PERSPECTIVES D'AVENIR EN MATIÈRE D'EXERCICE DES EXCEPTIONS AU DROIT D'AUTEUR. VERS UN CHANGEMENT DE PARADIGME?

Por Alexandra BENSAMOUN

Maître de conférences HDR en droit privé, Université Paris-Sud 11
Secrétaire générale du Cerdi
(Centre d'études et de recherche en droit de l'immatériel)

RÉSUMÉ:

Si les exceptions au droit d'auteur sont le centre de toutes les attentions, c'est qu'elles sont aussi le siège de toute une philosophie. Modifier leur perception, c'est donc également revoir un positionnement idéologique. Pourtant, l'environnement numérique oblige à repenser le sujet, démarche qui conduira, peut-être, à un changement de paradigme. Pour l'heure, les inflexions contemporaines mettent indéniablement en exergue **l'évolution** de la matière, au point que des propositions de réforme recommandent parfois une **révolution**.

En premier lieu, *de lege lata*, les perspectives en matière d'exceptions se concrétisent par une double évolution. D'abord, le **fondement des exceptions** est de moins en moins l'intérêt général. Les intérêts particuliers, d'ailleurs parfois parés du masque de l'intérêt commun, poussent à l'adoption d'exceptions nouvelles. Ce glissement est aussi le symptôme d'un mal plus général qui touche l'équilibre du droit d'auteur, sa balance des intérêts. En effet, on assiste à la fois à un délitement des catégories d'intérêts et à un glissement des intérêts favorisés. Ensuite, une **nouvelle répartition des pouvoirs** s'opère, à l'endroit des exceptions, entre le législateur et le juge. Cette redistribution se manifeste par un retrait du premier et une prise de pouvoir du second et ce, tant au niveau interne qu'europpéen. Cette double évolution peut être appréhendée comme l'antichambre d'une révolution.

En second lieu, la directive du 22 mai 2001 a mis en place quelques grands principes, touchant au triple test et aux exceptions elles-mêmes (caractères exhaustif, facultatif...). Ces traits spécifiques pourraient être remis en cause *de lege ferenda*. D'abord, de nombreuses **relectures du triple test** sont propo-

sées par la **doctrine**: approche d'ouverture, de neutralisation, approche globale ou encore normative. Ensuite, des **propositions législatives** envisagent d'agir plus directement sur les **exceptions**. En particulier, la Commission européenne, dans sa communication du 24 mai dernier, annonce clairement sa volonté d'actualiser et d'harmoniser la portée des limitations. Deux voies s'offrent alors: des retouches ponctuelles de l'existant, en modifiant des conditions ou en ajoutant des exceptions, et, plus certainement, une réévaluation globale de la situation, qui imposera de régler des questions de fond. Notamment, doit-on rendre certaines exceptions obligatoires (comme l'envisage d'ailleurs le Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI, en faveur des déficients visuels)? En vertu de quel critère? L'Etat qui transpose une exception facultative est-il lié par le contenu normatif ou peut-il «nationaliser» la limitation? Etc. Des questions sont nombreuses, les solutions restent à construire.

MOTS CLÉS: Exceptions, triple test, interprétation stricte, intérêt général, balance des intérêts, pouvoir du juge, lobbying, stratégie européenne, réformes.

SOMMAIRE: I. INTRODUCTION. II. PERSPECTIVES ET ÉVOLUTION. 1. FONDEMENTS DES EXCEPTIONS. L'effacement de l'intérêt général. Le flottement de la balance des intérêts. 2. RÉPARTITION DES POUVOIRS LÉGISLATEUR/JUGE. Le retrait du législateur. La prise de pouvoirs du juge. III. PROSPECTIVES ET RÉVOLUTION. 1. LES PROPOSITIONS DOCTRINALES RELATIVES AU TRIPLE TEST. Panorama des propositions. 2. LES PROPOSITIONS LÉGISLATIVES RELATIVES AUX EXCEPTIONS. Scénario de modifications ponctuelles. Scénario de modifications majeures.

I. INTRODUCTION

Principe-exception, couple infernal de toutes les règles! La matière n'échappe pas à la constatation et les exceptions au droit d'auteur sont le lieu de tous les débats, de toutes les polémiques, de toutes les actualités aussi. Dérogeant à l'emprise du monopole, elles retirent à l'un —l'auteur ou le titulaire— pour donner à l'autre —l'utilisateur—. Dans une conception continentale du droit d'auteur, elles sont envisagées strictement dans une liste exhaustive; le droit européen ne connaît en effet pas de clause générale faisant exception du type *fair use*.

