

3 La contractualisation des exceptions en droit d'auteur : oxymore ou pléonasme ?*



Caroline COLIN,
docteur en droit,
chercheuse sénior au Centre de recherches informatique
et droit (CRID), université de Namur (FUNDP),
membre du Centre d'études et de recherche en droit de
l'immatériel (CERDI)

Le phénomène de contractualisation des exceptions en droit d'auteur est lié à l'apparition des mesures techniques et surtout à la maîtrise qu'elles peuvent procurer sur les œuvres. Le législateur communautaire, à l'occasion de la directive « société de l'information » du 22 mai 2001, puis le législateur interne, dans la loi de transposition du 1^{er} août 2006, ont accepté que les exceptions aux droits patrimoniaux puissent être annihilées ou fassent l'objet de modalités d'application particulières. La contractualisation des exceptions est une tendance inédite. Y adhérer équivaldrait à accepter un statut relativement précaire des exceptions au droit d'auteur. Ce serait également malmenier les équilibres originels de la matière. Le mouvement inquiète en même temps qu'il donne l'occasion de réfléchir au caractère des exceptions.

1 - Le public, destinataire des œuvres, bénéficie d'espaces de liberté créés par le législateur. Dès lors qu'il respecte les conditions posées par la loi, il peut profiter des exceptions aux droits patrimoniaux. Mais le contexte a changé depuis la loi du 1^{er} août 2006¹ qui transpose la directive « société de l'information » du 22 mai 2001². En effet, la possibilité conférée aux titulaires de droits de grever les œuvres de mesures techniques de protection, essentiellement par la voie contractuelle, menace les exceptions (CPI, art. L. 331-7). Ces dispositifs, conçus à l'origine pour sauvegarder les droits exclusifs de l'auteur malmenés dans l'environnement numérique, peuvent aller jusqu'à priver les utilisateurs des exceptions, notamment par l'intermédiaire d'un contrat³. Le phénomène de contractualisation des exceptions est une problématique inédite (1). Cette tendance, révélatrice du statut supplétif des exceptions en ce que les titulaires de droits ont la possibilité d'organiser leurs modalités d'exercice ou de les interdire, ne peut, à notre sens, être accueillie avec considération (2).

1. Invitation à la contractualisation des exceptions

2 - L'irruption des mesures techniques de protection des œuvres dans le paysage du droit d'auteur, et surtout le mécanisme de protection tel qu'il ressort de la directive « société de l'information » et de la loi interne, donnent la possibilité aux titulaires de droits de contractualiser les exceptions (A). De plus, l'insertion dans

la loi d'une condition supplémentaire – l'accès licite à l'œuvre – pour bénéficier des exceptions renforce cette tendance (B).

A. - Recours aux mesures techniques de protection et encouragement du contrat

3 - Destinées à l'origine à garantir l'effectivité des droits exclusifs de l'auteur, les mesures techniques ont vocation à protéger beaucoup plus d'actes d'utilisation des œuvres que ne le permet le droit d'auteur. L'étendue des pouvoirs de l'auteur conférée par ces dispositifs ne correspond pas au monopole d'exploitation. Grâce à ce renfort technique, l'auteur a la capacité de réglementer tous les actes qu'il souhaite, y compris ceux relevant d'exceptions consacrées par le législateur et même les limites naturelles⁴.

4 - Conscient d'avoir organisé techniquement un contrôle absolu de l'auteur sur l'utilisation de ses œuvres, le législateur communautaire a imaginé un mécanisme de garantie des exceptions pour rétablir l'équilibre perturbé et garantir aux utilisateurs le bénéfice effectif de celles-ci⁵. La construction mise en place vise donc à préserver l'exercice de certaines exceptions⁶. Seuls les utilisateurs disposant d'un accès licite à l'œuvre pourront profiter des exceptions. Les alinéas 1^{er} et 4 de l'article 6-4 de la directive « société de l'information » mentionnent les « accords entre titulaires de droits et autres parties concernées », les « mesures volontaires » ou encore « les dispositions contractuelles » qui permettent aux utilisateurs de bénéficier des exceptions. Le considérant 45 prévoit quant à lui que le titulaire de droits pourra percevoir une compen-

* Ndlr : Cet article présente quelques idées développées dans ma thèse, *Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ?*, ss dir. professeur P. Sirinelli et soutenue le 16 sept. 2008 à l'université Paris XI-Sceaux devant un jury composé des professeurs V.-L. Benabou, Ph. Gaudrat, A. Latreille et M. Vivant. – Je tiens à remercier A. Bensamoun, maître de conférences à l'université Paris-Sud XI, pour sa disponibilité, son amitié, et ses remarques pertinentes et constructives. Je remercie également M. J. Iglesias, directrice de l'Unité propriété intellectuelle du CRID, pour sa relecture attentive.

1. L. n° 2006-961, 1^{er} août 2006 : JO 3 août 2006, p. 11529. – Ch. Caron, *La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* : *Comm. com. électr.* 2006, étude 22.

2. V. PE et Cons. CE, dir. n° 2001/29/CE, 22 mai 2001, dite directive « société de l'information » : JOCE n° L 167, 22 juin 2001, p. 10.

3. Pour une analyse des mesures techniques et du contrôle qu'elles permettent, V. C. Colin, *Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ?* : Thèse préc., n° 406 et s.

4. V. l'analyse dans C. Colin, *Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ?* : Thèse préc., n° 442 et s. – Sur les limites naturelles, V. Ph. Gaudrat et F. Sardain, *De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur* : *Comm. com. électr.* 2005, étude 37. – C. Colin, *Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ?* : Thèse préc., n° 213 et s.

