

LA LOI FRANÇAISE DU 1^{ER} AOÛT 2006 RELATIVE AU DROIT D'AUTEUR ET AUX DROITS VOISINS DANS LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

por Agnès LUCAS-SCHLOETTER*

RESUMEN:**

Francia ha sido peor alumna aún que España, al haber tardado tres años y medio en transponer la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. La reforma del Derecho francés de la propiedad intelectual operada por la Ley de 1 de agosto de 2006, «relativa al derecho de autor y los derechos vecinos en la sociedad de la información» (Ley DADVSI), es sin embargo de gran alcance, por dos razones. De una parte, la Ley DADVSI, no se ciñe únicamente a la adaptación del Derecho de autor al entorno digital, sino que trata sobre temas tan variados como el droit de suite, el derecho de autor de los funcionarios, las modalidades de control de las sociedades de gestión colectiva o el depósito legal. De otra parte, incluso en lo que concierne al Derecho de autor en la sociedad de la información, el legislador francés no se ha contentado con transponer la Directiva del mismo nombre sino que ha innovado, regulando por ejemplo el intercambio de ficheros en redes P2P

El presente estudio se limita a comentar el primer título de la Ley DADVSI, es decir, esencialmente las disposiciones relativas a la transposición de la Directiva de la sociedad de la información. A este respecto, los puntos fuertes de la reforma pueden agruparse en torno a cinco temas principales: el derecho de distribución (1), las nuevas excepciones (2), el triple test (3), las medidas técnicas de protección (4) y el intercambio de ficheros P2P (5).

1. *Contrariamente a la casi totalidad de las legislaciones europeas, el derecho francés no consagraba ningún derecho de puesta en circulación o de distribución a favor del autor, sino un derecho llamado «de destino» de origen doctrinal, más amplio que el derecho de distribución y carente, a diferencia de este último, de vocación de agotamiento. Dado que el artículo 4 de la Directiva de la Sociedad de la Información impone a los Estados miembros el reconocimiento del derecho de distribución (apartado 1) y de su agotamiento (apartado 2), el legislador francés se*

* Docteur en droit, chargée d'enseignement à l'Université Ludwig-Maximilian de Munich (Allemagne).

** Traducido por Rafael Sánchez Aristi.

enfrentaba a la cuestión de decidir si convenía abandonar la teoría del derecho de destino, que no es unánime entre la doctrina. La solución finalmente adoptada es cuando menos sorprendente, dado que se inserta en el Código de la Propiedad Intelectual (CPI) un nuevo art. L. 122-3-1, que sienta el principio del agotamiento del derecho de distribución, sin que, por otro lado, esta prerrogativa haya sido siquiera consagrada. El Derecho francés prevé, por tanto, ahora, el agotamiento de un derecho cuya existencia no es proclamada en ningún lugar.

2. Aparte de la excepción obligatoria relativa a las reproducciones transitorias o accesorias (art. L 122-5, 6° CPI), la ley de 1 de agosto de 2006 consagra la existencia de seis nuevas excepciones al derecho de autor y a los derechos vecinos, de las cuales una, que concierne a las teledifusiones por medio de antena colectiva en un edificio (art. L. 132-20, 4° CPI), no figura en la lista cerrada de las excepciones previstas por la Directiva. En lo relativo a la nueva excepción en beneficio de los organismos que gestionan el depósito legal, ha sido introducida en el Código del Patrimonio y no en el Código de la Propiedad Intelectual, de manera que a veces ha pasado desapercibida.

Las otras cuatro nuevas excepciones se contienen todas en el artículo L. 122-5 CPI, al cual han sido añadidos nuevos apartados. Se trata en primer lugar de la excepción para atender las necesidades de la enseñanza y la investigación, llamada excepción pedagógica, consagrada ya en el Derecho francés pero de manera mucho más restrictiva de lo que la Directiva permitía. En segundo lugar, estaría la excepción en favor de las personas discapacitadas, que el legislador francés somete a condiciones más estrictas que las establecidas por la Directiva y ello con un estilo particularmente poco elegante (art. L. 122-5, 7° CPI). En tercer lugar, aparece la excepción en favor de las bibliotecas, museos y archivos, que constituye una transposición bastante fiel del art. 5.2 c) de la Directiva, salvo el círculo de beneficiarios, que no se extiende a los establecimientos de enseñanza (art. L. 122-5 8° CPI). Por último, hay que referirse a la excepción relativa a la utilización, con un fin informativo, de una obra gráfica, plástica o de arquitectura (art. L. 122-5 9° CPI). Esta última, cuya finalidad es la de permitir a los medios la reproducción o la representación libre de una obra protegida con un objetivo informativo, es una transposición parcial del artículo 5.3 c) de la Directiva y se contrapone a una polémica jurisprudencia que rechaza la aplicación de la excepción de cita en el campo de las obras artísticas.

3. La ley de 1 de agosto de 2006 ha introducido finalmente en el ordenamiento jurídico francés el test de las tres etapas –o triple

test– el cual limita la aplicación de las excepciones a ciertos casos especiales (1.ª etapa), siempre que no comporte atentado a la explotación normal de la obra (2.ª etapa), ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (3.ª etapa). El legislador francés ha considerado, en efecto, que la norma se dirige en primer lugar al juez y ha encomendado a éste la aplicación del triple test. Esta aplicación directa del triple test por el juez es criticada por la doctrina, debido a que la imprecisión de los conceptos utilizados («atentar contra la explotación normal de la obra» y «perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor») es fuente de incertidumbres y por tanto de inseguridad jurídica.

4. *Tal y como la Directiva permite, el legislador francés ha consagrado el principio de protección contra la vulneración intencionada de toda medida tecnológica eficaz. La ley francesa distingue a este respecto entre medidas tecnológicas de protección (MTP) y de información (MTI), cuyas definiciones son una transposición fiel de las disposiciones comunitarias. Nuevos delitos específicos son creados por la ley DADVSI, sancionando la elusión, la neutralización o la supresión de una MTP, por una parte, o la modificación o la supresión de una MTI, por otra parte. No obstante, son las personas que proporcionan los medios para poder vulnerar las medidas tecnológicas las más severamente sancionadas. Las vulneraciones indirectas, es decir, la provisión a otros de los dispositivos que permiten vulnerar las medidas tecnológicas son, en efecto, consideradas más graves que la elusión misma.*

Más que la protección jurídica de las medidas tecnológicas, es sobre todo su conciliación con las excepciones la que es objeto de vivos debates. El beneficio de las excepciones a los derechos de autor y a los derechos vecinos que el legislador garantiza a los usuarios, puede ser paralizado mediante la introducción de medidas tecnológicas de protección. El sistema consagrado por la Ley DADVSI reposa principalmente sobre la intervención de una Autoridad de Regulación de las Medidas Tecnológicas (ARMT) encargada de velar por la conciliación entre las excepciones y las MTP. Algunas disposiciones particulares se han previsto con respecto a la excepción de copia privada, la más discutida.

La cuestión de la interoperabilidad ha suscitado igualmente vivas polémicas en los debates que han llevado a la adopción de la Ley de 1 de agosto de 2006. Aunque la Directiva no le obligaba, el legislador francés ha decidido finalmente intervenir para garantizar que toda obra legalmente adquirida pueda ser utilizada

en cualquier soporte digital. La ley consagra la obligación de la industria de proporcionar la información esencial para tal interoperabilidad, siendo resueltos los litigios con los titulares de derechos sobre las MTP por la Autoridad de Regulación de las Medidas Tecnológicas.

5. La Ley DADVSI contiene, finalmente, una regulación del peer-to-peer, tema no tratado por la Directiva de 22 de mayo de 2001. Las expectativas de los internautas han sido defraudadas, el sistema de licencia global (legalización de los intercambios de ficheros P2P mediante el pago por el internauta de una remuneración a repartir entre los titulares de los derechos concernidos) previsto en una fase inicial, no ha sido finalmente mantenido. Igualmente, la disposición relativa a la disminución de las penas previstas para los internautas que cargan ilegalmente los ficheros en la red ha sido vetada por el Consejo Constitucional, de modo que se mantienen aplicables las penas tradicionales por infracción de derechos de autor. La única novedad de la ley de 1 de agosto de 2006 se refiere a los operadores de estos programas, respecto de los cuales se prevé una responsabilidad penal. Inspirado directamente en la jurisprudencia Grokster, el nuevo artículo L. 335-2-1 CPI sanciona con las penas previstas para la infracción de derechos de autor a aquél que proporcione a otro los medios para realizar intercambios de ficheros ilícitos en Internet.

Para terminar, cabe interrogarse sobre si la Ley de 1 de agosto de 2006 alcanza adecuadamente su objetivo de adaptar el derecho de autor al entorno digital. La autora muestra su impaciencia por conocer cómo la jurisprudencia interpreta las nuevas previsiones normativas.

SUMARIO:

I. INTRODUCTION. II. LE DROIT DE DISTRIBUTION. III. LES NOUVELLES EXCEPTIONS. 1. L'EXCEPTION DE REPRODUCTION PROVISoire. 2. L'EXCEPTION AU PROFIT DES ORGANISMES GÉRANT LE DÉPÔT LÉGAL. 3. L'EXCEPTION EN FAVEUR DES BIBLIOTHÈQUES, MUSÉES ET SERVICES D'ARCHIVES. 4. L'EXCEPTION EN FAVEUR DES HANDICAPÉS. 5. L'EXCEPTION PÉDAGOGIQUE. 6. L'EXCEPTION VISANT L'UTILISATION, DANS UN BUT D'INFORMATION, D'UNE ŒUVRE D'ART GRAPHIQUE, PLASTIQUE OU ARCHITECTURALE. IV. LE TRIPLE TEST. V. LES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION. 1. LA PROTECTION JURIDIQUE DES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION ET D'INFORMATION. 2. LA CONCILIATION ENTRE LES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION ET LES EXCEPTIONS. 3. L'INTEROPÉRABILITÉ. VI. L'ÉCHANGE DE FICHIERS DE PAIR À PAIR (P2P)

I. INTRODUCTION

La loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information¹ marque sans conteste une réforme d'envergure du droit de la propriété littéraire et artistique en France. Ce texte, long et souvent un peu abscons, n'était à l'origine conçu que comme un simple instrument de transposition de la directive dite «société de l'information», laquelle transposition aurait dû intervenir avant le 22 décembre 2002². La France, condamnée par la Cour de Luxembourg pour son retard³, a finalement été le dernier des Etats membres de l'Union européenne à transposer la directive. Or ce retard n'a pas été sans incidence sur les solutions finalement consacrées par le législateur français et sur l'ampleur de la réforme. En effet, au fur et à mesure que le temps s'écoulait, l'écart entre le texte communautaire et l'état de la technique grandissait. Les questions liées au développement massif des échanges illicites de pair à pair (P2P), quasiment inexistantes au moment de l'élaboration de la directive, se sont ainsi invitées dans le débat. Sujet extrêmement sensible sur lequel les débats parlementaires allaient largement se polariser et donner lieu à une vive confrontation, prenant souvent une tonalité passionnelle⁴. «Dès lors, de mauvaise élève de l'Europe, la France devenait pionnière et explorait, sans y être tenue, ces difficultés nouvelles. Au point que les derniers sont désormais, en vertu d'un adage connu, devenus les premiers»⁵.

La loi du 1er août 2006, non seulement transpose la directive, mais réforme également le droit français de la propriété littéraire et artistique sur des points que celle-ci n'avait pas abordés. Si les débats lors de son long processus d'adop-

¹ Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. Adopté par l'Assemblée Nationale en mars 2006 puis, après y avoir apporté quelques modifications, par le Sénat en mai 2006, le texte de loi a ensuite été transmis à la Commission mixte paritaire en juin 2006 afin d'aboutir à un texte commun. Ce texte a été adopté par l'Assemblée Nationale et le Sénat le 30 juin 2006 et a été ensuite examiné par le Conseil Constitutionnel qui a censuré certains passages (Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, JO 3 août 2006, p. 11541). La loi a été promulguée le 1^{er} août 2006, publiée au Journal officiel (n° 178) le 3 août 2006 et est entrée en vigueur le 4 août 2006.

² Art. 13.1 de la directive n° 2001-29 du 22 mai 2001 relative à l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

³ CJCE 27 janv. 2005, aff. C-59/04, Commission c/ République française, CCE 2005, comm., 65, obs. Caron.

⁴ T. Desurmont, *La transposition en France de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, RIDA oct. 2006, n° 210, 115. V. aussi C. Caron, *La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Communication-Commerce Electronique (CCE) oct. 2006, Etudes, n° 22, 8: «A propos de l'échange des fichiers sur Internet, des logiciels «libres», de l'interopérabilité, des mesures techniques et de la copie privée, on a vu certains parlementaires comparer le système du droit d'auteur à la Corée du Nord ou à l'univers liberticide du *Big Brother* de George Orwell. Les débats ont été si vifs que l'on pouvait avoir l'impression que l'avenir de l'humanité était en jeu ! Et il est possible de constater, avec tristesse, que le droit d'auteur, jadis aimé du plus grand nombre, était dorénavant considéré comme l'ennemi public n° 1 du consommateur».

