obs. sous CEDH, 10 janv. 2013, n°36769/08, *Ashby Donald et autres c/France*, *D.*, 2014, pp. 2078-2090.

STOFFEL-MUNCK (P.), « Alerte sur les prescriptions extinctives : l'article 2244 du Code civil n'est plus d'ordre public », note sous Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2002, *Bull.* I, n° 174, *D.*, 2003 pp. 155-159.

VIVANT (M.),

- obs. sous Cour Fédérale du Canada, 31 mars 2004, *BMG Canada Inc., EMI Music Canada et autres c/John Doe, Jane Doe et al.*, 2004 FC 488, *PI*, n° 12, juillet 2004, pp. 834-837,
- « Droit d'auteur et théorie de l'accessoire : et si l'accessoire révélait l'essentiel ? », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull.* I, n° 87, *JCP*, n° 28, 11 juillet 2011, 814.

ZOLLINGER (A.), « Droit d'auteur et liberté d'expression : le discours de la méthode », obs. sous CEDH 10 janv. 2013, n° 36769/08 *Ashby Donald et autres c/France*, CCE, n°5, mai 2013, étude 8.

ZOLYNSKI (C.), obs sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull. I*, n° 87, *L'Essentiel, Droit des contrats*, n°6, p. 7.

DOCUMENTS PARLEMENTAIRES

BIGOT-PREAMENEU (M.), présentation au Corps législatif, dans sa séance du 17 ventôse an XII du titre XX du livre III du projet de Code civil, intitulé : *de la Prescription*, in P. À FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XV, au Dépôt, 1827.

BORDENEUVE (J.), lors de la discussion du projet de loi sur la propriété littéraire et artistique à l'Assemblée nationale, séance du 20 avril 1956, JORF, *Débats Parlementaires*, Assemblée Nationale, 21 avril 1956, p. 1426.

DEBU-BRIDEL (J.), lors de la discussion du projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale sur la propriété littéraire et artistique au Conseil de la République, séance du 30 oct. 1956, JORF, *Débats Parlementaires*, Conseil de la République, 31 oct. 1956, p. 2126.

Discussion du projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale sur la propriété littéraire et artistique au Conseil de la République, séance du 31 oct. 1956, JORF, *Débats Parlementaires*, Conseil de la République, 1^{er} nov. 1956, p. 2148.

ISORNI (J.), Rapport fait au nom de la Commission de la Justice et de Législation sur le projet de loi n°8612 sur la propriété littéraire et artistique, annexe au procès-verbal de la séance du 6 mai 1955, n° 10681, JORF, *Documents Parlementaires*, Assemblée Nationale, session de 1955, pp. 835-841

LAMOUSSE (M.), lors de la discussion du projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale sur la propriété littéraire et artistique au Conseil de la République, séance du 30 octobre 1956, JORF, *Débats Parlementaires*, Conseil de la République, 31 octobre 1956, p. 2125.

L'exposé des motifs du projet de loi sur la propriété littéraire et artistique, annexe au procès-verbal de la séance du 9 juin 1954, n° 8612, JORF, *Documents Parlementaires*, Assemblée Nationale, session de 1954, pp 985-987, spec. p. 987.

MARCILHACY (P.), lors de la séance du 31 octobre 1956 du Conseil de la République, JORF, *Débats parlementaires*, 1^{er} nov. 1956, p. 2148.

PERIDIER (J.), rapporteur de la commission de la justice et de législation civile, criminelle et commerciale, lors de la séance du 31 octobre 1956 du Conseil de la République, JORF, *Débats parlementaires*, 1^{er} nov. 1956, p. 2149

PERIDIER (J.), « Rapport fait au nom de la commission de la justice et de législation civile, criminelle et commerciale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale sur la propriété littéraire et artistique », annexe n°11 au procès-verbal de la Séance du 4 oct. 1956,

JORF, *Documents Parlementaires*, Conseil de la République, session ordinaire de 1956-1957, pp 19-27.

JURISPRUDENCE FRANCAISE, JUDICIAIRE ET ADMINISTRATIVE

T. corr. de la Seine, 16 janv. 1812, F. de LAGLADE, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative...*, Tome IV, Nêve, Firmin Didot, 1824.

Cass. crim., 3 juillet 1812, S. 1812-1814.I.143, *Journal du Palais*, 1812, p. 535.

T. corr. de la Seine, 3 avril 1827, A. VIVIEN, E. BLANC, *Traité de la législation des théâtres ou exposé complet et méthodique des lois et de la jurisprudence relativement aux théâtres et spectacles publics*, Brissot-Thivars, Charles-Béchet, 1830, p. 319, A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature les sciences et les Beaux-arts*, Tome II, Jules Renouard et Cie libraires, 1839, p. 42.

Paris, 29 juin 1827, *Journal du Palais*, 1827-juin 1828, p. 558.

T. civ. de la Seine, 30 août 1827, *D. Jurisprudence Générale du Royaume*, 1828.II.113.

Paris, 22 mars 1828, *D. Jurisprudence Générale du Royaume*, 1828.II.113.

Cass. req., 29 janv. 1829, *D. Jurisprudence Générale du Royaume*, 1829.I.123, *Journal du Palais*, 1828-1829, p. 620.

T. com. Paris, 30 mars 1835, *Gazette des Tribunaux*, n° 2927, p. 525.

Paris, 14 juill. 1838, *Journal du Palais*, 1838, p. 1857.

Paris, 17 déc. 1838, *Gazette des Tribunaux*, n° 4140, p. 172.

Cass. crim., 23 juillet 1841, S.,1841.I.561, note G. MASSE.

Cass. ch. réunies, 27 mai 1842, S.1842.I.385, note G.M.

Cass. crim., 24 mai 1845, S.1845.I.765.

Cass. req., 1^{er} juill. 1850, *D.P.*, 1850.I.203.

Cass. req., 12 janv. 1853, S.,1853.I.81, note G. MASSE.

Paris, 8 déc. 1853, S., 1854.II.109.

Cass. crim., 24 mai 1855, S.,1855.I.392.

T. corr. de la Seine, 7 août 1855, *Pataille*, 1857, p. 243.

Paris, 30 mai 1857, *Pataille*, 1857, p. 246.

Trib. corr. de la Seine, 17 avril 1858, *Pataille*, 1858, p. 245.

Lyon, 28 juillet 1858, *Pataille*,1860, p. 27.

Riom, 23 févr.1859, *Pataille*, 1860, p. 23.

Cass. crim., 19 mai 1859, *S.*,1860.I.88.

T. corr. de la Seine, 22 juin 1859, *Pataille*, 1859, p. 271.

T. civ. de la Seine, 1^{er} juillet 1859, *Pataille*, 1859, p. 273.

Paris, 16 déc. 1859, *Pataille*, 1860, p. 230.

Paris, 24 déc.1859, *Pataille*,1860, p. 31.

Paris, 28 nov. 1861, *Pataille*, 1861, p. 422.

Cass. crim., 8 juin 1860, *Pataille*, 1860, p. 393.

Cass. crim., 13 févr. 1863, *Pataille*, 1863, p. 49, *S.*, 1863.I.161.

Paris, 12 juin 1863, *Pataille*, 1863, p. 226.

Cass. crim., 15 janv.1864, *Pataille*, 1864, p. 125.

T. civ. de la Seine, 10 déc. 1866, *Pataille*, 1866, p. 401.

Cass. crim., 22 janv. 1869, *S.*, 1870.I.45.

Paris, 12 janv. 1877, *Pataille*, 1877, p. 144.

Paris, 25 janv. 1878, *S.*, 1878.II.106.

Angers, 3 juin 1878, *S.*, 1878.II.198.

Cass. req. 16 août 1880, *D.P.*, 1881.I.125, *Pataille*, 1880, p. 229.

Paris, 18 août 1879, *D.P.*, 1881.II.61.

Cass crim., 4 févr.1881, *S.*, 1882.II.92.

T. civ. de la Seine, 27 juillet 1883, A. HUARD, E. MACK, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de propriété littéraire et artistique*, Marchal et Billard, 1891, p. 431.

Lyon, 4 janv.1884, *S.*, 1885.II.103.

Cass. crim., 27 déc. 1884, *Pataille*,1885, p. 319.

T. de Paix de Paris, 11 janv. 1889, *S.*, 1889.II.72.

T. civ. de la Seine, 21 mars 1889, *S.*, 1891.II.143, *Pataille*, 1892, p. 197.

T. civ. de la Seine, 3 juin 1892, *S.*, 1892.II.262.

Besançon, 6 juillet 1892, *D.P.*, 1892.II.579.

Cass civ., 24 janv. 1893, *D.P.*,1893.I.144, *S.*1893.I.368.

Paris, 3 déc.1894, *Pataille*, 1895, p. 282.

T. civ de la Seine, 11 mars 1897, *D.P.*, 1898.II.358.

Paris, 15 juillet 1897, *S.*, 1899.II.79.

Cass. crim., 3 mars 1898, *Pataille*, 1899, p. 72.

T. civ. de la Seine, 30 nov. 1900, *Pataille*, 1901, p. 244.

Paris 21 févr.1901, *S.*, 1902.II. 161, *D.P.*, 1902.II.17, note E. POUILLET.

T. civ. Lyon, 26 juin 1901, *D.P.*, 1904.II.198.

T. civ. de Besançon, 20 févr. 1902, *D.P.*, 1903.II.244.

T. civ. de la Seine, 28 oct. 1903, *Pataille*, 1903, p. 314.

T. civ. de Châteaudun, 10 déc. 1903, *Pataille*, 1905, p. 218.

Cass. civ., 24 juin 1913, *D.P.*, 1917.I.38.

Cass. civ., 27 juin 1916, *D.P.*, 1919.I.25, note C. CLARO.

Cass. req., 27 févr. 1918, *Pataille*, 1919, p. 53.

T. corr. de la Seine, 13 déc. 1923, *D.H.*, 1924, p. 39.

T. com. de Mirecourt, 10 juillet 1924, *D.H.*, 1924, p. 680.

Paris, 2 déc. 1924, *D.H.*, 1924, p. 724.

Cass. crim., 19 mars 1926, *D.H.*, 1926, p. 250, *D.P.*, 1927.I.25, note M. NAST, *Pataille*, 1927, p. 65, note A. VAUNOIS.

T. com. de la Seine, 26 juin 1934, *Le Droit d'Auteur, Revue du bureau de l'Union Internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 15 juill. 1935, p. 81.

T. com. de la Seine, 18 janv.1937, *D. P.*, 1938.II.25, note H. DESBOIS.

Cass. civ., 14 mai 1945, *D.*, 1945, p. 285, note H. DESBOIS, *JCP*, 1945.II.2835, note R.C.

T. civ. de la Seine, 6 et 7 avr. 1949 (2 jugements), 2^e espèce, *Gaz. Pal.*, 1949.I. 249.

Cass. 1^{re} civ., 23 nov.1959, *Bull.* I, n° 490.

Cass.1^{re} civ., 4 janv. 1964, *Bull.* I, n° 7, *D.*, 1964, p. 321, note P. PLUYETTE, *RTD Com.*, 1964, p. 320, note H. DESBOIS, *JCP*, 1964.I.1844, obs. R. BADINTER.

Cass. com., 26 juin 1973, *Bull.* IV n° 224.

Cass. 3^e civ., 9 mars 1982, *Bull.* III, n° 64.

Cass. 1^{re} civ., 5 juin 1984, *Bull.* I, n° 184, *RIDA*, n° 124, avril 1985, p. 150, *D.*, 1985, IR, p. 312, note C. COLOMBET.

Paris, 30 mai 1985, *D.*, 1986 somm., p. 186 obs. C. COLOMBET.

Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987, *Bull. I*, n° 6.

Cass. Ass. Plen., 30 oct. 1987, *Bull. AP*, n° 4, *RTD Com.*, 1988, p. 57, obs. A. FRANCON, *D.*, 1988, somm. comm., p. 206, obs. C. COLOMBET, *D.*, 1988, p. 21, obs. J. CABANNES.

Cass. 1^{re} civ., 13 avril 1988, *Bull. I*, n° 96, *Cahiers du droit d'auteur*, n° 10, nov. 1988, p. 19, *RTD Com.*, 1989, p. 238, obs. A. FRANCON, *JCP*, 1989.I.3376, chron. B. EDELMAN.

Paris, 26 sept. 1988, *D.*, 1988, *IR*, p. 255.