5. V. PE et Cons. UE, dir. n° 2001/29/CE, 22 mai 2001, art. 6-4, préc.

6. L'article 6-4, alinéa 1^{er} vise sept exceptions dont la garantie est obligatoire : la reprographie (art. 5, § 2, a) ; les actes de reproduction effectués par des bibliothèques, des musées ou des archives (art. 5, § 2, c) ; les enregistrements éphémères effectués par des organismes de radiodiffusion (art. 5, § 2, d) ; les reproductions d'émissions par des institutions sociales sans but lucratif (art. 5, § 2, e) ; les utilisations à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique (art. 5, § 3, a) ; les utilisations au bénéfice de personnes handicapées (art. 5, § 3, b) ; les utilisations à des fins de sécurité publique (art. 5, § 3, e).

sation équitable pour l'exercice des exceptions ; et l'article 9 dispose que les articles de la directive n'affectent pas le droit des contrats. L'invitation à la contractualisation des exceptions est sans ambages. Même si la directive a parfois tendance à vouloir sauvegarder l'intérêt des destinataires d'exceptions⁷, la voie de la contractualisation est largement encouragée⁸.

5 - Le législateur français a d'ailleurs transposé fidèlement (quoique là où la directive pose une obligation, la loi française n'envisage qu'une possibilité⁹...) l'article 6-4, garantissant ainsi au contrat une place prépondérante dans le nouveau contexte des mesures techniques. Le bénéfice effectif des exceptions¹⁰ aux droits patrimoniaux est envisagé à l'article L. 331-7 du Code de la propriété intellectuelle qui incite à cet effet les titulaires de droits à définir des mesures « en concertation avec les associations agréées de consommateurs et les autres parties intéressées » pour que les destinataires des exceptions puissent en profiter. La mise en œuvre des mesures techniques peut donc être de nature contractuelle¹¹. Mais elle peut également être de nature technique, unilatérale. Les titulaires de droits pourront limiter le nombre de copies et subordonner le bénéfice des exceptions à un accès licite à l'œuvre¹² et au respect du test des trois étapes. Si les titulaires de droits échouent dans leur mission, il reviendra à la Haute autorité¹³, en vertu de l'article L. 331-31, dernier alinéa de déterminer « les modalités d'exercice des exceptions (...) » et de fixer « 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 ». Ainsi, le bénéfice effectif de l'exception, quelle qu'elle soit, pourra se limiter aux contours décidés par la Haute autorité¹⁴. Par effet retour, les titulaires de droits pourront s'inspirer des décisions rendues par celle-ci (CPI, art. L. 331-36) pour définir précisément le périmètre de l'exception à garantir (l'article L. 331-14 du CPI

prévoit que la Haute autorité remet chaque année au Gouvernement et au Parlement un rapport sur l'exécution de ses missions).

Les titulaires de droits, et en dernier recours la Haute autorité, détiennent le pouvoir d'organiser les modalités d'exercice des exceptions en ayant la possibilité de prévoir une contrepartie financière¹⁵, voire de les interdire¹⁶, notamment par la voie contractuelle.

6 - De surcroît, conformément à l'article 6-4, alinéa 4 de la directive, les contrats conclus en ligne sont dispensés de ce mécanisme de régulation. Le législateur a transposé la règle à l'article L. 331-8 (toutefois, la portée de l'article L. 331-8 du CPI a une portée plus large que l'article 6-4, alinéa 4 de la directive car il vise tout mode d'exploitation en ligne et pas seulement les services interactifs à la demande)¹⁷. Les titulaires de droits, ainsi que la Haute autorité (CPI, art. L. 331-8 lu avec CPI, art. L. 331-6), ne sont pas obligés de garantir le bénéfice effectif des exceptions malgré l'apposition de mesures techniques. Ils prennent les dispositions contractuelles qu'ils souhaitent sans devoir respecter le mécanisme de régulation mis en place par les articles L. 331-7 et L. 331-31. Tous les modes d'exploitation des œuvres en ligne, qu'ils soient payants ou gratuits pour l'utilisateur¹⁸, sont concernés par la disposition. Les titulaires de droits ont toute latitude pour asseoir contractuellement les modalités d'utilisation des œuvres. De surcroît, la conclusion de contrats en ligne ne pose aucune difficulté pratique pour les internautes. Ainsi pour le réseau Internet de manière générale, les titulaires de droits sont donc investis du pouvoir de contrôler dans le détail la manière dont le public va accéder aux œuvres en ayant la possibilité de les priver des exceptions. L'article 6-4, alinéa 4 de la directive de 2001 « octroie aux titulaires de droits une liberté contractuelle qui atteint des sommets »¹⁹.

7 - Le législateur, qu'il soit communautaire ou français, semble donc n'accorder aux exceptions qu'un caractère supplétif. La tendance à la contractualisation des exceptions est en marche²⁰. Loin de s'en réjouir, il faut plutôt la déplorer tant la construction est alarmante.

B. - Nouvelle exigence d'un accès licite pour bénéficier des exceptions

8 - Les titulaires de droits et en dernier recours la Haute autorité peuvent²¹, conformément à l'article L. 331-7, alinéa 2 qui transpose fidèlement l'article 6-4 de la directive, « subordonner le bénéfice effectif de ces exceptions à un accès licite à l'œuvre ou à un phonogramme, à un vidéogramme ou à un programme ». L'irruption de la notion « d'accès licite » comme condition pour bénéficier d'une exception n'est pas nouvelle, mais elle est désormais généralisée à toutes les œuvres. Or la logique est propre aux logiciens (1°). La construction qui en résulte est inquiétante (2°).