⁵ P. Sirinelli, in A. Lucas & P. Sirinelli, *La loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information: premières vues sur le texte promulgué à l'issue de la censure du Conseil constitutionnel*, Propriétés Intellectuelles (PI) juil. 2006, n° 20, 297.

tion se sont en effet focalisés sur les questions relatives au droit d'auteur dans l'environnement numérique, notamment la licéité des échanges de fichiers par Internet, la loi DADVSI⁶ traite également de sujets aussi variés que le droit de suite, le droit d'auteur des fonctionnaires⁷, les modalités de contrôle des sociétés de gestion collective ou le dépôt légal. Nous nous limiterons ici à commenter le premier titre de la loi, c'est-à-dire essentiellement les dispositions portant transposition de la directive Société de l'Information, et renvoyons le lecteur aux commentaires plus exhaustifs parus en français sur l'ensemble de la loi⁸.

Le premier titre de la loi du 1^{er} août 2006 comporte 30 articles dont la plupart ont pour objet la transposition de la directive Société de l'Information en droit français. Laissant de côté les dispositions plus «anecdotiques» dans le détail desquelles il n'est pas possible d'entrer ici⁹, les points forts de la réforme peuvent être regroupés autour de cinq thèmes principaux: le droit de distribution (I), les nouvelles exceptions (II), le triple test (III), les mesures techniques de protection (IV) et les échanges de fichiers P2P (V).

II. LE DROIT DE DISTRIBUTION

Le droit français, on le sait, consacre une vision très synthétique des droits patrimoniaux reconnus à l'auteur d'une œuvre protégée. L'article L. 122-1 CPI dispose en effet que «le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction», l'article L. 122-2 définissant la notion de représentation et l'article L. 122-3 celle de reproduction. Le législateur français a donc estimé qu'une transposition expresse des articles 2 et 3 de la directive Société de l'Information relatifs à la définition et l'étendue des droits d'exploitation n'était pas nécessaire et refusé de consacrer de façon autonome, comme l'a fait son homologue allemand, un droit de mise à disposition du public, lequel est naturellement compris dans la notion de droit de représentation telle que l'entend le droit français. De même, la définition de la notion de reproduction n'a pas été modifiée pour préciser qu'elle peut être pro-

⁶ DADVSI est l'abréviation de «Droit d'Auteur et Droits Voisins dans la Société de l'Information». Seul le Titre Ier, certes le plus long, est consacré à la transposition de la directive (Art. 1 à 30 de la loi). Le titre II est relatif au droit d'auteur des fonctionnaires (Art. 31 à 33), le titre III aux sociétés de gestion collective (Art. 34 à 38), le titre IV au dépôt légal (Art. 39 à 47), tandis que le titre V intitulé «Dispositions diverses» comporte un article portant transposition de la directive du 27 septembre 2006 relative au droit de suite (Art. 48) et quatre autres dispositions concernant les modalités d'application de la loi, notamment des dispositions de droit transitoire.

⁷ Pour un commentaire de la réforme du droit d'auteur des fonctionnaires, v. A. Lucas-Schloetter, *La création salariée et le droit contractuel d'auteur. Etude de droit comparé*, Revista de propiedad intelectual 2005, n° 21, p 15 à 79, spéc. pp. 45-55.

⁸ V. notamment C. Caron, préc. note 4, pp. 8-13.-A. Lucas & P. Sirinelli, préc. note 5, PI juil. 2006, n° 20, pp. 297-339. - F. Pollaud-Dulian, Revue Trimestrielle de Droit Commercial (RTD com.) 2006, 779-814.

⁹ Il s'agit notamment du nouvel art. L. 122-7-1 CPI selon lequel «l'auteur peut mettre gratuitement ses œuvres à la disposition du public», de l'art. L. 211-4 CPI où le point de départ de la durée de protection en matière de droits voisins a été modifié, de l'art. L. 214-1 CPI à propos duquel le domaine de la licence légale consacrée par cette disposition a été étendu.

visoire ou permanente (comme le mentionne l'article 2 de la directive), le législateur français ayant considéré que la définition extensive de l'article L. 122-3 rendait la précision superflue.

La question se posait néanmoins de savoir s'il pouvait en être de même avec le droit de distribution que l'article 4 de la directive impose aux Etats membres de reconnaître. Contrairement à la quasi-totalité des législations nationales, le droit français ne consacre pas de droit de mise en circulation ou de distribution au profit de l'auteur. A la place, la doctrine s'est employée à définir les contours d'un droit dit de destination, qui n'est pas expressément mentionné dans la loi, mais dont l'existence en droit français est admise par une jurisprudence et une doctrine (encore?) majoritaires¹⁰. Selon la théorie du droit de destination, dont la paternité peut être attribuée au belge Gotzen, «les auteurs ont le pouvoir d'interdire à leurs cocontractants comme à tout acquéreur ultérieur une ou plusieurs formes d'utilisation déterminées des exemplaires de l'œuvre»¹¹. Le droit de destination, qui permettrait ainsi de façon générale à l'auteur de contrôler les modalités de la commercialisation des exemplaires de son œuvre et par la suite les usages qu'en font les acquéreurs ou détenteurs¹², est donc plus large que le droit de distribution et n'a pas, contrairement à ce dernier, vocation à s'épuiser. Il inclurait notamment un droit de location, motif invoqué par le législateur français pour refuser la consécration expresse de cette prérogative lors de la transposition de la directive du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt.

S'agissant des relations entre droit de distribution et droit de destination, la question de savoir s'il fallait consacrer expressément le premier ou si l'existence du second permettait de s'abstenir s'était déjà posée au législateur français lors de la transposition de la directive du 11 mars 1996 relative aux bases de données¹³. Là encore, la solution retenue a été celle de l'abstention, au motif que le droit de distribution était un démembrement du droit de reproduction¹⁴. Le problème se présentait en des termes identiques à propos de la transposition de la directive Société de l'Information dont l'article 4.1 impose aux Etats membres de reconnaître aux auteurs le «droit exclusif d'autoriser ou d'interdi-

¹⁰ V. notamment F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination. Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ 1989. Pour une critique de la théorie du droit de destination, v. A. & H-J Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e ed. Litec 2006, n° 256 s.-S. Dusollier, *Le droit de destination: une espèce franco-belge vouée à la disparition*, PI juil. 2006, n° 20, 281 s.

¹¹ F. Gotzen, *Het bestemmingsrecht van de auteur*, Bruxelles, Larcier 1975, p. 397.

¹² V. aussi P. Sirinelli, *Propriété Littéraire et Artistique*, 2^e ed. Dalloz 2004, p. 84: «Il s'agit de la possibilité pour un auteur de contrôler l'utilisation secondaire d'une œuvre ou de l'exemplaire reproduit, pour lesquels l'autorisation de reproduction a pourtant été régulièrement accordée. C'est donc le droit pour l'auteur de limiter l'usage que les tiers peuvent faire des exemplaires de son œuvre, même si ces personnes se les sont procurés licitement».

¹³ Dont l'article 5 c) dispose que «l'auteur d'une base de données bénéficiaire (...) du droit exclusif de faire ou d'autoriser (...) toute forme de distribution au public de la base ou de ses copies. La première vente d'une copie d'une base de données dans la Communauté par le titulaire du droit, ou avec son consentement, épuise le droit de contrôler la revente de cette copie dans la Communauté ».

¹⁴ A. & H-J Lucas, préc. note 10, n° 252.

re toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci», tandis que l'article 4.2 prévoit l'épuisement de ce droit de distribution «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».

Après maintes tergiversations, le législateur français a finalement décidé d'intervenir, mais l'a fait de façon surprenante: un nouvel article L. 122-3-1 est inséré dans le Code de la Propriété Intellectuelle dans le chapitre relatif aux «droits patrimoniaux»¹⁵, après la définition du droit de reproduction, aux termes duquel: «Dès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une œuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants-droit sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite dans les Etats membres de la Communauté européenne ou les Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen»¹⁶. Il s'agit donc ici d'une consécration expresse du principe de l'épuisement du droit de distribution, sans que cette prérogative soit néanmoins ouvertement reconnue aux auteurs. Solution étonnante qui consiste à énoncer l'épuisement d'un droit dont l'existence n'est pas formellement proclamée!¹⁷ «Il ne fait aucun doute que le texte vise à perpétuer en droit français la doctrine du droit de destination»¹⁸. Il aurait néanmoins été plus judicieux de se prononcer expressément sur l'articulation entre droit de distribution et droit de destination¹⁹.

S'agissant des modalités de l'épuisement du droit de distribution tel que le consacre la loi du 1er août 2006, il est permis d'émettre quelques doutes quant à la conformité de la transposition. Certes, l'omission, dans le texte français, de l'expression «ou autre transfert de propriété «que l'article 4.2 de la directive associe au terme de «première vente» pour définir l'évènement qui déclenche l'épuisement est sans doute sans conséquence. Il n'est pas certain en revanche

¹⁵ Le projet de loi prévoyait d'introduire la disposition, qui aurait été l'article L. 131-9 CPI, dans le titre relatif à l'«Exploitation des droits», à la fin du chapitre consacré aux «Dispositions générales». Le Sénat a heureusement redressé l'erreur. V. A. Lucas, *Le droit de distribution et son épuisement*, CCE nov. 2006, Etudes, n° 25, 7: «il s'agit bel et bien de définir le périmètre du droit d'auteur (plus précisément, dans l'analyse retenue, du droit de reproduction). La logique imposait, dès lors, d'aborder la question dans le chapitre consacré aux droits patrimoniaux, solution finalement retenue».

¹⁶ La disposition est reprise textuellement à l'article L. 211-6 pour les droits voisins

¹⁷ P. Sirinelli, préc. note 5, 303.

¹⁸ A. & H-J Lucas, préc. note 10, n° 255.

¹⁹ V. A. Lucas, préc. note 15, 8: «Il aurait fallu expliquer comment ce droit de distribution qui n'ose même pas dire son nom (parce que sa consécration expresse risque de ruiner le principe même de la doctrine du droit de destination) s'articule avec le droit de destination que par ailleurs on prétend conserver. Dire, par exemple, qu'il est une composante du droit de destination, ou, si on se refuse vraiment à le nommer ..., du droit de reproduction. Il aurait fallu aussi préciser quels sont les autres attributs du droit de destination qui ne sont pas concernés par l'épuisement, par exemple en laissant subsister la possibilité pour l'auteur de restreindre l'usage matériel des exemplaires».

qu'il en soit de même en ce qui concerne les actes que l'auteur ne peut plus interdire lorsque l'épuisement intervient: alors que le texte communautaire vise «toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement», l'article L. 122-3-1 CPI ne fait en effet référence qu'à «la vente».

III. LES NOUVELLES EXCEPTIONS

Le projet de loi établi à l'origine par le Gouvernement ne prévoyait que trois exceptions communes au droit d'auteur et aux droits voisins: l'exception obligatoire relative aux fixations transitoires ou accessoires, une exception en faveur des personnes handicapées et une exception au profit des organismes gérant le dépôt légal. Le texte s'est finalement enrichi au fil du processus parlementaire de trois autres exceptions qui ont donné lieu à de vifs débats: l'exception pédagogique, l'exception en faveur des bibliothèques, musées et services d'archives, et celle prévue, en cas d'utilisation dans un but d'information d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale.

Avant d'examiner chacune de ces six nouvelles exceptions, il convient d'évoquer la consécration, par la loi du 1^{er} août 2006, d'une disposition relative à la télédiffusion par le biais d'une antenne collective dans une copropriété. Il s'agit en effet ni plus ni moins d'une nouvelle exception qui ne dit pas son nom et dont on peut se demander si elle est conforme à la directive Société de l'Information dans la mesure où elle ne figure pas dans la liste limitative des exceptions prévues à l'article 5. Un nouvel alinéa a été ajouté à l'article L. 132-20 CPI qui revient sur une jurisprudence récente de la Cour de cassation selon laquelle l'installation par un syndicat de copropriétaires d'une antenne de télévision collective permettant la réception de programmes par voie hertzienne ou satellitaire est subordonnée à l'obtention d'une autorisation et au paiement d'une redevance²⁰. Une telle télédiffusion est désormais soustraite au droit exclusif de l'auteur et des titulaires de droits voisins²¹, à condition cependant qu'il s'agisse d'immeubles d'habitation et que l'opération n'ait pas de but commercial²². La précision supplémentaire que l'antenne collective ne serve qu'à permettre la «réception des télédiffusions par voie hertzienne normalement reçues dans la zone» où se situe l'immeuble est en revanche critiquable puisqu'elle opère une distinction, que la jurisprudence précitée de la Cour de cassation ne faisait pas et qui n'apparaît pas justifiée, selon que la réception se fait par voie hertzienne ou satellitaire²³.

²⁰ Cass. civ. 1^{er} mars 2005, PI avril 2005, n° 15, 160.

²¹ L'article L. 216-2 CPI consacre, pour les droits voisins, la solution retenue par l'article L. 132-20 4° CPI pour le droit d'auteur.

²² T. Desurmont, préc. note 4, 133: «Cette (disposition) ne devrait pas avoir d'incidences pratiques importantes. (...) Le législateur n'a (en effet) visé que le cas des retransmissions effectuées au domicile des particuliers et exclu expressément toute distribution à des fins commerciales, cette double précision rendant l'exception inapplicable par exemple dans le cas des hôtels, cliniques, résidences de vacances, gîtes ruraux».

²³ Comp. F. Pollaud-Dulian, préc. note 8, 806, qui semble se féliciter de l'exclusion des retransmissions par satellite: «L'exception est encadrée d'une façon particulièrement détaillée, qui devrait éviter qu'elle ne puisse causer de torts aux ayants droit».