Conseil Constit., 17 janv. 1989, 88-248 DC, *Rec.* p. 18.

Paris, 15 juin 1989, *RIDA*, n° 143, janv. 1990, p. 321, note P.-Y. GAUTIER, *RTD Com.*, 1990, p. 210, obs. A. FRANCON, *D.*, 1990, p. 293, obs. T. HASSLER.

Conseil Constit., 28 juillet 1989, 89-260 DC, *Rec.* p. 71.

TGI Paris, 10 janv. 1990, *D.*, 1991, somm. p. 99, obs. C. COLOMBET, *D.*, 1991, p. 206, note B. EDELMAN.

Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 1991, *Bull. I*, n° 29, *RIDA*, n° 148, avril 1991, p. 119, *RTD Com.*, 1991, p. 222, obs. A. FRANCON, *JCP*, 1991.II.21680, note L. BOUCHURBERG.

Cass. com. 19 mars 1991, *Bull. IV*, n° 105.

Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, *Bull. I*, n° 157, *JCP*, 1991.II.21760, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD Com.*, 1991, p. 592, note A. FRANCON, *RIDA*, n° 151, janv. 1992, p. 272, note P. SIRINELLI.

TGI Paris, 15 mai 1991, n° 11527/90, *JurisData* n° 991-603361.

Cass. Ass. Plén., 5 nov. 1993, *Bull. AP*, n° 15, *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1993, p. 313, *JCP*, 1994.II.2201, note A. FRANCON, *D.*, 1994, p. 481, note T. FOYARD, *RJDA*, 1994, n° 1, p. 7, concl. Y. LESEC.

Versailles, 17 mars 1994, *JurisData* n° 1994-043682, *D.*, 1995, p. 56, obs. C. COLOMBET.

TGI Paris, 14 sept. 1994, *RIDA*, n° 164, avril 1995, p. 407.

Riom, 15 sept. 1994, *JurisData* n° 1994-049661, *D.*, 1995, p. 429, note B. EDELMAN.

Paris, 14 mars 1995, *JurisData* n° 1995-020647, *D.*, 1996, somm. p. 252, obs. M.-L. IZORCHE, *D.*, 1997, somm. p. 75, obs. C. BIGOT.

Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, *Bull. I*, n° 295, *D.*, 1996, p. 4, note B. EDELMAN, *D.*, 1996, p. 73, obs. T. HASSLER.

Cass. 3^e civ., 6 mars 1996, *Bull. III*, n° 60, *RTD Civ.*, 1996, p. 580, obs. J. HAUSER, *RTD Civ.*, 1996, p. 1025, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD Civ.*, 1996, p. 897, obs. J. MESTRE, *AJDI*, 1996, p. 704, obs. B. WERTENSCHLAG, *JCP*, 1996.I.3958, obs. C. JAMIN, *RDI*, 1996, p. 620, obs. F. COLLART-DUTILLEU, J. DERRUPPE, *D.*, 1997, p. 167, note B. DE LAMY.

Cass. 2^e civ., 2 avril 1997, *Bull. II*, n° 113, *D.*, 1997, p. 411, obs. B. EDELMAN, *D.*, 1998, p. 183, obs. J.-P. GRIDEL.

TGI Paris, 30 avril 1997, JurisData n° 1997-045118, *Gaz.Pal.*, 17-19 mai 1998, n° 137-139, somm., p. 22, note M. ANTOINE LALANCE.

TGI Paris, 23 févr.1999, JurisData n° 1999-118774, *D.*, 1999, p. 580, obs. P. KAMINA, *RTD Com.*, 2000, p. 96, obs. A. FRANCON, *D.*, 2000, p. 455, obs. B. EDELMAN.

Reims, 9 sept. 1999, *D.*, 1999, p. 449, obs. B. EDELMAN.

Paris, 21 sept. 1999, JurisData n° 1999-124390, *JCP E*, n° 27, 6 juill. 2000, 1094 note F. POLLAUD-DULIAN.

Cass. com., 25 janv. 2000, inédit, *CCC*, n° 4, avril 2000, comm. 61, note. M. MALAURIE-VIGNAL.

CE, 3 juillet 2000, *Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et autres c/le CSA, Lebon*, p. 289, *Légipresse*, n° 174, sept. 2000, III, p. 132, note B. DELCROS, *CCE*, n° 12, déc. 2000, comm. 133, obs. G. DECOCQ.

Cass. Ass. Plen., 12 juillet 2000, *Bull. AP*, n° 7, *D.*, 2001, p. 259, obs. B. EDELMAN, *CCE*, n° 11, nov. 2000, comm. 122, note A. LEPAGE, *JCP*, 2000.II.10439, note A. LEPAGE.

Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2001, *Bull. I*, n° 79, *D.*, 2001, p. 1624, note B. POISSON, *PI*, n° 1, oct. 2001, p. 69, obs. À LUCAS, *CCE*, n° 10, oct. 2001, comm. 101, obs. C. LE STANC.

Paris, 30 mai 2001, JurisData n° 2001-179518, *D.*, 2001, p. 2504, obs. C. CARON.

Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2001, *Bull. I*, n° 172, *RIDA*, n° 192, avril 2002, p. 423, *PI*, n° 1, oct. 2001, p. 62, obs. A. LUCAS, *D.*, 2001, p. 2517 note J. DALEAU.

Cass. com., 4 déc. 2001, *Bull. IV*, n° 193, *CCC*, n° 3, mars 2002, comm 46, obs. M. MALAURIE-VIGNAL, *CCE*, n° 3, mars 2002, comm. 38, note C. CARON, *RTD Com.*, 2002, p. 296, obs. E. CLAUDEL, *RTD Com.*, 2002, p. 394, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO.

Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2002, *Bull. I*, n° 75, *D.*, 2002, p. 2999, note N. BOUCHE, *D.*, 2003, p. 58, note M. JOSSELIN-GALL, *JCP*, 2002.II.10082, note H. MUIR WATT, *Revue critique de droit international privé*, 2003, p. 440, note J.-M. BISCHOFF.

Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2002, *Bull. I*, n° 174, *D.*, 2003, p. 155, note P. STOFFEL-MUNCK, *RTD Civ.*, 2002, p. 815, obs. J. MESTRE, B. FAGES.

CE, 29 juill. 2002, n° 200886, *Lebon*, p. 280, *PI*, n° 6, janv. 2003, p. 57, note A. LUCAS, *AJDA*, 2002, p. 1072, note S. NICINSKI, *D.*, 2003, p. 901, obs. G. GONZALEZ.

Paris, 30 avril 2003, JurisData n° 2003-222118, *Droit social*, 2003, p. 607, obs. F. CALINAUD, *D.*, 2003, p. 2685, obs. S. DURRANDE, *D.*, 2003, p. 1760, obs. C. MANARA.

Cass 1^{re} civ., 13 nov. 2003, *Bull. I*, n° 229, *D.*, 2004, p. 200, note. N. BOUCHE, *CCE*, n° 1, janv. 2004, comm. n° 2, note C. CARON, *PI*, n° 10, janv. 2004, p. 550, obs. A. LUCAS, *JCP*, 2004.II.10080, note C. GEIGER, *Propriété industrielle* n° 1, janv. 2004, comm. 8, obs. P. KAMINA, *LPA*, 27 sept. 2004, n°193, chron, p. 4, obs. XD, *Légipresse*, n° 212, juin 2004, p. 73, obs. C.-M. BERTAUX. V. également : C. GEIGER, « France : Intellectual Property Code, Article L. 122-5-3 ; European Convention on Human Rights, Article10 - “Utrillo” »,

IIC, n° 35(6), 2004, pp. 716-726, P. KAMINA, « Un point sur le droit d'auteur et l'article 10 de la Conv. EDH », *Legicom*, n° 30, 2004/1, pp. 88-94.

Cass. com., 26 nov. 2003, *Bull.* IV, n° 178, *RTD Com.*, 2004, p. 458, obs. E. CLAUDEL, *CCE*, n° 2, févr. 2004, comm. 20, note G. DECOCQ.

Conseil de la concurrence, 22 déc. 2003, n° 03-MC-04, *BOCCRF*, n° 1, 13 févr. 2004.

TGI Paris, 30 janv. 2004, *JurisData* n° 2004-234796, *CCE*, n° 4, avril 2004, comm. 39, note C. CARON.

Paris, 12 févr. 2004, *BOCCRF*, n° 5, 4 mai 2004, *CCC*, n° 7, juillet 2004, comm. 111, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

TGI Paris, 30 avril 2004, *JurisData* n° 2004-241517, *RTD Com.*, 2004, p. 488, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, 2004, n° 7, juillet 2004, comm. 85, note C. CARON, *JCP E*, n° 30, 22 juill. 2004, 1101, note T. MAILLARD, *JCP*, 2004.II.10135, note C. GEIGER.

Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2004, *Bull.* I, n° 154, *D.*, 2004, p. 1893, obs. N. BOUCHE.

Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, *Bull.* I, n° 44, *D.*, 2005, p. 956, note P. ALLAEYS.

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2005, *Bull.* I, n° 105, *RTD Com.*, 2005, p. 302, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 5, mai 2005, comm. 80, note C. CARON.

Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, *Bull.* I, n° 134, *D.*, 2005, p. 1645, obs. P. ALLAEYS, *D.*, 2005, p. 1026, obs. J. DALEAU, *RTD Com.*, 2005, p. 306, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 5, mai 2005, comm. 78, note C. CARON, *JCP*, 2005.II.10072, note T. LANCRENON, *RLDA*, n° 82, mai 2005, p. 35, obs. L. COSTES, *RLDI*, n° 4, avril 2005, p. 14, obs. L. COSTES.

Paris, 22 avril 2005, n° 04/14933, *JurisData* n° 2005-268600, *RTD Com.*, 2006, p. 102, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.*, 2005, p. 1573, note C. CASTETS-RENARD, *CCE*, n° 6, juin 2005, comm. 98, note C. CARON, *JCP*, 2005.II.10126, note C. GEIGER.

Cass. com., 12 juillet 2005, *Bull.* IV, n° 163, *RTD Civ.*, 2005, p. 773, obs. J. MESTRE, B.FAGES, *D.*, 2005, p. 2144, obs. E. CHEVRIER, *JCP*, 2005.II.10121, note M. POUMAREDE, *RLDI*, n° 13, févr. 2006, p. 6, obs. N. MALLET-POUJOL, *Revue des contrats*, n° 2, 1^{er} avril 2006, p. 357, obs. M.-A. FRISON-ROCHE. V. également : S. LEMARCHAND, « L'affaire NMPP : s'orientent-ils vers une nouvelle limite au droit d'auteur du logiciel au nom de la libre concurrence ? », *PI*, n° 11, avril 2004, pp. 626-629.

CAA Paris, 8 nov. 2005, *AJDA* 2006, p. 40, note P. TROUILLY.

Paris, 16 nov. 2005, *JurisData* n° 2005-288792, *D.*, 2006, p. 785, obs. P. TREFIGNY, *CCE*, n° 1, janv. 2006, comm. 8, note C. CARON, *Propriété Industrielle*, n° 1, janv. 2006, comm. 4, note P. TREFIGNY.

Paris, 31 janv. 2006, n° 2005/14782, *RLDI*, n° 17, juin 2006, p. 39, obs. L. COSTES, *RLC*, n° 7, avril-juin 2006, p. 16, obs. V. SELINSKY.

Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2006, *Bull.* I, n° 126, *RTD Com.*, 2006, p. 370, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD Com.*, p. 386, obs. P. GAUDRAT, *JCP*, 2006.II.10084, note A. LUCAS, *D.*, 2006, p. 784, obs. J. DALEAU, *CCE*, n° 4, avril 2006, comm. 56, note C. CARON,

Légipresse, n° 231, 2006, III, p. 71, note V.-L. BENABOU, *PI*, n° 19, avril 2006, p. 179, obs. A. LUCAS, *RLDI*, n° 15, avril 2006, p. 37, note D. MELISON.

Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, inédit, n° 03-18.360.

Conseil constit. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Rec.* p. 88, *D.*, 2006, p. 2157, obs. C. CASTETS-RENARD, *PI*, n° 20, juillet 2006, p. 240 obs. V.-L. BENABOU, *CCE*, n° 10, oct. 2006, comm. 140, obs. C. CARON, *LPA*, n° 161, 14 août 2006 p. 4, obs. J.-E. SCHOETTL.

Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2006, *Bull.* I, n° 463, *PI*, n° 22, janv. 2007, p. 91, obs. J.-M. BRUGUIERE, *RTD Com.*, 2007, p. 91, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *JCP*, 2007.II.10026, note C. MANARA.

Paris, 17 janv. 2007, *JurisData* n° 2007-327666.

Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 2007, *Bull.* I, n° 47, *D.*, 2007, p. 497, obs. J. DALEAU, *D.*, 2007, p. 920, obs. S. CHOISY, *RLDI*, n° 26, avr. 2007, p. 59, obs. C. GEIGER, *PI*, n° 23, avr. 2007, p. 207, obs. A. LUCAS, *RTD Com.*, 2007, p. 354, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 3, mars 2007, comm. 34, note C. CARON, *RLDI*, n° 25, mars 2007, p. 49, obs. A. BENSAMOUN.

Cass. com., 20 févr. 2007, *Bull.* IV, n° 51, *RLDA*, n° 15, avril 2007, p. 51, obs. C. ANADON.

Paris, 14 mars 2007, n° 06/03307.

Paris, 4 avril 2007, n° 06/07506, *JurisData* n° 2007-329335, *D.*, 2007, p. 1209, obs. J. DALEAU, *CCE*, n° 5, mai 2007, comm. 68, note C. CARON, *D.*, 2007, p. 1991, obs. C. LE STANC.

TGI Paris, 12 sept. 2007, *RIDA*, n° 214, oct. 2007, p. 359.

Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2007; inédit, n° 05-14.928, *RTD Com.*, 2008, p. 78, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *PI*, n°26, janv. 2008, p. 112, note J.-M. BRUGUIERE, *CCE*, n° 1, janv. 2008, comm. 2, note C. CARON.

Cass. crim., 5 févr. 2008, *Bull. Crim.*, n° 28, *RSC*, 2008, p. 618, obs. J. FRANCILLON, *RTD Com.*, 2008, p. 320, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD Com.*, 2008, p. 885, obs. B. BOULOC, *CCE*, n° 3, mars 2008, comm. 33, note C. CARON, *PI*, n° 27, avril 2008, p. 221, obs. J.-M. BRUGUIERE, *AJ Pénal*, 2008, p. 236, obs. G. ROYER, *RLDI*, n° 37, avril 2008, p. 9, obs. J. AITTOUARES, *RLDI*, n° 35, févr. 2008, p. 27, obs. L. COSTES, *RIDA*, n° 216, avril 2008, p. 451, obs. P. SIRINELLI, *Droit Pénal*, n°4, avril 2008, comm. 51, note J.-H. ROBERT, *LPA*, n° 175, 1^{er} sept. 2008, p. 6, chron. X. DAVERAT. V. encore : G. CORMAN, C. FLOURENS, V. ULMANN, « Contrefaçon de défilés de mode sur Internet », *PI*, n° 28, juillet 2008, pp. 299-307.

Paris, 21 mars 2008, n° 06/13001, *RTD Com.*, 2008, p. 549, note F. POLLAUD-DULIAN, *PI*, n° 28, juillet 2008, p. 327, obs. J.-M. BRUGUIERE.

Cass 1^{re} civ., 8 avr. 2008, *Bull.* I, n° 104, *CCE*, n° 6, juin 2008, comm. 77, note C. CARON, *RTD Civ.*, 2008, p. 487, obs P. JOURDAIN, *D.*, 2008, p. 2402, obs. L. NEYRET.

Cass. com., 8 avril 2008, *Bull.* IV, n° 79, *RTD Civ.*, 2008, p. 487, obs P. JOURDAIN, *CCE*, n° 6, juin 2008, comm. 77, note C. CARON.

Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, *Bull. I*, n° 177, *RTD Com.*, 2008, p. 551, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.*, 2008, p. 1824, obs. J. DALEAU, *CCE*, n° 9, sept. 2008, comm. 102, note C. CARON, *RLDI*, n° 40, juillet 2008, p. 14, obs. L. COSTES.

Paris, 12 sept. 2008, JurisData n° 2008-370395, *RIDA*, n° 219, janv. 2009, p. 384 et p. 237 obs. P. SIRINELLI, *PI*, n° 30, janv. 2009, p. 53 obs. A. LUCAS et p. 56 obs. J.-M. BRUGUIERE, *RTD Com.*, 2009, p. 137, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 11, nov. 2008, étude 23, note C. CARON, *RLDI*, n° 43, nov. 2008, p. 57, obs. B. KHALVADJIAN.

Paris, 19 déc. 2008, n° 07/05821, *CCE*, n° 3, mars 2009, comm. 22, note C. CARON, *JCP*, 2009.II.10038, note C. CARON.

Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, *Bull. I*, n° 8, *D.*, 2009, p. 428, obs. J. DALEAU, *CCE*, n° 4, avril 2009, comm. 33, note C. CARON, *RLDI*, n° 47, mars 2009, p. 21, obs. L. COSTES.

Versailles, 17 sept. 2009, n° 08/04297, *RTD Com.*, 2010, p. 114, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RLDI*, n° 55, déc. 2009, p. 17, obs. L. COSTES.

TGI Paris, 18 oct. 2009, *JCP*, n° 9, 1^{er} mars 2010, 247, note A. LUCAS, *JCP*, n° 17, 26 avril 2010, 486, obs. J. GINSBURG, P. SIRINELLI, *CCE*, n° 5, mai 2010, étude 11, obs. F.-M. PIRIOU.

Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2010, *Bull. I*, n° 9, *D.*, 2011, p. 2164, chron. P. SIRINELLI, *RTD Com.*, 2010, p. 305, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.*, 2010, p. 265, obs. J. DALEAU, *CCE*, n° 3, mars 2010, comm. 22, note C. CARON.

Poitiers, 29 juillet 2010, *CCE*, n° 6, juin 2011, comm. 51, note C. CARON.

Cass. Ass. Plén., 15 avril 2011, (4 arrêts), *Bull. Crim.*, n° 1, n° 2, n° 3, n° 4, *AJ Pénal*, 2011, p. 311, note C. MAURO, *RSC*, 2011, p. 410, obs. A. GIUDICELLI, *RTD Civ.*, 2011, p. 725, obs. J.-P. MARGUENAUD, *Constitutions*, 2011, p. 326, obs. A. LEVADE.

Cass. com., 10 mai 2011, *Bull. IV*, n° 72, *Revue de droit du travail* 2011, p. 649, obs. R. MARIE.

Cass. com., 10 mai 2011, inédit, n°10-18.317.

Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, *Bull. I*, n° 87, *RIDA*, n° 229, juillet 2011, p. 341, obs. P. SIRINELLI, *JCP*, n° 28, 11 juill. 2011, 814, note M. VIVANT, *CCE*, n° 7, juill. 2011, comm. 62, note C. CARON, *RLDI*, n° 72, juin 2011, p. 6, obs. A. BENSAMOUN, *RLDI*, n° 73, juill. 2011, p. 20, obs. B. GALOPIN, *D.*, 2011, p. 1875, note C. CASTETS-RENARD, *D.*, 2012, p. 2836 obs. P. SIRINELLI, *RTD Com.*, 2011, p. 553, note F. POLLAUD-DULIAN, *L'Essentiel, Droit des contrats*, 1^{er} juin 2011, n° 6, p. 7, obs. C. ZOLYNSKI, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, 1^{er} juillet 2011, n° 7, p. 2, obs. C. BERNAULT.

Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2011, inédit, *RLDI*, n° 73, juill. 2011, p. 26, obs. M. TREZEGUET, *RTD Com.*, 2012, p. 120, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.*, 2012, p. 2844, obs. P. SIRINELLI.

Cass. com., 12 juillet 2011, inédit, n° 10-22.739.

TGI Paris, réf., 5 sept. 2011, *RLDI*, n° 75, oct. 2011, p. 22, obs. L. COSTES, *RLDI*, n° 76, nov. 2011, p. 22, obs. J-B. AUROUX, *CCE*, n° 11, nov. 2011, comm. 101, note C. CARON.

Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2011, *Bull. I*, n° 170, *RTD Com.*, 2011, p. 760, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 1, janv. 2012, comm. 2, note C. CARON, *CCE*, n° 3, mars 2012, étude 6, obs. N. BINCTIN, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, n° 1, 15 janv. 2012, p. 4 obs. C. BERNAULT.

TGI Paris, 31 janv. 2012, n° 10/02898.

Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2012, *Bull. I*, n° 162, *D.*, 2012, p. 2071, obs. C. PETIT, *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 607, obs. L. USUNIER, *D.*, 2012, p. 2075, obs. C. CASTETS-RENARD, *CCE*, n° 9, sept. 2012, comm. 91, note C. CARON, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, 15 oct. 2012, n° 9, p. 7, obs. C. BERNAULT, *PI*, n° 45, oct. 2012, p. 405, obs. A. LUCAS.

Paris, 21 sept. 2012, JurisData n° 2012-021857, *RLDI*, n° 98, nov. 2013, p. 72, obs. P. MOURON.

Paris, 18 sept. 2013, n° 12/02480, *Légipresse*, n° 313, 2014, p. 103, note B. KHALVADJIAN.

Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, *Bull. I*, n° 234, *AJ Famille*, 2013, p. 663, obs. F. CHENEDE, *D.*, 2014, p. 179, obs. F. CHENEDE, *D.*, 2014, p. 153, obs. H. FULCHIRON, *AJ Famille*, 2014, p. 124, obs. S. THOURET, *RTD Civ.*, 2014, p. 88, obs. J. HAUSER, *Revue juridique personnes et famille*, n° 5, mai 2014, p. 10, obs. M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, *Droit de la famille*, n° 1, janv. 2014, comm. 1, note J.-R. BINET.

Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2014, *Bull. I*, n° 10, *RTD Com.*, 2014, p. 129, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD Civ.*, 2014, p. 383, *JCP*, n° 13, 31 mars 2014, 384, note E. RASCHEL, *CCE*, n° 3, mars 2014, comm. 25, note C. CARON, *PI*, n° 51, avril 2014, p. 162, obs. A. LUCAS, *JCP*, n° 12, 24 mars 2014, 364, obs. C. CARON, *Gaz. Pal.*, n° 107, 17 avril 2014, p. 12, obs. S. GERRY-VERNIERES, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, n° 3, 1^{er} mars 2014, p. 2, obs. S. CHATRY.

Paris, 13 juin 2014, n° 13/15182, *PI*, n° 53, oct. 2014, p. 389, obs. A. LUCAS.

Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, non encore publié au Bulletin, *CCE*, n° 10, oct. 2015, étude 17, obs. M. VIVANT, *JCP*, n° 38, 14 Sept. 2015, 967, obs. C. GEIGER, *CCE*, n° 7, juill. 2015, comm. 55, note C. CARON, *D.*, 2015, p. 1672, obs. A. BENSAMOUN, P. SIRINELLI, *RTD Com.*, 2015, p. 515, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *Gaz. Pal.*, n° 309, 5 nov. 2015, p. 13 obs. L. MARINO, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, n° 7, 1^{er} juill. 2015, p. 1, obs. A. LUCAS, *RLDI*, n° 116, juin 2015, p. 17 obs. L. COSTES, *PI*, n° 56, juill. 2015 p. 281, note A. LUCAS et p. 285 note J.-M. BRUGUIERE, *D.*, 2015, p. 1094, obs. A. T., *PI*, n° 58, janv. 2016, p. 89, obs. M. VIVANT, C. GEIGER.

Cass. crim., 3 juin 2015, n°14-86.507, non encore publié au Bulletin, *AJ pénal*, 2015, p. 487, obs. G. CHETARD, *Revue Droit Pénal*, n° 9, sept. 2015, comm. 113, note J.-H. ROBERT, *Procédures*, n° 8-9, août 2015, comm. 275, note A.-S. CHAVENT-LECLERE.

Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2015, n° 14-16.273, non encore publié au Bulletin, *CCE*, n° 11, nov. 2015, comm. 92, note A. LEPAGE, *JCP*, n° 51, 14 déc. 2015, 1385, note

P. DUCOULOMBIER, *L'Essentiel, Droit de la famille et des personnes*, n° 10, 15 nov. 2015, p. 2, obs. T. DOUVILLE, *RLDC*, n° 132, déc. 2015, p. 38, obs. M. DESOLNEUX.