7. V. PE et Cons. CE, dir. n° 2001/29/CE, 22 mai 2001, consid. n° 31, qui insiste sur la nécessité de « maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés ». - V. également le consid. n° 3.

8. S. Dusollier, La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives, Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ?, Colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIA, 9 mars 2007 : Prop. intell. oct. 2007, n° 25, p. 443, spéc. p. 447.

9. G. Vercken, Quel est le nouveau rôle des mesures techniques ? in Loi « DADVSI » du 1^{er} août 2006, Rencontres Lamy du droit de l'immatériel : RLDI oct. 2006, suppl. au n° 20, p. 15, spéc. p. 19.

10. Toutes les exceptions ne sont pas visées par le mécanisme (V. CPI, art. L. 331-31). Seules sont concernées les exceptions à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, en faveur des institutions en charge de personnes handicapées, au profit des bibliothèques accessibles au public, des musées et des services d'archives, et pour la copie privée. - La loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 a rajouté la garantie de l'exception de reproduction à des fins de collecte, de conservation et de consultation sur place mentionnée au 2° de l'article L. 132-4 et aux articles L. 132-5 et L. 132-6 du Code du patrimoine.

11. A. Latreille et Th. Maillard, Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information in Le nouveau droit d'auteur au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006 : D. affaires sept. 2006, n° 31, p. 2171, spéc. p. 2183. Les auteurs soulignent également que les solutions techniques pourront venir garantir les solutions contractuelles (note 152, p. 2183).

12. V. infra n° 8 et s.

13. HADOPI (Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet). L'HADOPI a été créée par la loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet (L. n° 2009-669, 12 juin 2009 : JO 13 juin 2009, p. 9666). L'Autorité de régulation des mesures techniques a donc disparu au profit de cette Haute autorité. Ses missions sont similaires concernant la régulation dans le domaine des mesures techniques. - La loi du 28 octobre 2009 est venue compléter le dispositif en traitant de la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (L. n° 2009-1311, 28 oct. 2009 : JO 29 oct. 2009, p. 18290).

14. La circulaire du 3 janvier 2007 de présentation et de commentaire des dispositions pénales portant sur la loi n° 2006-961 relative au droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information et d'action publique dans le domaine de la lutte contre les atteintes à la propriété intellectuelle au moyen des nouvelles technologies informatiques, 23 p., spéc. p. 6, estimait que le bénéfice effectif des exceptions relevait des compétences de l'ARMT, donc a fortiori de la Haute autorité : www.juriscom.net.

15. V. PE et Cons. CE, dir. n° 2001/29/CE, 22 mai 2001, consid. n° 45 : « les exceptions et limitations visées à l'article 5, paragraphes 2, 3 et 4 ne doivent toutefois pas faire obstacle à la définition des relations contractuelles visant à assurer une compensation équitable aux titulaires de droits dans la mesure où la législation nationale le permet » ; et l'article 9 de la directive qui prévoit que cette dernière n'affecte pas les dispositions relatives au droit des contrats.

16. Un membre de la doctrine estime que rien ne s'oppose à ce que le nombre de copies autorisées soit égal à zéro, A. Lucas, Chronique Droit d'auteur et droits voisins, pt n° 5 : Prop. intell. juill. 2006, n° 20, p. 321, spéc. p. 323. - Se reporter M. Thiollière, Rapp. n° 308 relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, pour le Sénat, 370 p., spéc. p. 161.

17. V. C. Colin, Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ? : Thèse préc., n° 460 et s.

18. Dans cette hypothèse, sous réserve que la « contrepartie économique » du service soit constituée par la publicité, V. C. Colin, Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ? : Thèse préc., n° 460 et s.

19. E. Labbé, L'accès aux dispositifs de neutralisation des œuvres verrouillées : une condition nécessaire à l'exercice d'exceptions au droit d'auteur : Cah. propr. intell., vol. 14, n° 3, p. 741-774, spéc. p. 766.

20. S. Dusollier, La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives, article préc., spéc. p. 446-447.

21. V. supra note 9.

1° Logique propre aux logiciels

9 - Faire dépendre l'application des exceptions d'un accès licite à l'œuvre n'est pas une nouveauté. Les directives précédentes sur les logiciels et les bases de données ainsi que leurs lois françaises de transposition, y ont déjà eu recours. C'est ainsi qu'ont fait leur apparition dans le Code de la propriété intellectuelle les expressions suivantes : « la personne ayant le droit d'utiliser le logiciel » à l'article L. 122-6-1, « l'utilisation prévue au contrat » de l'article L. 122-5-5° concernant les bases de données, ou encore « la personne qui y [à la base] a licitement accès » de l'article L. 342-3. Avec la directive « société de l'information », l'exigence acquiert une portée plus générale. L'article 6-4 souhaite concilier les mesures techniques et les exceptions à condition toutefois que les bénéficiaires aient un accès licite à l'œuvre (la notion d'accès licite est également employée à l'article 5-1 de la directive. L'article L. 122-5, 6° du CPI mentionne « l'utilisation licite de l'œuvre »). L'article L. 331-7 du Code de la propriété intellectuelle prévoit donc que les titulaires de droits, et en dernier recours la Haute autorité, peuvent « subordonner le bénéfice effectif de ces exceptions à un accès licite à une œuvre ou à un phonogramme, à un vidéogramme ou à un programme » (le législateur français a étendu cette exigence d'un accès licite pour le bénéfice de l'« exception » de copie privée, alors que le législateur communautaire ne l'y avait pas soumise). Les notions d'utilisation légitime, d'utilisateur légitime et d'accès licite sont des notions assez comparables. L'ajout de ce paramètre a pour effet de restreindre le champ d'application des exceptions.