Dès lors, on conçoit que les exceptions exacerbent les tensions, car elles sont aussi le siège d'une philosophie. Elles reflètent l'identité sociale et culturelle

d'un pays. C'est bien d'ailleurs le respect des traditions des Etats membres qui explique en partie l'échec de l'harmonisation des exceptions par la directive 2001/29/CE, dite «société de l'information», du 22 mai 2001, laquelle offre vingt-et-une limitations, dont vingt sont facultatives. Par définition, harmonisation et tradition ne peuvent que s'opposer, car leur conciliation impose que chacun abandonne une part de son rayonnement.

Il faut dire que la croissance rapide d'internet et des potentialités offertes par l'outil n'a pas contribué à pacifier le débat. Une sorte de culture de l'information et de la gratuité est née et l'idée même de payer pour obtenir des œuvres s'éloigne de la conscience collective. A croire que l'environnement numérique obligerait à repenser complètement le droit d'auteur. D'autant que ce qui était vrai en 2001 ne l'est plus nécessairement, ou plus tout à fait, en 2011.

Aussi, à l'heure d'une remise en cause profonde du droit d'auteur par le corps social, il importe de tracer les frontières exactes du monopole. Or, l'exercice est devenu périlleux. Quelles sont les conditions exactes des exceptions? Comment interpréter le triple test? Les exceptions sont-elles impératives? Le contrat peut-il les remettre en cause? Les mesures techniques de protection ne risquent-elles pas d'opérer une «sur-réservation», en des lieux où le droit répugnait à faire jouer le monopole? Comment analyser juridiquement les exceptions rémunérées? Quelles exceptions doivent être garanties? Plus généralement, le législateur et le juge nationaux sont-ils toujours maîtres en leur royaume?

Il faut sans doute accepter que le sujet ne puisse plus être pensé aujourd'hui comme il pouvait l'être il y a seulement dix ans. Longtemps les exceptions au droit d'auteur ont dessiné en creux les contours de la matière. Mais le raisonnement s'est inversé. En effet, après que le périmètre de la protection, grâce à la reconnaissance de prérogatives à l'auteur, a mis plusieurs décennies à s'édifier, ce sont désormais les exceptions, en positif, qui constituent le véritable instrument de mesure du droit d'auteur, pour en déterminer les véritables frontières. C'est ainsi tout le droit d'auteur que l'on pense par le prisme des exceptions. Sans doute cette vision est-elle excessive. Mais elle est aussi le signe d'une époque. Le droit d'auteur n'est plus dans l'air du temps. Et les ruptures sont telles qu'on peut en effet se demander s'il n'est pas temps de réécrire les équilibres. Or, «quand les cadres de pensée, l'édifice notionnel et la hiérarchie des principes hérités de la tradition répondent de moins en moins au matériau d'observation, arrive le moment où s'impose une «révolution scientifique» conduisant à un changement de paradigme», écrit un auteur de doctrine (F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, in P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, *Droit et intérêt*, vol. 2, publ. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, pag. 157). Ce constat d'une tendance à la remise en cause profonde de l'acquis a d'ailleurs déjà été fait par la doctrine spécialisée et l'émergence des nouvelles techniques y était liée. Pour autant, les juristes sont plutôt enclins à se méfier des révolutions. Non qu'ils soient gardiens du temple —inconditionnellement pro-titulaires de

droits, comme certains aiment à le penser—. Mais entre l'orthodoxie dogmatique et l'hétérodoxie iconoclaste, il y a sans doute un juste milieu, peut-être celui du raisonnable.

En tout état de cause, les inflexions contemporaines mettent indéniablement en exergue l'évolution de la matière, au point que des propositions de réforme recommandent parfois une véritable révolution. Perspectives et évolution (I), prospectives et révolution (II), telles sont les deux axes de cette réflexion.

II. PERSPECTIVES ET ÉVOLUTION

De lege lata, les perspectives en matière d'exceptions se manifestent dans le constat d'une double évolution, s'agissant, d'une part, du fondement des exceptions (A) et, d'autre part, de la répartition des pouvoirs entre le législateur et le juge (B).

1. FONDEMENT DES EXCEPTIONS

Les exceptions au droit d'auteur réalisent, en quelque sorte, une expropriation, puisque l'acte considéré est tout simplement extrait du monopole. On conçoit, dans ces conditions, que l'intérêt motivant cette exclusion ne doit pas être contingent. La dérogation ne peut *a priori* être admise que pour sauvegarder un impératif supérieur. Or, l'intérêt général laisse place peu à peu aux intérêts particuliers, l'ensemble s'inscrivant dans une tendance plus globale de flottement de la balance des intérêts.