Cass. 3° civ., 15 oct. 2015, n° 14-23.612, non encore publié au Bulletin, *D.*, 2015, p. 2423, obs. C. DUBOIS, *Gaz. Pal.*, n° 342, 8 déc. 2015, p. 25, obs. J.-P. TRICOIRE.

Cass. com. 15 déc. 2015, n° 14-11.500, non encore publié au Bulletin, *Revue des sociétés*, 2016, p. 193, obs. P. ROUSSEL GALLE, *RTD Com.*, 2016, p. 191, obs. F. MACORIG-VENIER, *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n° 2, 1^{er} mars 2016, p. 17, obs. D. DORAY.

JURISPRUDENCE, ETATS-UNIS

Gray c/Russel, 10F. Cas. 1035 (1839).

Folsom c/Marsh, 9F. Cas. 342 (1841).

Baker c/Selden, 101 U.S. 99 (1879).

Standard Oil Co. c/United States, 221 U.S. 1 (1911).

United States c/Terminal Railroad Association of Saint Louis, 224 U.S. 383 (1912).

United States c/Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919).

United States c/Griffith, 334 U.S. 100 (1948).

American Communication Assn. c/Douds, 339 U.S. 382 (1950).

Lorain Journal Co. c/United States, 342 U.S. 143 (1951).

Roth c/United States, 345 U.S. 476 (1957).

Morrissey c/The Procter & Gamble Co. et al., 379 F.2d 675 (1967).

Herbert Rosenthal Jewlery Corp. c/Kalpakian, 446 F.2d 738 (1971).

Hecht c/Pro-Football, Inc., 570 F.2d 982 (1977).

Berkey Photo, Inc. c/Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263 (1979).

Warner Bros, Inc. c/American Broadcasting Companies, Inc., 720 F.2d 231 (1983).

MCI Communications c/AT & T Co., 708 F.2d 1081 (1983).

Monsanto Co. c/Spray-Rite Svc. Corp., 465 U.S. 752 (1984).

Aspen Skiing c/Aspen Highlands Skiing, 472 U.S. 585 (1985).

Harper & Row, Publishers, Inc. c/Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985).

Interface Group c/Massachusetts Port Authority, 816 F.2d 9 (1987).

City of Malden c/Union Electric Co., 887 F.2d 157 (1989).

Twin Labs, Inc. c/Weider Health & Fitness, 900 F.2d 566 (1990).

Rural Telephone Service Co., Inc. c/Feist Publications, Inc., 737 F.Supp. 610 (1990).

Alaska Airlines, Inc. c/United Airlines, Inc., 948 F.2d 536 (1991).

Feist Publications, Inc. c/Rural Telephone Service Co., Inc., 499 U.S. 340 (1991).

Eastman Kodak Co. c/Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992).

City of Anaheim c/Southern Cal. Edison Co., 955 F. 2d 1373 (1992).

Viacom International Inc. c/Time Inc., 785, F. Supp. 371 (1992).

Sega c/Accolade, 977 F.2d 1510 (1992).

Data General Co. c/Grumman Systems Support Co., 36 F.3d 1147 (1994).

Luther R. Campbell aka Luke Skywalker, et al. c/Acuff-Rose Music Inc., 510 U.S. 569, (1994).

Kramer c/Pollock-Krasner Found., 890 F. Supp. 250 (1995).

Ringgold c/Black Entertainment Television, Inc., 126 F.3d 70 (1997).

Image Tech. Services inc. c/Eastman Kodak, 125 F.3d 1195 (1997).

In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation, 274 F. Supp. 2d 743 (2003).

Assessment Techs. Of WI c/WIREdata, Inc., 350 F.3d 640 (2003).

Eldred c/Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003), *PI*, n° 7, avril 2003, p. 170, obs. A. LUCAS, *RIDA*, n° 197, juillet 2003, p. 132, obs. J. C. GINSBURG.

Verizon Communications Inc. c/Law Offices of Curtis, V. Trinko, 540 U.S. 398 (2004), *RLC*, n° 1, nov. 2004 - janv. 2005, p. 19, note V. SELINSKY, J. PEYRE.

Blanch c/Koons, 467 F.3d 244 (2006).

Golan c/Holder, 132 S. Ct. 873 (2012), *CCE*, n° 12, déc. 2012, étude 21, obs. P. MOURON.

JURISPRUDENCE, UNION EUROPEENNE

CJCE, 13 juillet 1966, *Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c/Commission*, aff. jointes 56 et 58/64, *Rec.* p. 429, *RTD Eur.*, 1966, p. 559.

CJCE, 29 févr. 1968, *Parke, Davis and Co. c/Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm*, aff. 24-67, *Rec.* p. 81, *RTD Eur.*, 1968, p. 566, *D.*, 1968, p. 581, note J. ROBERT, *JDI*, 1968, p. 452, note F.-C. JEANTET.

CJCE, 10 déc. 1968, *Commission c/République Italienne*, aff. 7/68, *Rec.* p. 628.

CJCE, 18 févr. 1971, *Sirena S.r. l. c/ Eda S.r. l. et autres*, aff. 40-70, *Rec.* p. 69, *RTD Eur.* 1971, p. 830, note A. CHAVANNE, *JDI*, 1971, p. 5 obs. F. BEIER.

CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c/Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. 78-70, *Rec.* p. 487.

CJCE, 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico S. p. A. et Commercial Solvents Corporation c/ Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-6 et C-7-73, *Rec.* p. 223.

CJCE, 3 juillet 1974, *Van Zuylen Frères c/Hag AG*, aff. 192/73, *Rec.* p. 731.

CJCE, 31 oct. 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c/Sterling Drug Inc.*, aff. 15/74, *Rec.* p. 1147.

CJCE, 8 avril 1976, *Jean Noël Royer*, aff. 48-75, *Rec.* p. 497.

CJCE, 22 juin 1976, *Terrapin (Overseas) Ltd. c/Terranova Industrie CA Kapferer & Co*, aff. 119/75, *Rec.* p. 1039.

CJCE, 25 oct. 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/Commission des Communautés européennes*, aff. 26-76, *Rec.* p. 1875.

CJCE, 14 févr. 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/Commission*, aff. 27/76, *Rec.* p. 207.

CJCE, 10 oct. 1978, *Centrafarm BV c/ American Home Products Corporation*, *Rec.* p. 1823, aff. 3/78.

CJCE, 13 févr. 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/Commission*, aff. 85/76, *Rec.* p. 461.

CJCE, 18 mars 1980, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, et autres c/Ciné Vog Films et autres*, aff. 62/79, *Rec.* p. 881, *RTD Eur.*, 1981, p. 101, note G. BONET, *RIDA*, n° 105, juillet 1980, p. 156 note A. FRANÇON, *RTD Com.*, 1980, p. 339, obs. A. FRANÇON, *D.*, 1980, p. 597, note R. PLAISANT.

CJCE, 20 janv. 1981, *Musik-Vertrieb membran GmbH et K-tel International c/GEMA - Gesellschaft für musikalische Aufführungs — und mechanische Vervielfältigungsrechte*, aff. jointes 55/80 et 57/80, *Rec.* p. 147, *RIDA* n° 109, juillet 1981, p. 174, note C. JOUBERT.

CJCE, 3 déc. 1981, *Pfizer Inc. c/Eurim-Pharm GmbH*, aff. 1/81, *Rec.* p. 2913.

CJCE, 9 févr. 1982, *Polydor Limited et RSO Records Inc. c/Harlequin Record Shops Limited et Simons Records Limited*, aff. 270/80, *Rec.* p. 329.

CJCE, 6 oct. 1982, *Coditel SA, Compagne générale pour la diffusion de la télévision et autres c/Ciné-Vog Films SA et autres*, aff. 262/81, *Rec.* p. 3381.

CJCE, 9 nov. 1983, *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, *Rec.* p. 3461.

CJCE, 23 mai 1985, *Commission des Communautés européennes c/République Fédérale d'Allemagne*, aff. 29/84, *Rec.* p. 1667.

CJCE, 9 avril 1987, *Commission des Communautés européennes c/République Italienne*, aff. 363/85, *Rec.* p. 1740.

CJCE, 9 avril 1987, *Basset c/SACEM*, aff. 402/85, *Rec.* p. 1747, *RIDA*, n° 133, juillet 1987, p. 168, note J. DELMOLY, *JCP*, 1987.I.3312, note B. EDELMAN, *RTD Com.*, 1987, p. 391, note A. FRANÇON.

CJCE, 17 mai 1988, *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c/Erik Viuff Christiansen*, aff. 158/86, *Rec.* p. 2605, *RTD Eur.*, 1988, p. 647 note G. BONET, *JCP*, 1989.II.21173, obs. B. EDELMAN.

CJCE, 5 oct. 1988, *Consorzio Italiano della Componentistica di Ricambio per Autoveicoli et Maxicar c/ Régie nationale des usines Renault*, aff. 53/87, *Rec.* p. 6039, *RTD Eur.*, 1990, p. 720, obs. G. BONET, *JCP* 1989.II.21247, obs. G. BONET.

CJCE, 5 oct. 1988, *AB Volvo c/Erik Veng Ltd*, aff. 238/87, *Rec.* p. 6211.

CJCE, 24 janv. 1989, *Emi Electrola GmbH c/Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH*, aff. 341-87, *Rec.* p. 92, *RTD Eur.*, 1990, p. 734 note G. BONET.

CJCE, 12 juin 1990, *République fédérale d'Allemagne c/Commission des Communautés européennes*, aff. C-8/88, *Rec.* p. I-2321.

CJCE, 17 oct. 1990, *SA Cnl-Sucal NV c/ HAG GF AG*, aff. C-10/89, *Rec.* p. I-3711.

CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing SA, c/Comercial Internacional de Alimentación*, aff. C-106/89, *Rec.* p. I-4135.

TPICE, 10 juillet 1991, *Radio Telefis Eireann c/ Commission*, aff. T. 69/89, *Rec.* p. II-485, *RTD Eur.*, 1993, p. 525, obs. G. BONET, *RTD Com.*, 1992, p. 372, obs. A. FRANCON, *RIDA*, n°151, janv. 1992, p. 217, note T. DESURMONT, *JDI*, 1992, p. 471, note M.-A. HERMITTE. V. également : G. BONET, « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993 pp. 87-108.

TPICE, 10 juillet 1991, *British Broadcasting Corporation et BBC entreprises Ltd c/Commission*, aff. T-70/89, *Rec.* p. II-535, *RIDA*, n° 151, janv. 1992, p. 216, note T. DESURMONT.

TPICE, 10 juill. 1991, *Independent Television Publications Ltd c/Commission*, aff. T-76/89, *Rec.* p. II-575, *RIDA* janv. 1992, p. 216.

CJCE, 20 octobre 1993, *Phil Collins c/Imtrat Handelsgesellschaft mbH et Patricia Im — und Export Verwaltungsgesellschaft mbH et Leif Emanuel Kraul c/EMI Electrola GmbH*, aff. jointes C-92/92 et C-326/92, *Rec.* p. I-5154, *D.*, 1995, p. 133 obs. B. EDELMAN.

Commission des communautés européennes, 21 déc. 1993, décision n° 94/19/CE, *Sea Containers c/ Stena Sealink*, 94/19/CE, *JO L* 15 du 18.1.1994, pp. 8-19.

CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann et Independent Television Publications Ltd. c/ Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.* p. I-743, *RTD Com.*, 1995, p. 606, obs. A. FRANCON, *RTD Eur.*, 1996, p. 746, obs. J.-B. BLAISE, *RTD Eur.*, 1995, p. 835, obs G. BONET, *D. aff.*, 1996, p. 127, obs. G. BONET, *JCP*, 1995.I.3883, obs. M. VIVANT. V. également : B. EDELMAN, « L'arrêt Magill : une révolution ? », *D.*, 1996, chron. p. 119, H. CALVET, T. DESURMONT, « L'arrêt Magill : une décision d'espèce ? », *RIDA*, n° 167, janv. 1996, p. 3-67.

TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke SA c/Commission des Communautés européennes*, aff. T-504/93, *Rec.* p. II-923, *RTD Eur.*, 1998, p. 609, note G. BONET, *D.*, 1999, p. 303 note G. BONET. V. également : V. KORAH, « The Ladbroke Saga », *ECLR*, n° 19(3), 1998, pp. 169-176.

CJCE, 26 nov. 1998, *Oscar Bronner c/Mediaprint*, aff. C-7/97, *Rec.* p. I-771, *D.*, 1999, IR, p. 24, *RTD Com.*, 1999, p. 798, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO.