10 - Ce nouveau prérequis dans l'exercice des exceptions n'est guère surprenant, même s'il est à déplorer. Puisque, grâce aux mesures techniques, l'auteur dispose d'un contrôle absolu sur toute utilisation des œuvres par le public dans leur sphère privée²², il était prévisible que le bénéfice des exceptions soit soumis, par effet de symétrie, à une condition tenant à la légitimité de l'utilisation. Celle-ci engendre une dilution du public de l'œuvre en autant d'individus autorisés « qui jouissent des exceptions non en vertu de la loi, mais en raison du rapport qui les lie à l'auteur ou à l'exemplaire de l'œuvre dont ils disposent »²³. La légitimité de l'utilisation peut provenir notamment de la conclusion d'un contrat de licence, ou de l'acquisition d'un exemplaire licite de l'œuvre²⁴. L'utilisation légitime pourrait découler du contrat signé entre l'utilisateur et le titulaire de droits. Ce dernier fixe les limites de l'utilisation du cocontractant. Par exemple, l'écoute de la chanson serait autorisée un certain nombre de fois. L'exigence d'un accès licite sous-entend la conclusion d'un contrat entre le titulaire de droits et l'utilisateur.

11 - Cette logique est propre aux logiciels dans la mesure où les règles s'attachent à protéger leur utilisation privée. Le critère d'exploitation de cette catégorie d'œuvres n'est pas leur communication au public mais leur utilisation dans la sphère privée des acquéreurs²⁵. Dans la mesure où l'utilisation est le critère qui permet de contrôler qui a accès au programme, il était logique que les exceptions accordées aux utilisateurs dépendent d'un accès licite à l'œuvre. Soumettre les exceptions à un accès licite est révé-

lateur d'une volonté de protection de la commercialisation des œuvres²⁶.

Par ailleurs, cette nouvelle exigence d'un accès licite a pour effet de parachever une construction bien bancale.

2° Construction bancale

12 - Dans le contexte des logiciels, l'utilisateur légitime est certain de pouvoir bénéficier des exceptions puisqu'elles sont impératives. En effet, l'article L. 122-6-1 *in fine* du CPI dispose que « toute stipulation contraire aux dispositions prévues aux II, III et IV du présent article est nulle et non avenue ». Le législateur a choisi d'énoncer clairement le caractère impératif des exceptions profitant aux utilisateurs de logiciels (il a énoncé clairement également que l'exception visée au I de la disposition était supplétive). Cette mention explicite n'est pas anodine. Dans la mesure où l'utilisation des logiciels est contractuelle et que le bénéfice des exceptions est soumis à la condition d'un accès licite, pourquoi ne pas aller jusqu'à contractualiser les exceptions ? En effet, « en confinant ainsi le bénéfice des exceptions au cadre contractuel (...) on crée un contexte de contractualisation des exceptions assez inédit en droit d'auteur »²⁷. L'utilisateur se retrouve en position de faiblesse face au titulaire de droits. Pour pallier les éventuelles dérives qui auraient pu conduire au refus systématique du bénéfice des exceptions, le législateur a trouvé la solution du caractère impératif des exceptions de sorte qu'aucune dérogation contractuelle ne soit possible (sauf pour l'article L. 122-6-1, I, du CPI qui peut supporter des aménagements contractuels). Et pour qu'il n'y ait aucun doute, il l'a inscrit explicitement dans les règles. Ce statut agit comme un « correctif » à l'environnement contractuel de l'utilisation des logiciels. La professeure Dusollier conclut en disant que : « c'est donc sans surprise que l'on retrouve, côte à côte et dans les mêmes textes de loi, la notion d'utilisateur légitime et l'affirmation que les exceptions ne peuvent être supprimées par le contrat »²⁸. L'utilisateur ne peut être protégé qu'à ce prix.

13 - Or, bien que la directive et la loi française exigent que l'utilisateur ait un « accès licite » à l'œuvre pour prétendre à certaines exceptions, elles ne qualifient à aucun moment ces exceptions d'impératives. Bien au contraire, au vu des dispositions énoncées ci-dessus, le contrat est l'arme absolue des titulaires de droits. Des modalités d'exercice des exceptions à leur suppression, rien ne leur est interdit. La conséquence est qu'un contrat pourrait même priver un utilisateur pourtant légitime de l'exercice des exceptions. Les utilisateurs de logiciels seraient donc bien mieux protégés que le public des œuvres... À l'exigence d'un accès licite, devrait faire écho la garantie que les exceptions sont impératives. Tel est loin d'être le cas. La construction obtenue se révèle déséquilibrée et beaucoup plus stricte que ne l'est celle des logiciels.

14 - De surcroît, l'article L. 331-7, en soumettant le bénéfice effectif des exceptions à un accès licite, fait coexister deux conditions : la divulgation et l'accès. En effet, l'article L. 331-7, qui renvoie à l'article L. 331-31 qui lui-même fait référence à l'article 122-5, intègre de manière indirecte la condition préalable de la divulgation de l'œuvre, seul prérequis exigé par celui-ci. Deux critères préalables président donc à la mise en jeu des exceptions, dans le cas d'un conflit avec les mesures techniques. D'une part, l'œuvre doit avoir été divulguée. Et d'autre part, l'utilisateur doit avoir un accès licite à cette œuvre. Coexistent alors deux critères antinomiques : un critère lié à la circulation de l'œuvre décidée par l'auteur, et un critère lié à l'utilisation de l'œuvre par le public dans sa sphère privée. Ce glissement est symptomatique de la volonté de contrôler l'utilisation des œuvres, et même les exceptions, directement auprès du public.