1. L'EXCEPTION DE REPRODUCTION PROVISOIRE

Seule exception obligatoire de la directive, l'exception relative aux actes de reproduction provisoires (art. 5.1) a été transposée très fidèlement en droit français à l'article L. 122-5, 6° CPI²⁴. Dans les mêmes termes que la directive, la loi du 1^{er} août 2006 limite la portée de l'exception aux reproductions «présentant un caractère transitoire ou accessoire» et exige que la reproduction soit «une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique», c'est-à-dire que les copies ne soient pas réalisées pour elles-mêmes, mais comme une étape dans un processus technique de communication²⁵. De même, tout comme le législateur communautaire mais en des termes légèrement différents, le législateur français soumet la mise en œuvre de l'exception à la condition que la reproduction provisoire n'ait pas de «valeur économique propre». La seule spécificité française réside dans l'exclusion expresse des logiciels et bases de données du champ d'application de l'exception. La solution trouve sa justification dans le 20^e considérant de la directive²⁶, mais a été critiquée au motif que, les réseaux ne fonctionnant pas sans logiciel ni bases, le résultat est qu'ainsi le texte est entièrement vidé de sa substance²⁷.

2. L'EXCEPTION AU PROFIT DES ORGANISMES GÉRANT LE DÉPÔT LÉGAL

L'exception au profit des organismes gérant le dépôt légal introduite par la loi du 1^{er} août 2006 est généralement passée sous silence dans les commentaires, sans doute parce qu'elle y figure, non pas dans le titre I relatif aux dispositions transposant la directive, mais dans le titre IV relatif au dépôt légal, et parce que la disposition a été insérée, non pas dans le Code de la propriété intellectuelle, mais dans le Code du patrimoine²⁸. Il s'agit pourtant bien d'une exception nouvelle et ce, tant au droit d'auteur qu'aux droits voisins et au droit *sui generis* des producteurs de bases de données. La disposition vise

²⁴ L'article L. 211-3 CPI étend la solution dans les mêmes termes aux droits voisins.

²⁵ A. Lucas, préc. note 5, PI juil. 2006, n° 20, 309.

²⁶ V. le 20^e considérant de la directive *in fine*: «Les dispositions de la présente directive doivent s'appliquer sans préjudice des dispositions desdites directives (notamment celle de 1991 relative aux programmes d'ordinateur et celle de 1996 relative aux bases de données), sauf si la présente directive en dispose autrement ». V. aussi l'article 1.2 de la directive Société de l'Information: «Sauf dans les cas visés à l'article 11, la présente directive laisse intactes et n'affecte en aucune façon les dispositions communautaires existantes concernant (a) la protection juridique des programmes d'ordinateur; (...); (e) la protection juridique des bases de données».

²⁷ M. Vivant, *Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1er août 2006*, D. 2006, 2160. V. dans le même sens P. Sirinelli, *La transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. La situation en France. Etat des lieux*, PI 2005, n° 15, 132: «L'exception est donc vidée de son contenu par la réserve qui est indiquée». – A. Lucas, préc. note 5, PI juil. 2006, n° 20, 309: «le problème le plus épineux est que les contenus diffusés sur Internet incluent souvent, de façon indissociable, des programmes ainsi que des éléments relevant de la définition très compréhensive de la base de données, de sorte que la différence de traitement est bien difficile, pour ne pas dire impossible, à mettre en œuvre».

²⁸ Pour une critique de cette solution, v. A. Lucas, préc. note 5, PI juil. 2006, n° 20, 311: «On peut seulement regretter que l'exception n'ait pas été incluse dans le Code de la propriété intellectuelle, ce qui aurait été de meilleure méthode, notamment dans un souci de lisibilité».

à régler les problèmes soulevés par la mise en œuvre du dépôt légal au regard du droit d'auteur, non seulement quant à la consultation par les chercheurs des œuvres déposées, mais aussi quant aux reproductions nécessaires à l'accomplissement de la mission des organismes depositaires. Les exemplaires déposés doivent en effet être conservés dans un état qui en permette la communication effective au fil du temps, ce qui implique souvent un changement de support, notamment lorsque le support initial est devenu obsolète car il n'existe plus de moyen de lecture. C'est à ces préoccupations que veut répondre l'article 42 de la loi du 1^{er} août 2006 qui donne une nouvelle rédaction à l'article L. 132-4 du Code du patrimoine. Selon cette disposition, l'auteur ne peut interdire aux organismes depositaires, d'une part «la consultation de l'œuvre sur place par des chercheurs dûment accrédités par chaque organisme depositaire sur des postes individuels de consultation dont l'usage est exclusivement réservé à ces chercheurs» (1^o)²⁹, d'autre part «la reproduction d'une œuvre, sur tout support et par tout procédé, lorsque cette reproduction est nécessaire à la collecte, à la conservation et à la consultation sur place dans les conditions prévues au 1^o» (2^o). Cette dernière disposition peut être considérée comme une transposition de l'article 5.2 c) de la directive³⁰, mais ne bénéficie qu'aux organismes investis de la mission de gérer le dépôt légal, contrairement à la nouvelle exception de l'article L. 122-5-8^o CPI en faveur des bibliothèques, musées et services d'archives.

3. L'EXCEPTION EN FAVEUR DES BIBLIOTHÈQUES, MUSÉES ET SERVICES D'ARCHIVES

Contrairement à l'exception précédente dont l'adoption n'a soulevé aucune opposition de la part des titulaires de droits, la nouvelle exception en faveur des bibliothèques, musées et services d'archives ne figurait pas dans le projet de loi du gouvernement et n'a été adoptée qu'*in extremis*. Comme l'exception précédente en matière de dépôt légal, cette nouvelle exception est la transposition de l'article 5.2 c) de la directive Société de l'Information, dont la portée est néanmoins plus limitée. Le nouvel article L. 122-5-8^o CPI fait en effet échapper au droit exclusif «la reproduction d'une œuvre, effectuées à des fins de conservation ou destinée à préserver les conditions de sa consultation sur place par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial». Le cercle des bénéficiaires de l'exception est donc plus restreint que celui de la directive qui mentionnait également les «établissements

²⁹ Cet alinéa est une transposition partielle de l'article 5.3 n) de la directive Société de l'Information visant «l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux «des bibliothèques, établissements d'enseignement, musées et archives, «d'œuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence».

³⁰ L'article 5.2 c) de la directive Société de l'Information vise «les actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique, direct ou indirect».

sements d'enseignement» entre les bibliothèques et les musées. Pour le reste, la transposition est fidèle. La disposition n'en a pas moins été critiquée en ce qu'elle est «bien vague et assez dangereuse pour les titulaires de droits»³¹.

4. L'EXCEPTION EN FAVEUR DES HANDICAPÉS

Comme son homologue allemand, le législateur français a utilisé la possibilité offerte par la directive d'introduire une exception catégorielle en faveur des personnes handicapées. La solution figurait dès le départ dans le projet de loi du gouvernement et a été qualifiée par le ministre de la Culture de «priorité nationale», l'accès aux œuvres étant pour les handicapés un «facteur clé d'intégration»³². Contrairement à la disposition correspondante de la directive, quelque peu laconique³³, le nouvel article L. 122-5 7° CPI est d'un «pointillisme extravagant»³⁴ et la longueur de ses trois alinéas rend toute citation fastidieuse. Contrairement à l'exception en faveur des bibliothèques, musées et archives, l'exception en faveur des handicapés concerne aussi bien le droit de reproduction que le droit de représentation. Sa mise en œuvre est subordonnée à la condition que la reproduction ou la représentation soit effectuée «à des fins non lucratives», «dans la mesure requise par le handicap» et «en vue d'une consultation strictement personnelle de l'œuvre» par les personnes handicapées, toutes conditions qui figurent également dans le texte communautaire. Des conditions supplémentaires sont en revanche posées quant à la nature et au niveau du handicap susceptible de justifier l'application de l'exception, dans un style peu élégant, rendant la disposition quasiment illisible³⁵. Deux particularités de la loi française doivent cependant être mentionnées à propos de cette exception. Tout d'abord, elle n'est pas ouverte directement aux handicapés eux-mêmes, même s'ils en sont les bénéficiaires finals, mais aux personnes morales et établissements sans but lucratif³⁶ susceptibles de mettre des œuvres protégées à disposition de personnes

³¹ P-Y Gautier, *L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancés par le test des trois étapes*, CCE nov. 2006, Etudes, n° 26, 10: «Entendu pour la conservation, encore qu'il ne soit pas interdit de racheter des supports matériels. En revanche, on ne voit pas pourquoi l'exception devrait aider à poursuivre la consultation sur place, acte de communication publique et de prêt *intra muros*, sauf à ce que le droit de prêt soit dûment exercé à ce titre, lequel ne se trouve cependant pas réservé par le texte. (...) Le texte reste également muet sur le nombre d'exemplaires qui peuvent être reproduits (...), ou sur les catégories d'œuvres (toutes?) ou sur les formes que prendra la reproduction, selon qu'elle est opérée sur un support physique ou par voie numérique. Bref, cette exception est bien vague et assez dangereuse pour les titulaires de droits. Il est regrettable qu'elle soit passée, sans que toutes ces questions aient été posées ni résolues».

³² Ass. Nat., séance du 7 mars 2006.

³³ Art. 5.3 b) directive Société de l'Information: «lorsqu'il s'agit d'utilisations au bénéfice de personnes affectées d'un handicap qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap».

³⁴ M. Vivant, préc. note 27, 2161.

³⁵ Comp. M. Vivant, *ibid.*: «le texte français se perd dans un foisonnement de détails et de prescriptions qui (...) semble bien n'avoir d'autre objet que de cantonner au plus strict le jeu de la nouvelle exception».

³⁶ L'article 122-5 7° parle des «établissements ouverts au public, tels que bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédia».

handicapées. En outre, contrairement à la solution retenue par exemple en droit allemand (§ 45a Abs. 2 UrhG), l'exception au bénéfice des personnes handicapées ne donne pas lieu à une rémunération équitable au profit des ayants droit.

5. L'EXCEPTION PÉDAGOGIQUE

L'exception pour les besoins de l'enseignement et de la recherche, dite exception pédagogique, est sans doute celle qui a fait le plus couler d'encre. Le Code de la propriété intellectuelle français ne contenait aucune exception dans ce domaine, et cette lacune était critiquée par certains auteurs. L'adoption de la directive Société de l'Information avait relancé le débat, dont l'article 5.3 a) autorise les Etats membres à déroger aux droits de reproduction et de représentation «lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche scientifique (...) dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi». Pourtant, le projet de loi initial de transposition de la directive ne contenait aucune disposition en ce sens et le gouvernement s'était expressément opposé, en décembre 2005, à une transposition en droit français de l'article 5.3 a) de la directive³⁷. Selon ce dernier, il convenait plutôt d'encourager la conclusion d'accords spécifiques entre les ayants droit et le ministère de l'Education nationale qui prendraient en compte les besoins propres de l'enseignement et de la recherche. Une déclaration commune avait été adoptée en ce sens en janvier 2005 par les ministres de l'Education nationale et de la Culture et des accords avaient effectivement été conclus à la fin de l'année 2005, après de longues négociations entre les différentes catégories d'ayants droit et le ministre de l'Education nationale³⁸. Le Sénat, puis la commission mixte paritaire ayant néanmoins considéré que ces accords n'étaient «pas pleinement satisfaisants», l'introduction d'une exception au droit d'auteur et aux droits voisins pour les besoins de l'enseignement et de la recherche fut finalement décidée et figure désormais à l'article L. 122-5 3° e) CPI³⁹. Cette disposition ne s'appliquera cependant qu'à compter du 1^{er} janvier 2009, afin que les accords intervenus puissent s'appliquer jusqu'à leur terme⁴⁰.

L'exception pédagogique désormais consacrée en droit français l'est de façon

³⁷ V. l'intervention du ministre de la Culture, JOAN CR 21 déc. 2005, p. 8635. V. aussi le Rapport fait à l'Assemblée nationale sur le projet de loi DADVSI n° 2349 du 1^{er} juin 2005, dit rapport Vaneste, accessible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2349.asp>, p. 47, selon lequel «l'introduction d'une telle exception paraît toutefois difficilement compatible avec l'exigence de maintenir l'équilibre nécessaire à la rentabilisation des investissements indispensables pour permettre aux œuvres elles-mêmes de voir le jour».

³⁸ T. Desurmont, préc. note 4, 125.

³⁹ L'exception pédagogique s'applique aussi aux droits voisins (art. L. 211-3 3° CPI) et au droit *sui generis* des producteurs de bases de données (art. L. 342-3 4° CPI).

⁴⁰ C. Alleaume, *Les exceptions de pédagogie et de recherche*, CCE nov. 2006, n° 27, 14: «Les dispositions légales nouvelles étant incompatibles avec les dispositions contractuelles en cours, qui n'avaient pourtant que deux mois d'existence au moment du vote de la loi (!), il a été décidé de les maintenir jusqu'à leur terme, fin 2008, afin que le Gouvernement ne donne pas l'impression de revenir sur sa parole quelques jours seulement après l'avoir donnée - d'autant qu'il avait fallu plus de deux années d'âpres discussions pour obtenir ces accords».

beaucoup plus restrictive que ne le permettait la directive. Seule est d'abord autorisée l'utilisation⁴¹ «d'extraits d'œuvres»⁴², alors que l'article 5.3 a) de la directive permet d'étendre l'exception à une œuvre toute entière. Certaines œuvres sont ensuite expressément exclues du champ d'application de l'exception. Il s'agit des «œuvres conçues à des fins pédagogiques, des partitions de musique et des œuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit». Quant à la première catégorie, son exclusion a été saluée par certains au motif qu' «user d'une telle œuvre (qui n'a pas pour fins d'illustrer un enseignement mais dont la teneur est précisément un enseignement) à des fins pédagogiques sans payer de droits à son auteur reviendrait à «pillar» purement et simplement celui-ci»⁴³. Quant au statut particulier des partitions de musique ensuite, il résulte d'un lobbying efficace qui tient compte de la fragilité de ce secteur de l'édition⁴⁴. En ce qui concerne «les œuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit» enfin, la formule n'est pas claire et les commentaires divergent quant au point de savoir ce qu'elle recouvre exactement. Il semble possible d'admettre, avec le professeur Alleaume, que sont visées toutes les œuvres numérisées, qu'elles soient reproduites sur un support matériel (DVD par exemple) ou directement créées sur réseaux, c'est-à-dire qu'on les retrouve en version papier ou pas. «L'édition numérique serait ainsi parfaitement protégée, ce qui serait justifié au regard du poids des investissements liés à la numérisation et de l'objectif affiché de la loi qui est, selon le ministre, «de garantir l'avenir de la création dans l'univers numérique»⁴⁵.