CJCE, 22 nov. 2001, *AAMS c/Commission*, aff. T-139/98, *Rec.* p. II-3413.

CJCE, 12 nov. 2002, *Arsenal Football Club plc c/Matthew Reed*, aff. C-206/01, *Rec.* p. I-10273, *RTD Eur.*, 2004, p. 106 obs. G. BONET, *RTD Com.*, 2003, p. 415, obs. M. LUBY, *D.*, 2003, p. 755, obs. P. DE CANDE.

CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. OH, c/NDC Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec.* p. I-5039, *D.*, 2004, p. 2366, note F. SARDAIN, *RTD Eur.*, 2004, p. 692, note G. BONET, *CCE*, n° 6, juin 2004, comm. 69, note C. CARON, *RLDA*, n° 73, juillet 2004, p. 39, note R. DAVID, *PI*, n° 12, juillet 2004, p. 821, note V.-L. BENABOU.

CJCE, 12 sept. 2006, *Laserdisken ApS c/ Kulturministeriet*, aff. C-479/04, *Rec.* p. I-8113, *D.*, 2006, p. 2398, obs. J. DALEAU, *RTD Com.*, 2007, p. 80, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *PI*, n° 23, avril 2007, p. 211, obs. A. LUCAS, *JCP E*, n° 5, 31 janv. 2008, 1144, obs. A. ZOLLINGER, *Revue Europe*, n° 11, nov. 2006, comm. 333, note F. MARIATTE. V. également : M. M. FRABBONI, « The ECJ has no doubts over Community exhaustion », *Entertainment Law Review*, n° 18(2), 2007, pp. 70-72.

CJCE, 25 janv. 2007, *Adam Opel AG c/ Autec AG*, aff. C-48/05, *Rec.* p. I-01017.

CJCE, 11 sept. 2007, *Céline SARL c/ Céline SA*, aff. C-17/06, *Rec.* p. I-07041.

TPICE, 17 sept. 2007, *Microsoft Corp. c/Commission des communautés européennes*, aff. T-201/04, *Rec.* p. II-3601, *D.*, 2007, p. 2884 note C. PRIETO, *RTD Com.*, 2007, p. 715, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 3, mars 2008, étude 6, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

CJCE, 29 janv. 2008, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) c/Telefonica de Espana SAU*, aff. C-275/06, *Rec.* p. I-00271, (ci-après *Promusicae*), *PI*, n° 27, avril 2008, p. 239, obs. V.-L. BENABOU, *CCE*, n° 3, mars 2008, comm. 32, note C. CARON, *Revue Europe*, n° 3, mars 2008, comm. 98, note E. BERNARD, *RTD Com.*, 2008, p. 302, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD Eur.*, 2008, p. 405, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *D.*, 2008, p. 480 obs. J. DALEAU, *Gaz. Pal.*, n° 75, 15 mars 2008, p. 21, note J.-C. ZARKA, *Gaz. Pal.*, n° 131, 10 mai 2008, p. 38, obs. L. DJOLAKIAN, *Gaz. Pal.*, n° 299, 25 oct. 2008, p. 50, obs. P. BALLEST, A. COLLIN, *RLDI*, n° 37, avril 2008, p. 6, obs. L. SZUSKIN, M. DE GUILLENCHMIDT.

CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom SA c/Commission*, aff. C-202/07 P, *Rec.* p. I-2369.

CJCE, 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S c/Danske Dagblades Forening*, aff. C-5/08, *Rec.* p. I-06569, *PI*, n° 33, oct. 2009, p. 378, obs. V.-L. BENABOU, *RTD Com.*, 2009, p. 312 obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD Com.*, 2009, p. 715, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 11, nov. 2009, comm. 97, note C. CARON, *JCP*, n°39, 21 sept. 2009, 272 note L. MARINO.

CJUE, 23 mars 2010, *Google France SARL, Google Inc. c/Louis Vuitton Lalletier SA, Google France SARL c/Viaticum SA, Luteciel SARL et Google France SARL c/Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL*, aff. jointes C-236/08 à C-238/08, *Rec. I-02417*.

CJUE, 21 oct. 2010, *Padawan SL c/Sociedad General de Autores y Editores de Espana (SGAE)*, aff. C-467/08, *Rec. I-10055, RTD Com.*, 2010, p. 710, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.*, 2010, p. 2646, obs. J. DALEAU, *Revue Europe*, n° 12, déc. 2010, comm. 434, note L. IDOT, 16 juillet 2009, *JCP*, n° 50, 13 déc. 2010, 1256, note L. MARINO, *CCE*, n° 1, janv. 2011, comm. 2., note C. CARON.

CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet Extended SA c/Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. C-70/10, *Rec. I-11959, CCE*, n° 6, juin 2012, comm. 63, note A. DEBET, *PI*, n° 45, oct. 2012, p. 436, obs. V.-L. BENABOU, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, n° 1, 15 janv. 2012, p. 1, obs. C. BERNAULT, *Gaz. Pal.*, n° 477, 16 févr. 2012, p. 14, obs. L. MARINO, *D.*, 2011, p. 2925, obs. C. MANARA, *D.*, 2012, p. 2343, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC, P. TREFIGNY, *D.*, 2012, p. 2836, obs. P. SIRINELLI, *RSC*, 2012, p. 163, obs. J. FRANCILLON, *RTD Eur.*, 2012, p. 404, obs. F. BENOIT-ROHMER, *RTD Eur.*, 2012, p. 957, obs. E. TREPPOZ.

CJUE, 1^{er} déc. 2011, *Eva-Maria Painer c/Standard Verlags GmbH et autres*, aff. C-145/10, *Rec. I-12533, D.*, 2012. 471, note N. MARTIAL-BRAZ, *CCE*, n° 3, mars 2012, comm. 26, note C. CARON, *RTD Com.*, 2012, p. 120 note F. POLLAUD-DULIAN.

CJUE, 16 févr. 2012, *SABAM c/Netlog NV*, aff. C-360/10, publié au Recueil numérique, *PI*, n° 45, oct. 2012, p. 436, obs. V.-L. BENABOU, *CCE*, n° 6, juin 2012, comm. 63, note A. DEBET.

CJUE, 19 avril 2012, *Bonnier Audio, Earbooks et autres c/Perfect Communication Sweden*, aff. C-461/10, publié au Recueil numérique, *PI*, n° 45, oct. 2012, p. 438, obs. V.-L. BENABOU.

CJUE, 26 avril 2012, *DR et TV2 Danmark c/NCB – Nordisk Copyright Bureau*, aff. C-510/10, publié au Recueil numérique, *Journal de droit européen*, n° 196, 2/2013, p. 59, obs S. DUSOLLIER, A. DE FRANCQUEN, *RTD Eur.*, 2012, p. 964, obs. E. TREPPOZ.

CJUE, 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH c/Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, aff. C-314/12, publié au Recueil numérique, *RTD Eur.*, 2015, p. 173, obs. F. BENOIT-ROHMER, *RTD Com.*, 2014, p. 609, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.*, 2014, p. 1246, obs. C. CASTETS-RENARD, *D.*, 2014, p. 2078, obs. P. SIRINELLI, *CCE*, n°5, mai 2014, comm. 43, note C. CARON, *Revue Europe*, n°5, mai 2014, comm. 229, note L. IDOT, *PI*, n° 52, juillet 2014, p. 288, obs. J.-M. BRUGUIERE, *Gaz. Pal.*, 17 juillet 2014, n° 198, p. 18, chron. L. MARINO, *RLDI*, n°103, avril 2014, p. 23, obs. L. COSTES, *RLDI*, n° 105, juin 2014, p. 12, obs. G. BUSSEUIL, *RLDI*, n° 105, juin 2014, p. 74, obs. O. ROUX.

CJUE, 3 sept. 2014, aff. C-201/13, *Johan Deckmyn Vrijheidsfonds VZW c/Helena Vandersteen et autres*, publié au Recueil numérique, *RTD Com.*, 2014, p. 815, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *D.*, 2014, p. 2097, note B. GALOPIN.

**JURISPRUDENCE, COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME /
COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME**

CEDH, 25 mars 1985, *Barthold c/Allemagne*, n° 8734/79.

CEDH, 23 sept. 1994, *Jersild c/Danemark*, n° 15890/89.

CEDH, 21 nov. 1995, *Francisco Velosa Barreto c/Portugal*, n° 18072/91.

Commission européenne des Droits de l'Homme, 15 janvier 1997, *Société Nationale de programmes France 2 c/France*, n° 30262/96.

CEDH, 15 févr. 2005, *Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, n° 68416/01.

CEDH, 29 janv. 2008, *Balan c/ Moldavie*, n° 19247/03, *RTD Com.*, 2008, p. 732, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD Eur.*, 2008, p. 405, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *CCE*, n° 6, juin 2008, comm. 76, note C. CARON, *PI*, n°28, juillet 2008, p. 338, note J.-M. BRUGUIERE.

CEDH, 12 fév. 2008, *Guja c/ Moldavie*, n° 14277/04.

CEDH, 16 déc. 2008, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/Suède*, n° 23883/06, *RTD Civ.*, 2009, p. 281, obs. J.-P. MARGUENAUD, *AJDI*, 2009, p. 438, obs. J. RAYNAUD, *AJDA*, 2009, p. 872, obs. J-F. FLAUSS.

CEDH, 10 janv. 2013, *Ashby Donald et autres c/ France*, n°36769/08, *D.*, 2013, p. 172, obs. C. MANARA, *D.*, 2013, p. 2487, chron. P. TREFIGNY, *D.*, 2014, p. 2078, chron. P. SIRINELLI, *Journal Européen des droits de l'Homme*, n° 2014/3, p. 355, chron. F. DUBUISSON, *RTD Com.*, 2013, p. 274, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, n° 5, mai 2013, étude 8, obs. A. ZOLLINGER, *CCE*, n° 4, avril 2013, comm. 39, note C. CARON, *RIDA*, n° 237, juillet 2013, p. 217, obs. P. SIRINELLI, *JCP*, n° 14, 1^{er} avril 2013, 397, note M. AFROUKH, *AJDA*, 2013, p. 1794, chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, 15 mars 2013, n°3, p. 4, obs. S. LE CAM, *RLDI*, n° 92, avril 2013, obs. L. COSTES. V. également : C. GEIGER, E. IZYUMENKO, « Copyright on the human rights' trial: redefining the boundaries of exclusivity through freedom of expression », *IIC*, n° 45(3), 2014, pp. 316-342, B. J. JUTTE, « The beginning of a (happy?) relationship: copyright and freedom of expression in Europe », *EIPR*, n° 38(1), 2016, pp. 11-22.

CEDH, 19 fév. 2013, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c/ Suède*, n° 40397/12, *CCE*, n° 6, juin 2013, comm. 63, note C. CARON, *JDI*, 2014, p. 1020, note X. AUREY, *L'Essentiel, Droit de la propriété intellectuelle*, n° 5, 15 mai 2013, p. 3, obs. C. BERNAULT, *RIDA*, n° 237, juillet 2013, p. 217, obs. P. SIRINELLI, *PI*, n° 47, avril 2013, p. 216, obs. J.-M. BRUGUIERE, *RTD Com.*, 2013, p. 274, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *AJDA*, 2013, p. 1794, chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *Gaz.Pal.*, 18 juillet 2013, n° 199, p. 13, obs. L. MARINO. V. également : J. JONES, « Internet pirates walk the plank with article 10 kept at bay: Neij and Sunde Kolmisoppi v Sweden », *EIPR*, n° 35(11), 2013, pp. 695-700, C. GEIGER, E. IZYUMENKO, « Copyright on the human rights' trial: redefining the boundaries of exclusivity through freedom of expression », *IIC*, n° 45, 2014, pp. 316-342.

JURISPRUDENCE, AUTRES

Snow c/The Eaton Centre Ltd. et al., 70 C.P.R. (2d) 105, 1982.

Tidy c/Trustees of the Natural History Museum, 39 IPR 501,504, 1995.

SITES INTERNET

Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendation, avril 2007, disponible sur : http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf, spec. p. 101et suiv.

Avis n°2013-2 rednu sur la saisine de la'association VideoLAN, disponible sur http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Avis_videoLAN.pdf.