22. V. C. Colin, *Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ?* : Thèse, préc., spéc. n° 441 et s.

23. S. Dusollier, *L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ?* : *Comm. com. électr.* 2005, étude 38, spéc. n° 5. – V. aussi S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres* : Larquier, coll. *Création information communication*, Bruxelles, 2005, n° 589, p. 459.

24. Ces origines ont été identifiées par V. Vanovermeire, *The concept of the lawful user in the database directive* : *IIC (International Review of Industrial Property and Copyright Law)*, 2000, vol. 31, p. 63. – et rapportées par S. Dusollier, *L'utilisation légitime de l'œuvre (...), article préc.*, spéc. p. 18-19 ; *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (...), op. cit.*, n° 578 et s., p. 450 et s.

25. V. les développements dans C. Colin, *Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ?* : Thèse préc., n° 283 (loi de 1985) et n° 343 (loi de 1994).

26. S. Dusollier, *L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ?* : article préc., spéc. n° 2, p. 18.

27. S. Dusollier, *La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives*, article préc., spéc. p. 445.

28. S. Dusollier, *ibid.*

15 - L'ensemble du dispositif légal relatif aux mesures techniques de protection invite à la contractualisation des exceptions. Celles-ci n'auraient donc qu'un statut supplétif en ce sens qu'elles ne seraient applicables tant que les titulaires de droits n'auraient pas émis de volonté contraire. Pourtant, une telle tendance ne peut être acceptable.

2. Refus de la contractualisation des exceptions ou reconnaissance d'un statut impératif

16 - Le fait que le législateur n'ait pas accordé *explicitement* un statut impératif (ni d'ailleurs un statut supplétif...) à l'article L. 122-5 signifie-t-il qu'*implicitement* celui-ci ne pourrait pas être déduit ? La tendance à la contractualisation des exceptions doit faire réagir (A). Il conviendra alors de proposer une lecture des dispositions relatives aux mesures techniques respectueuse du statut des exceptions (B).

A. - Statut impératif des exceptions de droit d'auteur

17 - Une règle peut être d'ordre public même si ce caractère n'est pas mentionné explicitement²⁹ : d'exprès, l'ordre public devient « virtuel »³⁰ ou « implicite »³¹. L'étude de la formulation légale de la disposition peut fournir des éléments de réponse (1^o). Mais il faudra rechercher également les considérations intrinsèques aux hypothèses visées, c'est-à-dire leurs fondements (2^o).

1^o Détermination du statut grâce à la formulation légale

18 - Le législateur peut avoir adopté des expressions jetant le trouble sur le statut des dispositions, comme c'est le cas pour l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Mais l'étude de l'une des situations visées par la disposition pourra aider à conclure.

a) Statut a priori incertain

19 - L'article L. 122-5 dispose que « *lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire...* ». Le fait d'interdire à l'auteur un comportement pourrait-il être révélateur du statut impératif de la disposition ?

20 - Une partie de la doctrine, qu'elle soit française³² ou étrangère³³, répond par la négative et semble favorable à une approche supplétive des exceptions. Une règle supplétive ne s'applique que si les sujets de droits n'ont pas exprimé une volonté différente³⁴ ; elle supplée le défaut de volonté affirmée des individus³⁵ en proposant une « solution modèle »³⁶. L'article L. 122-5 aurait

donc un caractère supplétif ou interprétatif en ce que les cocontractants pourraient toujours décider de supprimer le bénéfice des exceptions. En somme, « *l'auteur ne peut interdire...* » certains actes tant qu'il n'a pas exprimé de volonté contraire.

21 - Pourtant, cette interdiction mise à la charge de l'auteur résonne comme un ordre auquel l'auteur serait obligé de se soumettre³⁷. Cette expression pourrait signifier qu'il est impossible de déroger contractuellement aux exceptions³⁸. En effet, une règle impérative ou d'ordre public s'impose aux sujets de droit sans qu'ils puissent exprimer une volonté contraire³⁹. L'article 6 du Code civil dispose qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Les parties n'ont pas le loisir d'évincer une disposition impérative⁴⁰. Ainsi, aucune clause ne devrait avoir la faculté d'empêcher les cocontractants de l'auteur d'exercer les exceptions ou d'organiser leurs modalités d'exercice, ni même de les assortir de rémunérations.

22 - Toutefois, adhérer à l'une ou l'autre des conceptions serait pour l'instant arbitraire dans la mesure où « le caractère impératif d'une règle n'est pas lié aux verbes contraignants »⁴¹. Il faut alors approfondir l'analyse en se concentrant sur l'une des hypothèses de la disposition.

b) Statut impératif par ricochet

23 - L'article L. 122-5 contient un alinéa 5 concernant l'exception relative à l'accès au contenu d'une base de données électronique et à son utilisation normale⁴². Cette insertion, résultant de l'article 3 de la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998 de transposition de la directive n° 96/9/CE du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données, pourrait attester du caractère impératif de l'article L. 122-5.

24 - D'après l'article 15 de cette directive, « *toute disposition contractuelle contraire à l'article 6 paragraphe 1 [c'est-à-dire à l'exception relative à l'accès au contenu de la base et à son utilisation normale] (...) est nulle et non avenue* ». Le législateur interne était donc contraint d'attribuer un caractère impératif à l'exception. Il aurait donc dû préciser expressément qu'une dérogation contractuelle à cette utilisation était impossible, comme il l'a fait au moment de la transposition de la directive « *logiciel* »⁴³ à l'article L. 122-6-1 *in fine* du Code de la propriété intellectuelle. Or il a choisi d'intégrer l'exception au sein de l'article L. 122-5 en énon-

29. G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens* : Montchrestien, *Domat Droit privé*, 12^e éd. 2005, n° 338, p. 150.