⁴¹ Contrairement au droit allemand, le droit français traite dans la même disposition à la fois de la reproduction et de la représentation à des fins d'enseignement et de recherche.

⁴² V. P-Y Gautier, préc. note 31, 9: «Ni intégralité, ni courte citation, mais «extraits». Le juge devra cerner les contours de cette catégorie juridique intermédiaire, un peu comme il l'a fait par exemple pour le droit de citation ; peut-être également la notion «d'extraction substantielle «des bases de données pourra-t-elle servir de base analogique».-A. Lebois, *Les exceptions à des fins de recherche et d'enseignement, la consécration?*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (RLDI), mars 2007, suppl. n° 25, 19: «On peut dès lors se demander ce que l'exception nouvelle apporte de plus par rapport à l'exception de citation déjà connue du droit français. On dira seulement que l'exception nouvelle est plus large car l'extrait n'a pas à être court. Elle permet ainsi d'échapper au concept de brièveté propre à l'exception de citation. Cette avancée paraît toutefois bien modeste».

⁴³ M. Vivant, préc. note 27, 2161. Comp. P-Y Gautier, préc. note 31, 9: cela «ôte à l'exception une part de son intérêt et permet de sauvegarder ce secteur, déjà menacé».-A. Lucas, préc. note 5, 312: «faveur qui frise le paradoxe ».-C. Caron, préc. note 4, 11: «Il est vrai qu'il aurait été dangereux de leur appliquer l'exception car les éditeurs auraient pu être découragés à l'idée d'éditer de telles œuvres puisque l'exception aurait pu largement paralyser leur exploitation».-C. Alleaume, préc. note 41, 15: «Le statut particulier des œuvres conçues à des fins de pédagogie a été présenté comme utile à la survivance des ouvrages visés. Quelle serait l'incitation d'écrire ou de publier des ouvrages pédagogiques si n'importe quel enseignant, utilisant un livre de cours, pouvait le photocopier à l'ensemble de l'école, dispensant la totalité des élèves et de ses collègues de l'acheter?».-A. Lebois, préc. note 42, 20: «elle est parfaitement justifiée car il s'agit de préserver l'édition scolaire et universitaire».

⁴⁴ C. Alleaume, préc. note 40, 15. V. dans le même sens M. Vivant, préc. note 27, 2161.-A. Lebois, préc. note 42, 20.

⁴⁵ C. Alleaume, préc. note 40, 15. Comp. C. Caron, préc. note 4, 11: «ce qui vise notamment les bases de données, mais aussi les œuvres destinées à être exploitées en ligne. L'exclusion est ici fondamentale et ne peut qu'encourager les éditeurs à investir dans ces domaines innovants».-A. Lucas, préc. note 5, 312: «formulation maladroite qui semble bien viser les bases de données». - A. Lebois,

La mise en œuvre de l'exception pédagogique est ensuite subordonnée à la condition que l'œuvre soit utilisée «à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche», ce qui implique «que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée (soit) composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés». Sont ainsi utilisés deux critères, qualitatif (le public) et quantitatif (une part significative), ces conditions étant cumulatives⁴⁶. Le mot «majoritairement» a été préféré à «strictement» de façon à ce que les colloques, forums et autres conférences bénéficient de l'exception⁴⁷. Peu confiant sur l'aptitude des juges à interpréter la finalité pédagogique, le législateur a expressément exclu du champ d'application de l'exception les utilisations d'œuvres «à des fins récréatives ou ludiques»⁴⁸.

Enfin, les conséquences économiques de l'exception pédagogique ont été prises en compte lors de la rédaction du nouvel article L. 122-5 3° e) CPI, puisque ce dernier, non seulement interdit toute «exploitation commerciale» de l'utilisation des œuvres ainsi réalisée⁴⁹, mais impose également, contrairement à la directive, une compensation sous la forme d'une «rémunération négociée sur une base forfaitaire», laquelle rémunération devra être articulée avec le droit de reprographie expressément réservé⁵⁰. L'exception pédagogique constitue donc en réalité une licence légale, mais d'un genre un peu particulier. En effet, les régimes de licence légale prévoient généralement que la rémunération est fixée par un tiers, par exemple par une commission comme le prévoit l'article L. 311-5 CPI pour la copie privée. Ici, on peut se demander avec Mr. Desurmont comment la compensation prévue sera fixée. Les ayants droit seront-ils fondés à considérer que tant qu'un accord n'est pas intervenu, les utilisations prévues par l'exception demeurent interdites, ce qui serait une façon détournée de réinstaurer le droit exclusif?⁵¹

préc. note 42, 20: «La formulation est un peu obscure mais on peut penser que cela vise les écrits destinés à être exploités en ligne, ceux qui sont initialement publiés pour un médium numérique (type CD Rom, livres numériques, bases de données électroniques)».

⁴⁶ P-Y Gautier, préc. note 31, 9.

⁴⁷ C. Alleaume, préc. note 40, 16.

⁴⁸ V. le commentaire de M. Vivant, préc. note 27, 2161: «Qu'est-ce que cette exclusion de toute activité ludique ou récréative? (...) Est-ce à dire que seul un enseignement fermement ennuyeux pourra bénéficier de l'exception légale? Rien de ludique en pédagogie?».

⁴⁹ A. Lebois, préc. note 42, 21: «La précision intéresse ici l'enseignant ou le chercheur qui publie un ouvrage. Bénéficie-t-il de l'exception nouvelle ou doit-on considérer que la publication d'un ouvrage (manuel, thèse...) a un but commercial et que le chercheur ou l'enseignant qui fait ce choix reste soumis au droit exclusif sauf à invoquer l'exception de courte citation? Et celui dont l'article est publié dans une revue scientifique? Difficile de répondre avec certitude à ces questions».

⁵⁰ V. l'art. L. 122-5 3° e) *in fine*: «sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10».

⁵¹ T. Desurmont, préc. note 4. 127. V. aussi très pessimiste M. Vivant, préc. note 27, 2161: «Sachant que l'enseignement français est doté des budgets les plus dérisoires qui soient, point n'est besoin d'aller plus loin. Les fonds manqueront et l'exception pourra rester un faux-semblant».

6. L'EXCEPTION VISANT L'UTILISATION, DANS UN BUT D'INFORMATION, D'UNE ŒUVRE D'ART GRAPHIQUE, PLASTIQUE OU ARCHITECTURALE

La loi du 1^{er} août 2006 introduit à l'article L. 122-5 9° CPI une nouvelle exception applicable aux seules œuvres d'art graphiques, plastiques et architecturales. Il s'agit d'une transposition partielle de l'article 5.3 c) de la directive Société de l'Information qui consacre l'exception dite de presse, c'est-à-dire la possibilité pour les médias de reproduire ou représenter librement une œuvre protégée à des fins d'information. Sous la réserve –d'importance– que le texte français ne s'applique pas à toutes les catégories d'œuvres, l'article L. 122-5 9° CPI est comparable à l'article 35 de la loi espagnole⁵². Cette disposition vient briser une jurisprudence contestée refusant l'application de l'exception de citation aux œuvres artistiques. La citation implique en effet une reproduction ou représentation partielle de l'œuvre⁵³ ; or la reproduction d'un tableau, d'une sculpture, etc. ne se conçoit qu'intégrale. La Cour de cassation avait donc décidé, dans l'affaire Utrillo, qu'il n'était pas possible de se prévaloir de l'exception de citation pour filmer les tableaux d'une exposition dans un reportage télévisé informant le public de cet événement⁵⁴.

L'article L. 122-5 9° CPI est plus contraignant que l'article 5.3 c) de la directive sur lequel il s'appuie, lequel se borne à évoquer le «but d'information poursuivi», tandis que le texte français exige que l'utilisation de l'œuvre ait lieu «dans un but exclusif d'information immédiate⁵⁵ et en relation directe avec cette dernière» et impose la mention de la source sans aucune restriction, alors que la directive ne l'exige «à moins que cela ne s'avère impossible». L'article L. 122-5 9° CPI est également plus étroit que le texte communautaire puisqu'il ne s'applique qu'à certaines œuvres et qu'il spécifie les médias concernés.

La nouvelle exception «ne s'applique pas aux œuvres, notamment photographiques ou d'illustration, qui visent elles-mêmes à rendre compte de l'information». Cette exclusion, justifiée par le souci de défendre le photojournalisme, ainsi que la qualité et le pluralisme de l'information⁵⁶, a été diversement commentée. Certains y voient, non pas une marque de corporatisme, mais une limite tout à fait justifiée pour éviter le «pillage de l'activité informative de première main»⁵⁷. D'autres font valoir qu'elle «introduit cependant entre les œuvres

⁵² L'article L. 122-5 9° CPI autorise «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 ». Contrairement aux autres exceptions nouvelles, celle-ci ne concerne que le droit d'auteur et non les droits voisins.

⁵³ V. l'art. L. 122-5 3° a) qui vise «les analyses et courtes citations».

⁵⁴ Cass. civ. 13 nov. 2003, France 2 c. Fabris, RIDA 2004, n° 200, p. 301 ; 35 IIC (2004) 716-726.

⁵⁵ Sur l'interprétation de l'exigence d'information 'immédiate', v. V. Varet, *Droit d'auteur: la nouvelle exception à fin d'information*, Légipresse déc. 2006, n° 237, II, 149: «Il s'agit, selon nous, d'imposer un lien temporel étroit entre l'évènement objet de l'information et la reproduction ou la représentation de l'oeuvre en relation avec cet évènement».

⁵⁶ A. Lucas, préc. note 5, 314.

⁵⁷ M. Vivant, préc. note 27, 2162: «Permettre, au prétexte d'information sur une œuvre d'art, la reprise, par exemple d'une photographie ayant celle-ci pour objet risquerait fort, en effet, de revenir à un pillage de l'activité informative de première main».

une discrimination difficile à justifier et dont la mise en œuvre promet de beaux débats dans les prétoires»⁵⁸.

Le dernier alinéa de l'article L. 122-5 9° CPI suscite quant à lui des interrogations. Selon cette disposition, «les reproductions ou représentations qui, notamment par leur nombre ou leur format, ne seraient pas en stricte proportion avec le but exclusif d'information immédiate poursuivi ou qui ne seraient pas en relation directe avec cette dernière donnent lieu à rémunération des auteurs sur la base des accords ou tarifs en vigueur dans les secteurs professionnels concernés». Or lorsque les conditions d'une exception ne sont pas remplies, c'est en principe le droit exclusif qui redevient applicable. La disposition semble pourtant consacrer une troisième hypothèse, une situation intermédiaire où l'utilisation ne serait pas totalement conforme aux conditions de l'exception et où le droit exclusif de l'auteur serait remplacé par un droit à rémunération. Outre que la mise en œuvre de la distinction ainsi opérée entre les utilisations qui resteraient soumises au droit exclusif et celles qui ne donneraient lieu qu'au paiement d'une redevance s'avèrera en pratique difficile, une telle distinction apparaît difficilement compatible avec la directive InfoSoc. Peut-être l'explication de cette formule législative maladroite est-elle à rechercher dans une erreur du législateur qui aurait voulu renvoyer au droit commun et se serait mépris sur sa réalité⁵⁹.

IV. LE TRIPLE TEST

Le triple test, on le sait, trouve son origine dans l'article 9.2 de la Convention de Berne relatif au droit de reproduction et a ensuite été étendu à l'ensemble des prérogatives patrimoniales par l'article 13 TRIPS, l'article 10 WCT et l'article 16 WPPT, avant d'être repris dans la directive Société de l'information à l'article 5.5. Ce dernier dispose que les exceptions prévues aux alinéas précédents «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». La question se pose par conséquent de savoir si la disposition s'adresse aux Etats membres ou aux juges nationaux⁶⁰. Dans le premier cas, une transposition ex-

⁵⁸ A. Lucas, préc. note 5, 314.

⁵⁹ V. en ce sens A. Lucas, préc. note 5, 314: «Le législateur a voulu renvoyer ici au droit commun. Mais il ne paraît pas s'être avisé que le droit commun n'est pas du tout celui qu'il croit pouvoir décrire. En effet, si les conditions de l'exception ne sont pas réunies, il ne suffira pas à l'utilisateur de verser la rémunération prévue par des accords collectifs (qui d'ailleurs n'existent pas toujours), il lui faudra bel et bien obtenir l'autorisation de l'auteur ou de son ayant droit ». Comp. V. Varet, préc. note 55, 150.