Bureau international de l'OMPI, La protection internationale du droit d'auteur et des droits connexes, p. 5,
http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/fr/activities/pdf/international_protection.pdf.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur*, COM (2015) 626 final, disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/FR/1-2015-626-FR-F1-1.PDF>.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur*, COM(2015) 626 final, disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/FR/1-2015-626-FR-F1-1.PDF>.

Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, Compte-rendu de la séance plénière du 5 décembre 2002, disponible sur <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Seances-plenieres/Seances-plenieres-du-CSPLA-2001-2002>.

Consultation de l'HADOPI par la Bibliothèque Nationale de France, disponible sur <http://www.hadopi.fr/actualites/actualites/avis-de-l-hadopi-suite-la-saisine-de-la-bnf>.

CSPLA, avis n° 2004-2 relatif à la propriété littéraire et au droit de la concurrence, disponible sur <http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/102752/983138/version/1/file/cspla%20concurrence%20avis.pdf>.

GAUDRAT (P.), MASSE (G.), Synthèse du rapport *La titularité des droits d'auteur dans les engagements de création à exécution successive*, disponible sur http://miage.univ-nantes.fr/miage/DVD-MIAGEv2/Droit_files/Rapport%20Gaudrat%20Droit%20d'auteur.pdf, p. 11, n°30.

Hadopi, avis n° 2013-1 relatif à l'exception de dépôt légal, disponible sur <http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/AvisBnFs.pdf>.

Hadopi, avis n° 2014-1 relatif à l'exception de copie privée des programmes télévisés, disponible sur <http://www.hadopi.fr/sites/default/files/20140911-Avisexception-copiepriveedesprogrammes.pdf>, points 10-11.

HARDOUIN (R.), « Existe-t-il des limites aux exceptions ? », *L.111-1, Propriété intellectuelle et nouvelles technologies*, 10 avril 2008, revue en ligne, <http://www.l111-1.fr/public/Billets/RH100408.pdf>.

HUGENHOLTZ (B.), SENFTLEBEN (M.), *Fair use in Europe. In Search of Flexibilités*, nov. 2011, Amsterdam, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959554.

« La Commission européenne prend ses premières mesures pour améliorer l'accès aux contenus en ligne et présente sa vision d'un droit d'auteur modernisé », *Commission européenne – Communiqué de presse*, n° IP-15-6261, 9 déc. 2015, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6261_en.htm.

MARTY (F.), PILLOT (J.), *Le recours à la théorie des facilités essentielles dans la pratique décisionnelle des juridictions concurrentielles : Ambiguïté du droit et régulation de la concurrence*, document de travail n° 2009-11 de l'Observatoire Français des Conjonctures Economiques, disponible sur <http://www.ofce.sciences-po.fr/pdf/dtravail/WP2009-11.pdf>.

OECD, *The essential facilities concept*, doc. OCDE/GD(96) 113, Paris 1996, disponible sur [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD\(96\)113&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD(96)113&docLanguage=En).

Rapport du CSPLA sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence, février 2004, disponible sur <http://www.culturecommunication.gouv.fr/>.

U.S. Department of Justice, *Competition and Monopoly : Single-Firm Conduct Under Section 2 of The Sherman Act*, disponible sur: <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

Abus de droit : 168 et suiv., 377 et suiv.

Adaptation : 129, 531, 536 et suiv.

Américanisation : 360, 607.

- du droit d'auteur : 591 et suiv., 620 et suiv.
- du droit moral : 398, 401 et suiv.

Anomalie : 41, 191, 246, 258 et suiv., 257 et suiv., 356, 509.

Anthologie : 118.

Antitust : 413 et suiv., 487 et suiv., 688.

Archives

- notion : 279.
- (exception en faveur des) : v. **Bibliothèques (exception en faveur des)**.

Arrière-plan (théorie de) : 221 et suiv., 519 et suiv.

Autorités administratives indépendantes : 265, 290, 297.

- ARMT : 276 et suiv.
- HADOPI : 269, 276 et suiv.

Base des données :

- actes nécessaires à l'accès au contenu de la base de données (exception pour) : 313.

Bibliothèques (exception en faveur des) : 270, 278.

Cassation pour manque de base légale : 599, 602 et suiv.

Cercle de famille : 144, 155, 160 et suiv.

Cérémonies religieuses ou de cérémonies officielles : 231.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 512.

Citation :

- aléatoire : 219 et suiv.
- artistique : 92 et suiv., 218, 523, 578.
- conforme aux bons usages : 194 et suiv., 215 et suiv.
- Convention de Berne : 101 et suiv., 195 et suiv., 202.

- directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : 198 et suiv., 203.
- et la contrefaçon : 86, 519 et suiv., 596 et suiv.
- et le plagiat : 82 et suiv.
- et le progrès de la technique : 126, 215 et suiv.
- exception pour
 - conditions : 90, 99.
 - breveté : 104 et suiv., 119, 193 et suiv., 215, 351, 523, 578
 - histoire : 55, 78 et suiv.
 - justification : 91.
 - respect du droit moral : 89, 209.
- incorporation à l'œuvre citante : 208.
- textuelle : 105.

Clause de *copyright* : 624 et suiv.

Colgate doctrine : 419 et suiv.

Common law copyright : 652.

Compensation équitable : 207, 241, 318.

Concurrence

- effective/efficace : 488 et suiv.
- par imitation/par substitution : 494 et suiv.

Concurrence (droit de la) : 368 et suiv.

Consommation (droit de la) : 259 et suiv.

Contenu variable, notions à : 32, 143.

Contractualisation

- des exceptions : 250, 303 et suiv.
- des droits et libertés fondamentaux : 331,

Contrat

- d'adhésion : 274, 304, 316.
- de commande pour la publicité : 342 et suiv.
- d'exploitation : 319, 394.

Contrefaçon : 67 et suiv., 182 et suiv., 223,

Convention de Berne :

- droit matériel : 114, 202, 211.
- droit moral : 401.

- et le droit interne : 116.
- principe d'assimilation : 103.
- protection du public : 113.
- revendication des dispositions plus larges : 112 et suiv., 202.
- maximum conventionnel : 111 et suiv., 116.
- minimum conventionnel : 104 et suiv., 110, 202.

Convention de Rome : 399 et suiv.

Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : 512 et suiv.

Copie privée :

- consentement tacite du titulaire : 63, 70 et suiv.
- droit des utilisateurs : 261.
- en tant que limite externe :
 - principe : 59 et suiv.
 - inconvénients : 75 et suiv.
 - rejet de la qualification : 155 et suiv.
- et les mesures techniques de protection et le progrès de la technique : 74 et suiv.
- exceptions à l'exception de copie privée : 159
- justification : 335 et suiv.
- histoire : 55 et suiv.
- préjudice : 63 et suiv.

Copie de sauvegarde d'un logiciel (exception pour) : 310.

Copyright :

- contours traditionnels du : 657 et suiv.
- convergence : 17
- et droit d'auteur opposition : 14
- histoire : 16
- justification : 15

Copyright Act :

- de 1790 : 501 et suiv.
- de 1909 : 505
- de 1976 : 505, 652 et suiv., 660 et suiv.

Crise :

- définition : 10
- du droit d'auteur : 1
- au sens paradigmatique : 39 et suiv., 356, 509

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : 512

Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 : 512

Décompilation (exception pour) : 310, 476 et suiv., 484, 498.

Dépôt légal :

- Exception en faveur du : 270, 278 et suiv., 292.

Dérogation : 19, 21.

Dessins et modèles : 132, 443 et suiv., 461, 556.

Dispense : 24.

Distribution (droit de) : 405 et suiv.

Divulgateion : 476, 652 et suiv.

Domaine public : 162, 166, 234.

Droit d'auteur :

- doctrine du : 7
- et la propriété industrielle : 373
- moniste/dualiste : 87
- nature/justification : 8, 11, 12, 61, 83, 145, 140, 189, 347, 526

Droit flexible : 349 et suiv., 613.

Droit souple : 266, 288 et suiv.

Droit subjectif : 153, 168 et suiv., 174, 177 et suiv., 263, 396, 320 et suiv., 528, 615 et suiv.

Droits de l'auteur :

- droit moral : 87, 89, 96, 121, 393, 398 et suiv., 536 et suiv.
- droits patrimoniaux : 87, 138, 222, 397, 402 et suiv., 526.
- énoncé synthétique : 141 et suiv., 224, 567.
- périmètre : 60, 156 et suiv., 227 et suiv.

Droits et libertés fondamentaux : 321, 328 et suiv., 510 et suiv.

- dans les relations horizontales : 331 et suiv., 530.
- droit à l'information : 331, 519.
- instrumentalisation : 589, 607 et suiv.
- liberté d'expression : 329, 510 et suiv.

Droits voisins du droit d'auteur : 398.

Édition : 70, 319.

Effectivité : 18.

Enregistrements éphémères : 207.

Ententes : 417.

Épuisement (du droit intellectuel) : 402 et suiv., 584

Équilibre préétabli (interne) du droit d'auteur : 137 et suiv., 164, 175 et suiv., 187 et suiv., 213, 220, 226 et suiv., 237, 253, 263, 276, 294, 301, 330, 353, 363, 402, 432, 439, 479, 492, 509, 514 et suiv., 533, 583 et suiv., 587, 608 et suiv., 629 et suiv., 680.

Exception(s) :

- au droit d'auteur/aux droits de l'auteur.
 - distinction: 3.
 - et limites externes : v. ce mot.
 - et limites internes : v. ce mot.
 - tradition française : 42 et suiv.
- définition : 2.
- énoncé analytique : 141 et suiv., 567.
- en tant que dérogations : v. : ce mot.
- en tant que partie du système du droit : 20, 25.
- en droit :
 - attributs : 27.
 - fonctionnement : 26.
 - formalisation : 29 et suiv.
 - inconvénients/absence de détermination : 34, 35.
 - origine : 28.
 - avantages/polyvalence : 33, 35.
- et abus de droit : v. ce mot.
- fausse exception : 150, 154, 170.
- facultatives : 203.
- harmonisation : 204 et suiv.
- justifications : 4, 327, 493.
- prétorienne : 77 et suiv., 221 et suiv.
- privilégiées : 266 et suiv.
- rémunérées : 106, 241.
- transposition : 200 et suiv., 216.
 - prétorienne : 232 et suiv.
 - préétablie : 238.

Existence/exercice du droit de propriété intellectuelle : 377, 382 et suiv., 389, 443, 449 et suiv., 505, 508.

Facilités essentielles (théorie des) : 411 et suiv., 461.

Faculté (prérogative) : 190 et suiv.

Faillite du marché : 328, 334.

Fair use : 426, 495, 591 et suiv.

- champ d'application : 639, 648.
- critères, 496 et suiv.
- doctrine *de minimus* : 212,
- et la liberté d'expression : 633 et suiv.
- histoire : 500 et suiv.

Fiction juridique : 228, 231, 237.

Fonction essentielle (du droit intellectuel) : 386 et suiv., 456.

Force normative : 299.

Fusion (théorie de la) : 645 et suiv.

Handicapées (personnes, exception pour) : 270, 278

Idee/expression (dichotomie) : 633 et suiv.

Importations parallèles : 406

Inclusion fortuite : 231 et suiv.

Information immédiate (exception pour) : 531 et suiv., 566 et suiv.

Intent theory of liability : 423 et suiv.

Intérêt :

- à agir : 262
- général : 327 et suiv., 334 et suiv.
- juridiquement protégé : 139, 183 et suiv.

Interprétation :

- *in favorem auctoris* : 112, 140, 158, 164, 167, 174, 179, 227, 326
- de la loi : 144, 164
- des notions à contenu variable : 145
- stricte des exceptions : 165, 167, 174, 220, 485, 586, 695
- stricte de la loi pénale : 568

Lacune *intra legem* : 141

Levier monopolistique (théorie de) : 425

Lex specialis/lex generalis : 513, 557 et suiv., 682

Liberté : 152 et suiv., 166, 350, 528, 615 et suiv.

- d'expression : 328

Libre circulation des marchandises : 373.

Licence obligatoire : 461.

Limites :

- externes : 44, 171, 221 et suiv., 240 et suiv., 364 et suiv., 380, 396 et suiv., 422 et suiv., 453, 459, 461, 506, 509, 554.
- internes : 45, 168, 171, 380, 420, 459, 486, 509, 647 et suiv., 680.
- extra *jus auctoris* : 47, 172 et suiv., 358, 359, 453, 459, 461, 509, 514, 523 et suiv., 600 et suiv., 617 et suiv., 680.
- intra *jus auctoris* : 47, 173 et suiv.
- relation entre les notions : 48 et suiv.