L'effacement de l'intérêt général. La classification des exceptions se fait très souvent au moyen de leur fondement. Mais les tentatives de catégorisation pèchent toutes par excès de subjectivisme, d'autant que les frontières sont poreuses, certaines exceptions pouvant se réclamer de plusieurs justifications. Pour autant, les intellectualistes connaissent parfaitement celle du Pr Hugenholtz, qui fait autorité. Ce spécialiste, filant une métaphore animalière, distingue les exceptions fondées sur la sauvegarde des droits fondamentaux des destinataires de l'information —les lions—, celles fondées sur l'intérêt public, sous différentes formes —les singes— et enfin celles qui résultent d'un échec des règles du marché, d'une forme de résignation face à l'impossibilité de contrôle efficace de l'usage de l'œuvre, vestiges de l'univers analogique —les dinosaures—.

Quelle que soit la classification retenue, on peut dire que la neutralisation du monopole d'exploitation s'explique et se justifie généralement par la poursuite d'une finalité sociale, au sens large, qu'il s'agisse de la sauvegarde des libertés fondamentales —courte citation, revue de presse, parodie, exceptions d'actualité— ou de considérations culturelles et sociales— exception relative à la sauve-

garde et à la conservation des biens culturels, exception en faveur des personnes handicapées ou encore celle en faveur de l'enseignement et de la recherche.

C'est donc bien l'intérêt général qui doit, en principe, fonder les limites au droit d'auteur.

Encore faut-il savoir ce que recouvre la notion. L'intérêt général —ou intérêt public— est brandi par tous et ce, pour réhabiliter des causes qui peuvent être opposées. Il est même parfois allègrement confondu à l'intérêt *du* public. Disons-le, avec un auteur de doctrine, «L'intérêt général, c'est la solution qui arrange le mieux celui qui parle» (A. Lucas, «L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur», in M. Buydens et S. Dusollier (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruylant, 2008, p. 79 s, spéc. p. 79). Aussi les intérêts particuliers —notamment des consommateurs— se réclament-ils parfois de l'intérêt général, comme pour mieux s'assurer de la légitimité nécessaire. Au rebours, l'intérêt général est un intérêt à long terme et il doit être le résultat des tensions naturelles entre les intérêts particuliers. Or, il faut relever que l'adoption d'exceptions n'est plus toujours motivée par la recherche de l'intérêt commun et que les exceptions catégorielles se sont multipliées. Ainsi, l'article 5 de la directive du 22 mai 2001 propose d'extraire du monopole les utilisations en milieu carcéral, au cours des cérémonies religieuses, ou encore celles qui visent à annoncer une exposition publique.

Le flottement de la balance des intérêts. Ce glissement de l'intérêt général aux intérêts particuliers pour fonder les exceptions est aussi le symptôme d'un mal plus général qui touche en droit d'auteur la balance des intérêts. Traditionnellement, l'équilibre du droit se réalise par une pondération entre une trilogie d'intérêts —ceux des auteurs, ceux des investisseurs et ceux du public—. La philosophie de la matière dépend alors du centre de gravité de cette relation triangulaire. Or, l'équilibre est aujourd'hui remis en cause par deux phénomènes, dont on peut douter qu'ils ne soient que des épiphénomènes.

D'abord, on constate un délitement des catégories d'intérêts. Le temps de l'auteur qui crée dans la solitude de son atelier est sans doute révolu, au minimum moins fréquent. On assiste au développement de pools de créateurs, parfois d'ailleurs salariés, qui resteront assez étrangers aux choix relatifs aux modes d'exploitation, ou au contraire à l'émergence de créateurs qui privilégient des modes d'exploitation dits «libres», refusant d'en tirer des profits pécuniaires. De même, la catégorie des investisseurs n'est pas uniforme; certes, l'antagonisme peut paraître plus ancien, mais il a pris, à l'ère numérique, un nouveau visage, obligeant les exploitants à s'associer à d'autres intérêts, ceux des auteurs ou ceux des utilisateurs, en fonction de leur positionnement. Quant au public, l'environnement numérique lui a permis de se rapprocher de l'œuvre, parfois au prix d'un comportement consumériste, réclamant des «droits à», en d'autres occasions comme véritables acteurs de la création. Dans ces conditions, com-

ment faire la synthèse de ces intérêts particuliers, eux-mêmes divisés, pour dégager l'intérêt général?