30. G. Cornu, *article préc.*, n° 338, p. 150.

31. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations* : Dalloz, *Précis*, 9^e éd. 2005, n° 375, p. 381.

32. Ch. Alleaume, *La contractualisation des exceptions, La situation en France in Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ?*, Colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA, 9 mars 2007 : *Propr. intell. oct.* 2007, n° 25, p. 436, spéc. p. 438. - A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique* : Litec, Paris, 3^e éd. 2006, n° 323, p. 261, estiment que le contrat peut moduler ou paralyser les exceptions.

33. Se reporter à certains des rapports nationaux des Journées d'étude de l'ALAI in *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions* : Actes du congrès de l'ALAI 1998, L. Baulch, M. Green, M. Wyburn (éd.), Australian Copyright Council, 1999.

34. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple* : PUF, *Quadrige*, 2004, n° 126, p. 225.

35. G. Cornu, *Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique* : *Quadrige/PUF*, 8^e éd. 2007, V^o *Supplétif*, *ive* : « de volonté individuelle » ; « se dit alors d'une loi applicable dans le silence des parties, c'est-à-dire en l'absence d'un choix volontaire différent de leur part, fonction de suppléance qui manifeste la valeur éminente du modèle proposé à défaut de volonté contraire (...) ».

36. G. Cornu, *article préc.*, n° 335, p. 149.

37. Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins* : Litec, *Manuel*, 2006, n° 345, p. 273.

- *Brevés observations sur la protection des mesures techniques par le droit civil in Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur* : Actes du congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, New York, ALAI-USA, Inc., 2002, p. 192, spéc. p. 194 : « la volonté individuelle est impuissante pour empêcher le bénéfice d'une exception légale ». - P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique* : PUF, *Coll. Droit fondamental, Classiques*, Paris, 6^e éd. 2007, n° 370, p. 424, n'exclut pas que le droit de citation soit « d'ordre public ». - X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins* : Dalloz, *Cours*, 2^e éd. 2004, n° 58, p. 18, selon qui l'exception est « indisponible ».

38. Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 345, p. 273 : « la formule utilisée laisse penser que les exceptions au droit d'auteur sont d'ordre public puisque la volonté individuelle du titulaire des droits ne peut pas les remettre en cause ».

39. G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V^o *Impératif, impérative* : « auquel la volonté individuelle ne peut déroger (...) ; se dit d'un texte législatif ou réglementaire dont les dispositions d'ordre public l'emportent sur toute volonté contraire que les particuliers auraient exprimé dans un acte juridique ». - V. aussi V^o *Ordre public*, p. 632.

40. V. J. Ghestin, *Les effets pervers de l'ordre public in Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda* : Dalloz, 2001, p. 123.

41. G. Cornu, *Linguistique juridique* : Montchrestien, *Domat droit privé*, 3^e éd. 2005, n° 66, p. 267. - V. pourtant G. del Vecchio, *Philosophie du droit* : Dalloz, 1953, réédité en 2004, spéc. p. 287, la norme qui édicte une obligation de ne pas faire, c'est-à-dire une « norme prohibitive », est nécessairement impérative.

42. CPI, art. L. 122-5, 5^o : « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : (...) les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue au contrat* ».

43. Cons. UE, dir. n° 91/250/CEE, 14 mai 1991 : JOCE n° L 122, 17 mai 1991, p. 42.

çant simplement que l'auteur ne peut interdire l'accès au contenu d'une base de données électronique sans plus de précision. Il aurait ainsi révélé ou confirmé, selon, le caractère impératif de la formule selon laquelle « l'auteur ne peut interdire... ».

25 - Par ricochet, toutes les hypothèses visées à l'article L. 122-5 devraient être investies de cette caractéristique : l'interdiction posée à l'auteur suffit pour signifier le statut impératif d'une règle. Refuser à l'énoncé selon lequel « l'auteur ne peut interdire... » une qualité impérative aurait pour effet de dénier le caractère impératif à l'exception relative à l'accès au contenu de la base de données, et donc de contrarier l'exigence communautaire⁴⁴. Une telle interprétation semble risquée. Il faudrait donc conclure au statut impératif de l'article L. 122-5.

Et pour que la conclusion soit renforcée, il importe de se demander si ce statut peut être déduit pour d'autres raisons.

2° Détermination du statut grâce aux fondements des exceptions

26 - Une loi est d'ordre public « lorsqu'elle intéresse les principes fondamentaux de l'ordre social (public ou privé), lorsqu'elle répond à des besoins primordiaux du corps social »⁴⁵. Les juges peuvent conférer un caractère impératif à une disposition si « son respect est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la société française »⁴⁶. Concernant les exceptions de l'article L. 122-5, cela revient à s'interroger sur leurs fondements.