⁶⁰ Elle s'adresse en fait peut-être aux deux. Comp. C. Alleaume, *Le rôle du triple test, une nouvelle conception des exceptions?*, RLDI mars 2007, suppl. n° 25, 49: «le triple test est conçu comme un «fusil à deux coups» contre les exceptions. Premier coup: c'est une condition préalable à la création d'exceptions nouvelles par le législateur. Second coup: au cas où le législateur créerait une exception portant atteinte à l'exploitation normale des œuvres et préjudiciable pour les intérêts légitimes de l'auteur, le juge se voit investi de la mission de corriger la loi».

presse de l'article 5.5 de la directive n'est pas nécessaire, ce qui a été décidé notamment en Allemagne, en Belgique, au Danemark et aux Pays-Bas⁶¹. Dans la seconde hypothèse en revanche, le législateur national est tenu d'introduire la disposition dans son ordre juridique, solution finalement retenue en France⁶².

Avant même d'être transposé en droit interne, le triple test avait été appliqué par la Cour de cassation dans l'affaire, très médiatisée, dite *Mulholland Drive*⁶³. Il s'agissait en l'espèce de savoir si la mise en place de mesures techniques de protection interdisant toute copie d'un DVD reproduisant le film du même nom était compatible avec l'exception pour copie privée reconnue par l'article L. 122-5 2° CPI. Anticipant la loi nouvelle de quelques mois⁶⁴, la Cour de cassation, niant tout «droit» à la copie privée, a considéré qu'il est possible d'empêcher techniquement la réalisation d'une copie privée lorsque celle-ci est susceptible de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ce qui était le cas dans l'hypothèse d'une copie privée d'un DVD.

Cette application directe du triple test par les juges français, critiquée par de nombreux auteurs, a sans conteste eu une influence sur les débats qui se tenaient au même moment autour de l'adoption de la loi DADVSI. Celle-ci a finalement ajouté un avant-dernier alinéa à l'article L. 122-5, la seule disposition du Code de la Propriété Intellectuelle qui traite des exceptions au droit d'auteur⁶⁵ et dont le texte a été démesurément allongé, aux termes duquel: «Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur»⁶⁶. La première étape du triple test qui limite les exceptions à «certains cas spéciaux» n'est donc pas reprise par le législateur français qui consacre ainsi seulement un «double test».

⁶¹ A. Lucas, préc. note 5, 315.

⁶² V. le rapport n° 308 fait au nom de la Commission des affaires culturelles du Sénat par M. Thiollière, accessible à www.senat.fr/dossierleg/pjl05-269.html, p. 108, selon lequel le triple test «ne s'adresse donc plus tant au législateur national, pour l'encadrer dans la formulation de règles générales, qu'au juge chargé de l'application de la loi à des cas d'espèce concrets». V. dans le même sens A. Lucas, préc. note 5, 315. – C. Caron, préc. note 4, 11: «Le législateur français était obligé d'adopter ce test car celui lui était imposé par l'article 5.5 de la directive du 22 mai 2001». *Contra* P. Gaudrat & F. Sardain, *De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur*, CCE nov. 2005, Etudes, n° 37, 15: «La mise en œuvre du test des trois étapes par le juge n'est nullement imposée par la directive».

⁶³ Cass. civ. 28 février 2006, JCP 2006, II, 10084, note Lucas.

⁶⁴ La Cour de cassation, qui se réfère certes également à l'article 5.5 de la directive Société de l'Information, a rendu sa décision au visa de l'article 9.2 de la Convention de Berne, visa pour le moins surprenant en l'absence de tout élément d'extranéité. Pour un commentaire de cette décision, v. notamment A. Lucas, PI avril 2006, n° 19, p. 179-183.

⁶⁵ V. C. Alleaume, préc. note 60, 50: «Toujours est-il, à supposer qu'une transposition s'imposait, que la place du triple test était peut-être plus dans un chapitre préliminaire au Code, rappelant les principes généraux de la matière». Comp. P-Y Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 5e ed. PUF 2004, n° 203, selon lequel le test «constitue une sorte de philosophie directrice, qui avait plus sa place dans un exposé des motifs que dans une règle de droit positif».

⁶⁶ La même disposition a été introduite aux articles L. 211-3 et L. 432-3 CPI traitant respectivement des exceptions aux droits voisins et au droit *sui generis* des producteurs de bases de données.

La doctrine majoritaire, même si elle considère que la transposition du triple test s'imposait au législateur français, reste très réservée quant à l'opportunité de son application par le juge national⁶⁷. L'argument a tout d'abord été avancé selon lequel la mission qui lui est ainsi confiée place le juge dans une position intenable. «Dans la rigueur des principes, il doit se limiter à une appréciation *in concreto*, mais la décision qu'il est amené à prendre a forcément une portée générale»⁶⁸. On a ensuite fait observer que l'appréciation que le juge est ainsi amené à faire passe nécessairement par une analyse économique qui n'entre pas dans sa mission ordinaire⁶⁹. Par ailleurs, la plasticité des concepts mis en œuvre fait certes du test un instrument très souple, mais a pour conséquence que l'appréciation varie selon les pays, les supports, les marchés, les époques et est donc source d'insécurité⁷⁰. Elle semble même difficile à concilier avec le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines⁷¹. Certains auteurs critiquent enfin plus radicalement l'idée même qu'une utilisation couverte *a priori* par la lettre d'une exception puisse être déclarée *a posteriori* illicite par le juge au motif que celle-ci porte atteinte à l'une des étapes du test⁷².

Le Conseil constitutionnel n'a pas été sensible à l'argument des auteurs de la saisine selon lequel il est impossible à un particulier d'apporter la preuve que les conditions du test en trois étapes sont réunies en raison de leur manque de précision⁷³. Ayant refusé de censurer la transposition littérale du triple test, le

⁶⁷ V. P. Sirinelli, *L'application du test des trois étapes par le juge: interprétations et conséquences*, RLDI oct. 2006, suppl. n° 20, p. 34: «Nous sommes tous d'accord sur les dangers potentiels de l'application du test des trois étapes et du maniement très prudent qui doit en être fait par les juridictions répressives».

⁶⁸ A. Lucas, préc. note 64, 181. V. dans le même sens C. Caron, *Le test des trois étapes selon la Cour de cassation*, CCE avril 2006, comm., n° 56, 25: «en mettant en œuvre le test des trois étapes, le juge est invité à rendre des décisions qui évoquent des arrêts de règlement. On lui demande, à partir d'un litige précis, de décider si, d'une manière générale, l'apposition d'une mesure technique sur un type de support est ou non légitime au regard de l'exception pour copie privée». – C. Alleaume, préc. note 60, 51.

⁶⁹ *Ibid.* V. dans le même sens V-L Bénabou, *Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée*, Légipresse 2006, n° 231, III, 75: «le triple test oblige le juge à un bien curieux exercice d'analyse économique abstraite». Dans l'affaire *Mulholland Drive*, la Cour de cassation a estimé que l'appréciation du critère de l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre doit se faire «en tenant compte de l'incidence économique qu'une telle copie peut avoir dans le contexte de l'environnement numérique», plus précisément «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».

⁷⁰ *Ibid.* V. dans le même sens C. Alleaume, préc. note 60, 50: «la principale source d'incertitude vient de l'imprécision des notions utilisées par les textes. Qu'est-ce qu'une atteinte à l'exploitation normale? Qu'est-ce qu'un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur? Les textes ne le disent pas».

⁷¹ A. Lucas, préc. note 64, 181: «Trois ans d'emprisonnement, ce n'est pas rien, et l'on répugne à admettre que le principe de légalité des délits et des peines puisse s'accommoder d'une incrimination finalement aussi vaporeuse». – L. Thoumyre, *Loi DADVSI: éclipse et scintillements au Conseil constitutionnel*, Légipresse 2006, n° 234, I, 129: «L'instauration de critères tortueux conditionnant la mise en œuvre d'une responsabilité pénale pour contrefaçon (...) est inacceptable au regard de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen».

⁷² C. Geiger, *La transposition du test des trois étapes en droit français*, D. 2006, 2166.

⁷³ Cons. Cons. Déc. n° 2006-540 DC, considérant 35: «les dispositions critiquées se bornent à tirer les conséquences nécessaires de ces dispositions inconditionnelles et précises [art. 5.5 directive] sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil Constitutionnel de se prononcer».

Conseil constitutionnel est même allé plus loin. Alors que cela n'était nullement demandé par les requérants, il a estimé nécessaire de préciser que «le principe du «test en trois étapes» revêt une portée générale (et) s'impose à l'ensemble des exceptions et limitations apportées par la loi déferée aux droits exclusifs des auteurs et titulaires de droits voisins»⁷⁴.

V. LES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION

Les mesures techniques de protection (MTP) ont fait leur entrée dans le Code de la propriété intellectuelle avec la loi du 1^{er} août 2006. Le principe d'une protection contre le contournement délibéré de toute mesure technique efficace (1) s'imposait au législateur français⁷⁵ dont la marge de manœuvre était par conséquent assez limitée et résidait uniquement dans les modalités d'application⁷⁶. Néanmoins, les débats menés lors de l'adoption de la loi DADVSI ont été l'occasion de discussions passionnées sur la place qu'il convenait de reconnaître aux mesures techniques de protection⁷⁷, discussions menées essentiellement à propos de la conciliation des MTP avec les exceptions d'une part (2), de la question de l'interopérabilité d'autre part (3).

1. LA PROTECTION JURIDIQUE DES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION ET D'INFORMATION

Comme la directive, la loi du 1^{er} août 2006 distingue les mesures destinées à empêcher ou limiter les utilisations d'une œuvre non autorisées par le titulaire du droit d'auteur, régies par l'article L. 331-5 CPI, et la protection des informations sous forme électronique concernant le régime des droits, organisée par l'article L. 331-22 CPI. S'agissant de cette dernière, le législateur français, transposant fidèlement l'article 7 de la directive Société de l'Information, protège les informations permettant «d'identifier une œuvre» ou une prestation protégée par un droit voisin ou portant sur ses «conditions et modalités d'utilisation». L'information n'est protégée que si elle se présente «sous forme électronique» et à la condition qu'elle ait été jointe à la reproduction ou apparaisse à la communication de l'œuvre.

Quant aux mesures techniques de protection (MTP), le législateur français a, là aussi, transposé fidèlement la directive (art. 6.3). L'article L. 331-5 al. 2 CPI

⁷⁴ Considérant 36. Pour une critique, v. L. Thoumyre, *Les faces cachées de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi «DADVSI»*, RLDI oct. 2006, n° 20, 10.

⁷⁵ L'article 6.1 de la directive impose aux Etats membres de prévoir «une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif».

⁷⁶ T. Desurmont, préc. note 4, 143.

⁷⁷ A. Lucas, préc. note 5, 316: «Les mesures techniques ont été au cœur des débats passionnés qui ont précédé l'adoption de la loi nouvelle, au même titre que les échanges de fichiers numérisés, les deux questions étant liées dans l'esprit des détracteurs du projet, qui en dénonçaient la logique répressive, selon eux irréaliste».

retient tout d'abord une définition techniquement neutre aux termes de laquelle il peut s'agir de «toute technologie, dispositif ou composant». La mesure technique n'est ensuite protégée que pour autant, d'une part qu'elle s'applique à un objet encore protégé⁷⁸, d'autre part qu'elle est efficace⁷⁹. La protection est enfin subordonnée à la condition que la mesure technique ait été volontairement mise en place par le titulaire du droit, ce qui implique que soient prévues dans les contrats les conditions par lesquelles les auteurs ou artistes-interprètes autorisent l'utilisation de mesures techniques et dans quel cadre⁸⁰.

Ainsi définies les mesures techniques de protection et d'information susceptibles d'être protégées, reste à savoir quelle est l'étendue de la protection consacrée par la loi du 1^{er} août 2006 à propos de laquelle on a pu parler de quasi-contrefaçon⁸¹. Il convient à cet égard d'observer que les atteintes tant directes (actes de contournement) qu'indirectes (actes d'accompagnement) sont appréhendées. Dans tous les cas, un élément intentionnel est requis⁸². En matière de mesure d'information, l'atteinte (par modification ou suppression) doit avoir entraîné ou eu pour but de porter atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin. La suppression d'une information qui n'entraîne pas d'atteinte au droit exclusif lui-même n'encourt donc aucune sanction⁸³. Quant à la nature des sanctions encourues, la directive laissait aux Etats membres une importante marge de manœuvre, imposant seulement le principe d'une «protection juridique appropriée»⁸⁴ et précisant que les sanctions devaient être «efficaces, proportion-

⁷⁸ La protection des mesures techniques n'est justifiée que parce qu'elle vise elle-même à garantir l'effectivité des droits de propriété littéraire et artistique existants. La protection est par conséquent exclue lorsque les mesures techniques portent sur des objets du domaine public. Comme dans la directive Société de l'Information, les logiciels sont néanmoins exclus du dispositif, la directive du 14 mai 1991 sur les programmes d'ordinateur ayant déjà traité le problème. La solution est cependant susceptible de soulever des difficultés en matière de créations numériques complexes telles que les jeux vidéo et aux autres produits multimédias pour lesquelles il faudra procéder à une application distributive des régimes. Sur cette question, v. A. Latreille & T. Maillard, *Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information*, D. 2006, 2174.

⁷⁹ La notion d'efficacité est entendue dans la loi française comme dans la directive, l'article L. 331-5 al. 2 CPI étant une transposition fidèle de l'article 6.3 de la directive.