Ensuite, à côté de cette dilution des catégories, on relève également un glissement dans le choix de l'intérêt favorisé. En droit européen, le manque de recul sur l'évolution des exceptions rend difficile une telle constatation; on notera cependant une certaine tendance à la schizophrénie du législateur qui, certes, met en exergue dans la directive «société de l'information» la nécessité d'un «niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle» (cons. 4), mais aussi celle «de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés» (cons. 31). Chaque camp se servira pour appuyer sa démonstration et pour faire glisser le centre de gravité de la balance. En droit français, le déplacement de l'intérêt favorisé est palpable: si la loi du 11 mars 1957 faisait incontestablement la part belle à l'auteur, celle du 3 juillet 1985 marque un certain recul de la conception personnaliste de la propriété littéraire et artistique, par l'inclusion du logiciel en droit d'auteur et par la mise en place des droits voisins du droit d'auteur, qui visent aussi à récompenser l'investissement. L'inflexion est plus redoutable encore avec la loi «DADVSI» (droit d'auteur droits voisins dans la société de l'information) du 1^{er} août 2006 (transposant la directive de 2001), qui a ajouté pas moins de six exceptions —cinq à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle et une à l'article L. 132-4 du Code du patrimoine—.

Cette confusion des intérêts qui fondent les exceptions et le droit d'auteur en général est aussi le signe d'une nouvelle péréquation entre le législateur et le juge.

2. RÉPARTITION DES POUVOIRS LÉGISLATEUR/JUGE

La seconde évolution à noter concerne la répartition des pouvoirs entre le législateur et le juge. Ce nouvel équilibre s'installe dans le sens d'un retrait du législateur, contrebalancé par une prise de pouvoir du juge.

Le retrait du législateur. En droit continental, les exceptions relèvent de la compétence législative. En France, le balancement entre le monopole d'exploitation, appréhendé de manière synthétique et ouverte, et les exceptions, conçues de manière analytique, impose aussi ce domaine réservé. D'autant que, par principe, les dispositions dérogatoires s'interprètent strictement: *exceptio est strictissimae interpretationis*. L'adage impose une double restriction: non seulement le juge doit appliquer strictement les conditions propres de l'exception, mais encore il n'est pas habilité à créer d'exception nouvelle en dehors du cadre légal. Le raisonnement n'est pas spécifique au droit français et la CJUE l'a d'ailleurs rappelé dans son fameux arrêt *Infopaq* du 16 juillet 2009. Pourtant, le retrait du législateur se constate, à des degrés divers, tant du point de vue interne qu'europpéen.

En droit interne, la place du législateur à l'endroit des exceptions évolue doucement. D'abord, parce que le législateur n'opère plus les choix politiques attendus. En effet, il ne formule plus les règles fixes, impérieuses et catégoriques qui sont attendues et qui sont de nature à trancher les intérêts en conflit. Une des raisons est sans doute le manque de courage politique du législateur, qui cède au lobbying, au prix d'une démission. La loi «DADVSI» en particulier a été le théâtre d'une désolante lutte d'influences et le résultat en est notamment une rédaction verbeuse et complexe des exceptions. Le législateur les a ainsi encadrées de conditions telles, qu'elles deviennent de véritables «usines à gaz». La difficulté est qu'on continue à avoir une option fermée alors qu'on a instillé une telle dynamique à l'intérieur des exceptions qu'on ne parvient pas à déterminer l'intérêt politique principal qui est privilégié. Ensuite, l'évolution tient au fait que la liberté du législateur national est doublement encadrée: par la liste exhaustive des exceptions contenue dans la directive «société de l'information» —même si la contrainte est ici relativement faible— et par le triple test puisque l'exception légale devra passer le filtre jurisprudentiel et ce, même pour les cas où le législateur ne démissionne pas et affirme ses choix politiques, en pondérant donc en amont les intérêts. Le triple test est en effet susceptible de remettre en cause l'équilibre législatif voulu, en permettant au juge de réévaluer la balance des intérêts.

Au niveau européen, le retrait du pouvoir législatif peut aussi se constater en divers endroits.

D'abord, le droit européen est un droit négocié, un droit de compromis aux influences multiples. Il se nourrit en ce sens des positions des différents Etats membres qui, sur les exceptions en particulier, n'ont pas accepté la contestation de leurs traditions. Il se nourrit aussi des revendications des différents groupes de pression, lesquels ont farouchement défendu leurs intérêts lors du processus d'élaboration de la directive. Ainsi, le GESAC, représentant les sociétés d'auteurs, est intervenu pour s'opposer à l'allongement de la liste des exceptions. Au rebours, des groupements d'utilisateurs des services de la société de l'information ont milité en faveur d'une augmentation des limitations et contesté le verrouillage de l'accès à l'œuvre au moyen de mesures techniques de protection. Ce droit négocié se manifeste également par la logique consultative mise en place —Livres verts, réponses des milieux concernés, consultations de différents experts et comités, etc. Le résultat de ces diverses expressions du retrait normatif est un «non-choix» politique qui s'est concrètement traduit par une liste de vingt-et-une exceptions, dont une seule est obligatoire, alors qu'initialement, la proposition de directive de la Commission n'en comptait que neuf...