Logiciel 311, 469, 476.

Loi du 11 mars 1957 :

- contexte historique : 120 et suiv., 127.
- formalisation des exceptions :
 - distinction des limites externes : 163.
 - place des notions à contenu variable : 146.
 - rôle du juge : 147, 176.

Marché commun : 385, 393, 415, 499, 516

Marque :

- finalité : 540 et suiv.
- Parodie de : **v. Parodie, pastiche, caricature.**
- usages dans la vie des affaires : 550 et suiv.
- spécialité : 553.

Merger doctrine : v. : **Fusion (théorie de la)**

Mesures techniques de protection : 250 et suiv.

- conflit avec les exceptions : 255 et suiv.
- définition : 254.
- sauvegarde des exceptions : 258 et suiv., 266 et suiv.

Monopole naturel : 412, 427 et suiv., 486.

Musées (exception en faveur des) : v. **Bibliothèques (exception en faveur des).**

Normativité : 250 et suiv., 291.

Notions autonomes de l'UE : 207.

Objet spécifique (du droit intellectuel) : 386 et suiv., 403 et suiv., 412, 432, 439, 449 et suiv., 456, 459, 508.

- du droit d'auteur : 391 et suiv.

Observation, étude et test du fonctionnement d'un logiciel (exception pour) : 310.

Œuvres :

- réalisées pour être placées en permanence dans des lieux publics : 231.
- publicitaires : 342 et suiv.
- restaurées : 674 et suiv.

Ordre public : 309, 333.

- et la liberté contractuelle : 345.
- fonctionnel : 338 et suiv.
- règle de : v. : **règle impérative.**

Originalité : 505, 565 et suiv., 594 et suiv.

Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels du 16 décembre 1966 : 512

Panorama (exception de) : 247 et suiv.

Paradigme :

- émergence : 137.
- définition : 36.
- pluralité de sens : 37.
- lien avec l'exception : 38.
- limites : 191.
- utilité de la notion : 39.

Parodie, pastiche, caricature : 207.

- de marque : 538 et suiv.
- et la citation : 119.
- lois du genre : 544 et suiv.

Pédagogogie (exception) : 270, 278.

Pères fondateurs des États-Unis : 630 et suiv., 665.

Position dominante (abus de) : 370, 411, 442, 450, 454 et suiv., 458 et suiv., 490.

Premier Amendement de la Constitution des États-Unis : 622 et suiv.

Préscience : 53, 122.

Privilège : 24, 26, 125.

Procédure parlementaire (l'exception pour les actes entrepris à des fins de) : 270, 278.

Proportionnalité : 527 et suiv., 555, 571 et suiv., 584, 592 et suiv., 605 et suiv.

Propriété (droit de) : 416.

Reda (rapport) : 6.

Règle impérative : 304 et suiv.

- et règle d'ordre public : 335 et suiv.

Règle supplétive : 23, 304 et suiv.

Renonciation : 325.

Représentation :

- droit de : 128, 138, 240, 393, 404 et suiv.

- gratuité : 161.

Reprise transformative : 495 et suiv.

Reproduction :

- accessoire : v. arrière-plan (théorie de).

- droit de : 58, 80, 84, 129, 131, 138, 157, 240, 393, 404 et suiv.

- du code du logiciel à des fins d'interopérabilité : v. décompilation (exception pour)

- et la cession de l'exemplaire de l'œuvre : 133

- et modifications nécessaires à l'utilisation du programme d'ordinateur (exception pour) : 314.

- *in extenso* : 95 et suiv., 117, 217.

- imparfaite : 156.

- partielle : 95 et suiv., 217.

- taille réduite : 98.

Responsabilité civile : 551 et suiv.

Revue de presse : 108, 117 et suiv.,

Sécurité juridique : 230, 685.

Sécurité publique (exception à des fins de) : v. : **Procédure parlementaire (l'exception pour les actes entrepris à des fins de)**

Services interactifs : 267, 273 et suiv.

Sherman Act : 490

Situation juridique : 181 et suiv.

Sonny Bono Copyright Term Extension Act : 660 et suiv.

Statut d'Anne: 670.

Sweat of the brow (sueur du front) : 503 et suiv.

Test en trois étapes : 206, 211, 261, 264, 283 et suiv.

Tolérance : 22, 114, 151, 183, 186, 251 et suiv., 271, 317

Traduction : 129.

Trou analogique : 272.

Unité de l'art : 130.

Uruguay Round Agreements Act : 673 et suiv.

TABLE DES MATIERES

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

Principales abbréviations	6
Introduction	12
Partie première. L'exception <i>aux</i> droits de l'auteur	42
Titre 1. Le contenu du paradigme	44
Chapitre 1. L'émergence des exceptions à l'extérieur des lois sur le droit d'auteur	46
Section 1. La licéité des usages privés – une limite admise <i>praeter legem</i>	46
I. La copie privée en tant que limite externe des droits exclusifs.....	46
II. Les insuffisances de la copie privée en tant que limite externe des droits exclusifs.....	49
A. Le caractère flou des critères retenus.....	50
1. La licéité de l'usage privé fondée sur l'absence de préjudice.....	50
2. La licéité de l'usage privé découlant du consentement tacite du titulaire.....	54
B. L'inadaptation au progrès de la technique.....	58
Section 2. Le droit de citation – une exception admise <i>contra legem</i>	61
I. La citation littéraire et les lois révolutionnaires sur le droit d'auteur.....	61
A. L'emprunt littéraire dans le droit d'auteur moniste.....	62
B. Le droit de citation littéraire dans le droit d'auteur dualiste.....	67
II. La citation artistique et les lois révolutionnaires sur le droit d'auteur.....	69
A. De la citation littéraire vers la citation artistique.....	69
1. La réticence traditionnelle à l'égard de la citation artistique.....	70
2. La déformation du droit de citation par le juge.....	72
B. La nouvelle politique annoncée en matière d'exceptions.....	75
1. Vers une réglementation stricte du droit de citation.....	75
a. La bataille française pour une « police de l'emprunt licite ».....	75

b. La méfiance à l'égard du droit de citation prétorien.....	80
2. Vers un démembrement du droit de citation.....	85
Conclusions du Chapitre 1.....	88
Chapitre 2. L'absorption des exceptions par les lois sur le droit d'auteur.....	90
Section 1. L'aspect formel du paradigme.....	90
I. La place de la loi du 11 mars 1957 dans le discours sur le droit d'auteur.....	90
A. Une loi (presque) entièrement saluée.....	91
B. Du rejet de l'idée de « codification » à droit constant	94
II. L'apport de la loi du 11 mars 1957 en matière d'exceptions aux droits de l'auteur.....	100
A. La consécration de l'idée d'équilibre préétabli.....	100
B. La concrétisation de l'idée d'équilibre préétabli	104
Section 2. L'aspect matériel du paradigme.....	107
I. Les exceptions au sens objectif	107
A. Les caractéristiques négatives des exceptions	108
1. L'exclusion des concepts voisins.....	108
2. La dissociation des exceptions et des limites externes des droits de l'auteur.....	110
a. Les raisons techniques de la dissociation.....	110
b. L'aspect paradigmatique de la dissociation.....	115
B. Les caractéristiques positives des exceptions.....	118
1. L'abus de droit et <i>les</i> droits de l'auteur.....	118
2. L'abus de droit et <i>le</i> droit d'auteur	121
II. Les exceptions au sens subjectif.....	125
A. L'exception n'étant pas source de droits subjectifs.....	125
B. L'exception étant source d'une faculté.....	127
Conclusions du Chapitre 2.....	132
Conclusions du Titre 1.....	134

Titre 2. Les limites du paradigme	136
Chapitre 1. Les limites du paradigme dans la phase de création des exceptions	138
Section 1. La perte de contrôle sur les contours des exceptions	138
I. Le dépassement de l'exception par le droit de l'Union européenne.....	138
A. La naissance de la citation conforme aux bons usages.....	139
B. La persistance contestable de la courte citation à la française.....	143
1. La justification de la thèse de double degré de liberté du législateur national.....	143
2. Le rejet de la thèse de double degré de liberté du législateur national.....	148
II. L'interprétation créative du juge de l'exception pour courte citation.....	153
A. L'ouverture progressive de la courte citation à la société de l'image et du numérique.....	154
B. La naissance de la courte citation non aléatoire ?.....	157
Section 2. Les signes de perte de contrôle sur le nombre d'exceptions existantes	158
I. La théorie de l'arrière-plan - la redéfinition jurisprudentielle des limites externes des droits de l'auteur.....	159
A. La survie de la théorie de l'arrière-plan due à sa nature de limite externe des droits de l'auteur.....	159
B. L'atteinte à la définition légale des droits patrimoniaux.....	162
1. La réalité de l'atteinte à la définition légale des droits patrimoniaux.....	162
2. Les raisons de l'atteinte à la définition légale des droits patrimoniaux.....	163
II. La réanimation prudente de la logique des exceptions prétorienne.....	165
A. La tentation d'une transposition jurisprudentielle des exceptions facultatives.....	165
1. La compétence non exclue par le droit de l'Union européenne.....	166
2. La compétence exclue en droit interne.....	168

B. La création d'une nouvelle exception prétorienne camouflée.....	169
1. Le déguisement d'une exception prétorienne en une limite externe des droits exclusifs.....	169
2. L'hypothèse d'une transposition préétablie.....	172
Conclusions du Chapitre 1.....	178
Chapitre 2. Les limites du paradigme dans la phase d'application des exceptions	180
Section 1. La normativité des exceptions et les mesures techniques de protection	180
I. L'irruption de la logique de tolérance au sein du système d'exceptions.....	181
A. L'effet pervers des mesures techniques de protection.....	181
1. Le prolongement des droits exclusifs.....	181
2. Une anomalie potentielle.....	184
B. Le juge confronté à la question de sauvegarde des exceptions.....	185
II. Le mécanisme légal de sauvegarde des exceptions.....	189
A. Le champ d'application restreint.....	190
1. L'exclusion <i>a limine</i> de certaines exceptions.....	190
2. L'exclusion de la protection dans le cadre des services interactifs.....	193
B. La sauvegarde des exceptions privilégiées à travers le pouvoir quasi juridictionnel	194
1. L'aspect matériel de la protection.....	195
2. L'aspect formel de la protection.....	197
C. Vers la sauvegarde des exceptions privilégiées à l'aide des instruments du droit souple.....	201
1. Le renforcement du rôle doctrinal de l'Autorité administrative indépendante.....	201
2. La rupture avec l'origine législative de l'équilibre du droit d'auteur ?.....	204
a. Les avantages par rapport au modèle belge.....	204
b. Les inconvénients en vue de l'idée de l'équilibre préétabli.....	208

Section 2. La force obligatoire des exceptions et le phénomène de contractualisation	211
I. La contractualisation des exceptions – l’inutilité de l’approche déductive.....	212
A. La déduction à partir de l’aspect objectif de l’exception.....	213
1. L’impasse de l’analyse logique.....	213
a. La supplétivité <i>a contrario</i> des exceptions à statut incertain.....	213
b. La réversibilité de l’argumentation.....	216
2. L’impasse de l’analyse linguistique.....	218
a. La formule « <i>l’auteur ne peut interdire</i> » - une signification incertaine.....	218
b. La formule « <i>l’auteur ne peut interdire</i> » - une justification ambiguë.....	221
B. La déduction à partir de l’aspect subjectif de l’exception.....	222
1. La supplétivité justifiée par la dissociation des exceptions et des droits subjectifs.....	222
a. La dissociation de la nature des prérogatives tirées des exceptions et le moment de leur application.....	223
b. La renonciation au droit à l’exception ?.....	224
2. L’impérativité déduite de la dimension axiologique des exceptions...	226
a. L’impérativité des exceptions et les libertés fondamentales....	226
b. L’impérativité des exceptions et les droits fondamentaux.....	228
c. L’impérativité des exceptions et les considérations d’intérêt général.....	231
II. La contractualisation des exceptions – les résultats néfastes de l’analyse inductive..	233
A. Le concept d’ordre public fonctionnel.....	233
1. L’application en dehors du domaine du droit d’auteur.....	234
2. L’application dans le domaine du droit d’auteur.....	236
B. La supplétivité « induite » des exceptions à statut incertain.....	238
Conclusions du Chapitre 2.....	244
Conclusions du Titre 2.....	246
Conclusions de la Partie première.....	248