⁸⁰ G. Vercken, *Quel est le nouveau rôle des mesures techniques?*, RLDI suppl. n° 20, oct. 2006, 17. Les articles L. 131-9 et L. 212-11 CPI prévoient respectivement pour les auteurs et les artistes-interprètes l'obligation de mentionner dans les contrats avec le producteur la faculté pour celui-ci de recourir aux mesures techniques en précisant les objectifs poursuivis pour chaque mode d'exploitation, ainsi que les conditions dans lesquelles l'auteur ou l'artiste-interprète peut avoir accès aux caractéristiques essentielles des mesures techniques utilisées.

⁸¹ C. Caron, préc. note 4, 13: «Traditionnellement, la contrefaçon vise à sanctionner toute atteinte au monopole. Mais lorsqu'il s'agit de punir les atteintes réalisées contre les mesures techniques qui protègent le monopole, il est difficile de parler de contrefaçon car ce n'est pas le monopole qui est violé, mais sa protection physique. (...) C'est en ce sens qu'il peut être judicieux de parler de quasi-contrefaçon, à l'image de ces notions qui rodent autour d'un concept principal (quasi-contrat, quasi-possession, etc.)».

⁸² A. Lucas, préc. note 5, 319: «En visant un acte commis „sciemment», le texte français est un peu plus restrictif que l'article 6.1 de la directive, lequel incrimine le fait pour une personne de contourner la mesure technique «en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif ». Il n'est pas certain cependant que cette différence de rédaction ait de réelles conséquences dans la pratique judiciaire».

⁸³ G. Vercken, préc. note 80, 17.

⁸⁴ Considérant 51, art. 6.1, 6.2 et 7.1 de la directive Société de l'Information.

nées et dissuasives»⁸⁵. En France, «la nature pénale de la sanction s'est imposée sans débat. En revanche, la sévérité des peines a été âprement discutée»⁸⁶.

Les nouveaux articles L. 335-3-1 et L. 335-3-2 insérés par la loi DADVSI dans le CPI prévoient avec de nombreux détails des délits spécifiques concernant respectivement les mesures techniques de protection (MTP) et d'information (MTI). Ce sont les personnes qui fournissent les moyens de porter atteinte aux mesures techniques qui sont le plus lourdement sanctionnées: 6 mois d'emprisonnement et 30 000 € d'amende⁸⁷. Les actes d'accompagnement, c'est-à-dire les atteintes indirectes, sont ainsi considérés comme plus graves que le contournement lui-même «dans la mesure où ils sont généralement accomplis par des professionnels et revêtent une portée économique plus significative»⁸⁸. Sont ainsi visés la fabrication, l'importation et la détention en vue de la vente, du prêt ou de la location d'un dispositif de contournement d'une MTP ou de suppression ou modification d'une MTI, ainsi que la fourniture de services à cette fin et la publicité pour un tel dispositif⁸⁹. S'agissant des mesures d'information, l'importation, la distribution, la mise à disposition du public ou la communication au public d'une œuvre dont un élément d'information a été supprimé ou modifié est également passible des mêmes peines⁹⁰.

Quant aux atteintes directes, c'est-à-dire au contournement, à la neutralisation ou la suppression d'une MTP d'une part, à la suppression ou la modification d'une MTI d'autre part, elles ne sont pas passibles d'une peine d'emprisonnement mais seulement d'une amende. Alors que la directive ignore l'origine ou la nature des moyens par lesquels l'atteinte directe est réalisée, le législateur français, sensible aux arguments des utilisateurs, a préféré instaurer un système de réponse pénale graduée. Il en résulte un régime dual selon que l'auteur du contournement réalise l'atteinte par ses propres ressources ou qu'il a recours à des moyens de contournement mis à disposition par un tiers⁹¹. Dans le premier cas, qui vise les actes de contournement réalisés par des *hackers*, la peine encourue est une amende de 3750 €⁹². Dans le second, c'est-à-dire si l'atteinte est réalisée par «l'utilisation d'une application technologique, d'un dispositif ou d'un composant existant» conçu ou spécialement adapté à cette fin, il s'agit d'une contravention de quatrième classe, à créer par décret, et la

⁸⁵ Considérant 58 et art. 8.1 de la directive Société de l'Information.

⁸⁶ A. Latreille & T. Maillard, préc. note 78, 2177.

⁸⁷ Les peines ont été adoucies par rapport à celles qui figuraient dans le projet de loi, lesquelles étaient celles encourues en matière de contrefaçon.

⁸⁸ A. Latreille & T. Maillard, préc. note 78, 2175. V. C. Caron, préc. note 4, 13: «Le législateur a préféré sanctionner plus lourdement celui qui incite plutôt que celui qui commet directement l'infraction car il a pris en considération, dans une approche de criminologie, le profil de ce dernier».

⁸⁹ Art. L. 335-3-1 II CPI pour les MTP et art. L. 335-3-2 II CPI pour les MTI.

⁹⁰ Art. L. 335-3-2 III CPI. L'art. L. 335-4-2 III CPI prévoit une prohibition similaire en matière de droits voisins. A. Latreille & T. Maillard, préc. note 78, 2176: «Cette disposition démontre clairement la volonté politique d'envisager toutes les situations et d'empêcher quiconque de profiter, de quelque manière que ce soit, d'une atteinte à une mesure technique, même réalisée par un tiers».

⁹¹ A. Latreille & T. Maillard, préc. note 78, 2176.

⁹² Art. L. 335-3-1 I pour les MTP et L. 335-3-2 I pour les MTI.

peine encourue est seulement de 750 € d'amende. «Cette mansuétude est compréhensible sur le plan social mais contestable au niveau économique: ce sont ces comportements de masse participant à la piraterie domestique qui créent le préjudice le plus important et que les textes sur les mesures techniques entendent combattre»⁹³.

La loi DADVSI votée le 30 juin 2006 prévoyait par ailleurs une exception à l'incrimination du contournement d'une MTP dans l'hypothèse où un tel contournement était effectué à des fins d'interopérabilité⁹⁴. La disposition a néanmoins été censurée par le Conseil constitutionnel au motif que l'absence de définition de la notion d'interopérabilité par le législateur français portait atteinte au principe de légalité des délits et des peines⁹⁵. La décision du Conseil constitutionnel a ainsi eu pour conséquence d'élargir le champ d'application des sanctions pénales encourues en cas d'atteinte aux mesures techniques d'information ou de protection⁹⁶.

2. LA CONCILIATION ENTRE LES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION ET LES EXCEPTIONS

Les MTP, dans la mesure où elles empêchent la réalisation d'un acte de reproduction ou de communication d'une œuvre, ne peuvent dissocier entre les actes interdits par le titulaire des droits et ceux qui pourraient être autorisés sur le fondement d'une exception légale⁹⁷: «la technique ne permet pas les modulations indispensables»⁹⁸. Or on ne peut admettre que les MTP paralysent totalement l'exercice des exceptions, en laissant au seul contrat le soin d'en délimiter le périmètre⁹⁹. Certes, les exceptions ne font pas, tout du moins en droit français, naître des droits au profit des bénéficiaires¹⁰⁰. Le législateur est néanmoins tenu de rechercher un équilibre entre le droit exclusif et les intérêts des utilisateurs, comme l'y invite l'article 6.4 directive Société de l'Information. L'alinéa 1 de cette disposition vise en effet sept exceptions à propos desquelles elle prescrit l'obligation pour les Etats membres de prendre les mesures appropriées pour en garantir le bénéfice, dans la me-

⁹³ A. Latreille & T. Maillard, préc. note 78, 2176.

⁹⁴ Sur la notion d'interopérabilité, v. *infra* 3°.

⁹⁵ Cons. Const. Déc. n° 2006-540 DC, préc. note 1, considérant n° 60: «Considérant que le législateur a fait de l'«interopérabilité» un élément qui conditionne le champ d'application de la loi pénale ; qu'il devait en conséquence définir en des termes clairs et précis le sens qu'il attribuait à cette notion dans ce contexte particulier ; qu'en s'abstenant de le faire, il a porté atteinte au principe de légalité des délits et des peines».

⁹⁶ V. A. & H-J Lucas, préc. note 10, p. 611: «La solution s'imposait. Elle a l'inconvénient de rompre l'équilibre maladroitement recherché par le législateur ».

⁹⁷ S. Dusollier, *L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, CCE nov. 2006, n° 29, 21.

⁹⁸ A. Lucas, préc. note 5, 321.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Un amendement en ce sens avait été présenté lors des débats autour de l'adoption de la loi DADVSI, mais il n'a pas été adopté, le ministre de la Culture ayant considéré que «reconnaître un droit aux exceptions au profit des utilisateurs reviendrait à remettre en cause l'approche personaliste qui sous-tend le régime français du droit d'auteur » (JOAN CR 21 déc. 2005, 8626).

sure où celui-ci est contrarié par un dispositif de protection et que les titulaires de droits n'ont pris aucune mesure pour y remédier. S'agissant du droit français, trois exceptions¹⁰¹ sont concernées par cette recherche d'un équilibre: les exceptions à des fins d'enseignement, au profit des bibliothèques et au bénéfice des personnes handicapées¹⁰².

Le système consacré par la loi DADVSI pour la conciliation entre les exceptions et les mesures techniques de protection repose principalement sur l'intervention d'une *Autorité de régulation des mesures techniques* (ARMT), nouvelle autorité administrative indépendante chargée 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» précitées¹⁰³. L'ARMT ne doit cependant intervenir qu'à défaut d'accord entre les titulaires de droits et les utilisateurs: «Pour la loi française comme pour la directive de 2001, la conciliation des mesures techniques et des exceptions est avant tout l'affaire des titulaires de droits»¹⁰⁴. Lorsqu'une mesure technique empêche l'exercice effectif de l'une des exceptions garanties, son bénéficiaire ou toute personne morale agréée qui le représente peut saisir l'ARMT¹⁰⁵. «A défaut de conciliation dans un délai de deux mois à compter de sa saisine, l'Autorité (...) rend une décision motivée de rejet de la demande ou émet une injonction prescrivant, au besoin sous astreinte, les mesures propres à assurer le bénéfice effectif de l'exception»¹⁰⁶.

S'agissant du cas particulier de l'exception pour copie privée, la directive lui réservait un sort spécial en prévoyant que les Etats membres «peuvent» prendre les mêmes mesures pour en garantir l'exercice, «à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits»¹⁰⁷. Il s'agissait donc d'une simple faculté dont on pouvait se demander si le législateur français allait faire usage. La conciliation entre l'exception de copie privée et les mesures techniques a été l'un des thèmes les plus polémiques de la loi du 1^{er} août 2006. Cette exception, consacrée en France par la loi du 11 mars 1957, reposait au départ sur le constat qu'il était en pratique impossible de contrôler les copies réalisées par les particuliers dans la sphère

¹⁰¹ L'exception à des fins de sécurité et de procédure de l'art. L. 331-4 CPI aurait également dû être ajoutée à la liste, mais le législateur français a estimé que les spécificités de cette exception en rendaient la mention inutile, alors pourtant qu'elle figure à l'article 6.4 de la directive Société de l'Information.

¹⁰² Art. L. 331-8 CPI.

¹⁰³ Art. L. 331-8 al. 2 CPI.

¹⁰⁴ A. Latreille & T. Maillard, préc. note 78, 2183. L'article L. 331-9 CPI exige ainsi des titulaires de droits qu'ils prennent «les dispositions utiles pour que [la] mise en oeuvre [des mesures techniques de protection] ne prive pas les bénéficiaires des exceptions visées à l'article L. 331-8 de leur exercice effectif. Ils s'efforcent de définir ces mesures de concertation avec les associations agréées de consommateurs et les autres parties intéressées».

¹⁰⁵ Art. L. 331-13 CPI.

¹⁰⁶ Art. L. 331-15 al. 2 CPI. Les décisions de l'ARMT sont susceptibles d'un recours devant la Cour d'appel de Paris (Art. L. 331-15 al. 3 CPI).

¹⁰⁷ Art. 6.4 al. 2 directive Société de l'Information. Cette distinction est fondée sur le fait qu'à la différence des autres exceptions, qui sont d'intérêt général, l'exception pour copie privée est fondée sur des considérations d'ordre pratique.

privée¹⁰⁸. Quelque cinquante années plus tard, le bien-fondé d'une telle conception peut sans doute être remis en cause, à une époque où «le sentiment général répandu dans la société»¹⁰⁹ est que la copie privée constitue une prérogative dont le consommateur est fondé à revendiquer l'exercice¹¹⁰. Le législateur français a finalement décidé d'ajouter l'exception de copie privée à la liste des exceptions «garanties», celles dont l'exercice effectif doit être assuré par les titulaires des droits et à défaut par l'ARMT. L'article L. 331-8 al. 3 CPI dispose ainsi que cette dernière «fixe notamment le nombre minimal de copies autorisées dans le cadre de l'exception pour copie privée, en fonction du type d'œuvre ou d'objet protégé, des divers modes de communication au public et des possibilités offertes par les techniques de protection disponibles».