La prise de pouvoirs du juge. Ce mouvement de retrait du législateur, tant interne qu'europpéen, est d'autant plus perceptible qu'il coïncide, en sens inverse, avec une prise de pouvoir du juge sur le terrain des exceptions. Cette prise de pouvoir est parfois imposée, conséquence des doutes du législateur qui délègue

en quelque sorte son rôle politique (au sens de politique législative) au juge; elle est en d'autres occasions conquérante, le juge se libérant du joug législatif.

Pour illustrer cette tendance en droit national, on peut à nouveau évoquer le triple test, qui permet désormais au juge d'apprécier *a posteriori* l'exercice de l'exception. Le mécanisme de délégation législative au pouvoir interprétatif du juge était déjà connu en droit d'auteur français, où le législateur de 1957 a utilisé de nombreuses notions-cadres, dites aussi notions à contenu variable, lesquelles sont volontairement non définies, afin de laisser à l'interprète le soin de les adapter. Mais le test des trois étapes s'applique en un lieu où le droit craque, où les contestations résonnent, et ce nouveau pouvoir acquis du juge est d'autant plus sensible qu'il le maîtrise mal. Il n'est que de songer, pour s'en convaincre, à l'interprétation qu'a bien voulu en faire la Cour provinciale de Barcelone (17 sept. 2008, *AP c/ Google*): elle considère que l'instrument peut influencer le champ du monopole, en donnant lieu à des variations, extensives ou restrictives, et évoque d'ailleurs expressément le *fair use*, qui devrait guider l'interprétation de l'étendue des droits de propriété intellectuelle. La réponse du Tribunal suprême espagnol est, je l'imagine, plus qu'attendue par la doctrine. Mais la France n'est pas en reste sur le sujet, puisque les décisions rendues en matière de triple test ont pu faire penser aux anciens arrêts de règlement, prohibés par l'article 5 du Code civil. Ainsi, dans la fameuse affaire *Mulholland Drive* (Civ 1^{re}, 28 févr. 2006), dans laquelle un particulier se plaignait de ne pas pouvoir réaliser une copie de son DVD du fait de mesures techniques, la Cour de cassation a fondé sa décision, appréciant la deuxième étape du test, sur les risques généraux et abstraits résultant de l'extension de l'exception pour copie privée à l'environnement numérique. Pourquoi? Sur la base de quelle analyse économique? Les questions restent sans réponse. Mais si le juge est amené à rendre une telle décision, c'est aussi parce que la question de la conciliation entre le bénéfice de l'exception et les mesures techniques de protection n'est pas clairement tranchée par le législateur. Et elle ne l'est pas plus aujourd'hui où la loi délègue à une autorité administrative indépendante — hier l'ARMT (Autorité de Régulation des Mesures Techniques), désormais la HADOPI (Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet)— et en appel au juge le soin de trancher le conflit d'intérêts. La prise de pouvoir du juge est ici bien liée à la démission du législateur. L'affaire *Google contre SAIF* (CA Paris, 26 janv. 2011), qui invite à faire des cas spéciaux de responsabilité allégée prévus par la LCEN (loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004) au profit des intermédiaires de l'internet, une exception à l'application du droit d'auteur est un autre exemple de cette prise de pouvoir du juge. Plus conquérante encore est la création, par la Cour de cassation française (Civ. 1^{re}, 12 mai 2011), en dehors du texte légal, d'une exception fondée sur l'accessoire afin de faire échapper l'arrière-plan au monopole.

Et le phénomène d'emprise jurisprudentielle n'est pas que national. Que penser en ce sens des décisions récentes de la CJUE (arrêts *Infopaq*, précité, et

Padawan, du 21 oct. 2010), imposant des notions autonomes, si ce n'est que le juge européen manifeste un interventionnisme étonnant en des endroits où on ne l'attendait pas? Et il faut s'attendre à ce que la CJUE s'empare du triple test puisque son inclusion dans la directive le lui permet!

L'étude des perspectives contemporaines en matière d'exceptions au droit d'auteur a permis de mettre en exergue une double tendance: la première tient au fondement des exceptions, de plus en plus difficile à identifier, alors que la seconde est liée à une redistribution des rôles entre le législateur et le juge. Ces évolutions peuvent être appréhendées comme l'antichambre d'une véritable révolution.

III. PROSPECTIVES ET RÉVOLUTION

Les apports de la directive du 22 mai 2001 sur le point des exceptions peuvent être ramenés à quelques grands principes. Les exceptions sont en nombre limité, la liste proposée est donc exhaustive. Pour l'essentiel, elles sont facultatives. Certaines d'entre elles doivent être compensées et/ou garanties dans leur exercice. Enfin, leur mise en œuvre ne doit pas porter atteinte au test en trois étapes. Ainsi, ces principes touchent d'un côté le triple test et de l'autre les exceptions elles-mêmes, dans leurs conditions et/ou leur régime.