27 - Le professeur Hugenholtz a mis en lumière les différents fondements des exceptions et a proposé une classification⁴⁷ que nous allons reprendre. Certaines exceptions sont justifiées par des libertés fondamentales, d'autres par la nécessité de garantir l'intérêt public. Quant aux exceptions justifiées par des raisons pratiques, comme la copie privée⁴⁸, la catégorie ne sera pas retenue étant donné que, selon notre conception, le monopole est limité aux utilisations publiques des œuvres. L'auteur ne devrait pas contrôler la copie privée, non pas en raison d'une défaillance du marché, mais parce qu'il s'agit d'une utilisation extérieure à son monopole d'exploitation⁴⁹.

a) Libertés fondamentales

28 - Le législateur français a choisi d'édicter des exceptions aux droits patrimoniaux afin de préserver des libertés fondamentales comme la liberté d'expression ou la liberté de la presse⁵⁰. Certain-

nes restrictions prennent en compte la liberté d'expression⁵¹, comme l'exception de courte citation et d'analyse (CPI, art. L. 122-5, 3°, a)⁵², l'exception de parodie, de pastiche, de caricature (CPI, art. L. 122-5, 4°). Il s'agit d'une « justification très forte »⁵³. Le droit exclusif de l'auteur cède au profit d'un autre auteur qui a besoin d'une sphère de liberté pour créer. D'autres exceptions sont fondées sur la liberté de la presse⁵⁴. Il ne s'agit alors plus de favoriser des utilisateurs créateurs, mais des intermédiaires. Tel est le cas de l'exception relative aux discours d'actualité (CPI, art. L. 122-5, 3°, c), ou aux revues de presse (CPI, art. L. 122-5, 3°, b). La loi du 1^{er} août 2006 a consacré une nouvelle exception à des fins d'information du public à l'article L. 122-5, 9°⁵⁵.

29 - Les exceptions qui ont été édictées en considération de libertés fondamentales devraient être impératives. Étant donné l'importance de ces libertés dans la société, elles devraient avoir un caractère d'ordre public si bien qu'il devrait être interdit de les restreindre contractuellement⁵⁶. Un contrat ne devrait donc pas empêcher l'exercice de ces exceptions, ni organiser leurs conditions d'exercice, ni même envisager une rémunération de l'auteur en contrepartie.

30 - Quant au statut de la copie privée et de la représentation dans un cercle de famille – limites aux droits et non exceptions – il ne peut être qu'impératif. La conclusion s'impose de manière péremptoire. Il n'est en effet plus question de se préoccuper d'une éventuelle justification. Le fait que ces deux utilisations soient étrangères à la sphère patrimoniale de l'auteur suffit pour lever tout doute quant à leur statut⁵⁷.

b) Intérêt public

31 - D'autres exceptions ne sont pas motivées par le souci de ne pas entraver des libertés fondamentales, mais plutôt par celui de

indispensables : « *These are the lions of the zoo ; they may bite, but a zoo simply can't do without them* ». – Quant au respect de la vie privée, qui fait partie de cette catégorie, et qui pourrait justifier l'exception de copie privée, il ne sera pas retenu ici étant donné que, selon notre approche, la copie privée n'est pas une exception justifiée, mais une limite naturelle qui n'a besoin du secours d'aucun fondement.

44. C'est ce que concèdent les professeurs A. et H.-J. Lucas qui, malgré tout, refusent de considérer l'article L. 122-5 comme une disposition impérative, A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 382, p. 304.
 45. G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, op. cit., n° 340, p. 150. – J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, op. cit., n° 126, p. 226.
 46. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 375, p. 381.
 47. P. B. Hugenholtz, *Fierce creatures, Copyright Exemptions : Towards Extinction ? in Rights, Limitations, and Exceptions : striking a proper balance : Conférence IFLA/Imprimatur, Amsterdam, 30-31 oct. 1997* ; disponible en ligne sur le site de l'Ivri, 16 p., spéc. p. 11, en utilisant la métaphore du zoo, identifie les exceptions fondées sur des *fundamental rights*, le *public interest*, ou le *market failure*. – Adde, pour des classifications un peu différentes, L. M. C. R. Guibault, *Copyright limitations and contracts, An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright : Kluwer Law International, Information law series n° 9, The Hague, London, Boston, 2002*, n° 2.2, p. 27 et s. – P. Sirinelli, *Exceptions et limitations aux droits d'auteur et droits voisins in Atelier sur la mise en œuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes : Genève, 6-7 déc. 1999*, 51 p. ; disponible sur le site de l'OMPI, <wipo.org>, spéc. p. 24 et s.
 48. Parmi les exceptions justifiées par des raisons pratiques figure également la reprographie (P. B. Hugenholtz, *Fierce creatures, Copyright Exemptions : Towards Extinction ? : article préc.*, spéc. p. 14). Mais, en droit français, non seulement l'utilisation d'une œuvre par reprographie ne fait pas partie des exceptions, mais le législateur a expressément affirmé le caractère impératif de la cession du droit de reproduction par reprographie à l'article L. 122-10 *in fine* du CPI.
 49. C. Colin, *Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ? : Thèse préc.*, n° 213 et s.
 50. P. B. Hugenholtz, *Fierce creatures, Copyright Exemptions : Towards Extinction ? : article préc.*, spéc. p. 12, compare ces exceptions aux lions d'un zoo,