La garantie du bénéfice de l'exception ne s'impose cependant plus lorsque «l'œuvre ou un autre objet protégé par un droit voisin est mis à disposition du public selon des dispositions contractuelles convenues entre les parties, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit»¹¹¹, ce qui exclut du régime de sauvegarde la plupart des mises en circulation d'œuvres sur Internet. Cette limitation, imposée par la directive¹¹², a été critiquée en ce qu'elle prive le dispositif légal d'une grande partie de sa portée¹¹³. À l'inverse de cette disposition qui conforte la mise en œuvre des mesures techniques, l'article L. 331-11 CPI interdit au contraire aux éditeurs et distributeurs de services de télévision de «recourir à des mesures techniques qui auraient pour effet de priver le public du bénéfice de l'exception pour copie privée» et charge le Conseil supérieur de l'audiovisuel de veiller au respect de cette obli-

¹⁰⁸ P. Sinelli, *La reconnaissance d'une garantie d'excetion de copie privée*, RLDI oct. 2006, suppl. n° 20, 21: «l'exception de copie privée n'a été conçue que comme espèce de «tolérance» légale fondée sur deux arguments dans lesquels intervient une part non négligeable de résignation. D'abord, il y avait lieu de constater que le souci, fort et légitime, de respect de la vie privée et des libertés publiques limite l'effectivité du droit. De façon pragmatique, il est inutile d'interdire ce qu'il n'est pas possible d'empêcher dans les faits».

¹⁰⁹ Rapport Sénat préc. note 62, p. 162.

¹¹⁰ T. Desurmont, préc. note 4, 155. V. cependant Cass. civ. 28 févr. 2006, préc. note 63, approuvant la Cour d'appel d'avoir relevé que «la copie privée ne constituait qu'une exception légale aux droits d'auteur et non un droit reconnu de manière absolue à l'utilisateur». V. dans le même sens F. Pollaud-Dulian, *Mesures techniques de protection: en attendant la loi*, RTDcom. 2006, 99 : «s'il existe une exception de copie privée, qui peut servir de moyen de défense, faisant échapper au grief de contrefaçon, il n'y a pas de droit à la copie privée, qui permettrait à l'acquéreur d'un CD d'exiger de l'auteur ou du producteur qu'il lui fournisse un CD copiable à volonté». – A. & H-J Lucas, préc. note 10, n° 349. – P. Gaudrat & F. Sardain, préc. note 61, 19.

¹¹¹ Art. L. 311-10 CPI.

¹¹² Art. 6.4 al. 4. V. aussi le 53e considérant selon lequel «la protection des mesures techniques devrait garantir un environnement sûr pour la fourniture de service interactifs à la demande».

¹¹³ V. par exemple S. Dusollier, *Les mesures techniques dans la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information: un délicat compromis*, Légicom 2001, n° 25, 86: «La dérogation –trop générale– au bénéfice des services à la demande (...) risque de réduire à néant le fragile équilibre, le délicat compromis mis en place par la directive». – P. Sirinelli, *L'étendue de l'interdiction de contournement des dispositifs techniques de protection des droits et les exceptions aux droit d'auteur et droits voisins*. Rapport général, Actes du Congrès de l'ALAI 2001, 437: «la disposition peut cependant laisser perplexe si l'on songe que le mode d'utilisation des oeuvres ainsi visé est le mode le plus répandu sur les réseaux».

gation. Le dispositif de l'article L. 331-11 CPI concerne l'ensemble des services de télévision, publics comme privés, quels que soient le mode de financement et la technique de diffusion mise en œuvre. Il a été diversement accueilli par la doctrine¹¹⁴.

La loi du 1^{er} août 2006 n'a pas répondu à la question très controversée¹¹⁵ de savoir si le bénéfice de l'exception de copie privée devait être subordonné à la licéité de la source. Le législateur allemand a, on le sait, profité de la transposition de la directive pour régler le problème en répondant par l'affirmative¹¹⁶. La directive elle-même n'imposait pas cette solution puisque la condition que le bénéficiaire de l'exception ait «un accès licite à l'œuvre protégée» n'est posée qu'à propos de la conciliation entre MTP et exceptions, seulement pour les exceptions d'intérêt général dont l'exercice effectif doit obligatoirement être garanti¹¹⁷, et non pour l'exception de copie privée. Le législateur français n'a pas suivi l'exemple de son homologue allemand et n'a pas modifié l'article L. 122-5 2° CPI pour écarter le bénéfice de l'exception pour copie privée au cas où la source est manifestement illégale. L'exigence d'un accès licite n'est mentionnée qu'à l'article L. 331-9 CPI, qui transpose l'article 6.4 de la directive et traite de toutes les exceptions garanties, et pas seulement de l'exception pour copie privée. Cette disposition limite l'obligation des titulaires de droits de garantir le bénéfice effectif des exceptions à l'hypothèse où le bénéficiaire de l'exception a «un accès licite à l'œuvre»¹¹⁸. La mise en œuvre de l'exception pour copie privée n'est donc pas subordonnée à la condition que la version de l'œuvre à copier ait été acquise licitement, mais le bénéficiaire de l'exception ne peut pas s'opposer à la mise en place de mesures techniques de protection qui l'empêcheraient de réaliser une copie privée lorsqu'il a acquis l'œuvre à copier illicitement¹¹⁹.

¹¹⁴ Pour une critique, v. G. Vercken, préc. note 80, 19. Pour une approbation, v. P. Sirinelli, préc. note 108, 24.

¹¹⁵ V. Cass. crim. 30 mai 2006 (JCP 2006, II, 10124, note Caron) qui ne tranche pas la question, se contentant de casser l'arrêt d'appel au motif que les juges du second degré n'ont pas répondu aux conclusions des parties civiles qui faisaient valoir que l'exception de copie privée suppose pour pouvoir être retenue que sa source soit licite.

¹¹⁶ § 53 Abs. 1 UrhG: ... «soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verwendet wird».

¹¹⁷ Art. 6.4 al. 1.

¹¹⁸ Art. L. 331-9 al. 2 CPI: «Les dispositions du présent article peuvent, dans la mesure où la technique le permet, subordonner le bénéfice effectif de ces exceptions à un accès licite à une oeuvre ou à un phonogramme, à un vidéogramme ou à un programme». Le texte souffre visiblement d'une erreur de rédaction: ce que le législateur a évidemment voulu dire est que les titulaires de droits (et non pas «les dispositions du présent article») peuvent imposer cette condition. V. A. & H-J Lucas, préc. note 10, n° 899.

¹¹⁹ M. Vivant, *Quel régime pour le téléchargement?*, RLDI oct. 2006, suppl. n° 20, 7: «Dans la mise en place des mesures techniques, il est donc possible aux titulaires des droits de poser comme préalable que l'accès à l'œuvre qu'ils entendent contrôler soit licite. Mais il s'agit et il ne s'agit que du jeu de ces mesures. Ce n'est pas dire pour autant que la copie privée doive avoir une source licite. Sur la question de la source licite, ce texte n'apporte aucun élément nouveau».

S'agissant de la rémunération pour copie privée, le législateur français a transposé l'article 5.2 b) de la directive Société de l'Information selon lequel la compensation équitable versée aux titulaires des droits doit prendre en compte l'application ou la non application des mesures techniques. L'article L. 311-4 CPI dispose en effet désormais dans un 3^e alinéa que le montant de la rémunération pour copie privée «tient compte du degré d'utilisation des mesures techniques définies à l'article L. 331-5 et de leur incidence sur les usages relevant de l'exception pour copie privée»¹²⁰. La loi du 1^{er} août 2006 ne modifie donc pas le régime général de la rémunération pour copie privée, mais le barème de la rémunération doit désormais tenir compte de l'incidence réelle de l'utilisation des MTP sur les pratiques de copie privée des consommateurs. Seule l'utilisation effective de ces mesures par les titulaires de droits doit être prise en considération pour ajuster le montant de la rémunération, et non la simple disponibilité théorique des systèmes techniques de protection¹²¹. La précision apportée à l'article L. 311-4 al. 3 CPI *in fine* selon laquelle le montant de la rémunération «ne peut porter rémunération des actes de copie privée ayant déjà donné lieu à compensation financière» laisse en revanche perplexe. La disposition, quoique obscure, vise vraisemblablement à éviter le risque d'un double paiement dans l'hypothèse d'un téléchargement licite et payant fait par un particulier¹²².

3. L'INTEROPÉRABILITÉ

La question de l'interopérabilité a suscité de vives polémiques lors des débats ayant mené à l'adoption de la loi du 1^{er} août 2006. Le thème n'avait été envisagé que de façon incidente par la directive qui ne contient aucune disposition contraignante en la matière et se contente de souhaiter «la mise au point de systèmes universels» et d'encourager «la compatibilité et l'interopérabilité des différents systèmes»¹²³. Les débats autour de la loi DADVSI se sont néan-

¹²⁰ A. & H-J Lucas, préc. note 10, n° 370: «L'idée, toute simple, est que la rémunération pour copie privée n'a plus de raison d'être dans toute la mesure où les titulaires de droits sont en mesure d'obtenir une rémunération à travers des dispositifs leur permettant de contrôler la confection de copies. En effet, les utilisateurs qui, après avoir acquitté le montant de la redevance, se verraient imposer le paiement d'une rémunération au titre de la copie privée par le fournisseur, lequel subordonnerait à ce paiement la neutralisation d'un dispositif technique, seraient fondés à plaider l'existence d'un double paiement».

¹²¹ V. en ce sens T. Desurmont, préc. note 4, 171. – F. Pollaud-Dulian, préc. note 8, 811: «Ainsi, la rémunération pour copie privée ne sera plus seulement fonction du type des supports utilisés et de la durée d'enregistrement qu'ils permettent, mais aussi du degré d'utilisation des mesures techniques restreignant la copie privée».

¹²² F. Pollaud-Dulian, préc. note 8, 811. V. dans le même sens, T. Desurmont, préc. note 4, 176: «On regrettera toutefois la rédaction imprécise de ce texte, dénommant «copie privée» des actes de téléchargement qui ne relèvent pas du domaine de l'exception pour copie privée mais de l'exercice du droit exclusif des titulaires de droit d'auteur et de droits voisins».

¹²³ 54e considérant. V. P. Sirinelli, PI juil. 2006, n° 20, 328: «il convient de noter l'emploi de l'adjectif «souhaitable» qui démontre clairement que le législateur communautaire ne conçoit la question que sous forme d'un encouragement à la négociation sur l'interopérabilité et non comme une obligation dont l'effectivité pourrait être assurée par un pouvoir de contrainte».

moins focalisés sur cette question, au cours desquels se sont manifestées les aspirations contradictoires des consommateurs et des professionnels de l'industrie culturelle. La question est celle de savoir si le fabricant d'un support peut le verrouiller avec une mesure technique afin qu'il ne puisse être lu que sur certains matériels, auquel cas il interdit la compatibilité entre ses produits et ceux de ses concurrents¹²⁴. L'absence d'interopérabilité soulève donc des problèmes de droit de la concurrence. En ce qui concerne les contenus exploités en ligne, l'exemple le plus emblématique est celui d'Apple: les contenus commercialisés sur i-Tunes Music Store ne peuvent être transférés que sur des baladeurs i-Pod, lesquels n'acceptent pas les contenus provenant d'autres services en ligne. Le Conseil de la concurrence a ainsi été saisi par Virgin Média qui se plaignait que le système d'Apple empêchait l'interopérabilité, mais a rejeté le recours, considérant qu'il n'y avait pas abus de position dominante¹²⁵.

Contrairement à ce qui était souhaité par certains, le législateur français a décidé de ne pas laisser le marché résoudre lui-même le conflit sur les formats et de garantir que toute œuvre légalement acquise puisse être lue sur n'importe quel support numérique. Le système finalement consacré, après maintes tergiversations¹²⁶, par la loi du 1^{er} août 2006 s'articule autour du principe selon lequel «les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur»¹²⁷. Ceci passe par l'obligation pour les industriels de fournir les informations essentielles à cette interopérabilité¹²⁸. L'Autorité de Régulation des mesures techniques (ARMT), évoquée précédemment à propos de la conciliation des mesures techniques de protection et des exceptions, est chargée de trancher les litiges relatifs à l'interopérabilité. Elle veille de façon générale à ce que les MTP «n'aient pas pour conséquence, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité d'interopérer, d'entraîner dans l'utilisation d'une œuvre des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire» des droits¹²⁹. En pratique, elle peut être saisie par «tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité»¹³⁰. Elle peut, si ses injonctions¹³¹ ou les engage-

¹²⁴ C. Caron, préc. note 4, 10.

¹²⁵ Cons. conc., Déc. n° 04-D-54, 9 nov. 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques, CCE janv. 2005, comm. n° 15.

¹²⁶ Pour un rappel des différentes solutions adoptées par l'Assemblée Nationale puis le Sénat, v. A. & H-J Lucas, préc. note 10, n° 890-2. – P. Sirinelli, préc. note 5, 326 s.

¹²⁷ Art. L. 331-5 al. 4 CPI.

¹²⁸ V. l'art. L. 331-7 al. 2 CPI: «On entend par informations essentielles à l'interopérabilité la documentation technique et les interfaces de programmation nécessaires pour permettre à un dispositif technique d'accéder (...) à une œuvre ou à un objet protégé par une mesure technique et aux informations sous forme électronique jointes».

¹²⁹ Art. L. 331-6 CPI.

¹³⁰ Art. L. 331-7 al. 1 CPI.

¹³¹ V. l'art. L. 331-7 al. 4 CPI: «A défaut d'un accord entre les parties et après avoir mis les intéressés à même de présenter leurs observations, elle rend une décision motivée de rejet de la de-

ments proposés par les parties ne sont pas respectés, prononcer une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires mondial réalisé au cours d'un des exercices antérieurs pour une entreprise ou 1,5 million d'euros dans les autres cas¹³².