De lege ferenda, à envisager donc le droit prospectif, la remise en cause d'un de ces éléments tiendrait lieu de révolution au sein de l'édifice du droit d'auteur. Pour le comprendre, il faut distinguer, d'une part, les propositions doctrinales relatives au triple test (A) et, d'autre part, les propositions législatives relatives aux exceptions en tant que telles (B).

1. LES PROPOSITIONS DOCTRINALES RELATIVES AU TRIPLE TEST

Les principales propositions doctrinales tiennent à une relecture du triple test, lequel, dans une approche restrictive, est analysé comme dangereux pour les libertés. En effet, l'appréciation de ce qui est permis se fait postérieurement à l'acte censé faire exception à l'application du monopole; la limitation n'est dès lors plus un blanc-seing *a priori*, elle est devenue «fluctuante», et c'est le juge qui fixe le point d'équilibre. Si bien que les dispositions législatives sont désormais en trompe-l'œil et que la sécurité juridique est remise en cause. La révolution suppose donc ici une action *par et sur* l'instrument.

Panorama des propositions. Cette réévaluation du test s'opère dans diverses directions, que l'on envisagera successivement.

La première approche prône l'ouverture. Martin Senftleben, qui en est l'un des principaux tenants, propose ainsi de libérer le test des exceptions existantes

et d'en faire au contraire un outil indépendant, une sorte de macro-exception potentielle, prompte à justifier des micro-comportements. Aussi le test permettrait-il au juge de soustraire au monopole toute utilisation, même non couverte par une exception, dès lors qu'elle en respecte les exigences. C'est aussi une approche ouverte que postule le projet de «Code européen du *copyright*» —dit également «projet Wittem»—, élaboré par un groupe d'universitaires européens. Le régime proposé se présente comme un compromis entre les systèmes de tradition civiliste, fermés, qui envisagent les exceptions par une liste limitative, et les systèmes de tradition *common law*, ouverts, qui les appréhendent par des clauses générales. Ainsi, après une liste —impressionnante— de limitations, l'article 5.5 de ce projet offre d'autoriser le raisonnement par analogie pour créer de nouvelles exceptions. Il s'agit précisément d'extraire du monopole les utilisations comparables à celles énumérées aux articles 5.1 à 5.4 (1), dès lors qu'elles respectent les conditions de l'exception concernée et passent avec succès le test en trois étapes. Par ailleurs, le «triple test inversé», envisagé par M. Gervais, participe de cette même logique d'ouverture. Selon lui, il y a lieu d'inverser le raisonnement en utilisant un test fondé sur les effets. Considérant que ce que l'exception n'autorise pas correspond à ce que le droit entend protéger, cet auteur propose d'utiliser l'instrument comme référence pour cerner l'étendue du droit et, partant, les limitations. Enfin, un courant doctrinal privilégie plus frontalement un *fair use* européen, sur le modèle américain.

Une deuxième approche, moins novatrice mais tout aussi intéressante, recommande de neutraliser tout simplement le test, lequel deviendrait 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 (T. Azzi). Dans la même veine, d'autres proposent encore d'en faire un simple instrument d'ajustement des exceptions aux évolutions de la société et cela, dans le sens d'une plus grande souplesse ou d'une plus grande rigueur (C. Colin).

Une troisième voie met en avant la nécessité d'une «approche globale» du test, rejetant une application cumulative des exigences, laquelle implique une lecture progressive, étape par étape. C'est le point de vue défendu par la «Déclaration en vue d'une interprétation du «test des trois étapes» respectant les équilibres du droit d'auteur», signée en juillet 2008 à Munich (d'où son appellation parfois de «Déclaration de Munich») par un certain nombre d'universitaires européens.

Enfin, on peut identifier une quatrième et dernière proposition, celle privilégiant une approche normative du triple test, qui requiert de s'interroger sur le fondement de l'exception. Cette voie, écartée par le Groupe spécial de l'OMC dans son rapport du 15 juin 2000 rendu dans le cadre d'un différend qui opposait les Communautés européennes aux Etats-Unis, est cependant recommandée par une partie de la doctrine (M. Buydens). Il s'agit ici, en quelque sorte, de hiérarchiser les intérêts. En effet, il ne serait pas admissible qu'une application

du triple test conduise à rejeter une exception d'ordre public. L'approche normative permet dès lors d'éviter cette mise à l'écart.