Partie deuxième. L'exception <i>au</i> droit d'auteur	250
Titre I. Un dépassement <i>imposé</i> du paradigme classique	252
Chapitre 1. Le remodelage des limites externes des droits exclusifs par le droit de la concurrence	256
Section 1. Les tentatives de conciliation de deux logiques opposées	256
I. Les données du conflit des lois.....	256
A. L'exception de souveraineté du droit d'auteur.....	257
1. La thèse du désintérêt du droit primaire de l'Union européenne à l'égard droit d'auteur.....	257
2. Le rejet de la thèse du désintérêt du droit primaire de l'Union européenne à l'égard du droit d'auteur.....	259
B. L'exception à l'exception de souveraineté du droit d'auteur.....	262
II. Les schémas conciliatoires.....	264
A. L'application particulière de la théorie de l'abus de droit.....	264
B. La distinction entre l'existence et l'exercice du droit intellectuel.....	267
Section 2. La réalité de la concession faite au profit du droit de la concurrence	271
I. La découverte de l'objet spécifique.....	272
A. La fonction de l'objet spécifique.....	272
B. La définition concrète de l'objet spécifique.....	274
1. Le contenu de la définition.....	275
2. La source externe des éléments de la définition.....	276
II. La création de l'objet spécifique.....	278
A. La réalité de remodelage du droit moral.....	279
1. La méconnaissance de la hiérarchie entre le droit d'auteur et les droits voisins.....	279
2. L'américanisation du droit moral.....	281
B. La réalité de remodelage des droits patrimoniaux – l'épuisement communautaire.....	283
1. Le champ de l'épuisement communautaire.....	283
2. Les effets de l'épuisement communautaire.....	285

Conclusions du Chapitre 1.....	290
Chapitre 2. Le remodelage des limites internes des droits exclusifs par le droit de la concurrence.....	292
Section 1. La théorie des facilités essentielles – un outil au service de rationalisation des monopoles naturels.....	292
I. L’aspect positif de la théorie des facilités essentielles en droit américain.....	293
A. La nature juridique de la théorie des facilités essentielles.....	293
1. Une limite interne du droit de propriété.....	293
2. Une exception au droit de ne pas faire affaire.....	296
B. L’autonomie par rapport aux notions voisines.....	298
1. La théorie des facilités essentielles et les limites externes de la <i>Colgate doctrine</i>	298
2. La théorie des facilités essentielles et les autres exceptions à la <i>Colgate doctrine</i>	299
C. Le principe d’interprétation stricte.....	300
II. Les limites d’applicabilité de la théorie.....	302
A. L’immunité des droits de la propriété intellectuelle – l’équilibre préétabli « à l’américaine ».....	302
B. Le rejet général par la Cour suprême.....	305
Section 2. La théorie des facilités essentielles – un mécanisme devenu une exception aux droits de l’auteur.....	307
I. L’extension du champ d’application de la théorie des facilités essentielles en Europe.....	308
A. Du contrôle du dépassement de l’objet spécifique vers le contrôle de l’exercice de l’objet spécifique.....	308
1. L’ébauche d’une nouvelle exception – les arrêts <i>Volvo</i> et <i>Renault</i>	309
2. La consécration d’une nouvelle exception – l’affaire <i>Magill</i>	312
a. La décision du TPICE dans l’affaire <i>Magill</i>	313
b. La décision de la CJCE dans l’affaire <i>Magill</i>	316
3. Le durcissement d’une nouvelle exception – la jurisprudence post- <i>Magill</i>	320

B. La théorie des facilités essentielles appliquée par le juge français en matière du droit d’auteur	324
1. ...au titre de substitut d’une exception légale manquante.....	324
a. L’application en matière d’œuvres utilitaires.....	324
b. L’application dans le domaine des grands arts ?.....	330
2. ... au titre de directive d’interprétation d’une exception légale existante.....	332
II. Les raisons des divergences transatlantiques en matière d’application de la théorie des facilités essentielles.....	333
A. Les raisons tenant à l’architecture du droit de la concurrence.....	334
B. Les raisons tenant à l’architecture du droit d’auteur	337
1. La souplesse de l’exception – une garantie paradoxale de cohérence du paradigme d’équilibre préétabli.....	337
2. La souplesse de l’exception – une condition <i>sine qua non</i> de l’extension des droits exclusifs.....	341
Conclusions du Chapitre 2.....	346
Conclusions du Titre 1.....	348
Titre II. Un dépassement largement voulu du paradigme classique.....	350
Chapitre 1. L’internalisation du conflit entre le droit d’auteur et la liberté d’expression.....	354
Section 1. La théorie d’équilibre interne du droit d’auteur.....	354
I. La neutralisation du conflit en accord avec le paradigme dominant.....	355
A. La confirmation de la théorie – l’arrêt <i>Utrillo</i>	355
1. Le rejet de l’idée d’exception externe.....	355
2. La proportionnalité appréciée <i>in abstracto</i>	358
B. La consolidation de la théorie d’équilibre interne.....	360
1. La consécration de l’exception pour information immédiate.....	361
2. L’admission du jeu de la liberté d’expression à l’intérieur du droit d’auteur.....	363
II. Les signes de croissance de la pression externe.....	364

A. Le droit des marques confronté à la liberté d’expression.....	365
1. La réticence traditionnelle à l’égard des usages parodiques de marque.....	365
2. L’admission des usages parodiques de marque au nom de la liberté d’expression.....	367
B. Le droit des marques s’inclinant à tort devant la liberté d’expression.....	369
1. La licéité des usages parodiques découlant de la spécialité de la marque.....	369
2. Le point de départ de la logique d’exception <i>extra jus auctoris</i>	372
Section 2. La non-remise en cause de l’approche traditionnelle par le droit européen des droits de l’Homme.....	375
I. Le bouleversement de la hiérarchie naturelle entre le droit d’auteur et la liberté d’expression – l’affaire <i>Ashby Donald</i>	376
A. Le conservatisme de la Cour de cassation.....	376
B. L’audace de la CEDH.....	377
II. L’absence de bouleversement en matière d’équilibre préétabli du droit d’auteur....	381
A. La portée limitée du contrôle opéré par la CEDH.....	382
B. L’alignement sur la position prise par la CJUE.....	386
Conclusions du Chapitre 1.....	392
Chapitre 2. L’externalisation du conflit entre le droit d’auteur et la liberté d’expression.....	394
Section 1. L’abandon du paradigme décidé par le juge français.....	395
I. Vers la généralisation du test de proportionnalité.....	395
A. La lecture de la solution <i>Ashby Donald</i> par le juge français – l’arrêt <i>Klasen</i>	396
B. La portée incertaine d’une censure pour manque de base légale.....	397
1. Une lecture maximaliste.....	397
2. Une lecture minimaliste.....	399
II. Un reflet de l’évolution générale des méthodes de raisonnement de la Cour de cassation.....	401
A. La prétendue obsolescence du contrôle « dogmatique ».....	401
B. Une révolution avérée.....	402
1. Les illustrations récentes de la nouvelle méthode de contrôle.....	403

2. Les conséquences du changement de méthode de contrôle pour la tradition française du droit d’auteur.....	405
Section 2. Une fausse réception du <i>fair use</i> américain.....	408
I. Les bases conceptuelles de la théorie de balance définitionnelle aux États-Unis.....	409
A. La découverte du paradoxe.....	410
1. La dimension constitutionnelle du conflit entre le <i>copyright</i> et le Premier Amendement.....	410
2. La nécessité de résolution du conflit des normes en dehors du texte de la Constitution.....	411
B. Les tentatives de résolution du paradoxe.....	412
1. Le rejet de la méthode de balance <i>ad hoc</i>	413
2. La recherche des sauvegardes de la liberté d’expression incluses dans le <i>copyright</i>	414
a. La réticence à l’égard du <i>fair use</i> en tant que fondement de la théorie de balance définitionnelle.....	415
b. La nécessité du recours au <i>fair use</i> dans la construction de la balance définitionnelle.....	417
II. L’application de la théorie de balance définitionnelle aux États-Unis.....	420
A. L’affirmation nette de la théorie de l’équilibre interne - l’arrêt <i>Harper & Row</i>	420
B. La non-remise en cause de la théorie de l’équilibre interne par la jurisprudence postérieure.....	423
1. La consécration de la notion de « contours traditionnels du <i>copyright</i> ».....	424
a. La fonction de la notion.....	424
b. L’ambiguïté de la notion.....	428
2. La clarification de la notion de « contours traditionnels du <i>copyright</i> ».....	430
a. La dichotomie idée/expression et le <i>fair use</i> en tant que contours traditionnels du <i>copyright</i>	430
b. La réalité de la divergence entre le droit d’auteur et le <i>copyright</i>	431
Conclusions du Chapitre 2.....	434
Conclusions du Titre 2.....	436

Conclusions de la Partie deuxième.....	438
Conclusions générales.....	440
I. Le prélude d'un changement de paradigme ?.....	440
II. La possibilité de réajustement du paradigme traditionnel.....	442
Bibliographie.....	448
Index alphabétique.....	518
Table des matières.....	528

Dariusz Piątek

La crise des exceptions en droit d'auteur : étude paradigmatique

La condition, la forme et la justification théorique des exceptions sont aujourd'hui au cœur du débat sur l'avenir du droit d'auteur. L'objectif primaire de ces normes particulières est de garantir la cohérence du droit d'auteur. Et pourtant les chercheurs s'accordent sur la nécessité de leur reconceptualisation.

Cette thèse a pour but de découvrir la signification, les origines et les conséquences de la crise qu'engendre le ressentiment à l'égard des exceptions aux droits de l'auteur dans leur forme actuelle. Tenant compte d'une certaine fragilité axiologique de la matière, elle essaie d'appréhender les phénomènes étudiés selon une posture épistémologique neutre. À cet égard, la théorie des paradigmes scientifiques lui offre un cadre d'analyse scindé en deux. La reconstruction de l'état normal et voulu des principes élaborés par la tradition française du droit d'auteur en matière des exceptions permet de repérer les signes de leur dépassement par la réalité juridique mouvante.

De cette analyse résulte d'abord le modèle d'une exception cohérente, internalisé par le d'auteur objectif qui a complètement résolu le conflit entre la création et la consommation des œuvres de l'esprit. Cette image est ensuite confrontée à des forces destructrices ayant leur origine dans des normes extérieures au droit d'auteur objectif. Celles-ci se substituent aux exceptions prévues par le droit d'auteur et remettent en question l'idée de son autarcie.

L'idylle du droit d'auteur autosuffisant n'est toutefois pas une utopie. Entre l'état normal et la maladie des exceptions se noue un lien dialectique. Vus ensemble, ces deux éléments s'éclairent réciproquement, de sorte que la crise qui les résume devient un processus réversible.

Mots clés : exceptions, droit d'auteur, crise, contractualisation, mesures techniques de protection, liberté d'expression, concurrence, facilités essentielles, paradigme.

The Crisis of Exceptions in Copyright Law : Paradigmatic Study

The condition, shape and theoretical justification of copyright exceptions are at the heart of the debate on the future of copyright. The main objective of these particular rules is to ensure the consistency of copyright law. Yet, researchers agree on the need of their reconceptualization.

This doctoral thesis aims to explore the meaning, origins and consequences of the crisis that brings resentment toward copyright exceptions in their present form. Taking into account a certain axiological fragility of the subject, it tries to apprehend it in the respect of a neutral epistemological posture. Therein, the theory of scientific paradigms offers a framework split in two. The reconstruction of the normal and wanted state of the principles developed by the French tradition of copyright in the field of exceptions allows to identify the signs of their violation by the changing legal reality.

This analysis reveals, on the one hand, the model of a consistent exception, internalized by the copyright law which completely resolved the conflict between creation and consumption of works of the mind. On the other hand, this image is faced with the destructive forces that originate in the norms that are external to copyright law. These replace the copyright exceptions and, therefore, question the idea of its autarchy.

The idyll of the self-sufficient copyright law is, however, not a utopia. A dialectical link can be traced between the normal state of exceptions and their illness. Seen together, these two elements illuminate each other, so that the crisis that summarize them becomes a reversible process.

Keywords : exceptions, copyright, crisis, contractual overridability, technical protection measures, freedom of speech, antitrust, essential facilities, paradigm.



Centre de Recherche Juridique Pothier
Route de Blois, 45000 Orléans