Cette garantie de l'interopérabilité consacrée par la loi du 1^{er} août 2006 est néanmoins limitée de deux façons. Tout d'abord, les titulaires de droits sur les MTP peuvent, en contrepartie de la fourniture des informations nécessaires à l'interopérabilité, interdire la divulgation du code source du logiciel interopérant s'ils prouvent «que celle-ci aurait pour effet de porter gravement atteinte à la sécurité et à l'efficacité de ladite mesure technique»¹³³, disposition qui compromet les chances des «logiciels libres» d'entrer sur le marché¹³⁴. D'autre part, la saisine de l'ARTM en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité a été refusée aux consommateurs, au motif qu' «une trop grande diffusion dans le public de ces informations essentielles ne pourrait conduire qu'à menacer certains secrets industriels, à fragiliser la protection offerte par les mesures techniques et à réduire leur efficacité»¹³⁵. Cette limitation des possibilités de saisine a été validée par le Conseil constitutionnel¹³⁶. Ce dernier a par ailleurs estimé qu'à défaut de consentement du titulaire des droits sur une MTP à la communication des informations essentielles à l'interopérabilité, le respect de la Constitution française exigeait que cette communication s'accompagne d'une indemnisation¹³⁷. «C'est dire que l'atteinte au droit de propriété intellectuelle ainsi occasionnée est assimilable, dans son régime, à une expropriation»¹³⁸.

mande ou émet une injonction prescrivant, au besoin sous astreinte, les conditions dans lesquelles le demandeur peut obtenir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité et les engagements qu'il doit respecter pour garantir l'efficacité et l'intégrité de la mesure technique, ainsi que les conditions d'accès et d'usage du contenu protégé».

¹³² V. l'art. L. 331-7 al. 5 CPI.

¹³³ Art. L. 331-7 al. 3 CPI.

¹³⁴ A. & H-J Lucas, préc. note 10, n° 890-3. C. Bernault, *La loi du 1^{er} août 2006 et l'interopérabilité: éléments pour décoder*, RLDI sept. 2006, n° 19, 61: «on fait alors obstacle au développement du logiciel libre car il sera relativement aisé de prétendre que la publication du code source facilite le contournement des mesures techniques de protection». V. aussi du même auteur, *L'interopérabilité, invitée surprise*, RLDI mars 2007, suppl. n° 25, 6-10.

¹³⁵ Rapport Thiollière, Sénat, préc. note 60, 155.

¹³⁶ Déc. n° 2006-540 DC, considérant 43: «la saisine de l'autorité de régulation a pour objet l'obtention d'informations techniquement complexes et pouvant relever du secret industriel ; le législateur a entendu limiter cette saisine aux seules personnes susceptibles de tirer utilement parti de ces informations en vue de favoriser la réalisation de systèmes compatibles ; la différence de traitement qui en résulte, en rapport direct avec la finalité poursuivie, n'est pas, dès lors, contraire à la Constitution».

¹³⁷ Déc. n° 2006-540 DC, considérant 41: «à défaut de consentement de ces derniers à la communication des informations essentielles à l'interopérabilité, cette communication devra entraîner leur indemnisation ; dans le cas contraire, ne seraient pas respectées les dispositions de l'article 17 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel: «La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité».

¹³⁸ P. Sirinelli, PI juil. 2006, n° 20, 332.

VI. L'ÉCHANGE DE FICHIERS DE PAIR À PAIR (P2P)

La question de l'échange des fichiers sur Internet, non tranchée par la directive Société de l'Information, a sans conteste été le point le plus discuté et médiatisé des débats ayant mené à l'adoption de la loi DADVSI. Adopté en catimini dans la nuit du 21 au 22 décembre 2005 à l'Assemblée Nationale, le système de licence globale¹³⁹ souleva une très grande opposition des auteurs et producteurs et ne fut finalement pas retenu. Les échanges de pair à pair continuent donc à relever du droit exclusif et à être subordonnés à l'autorisation des ayants droit. Le régime juridique de ces échanges a néanmoins été aménagé, le but étant d'éviter les actes de téléchargement illicites plutôt que de les sanctionner. A cet effet, un système dit de «ripote graduée» avait été envisagé qui reposait sur une logique de sanction progressive allant de l'envoi d'un mail d'avertissement à des peines d'amende puis de prison. La solution ayant été abandonnée, il ne reste finalement, dans la loi telle qu'elle a été votée, que deux dispositions d'inspiration préventive plus que répressive. Il s'agit d'une part de l'article L. 336-2 CPI qui impose aux fournisseurs d'accès de sensibiliser les internautes aux dangers du téléchargement¹⁴⁰, d'autre part de l'article L. 335-12 CPI selon lequel l'abonné d'un accès à Internet doit veiller à ce que sa connexion ne soit pas utilisée pour des échanges illégaux¹⁴¹.

La loi DADVSI votée le 30 juin 2006 comportait par ailleurs une disposition visant à alléger les peines encourues par l'internaute téléchargeant des fichiers sur Internet. Selon l'article L. 335-11 CPI, les actes de *download* (et ceux de *upload* résultant «automatiquement et à titre accessoire» du *download*) effectués au moyen d'un logiciel d'échange de pair à pair à des fins non commerciales n'étaient plus des délits mais de simples contraventions¹⁴², dont les détails devaient être précisés par un décret d'application. La disposition qui était pour le ministre de la Culture une des pierres angulaires de la construction lé-

¹³⁹ T. Desurmont, préc. note 4, 115: «Il en est résulté l'adoption par un petit nombre de parlementaires de l'Assemblée nationale, dans la nuit du 21 au 22 décembre 2005, du premier élément d'un régime dit de «licence globale» légalisant les échanges d'œuvres protégées de pair à pair, en contrepartie du versement par l'internaute à son fournisseur d'accès d'une rémunération spécifique destinée à être répartie entre tous les ayants droit concernés».

¹⁴⁰ Selon l'art. L. 336-2 CPI, «les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne adressent, à leurs frais, aux utilisateurs de cet accès des messages de sensibilisation aux dangers du téléchargement et de la mise à disposition illicites pour la création artistique ». Sur cette disposition, v. M. Vivant, préc. note 119, 9: «Voici la marque d'un législateur postmoderne qui nous dit que le tabac est dangereux et que le piratage, ça n'est pas bien...».

¹⁴¹ Art. L. 335-12 CPI: «le titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne doit veiller à ce que cet accès ne soit pas utilisé à des fins de reproduction ou de représentation d'œuvres de l'esprit sans l'autorisation des titulaires (de droits) en mettant en œuvre les moyens de sécurisation qui lui sont proposés par le fournisseur de cet accès».

¹⁴² G. Kessler, *Le peer to peer dans la loi du 1er août 2006*, D. 2006, 2168: «Le téléchargement descendant (*download*), sans mise à disposition, devait être puni d'une amende d'un montant de 38 tandis que le téléchargement ascendant (*upload*) ou le téléchargement descendant accompagné d'une mise à disposition des fichiers devait être sanctionné d'une amende de 150».

gislative¹⁴³ a cependant été censurée par le Conseil constitutionnel en raison de son caractère discriminatoire¹⁴⁴. Elle avait en effet pour conséquence que les utilisateurs de logiciels P2P étaient mieux traités que ceux qui accomplissent les mêmes actes en utilisant d'autres services de communication au public en ligne. Etant donnée la censure du Conseil constitutionnel, les peines traditionnelles de la contrefaçon (3 ans de prison et 300 000 d'amende) demeurent finalement applicables aux échanges illicites de fichiers sur Internet, le ministre de la Culture s'étant néanmoins engagé vis-à-vis des internautes à ce «que les poursuites soient orientées vers les cas les plus graves, (c'est-à-dire) les entreprises qui gagnent de l'argent sur le dos des artistes (...) à l'aide de logiciels qui organisent le pillage des œuvres»¹⁴⁵.

La loi DADVSI comporte un second volet répressif qui concerne cette fois, non plus les internautes eux-mêmes, mais les éditeurs de logiciels dont la responsabilité pénale est désormais consacrée. Un amendement, surnommé «amendement Vivendi» par ses détracteurs en raison du *lobbying* exercé par cette société pendant la procédure d'adoption de la loi DADVSI, avait en effet été déposé visant à sanctionner lourdement les éditeurs de logiciels permettant l'échange de fichiers¹⁴⁶. Le texte, malgré de nombreuses critiques, a finalement été adopté. L'article L. 335-2-1 CPI, directement inspiré de la jurisprudence *Grokster*¹⁴⁷, punit des peines de la contrefaçon celui qui fournit le moyen de réaliser des échanges de fichiers illicites sur Internet¹⁴⁸. Le droit pénal français ignorait jusqu'à présent cette responsabilité dérivée et semblait impuissant à lutter contre le phénomène, l'élément matériel de la contrefaçon faisant défaut¹⁴⁹. L'article L. 335-2-1 CPI issu de la loi du 1^{er} août 2006 clarifie désormais la situation: la neutralité de la technologie n'exclut en aucune façon la responsabilité pénale de

¹⁴³ Pour une critique de cette disposition, v. C. Caron, préc. note 4, 13: «pour la première fois de son histoire, un acte de contrefaçon (...) n'appartenait plus à la catégorie des délits. Le symbole était lourd de sens et montrait bien le peu de considération qui était témoigné à l'égard de la propriété des auteurs et de ceux qui, en la finançant, permettent à la création culturelle d'exister».

¹⁴⁴ Cons. Const., Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, considérant 65: «les particularités des réseaux d'échange de pair à pair ne permettent pas de justifier la différence de traitement qu'instaure la disposition contestée ; dès lors, (celle-ci) est contraire au principe de l'égalité devant la loi pénale (et donc) contraire à la Constitution».

¹⁴⁵ Cité par P. Sirinelli, PI juil. 2006, n° 20, 338. V. aussi C. Caron, préc. note 4, 13: «Et ce n'est pas la peine de s'offusquer, en craignant que de jeunes et sympathiques pirates aillent croupir dans de sombres geôles, car il est évident que le juge fera une application mesurée et proportionnée de la loi pénale et qu'aucun contrefacteur amateur n'ira derrière les barreaux».

¹⁴⁶ G. Kessler, préc. note 142, 2169.

¹⁴⁷ *MGM v. Grokster*, Supreme Court of United States, 27 juin 2006. Pour un commentaire de cette décision, v. C. Caron, *La Cour Suprême des Etats-Unis pour l'illicéité des logiciels de partage de fichiers*, CCE sept. 2005, comm. n° 130. – P. Sirinelli, *Responsabilité des éditeurs de logiciels permettant les échanges de pair à pair*, PI juil. 2005, n° 16, 347.

¹⁴⁸ Art. L. 335-2-1 CPI: «Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 d'amende le fait: 1° D'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés; 2° D'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1°».

¹⁴⁹ G. Kessler, préc. note 142, 2169.

l'éditeur dès lors que le logiciel créé est «manifestement» destiné à permettre l'échange d'œuvres protégées et qu'il est «sciemment» édité ou mis à disposition du public à cette fin¹⁵⁰. Reste que les critères retenus sont assez ambigus et risquent de poser des problèmes d'interprétation¹⁵¹. Le simple fait que le logiciel puisse être potentiellement utilisé pour l'échange de fichiers suffit-il à satisfaire la condition que l'éditeur ait agi «sciemment»? Ne faut-il pas plutôt que l'éditeur ait conscience que son produit sera essentiellement utilisé pour l'échange de fichiers protégés?¹⁵² De même pour le second critère: comment savoir si un logiciel est «manifestement» destiné à l'échange de fichiers protégés?¹⁵³

Un dernier alinéa avait été ajouté au nouvel article L. 335-2-1 CPI à la suite d'un amendement proposé par les tenants des logiciels libres pour ne pas entraver la recherche. La disposition prévoyait que la responsabilité des personnes visées aux alinéas précédents n'était pas engagée lorsque le logiciel concerné était destiné «au travail collaboratif, à la recherche ou à l'échange de fichiers non soumis à la rémunération du droit d'auteur». Cette réserve a cependant été écartée par le Conseil constitutionnel qui a considéré que la notion de travail collaboratif méconnaissait le principe de légalité des délits et des peines en raison de son imprécision¹⁵⁴. L'article L. 335-2-1 CPI ne comporte donc finalement aucune mention de faits justificatifs excluant la responsabilité pénale des éditeurs de logiciels, la décision du Conseil constitutionnel ayant ainsi eu pour conséquence d'élargir le champ de l'incrimination¹⁵⁵.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ La saisine du Conseil constitutionnel précédemment évoquée visait notamment la censure des termes «sciemment» et «manifestement destiné» en raison de leur imprécision. L'argument n'a cependant pas été accueilli par le Conseil qui a considéré que ces termes sont «suffisamment clairs et précis pour que les dispositions de caractère pénal qui s'y réfèrent ne méconnaissent pas le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines» (Déc. préc. note 1, considérant n° 56).

¹⁵² G. Kessler, préc. note 142, 2170.

¹⁵³ G. Kessler, préc. note 142, 2170: «Les juges appliqueront probablement le critère de la proportionnalité. Lorsque le nombre de fichiers illicites échangés l'emportera très largement sur le nombre de fichiers licites, comme c'est le cas sur la quasi-totalité des réseaux P2P, la condition devrait être considérée comme remplie».

¹⁵⁴ Cons. Const. Déc. préc. note 1, considérant n° 57.

¹⁵⁵ Comp. P. Sirinelli, PI juil. 2006, n° 20, 336: «L'effet de cette décision est assez paradoxal et va directement à l'encontre des désirs des rédacteurs de la saisine. Alors que ces derniers souhaitaient voir disparaître tout l'article 21 et donc voir anéantie toute la construction pénale, le texte nouveau contient désormais une incrimination plus large que celle voulue par le Parlement».