Ces propositions, restées pour l'heure à l'état doctrinal, conduisent à s'interroger sur de nombreux points: les approches d'ouverture remplissent-elles vraiment la première étape du cas spécial? Doit-on reconsidérer la nature de l'instrument pour un faire non plus un filtre supplémentaire, mais un simple guide d'interprétation? Faut-il fusionner les étapes ou les neutraliser dans certaines circonstances? Il n'est pas assuré que les solutions suggérées règlent toutes les incertitudes, d'autant des réticences existent. En ce sens, si les raisons de ces propositions sont de lever l'insécurité juridique, il n'est pas assuré que l'objectif serait atteint. Et en tout état de cause, là ne semble pas être la voie législative annoncée.

2. LES PROPOSITIONS LÉGISLATIVES RELATIVES AUX EXCEPTIONS

Le 24 mai 2011, la Commission européenne a dévoilé sa stratégie pour les prochaines années en matière de propriété intellectuelle. Dans sa Communication «Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle», elle suggère la création d'un Code européen du droit d'auteur, qui reprendrait le *corpus* existant et permettrait d'«actualiser» et d'«harmoniser» les exceptions prévues par la directive 2001/29/CE. L'idée est lancée: en quelques lignes à peine, la Commission notifie sa volonté de «clarifier (...) la portée des exceptions et limitations [aux] droits» exclusifs. Elle envisage d'ailleurs la publication d'un rapport en 2012, sur la question de savoir si la directive en question doit être modifiée. Autant dire qu'elle annonce une modification prochaine du texte concerné, et sur les exceptions qui plus est. Les choses auraient pu être dites plus clairement. Un mot sur le contexte de ce vent de réforme, qui explique peut-être cette retenue verbale: l'environnement numérique, comme l'indique la Commission, implique des ajustements législatifs. Pourtant, seules les directives relatives à la propriété intellectuelle —la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004, dite «respect des droits», et la directive «société de l'information»— devraient être modifiées, pendant que la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, sur le commerce électronique, restera inchangée. Le mouvement est symptomatique.

Cela étant, à s'intéresser précisément aux évolutions liées aux exceptions et limitations de la directive «société de l'information», plusieurs voies sont possibles. On peut imaginer —mais sans y croire vraiment— que le législateur européen revoit sa copie en intervenant sur le triple test. Quelques pistes ont précédemment été explorées sur le sujet. On peut surtout penser que la prise de conscience de l'échec de l'harmonisation sur le terrain des exceptions est réelle et que le législateur européen aura la volonté d'y remédier. C'est en tous cas le sentiment qui se dégage implicitement des quelques phrases concernées de la Communication du 24 mai dernier.

Retenant ce point de vue, plusieurs questions se posent encore. Va-t-on, par des actions ciblées, compléter l'existant ou préférera-t-on au contraire le préciser de manière plus générale pour aboutir à une réelle harmonisation? Deux voies peuvent donc être explorées, sans qu'elles soient exclusives l'une de l'autre.

Scénario de modifications ponctuelles. D'abord, dans une démarche de retouches ponctuelles de l'existant, l'actualisation de la liste nécessitera-t-elle de revoir les conditions de certaines exceptions? On songe ici par exemple à l'exception technique transitoire ou encore à celle de copie privée pour laquelle la question de la qualité de la source pourrait être expressément explicitée. Sera-t-il demandé de supprimer certaines limitations et, dans cette éventualité, en fonction de quel critère? Celui de la rareté au sein des Etats membres, celui de l'intérêt sous-jacent? Doit-on par ailleurs envisager la création de nouvelles exceptions et, le cas échéant, lesquelles? Sans doute pas pour les œuvres orphelines, puisque c'est la voie de la reconnaissance mutuelle du statut qui semble être privilégiée, et pour certaines utilisations seulement (proposition de directive, 24 mai 2011). Mais doit-on s'attendre à une exception nouvelle en faveur des «œuvres transformatives» pour les contenus générés par les utilisateurs du Web 2.0 (les fameux «UGC», pour *User Generated Content*), comme l'avait suggéré la Commission européenne dans son Livre vert sur «Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance», reprenant l'une des pistes formulées par le rapport Gowers sur ce point? L'institution avait dans un deuxième temps fait machine arrière après les résultats de la consultation ouverte à propos du Livre vert, puisque dans sa Communication «Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance», elle avait admis que le débat était sans doute «prématuré». Cela étant, dans sa Communication du 24 mai dernier, elle revient sur la question, signe que le débat n'est pas clos. Elle semble cependant orienter la discussion dans le sens d'une simplification de l'autorisation (par une gestion collective obligatoire?) plutôt que dans celui d'une exception (qui risquerait fort d'ailleurs de ne pas passer le triple test).

Scénario de modifications majeures. Ensuite, adoptant une démarche plus globale, dans le but d'aboutir à une réelle harmonisation, il conviendra de trancher des questions plus générales. Notamment, faut-il rendre les exceptions —ou certaines exceptions— obligatoires? Et en cas de réponse positive, sur la base de quelle justification? S'il s'agit de mettre en avant l'argument économique —éviter les distorsions de concurrence en particulier—, la condition sera toujours remplie, ou presque, et il faudra alors accepter une liste exhaustive *et* obligatoire d'exceptions. S'il s'agit au contraire de fonder le caractère impératif sur la finalité sociale de la limitation, une réelle scission pourra s'opérer entre des exceptions facultatives, qui satisfont des intérêts particuliers, et des exceptions obligatoires, qui satisfont l'intérêt général, encore que, comme on l'a évoqué, la notion d'intérêt général demeure subjective, sinon instrumentalisée. On pourrait aussi imaginer que certaines exceptions deviennent obligatoires parce qu'elles sont incontestées. C'est précisément l'idée du Comité permanent

du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI, qui a pour projet d'imposer une exception en faveur des déficients visuels. La question était à l'ordre du jour de la 22^e session qui s'est déroulée à Genève en juin 2011. Sur ce point, il ne s'agit pas ici de contester la légitimité de l'accès à la culture à des personnes ainsi diminuées. On peut juste mentionner que c'est à partir de la décision du législateur français de transposer dans la loi «DADVSI» l'exception en faveur des personnes handicapées que les demandes de reconnaissance d'autres exceptions ont fleuri, avec le résultat que l'on connaît en termes de multiplication. Si l'on rend obligatoire, qui plus est par un traité international —l'instrument n'est pas anodin—, l'exception en faveur des déficients visuels, pourquoi ne pas faire de même pour toutes les personnes souffrant d'un handicap qui restreint leur accès à la culture, voire pour les personnes malades ou hospitalisées? Et où placer la limite?

Par ailleurs, pour les exceptions qui resteront facultatives (s'il y en a), dans l'hypothèse où l'Etat userait de sa liberté pour transposer la disposition, cette latitude s'étend-elle au contenu ou l'Etat est-il contraint de se conformer exactement à la norme européenne? Au soutien de la première position, on peut invoquer l'adage «Qui peut le plus peut le moins». Certains auteurs de doctrine considèrent ainsi que le caractère facultatif de l'exception a pour conséquence la possibilité pour le législateur national de retenir une solution plus restrictive, voire une solution voisine. D'autres spécialistes, s'appuyant sur une logique du «tout ou rien», pensent au contraire qu'une fois la décision de transposer prise, les Etats sont liés par le contenu normatif de la disposition. La jurisprudence de la Cour de Luxembourg est en ce sens s'agissant de deux domaines harmonisés qui connaissent également des dispositions facultatives: celui de la responsabilité du fait des produits défectueux et celui des marques. Et c'est aussi ce que semble indiquer le fameux arrêt *Padawan* pour le droit d'auteur. Si c'est le cas, nombreux sont les Etats membres dont la législation n'est pas conforme...

Poursuivant le raisonnement, si le principe de l'exception est imposé —au moins pour certaines limitations— et que le contenu l'est également —cette fois pour toutes—, *quid* du régime des exceptions? Les exceptions doivent-elles être rémunérées, garanties? En fonction de quels critères exactement? Quelles exceptions *méritent* une compensation, quelles autres *justifient* une protection?

On le voit, les questions sont nombreuses et elles impliquent de mener une réflexion de fond. Notamment, il conviendra en amont de se mettre d'accord sur les équilibres voulus, sur les intérêts privilégiés, car le pouvoir du législateur et du juge internes risque fort d'être ensuite assez marginal, voire de se limiter à un simple rôle de figuration. Les acteurs principaux seront désormais européens et le respect des traditions sera alors bien vite oublié. C'est sans doute là que siège le véritable changement de paradigme, celui que pourtant on omet souvent de relever. Si nous voulons, nous aussi, participer au court-métrage des exceptions au droit d'auteur, il nous faudra intervenir dans le processus démocratique de

consultations, annoncé par la Commission. Dans cette conception dialogique du droit qui semble aujourd'hui privilégiée au sein de l'Union, sortir des enceintes universitaires, répondre aux demandes européennes, faire connaître ses points de vue, défendre sa vision du droit seront essentiels.

Le droit d'auteur est à la croisée des chemins. On cherche à libérer la société numérique de son emprise jugée trop forte et, à cette fin, les exceptions sont le moyen idéal. Mais il faut prendre garde au mélange des genres: si les exceptions deviennent le principe et le monopole l'exception, il ne restera plus grand-chose du droit d'auteur.

«Il est quelquefois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare, et lorsqu'il arrive, il ne faut y toucher que d'une main tremblante», écrivait Montesquieu dans ses *Lettres persanes* au 18^e siècle. Espérons que le législateur européen est suffisamment féru de littérature française pour entendre ce conseil.