51. A. Lucas, *Droits patrimoniaux, Exceptions au droit exclusif : JCI. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1248, n° 19*, p. 7. – Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 366 et s., p. 291 et s. – M. Buydens et S. Dusollier, *Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses : Comm. com. électr. 2001, étude 22, spéc. p. 11*.
 52. L'exception de courte citation est l'une des rares exigées par la Convention de Berne (art. 10.1).
 53. A. Lucas, *Droits patrimoniaux, Exceptions au droit exclusif*, op. cit., n° 23, p. 10, et n° 74, p. 25. – Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 346, p. 273.
 54. M. Buydens et S. Dusollier, *Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses, préc.*, chron. 22, spéc. p. 11.
 55. Pour plus de détails, V. notamment, A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 414, p. 323.
 56. M. Buydens et S. Dusollier, *Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses : article préc.*, spéc. p. 13-14 : « En raison du caractère d'ordre public des libertés qui sous-tendent ces exceptions, leur nature ne peut elle-même qu'être également d'ordre public ». – S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (...)*, op. cit., n° 657, p. 508. – Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé : Litec / IRPI, Le droit des affaires, Propriété intellectuelle*, t. 25, 2004, n° 228, p. 203. – P. B. Hugenholtz, *Fierce creatures, Copyright Exemptions : Towards Extinction ? : article préc.*, spéc. p. 12. – L. M. C. R. Guibault, *Limitations found outside copyright law in Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions : Journées d'étude de l'ALAI 1998, Australian Copyright Council, 1999*, L. Baulch, M. Green, M. Wyburn (éd.), p. 42, spéc. p. 52. – Contra, refusant un statut impératif aux exceptions, A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 323, p. 261. – Ch. Alleaume, *La contractualisation des exceptions, La situation en France : article préc.*, spéc. p. 438.
 57. D'ailleurs, tout en retenant une approche en termes d'exceptions, les juges ont pu conclure au statut d'ordre public de l'exception de copie privée, *TGI Paris, 10 janv. 2006 : jurisData n° 2006-292685 ; Comm. com. électr. 2006, comm. n° 41*, note Ch. Caron ; *Propri. intell. janv. 2006*, n° 19, p. 179, note A. Lucas (« cette exception [de copie privée] s'impose (...) aux auteurs quel que soit le support utilisé »).

préservé l'intérêt public⁵⁸. À suivre la catégorisation proposée par la professeure Guibault, il existe deux types d'exceptions fondées sur l'intérêt général : celles qui ont vocation à garantir la transmission du savoir, et celles qui s'attachent à réguler les pratiques industrielles et la concurrence⁵⁹.

32 - L'intérêt général peut s'apparenter à un intérêt social. C'est ainsi que l'exception consacrée par la loi du 1^{er} août 2006 à l'article L. 122-5, 7^o, en faveur des organismes s'occupant de personnes handicapées⁶⁰, répond à la formulation d'un besoin social au profit d'une catégorie de personnes. Il peut arriver que l'intérêt public, en plus de répondre à un besoin social, coïncide avec l'intérêt de l'auteur. L'article L. 122-5, 8^o permet aux bibliothèques, musées et archives de reproduire et représenter (rajout opéré par la loi du 12 juin 2009 qui a modifié l'alinéa 8^o de l'article L. 122-5 du CPI) une œuvre à des fins de conservation ou en vue de préserver les conditions de sa consultation, sous réserve qu'aucun avantage économique ou commercial ne soit perçu⁶¹. De son côté, le nouvel alinéa 3^o prend aussi en considération l'intérêt public en consacrant une exception aux droits patrimoniaux à des fins pédagogiques⁶².

33 - Quant à l'exception de reproduction provisoire de l'article L. 122-5, 6^o et l'exception relative aux catalogues de ventes judiciaires de l'article L. 122-5, 3^o, d), elles appartiendraient donc à la seconde catégorie. Toutefois, pour ce qui est de l'exception de reproduction provisoire, un bémol doit être apporté en ce sens que la transposition en droit interne était obligatoire, et que, si le législateur avait eu le choix, il ne l'aurait pas consacrée car elle découle logiquement de la définition du droit de reproduction⁶³.

34 - Pour ces exceptions fondées sur l'intérêt public, la déduction d'un statut impératif n'est pas si évidente. L'intérêt public est-il suffisamment puissant pour limiter la liberté contractuelle des titulaires de droits ? Dans la mesure où le droit d'auteur poursuit lui-même la satisfaction de l'intérêt général, pourquoi une exception fondée sur une variante de cet intérêt général devrait-elle être prédominante de sorte que le contrat ne puisse y déroger ? Des membres de la doctrine ont proposé, afin de sortir de cette impasse, de procéder à une balance des intérêts entre ces diverses considérations en attribuant par exemple à l'auteur une indemnisation équitable⁶⁴. Toutefois, une telle approche n'emporte pas la conviction. En effet, si l'on envisage la notion d'intérêt public comme « la volonté de favoriser l'émergence et la vivacité d'une sphère publique littéraire et artistique, élément d'une société démocratique »⁶⁵, il semble que les exceptions qui poursuivent de

tels objectifs devraient avoir un statut impératif⁶⁶. Ainsi le titulaire de droits ne devrait pas pouvoir inscrire dans le contrat une clause en sens contraire. Et le juge, en révélant l'intérêt public que poursuivent ces exceptions⁶⁷, devrait leur attribuer un statut impératif et ainsi refuser toute stipulation contractuelle contraire⁶⁸.

35 - Finalement, toutes les exceptions visées à l'article L. 122-5 devraient arborer un caractère impératif de sorte qu'il soit impossible aux titulaires de droits de les empêcher ou d'organiser leurs modalités d'exercice⁶⁹. Cette volonté de reconnaissance du caractère impératif des exceptions nous convie alors à une relecture des dispositions organisant la conciliation entre les mesures techniques de protection et les exceptions.

B. - Respect du statut impératif des exceptions dans les contrats

36 - Étant donné le statut impératif des exceptions, le titulaire des droits ne devrait pas avoir la faculté de prévoir le nombre de copies de l'œuvre pouvant être réalisées, pas plus qu'il ne pourrait définir les contours autorisés de toute autre exception, ou aménager une rémunération supplémentaire de l'auteur pour un acte déjà couvert par une exception⁷⁰. De même, soumettre l'exercice des exceptions à de nouvelles conditions tenant à l'accès licite à l'œuvre ou au respect du test des trois étapes n'est pas admissible. En outre, ce caractère impératif les prémunit contre toute négociation contractuelle. Il apparaît donc inconcevable que, par l'intermédiaire d'un contrat, des mesures techniques puissent empêcher le bénéficiaire des exceptions.

37 - L'article L. 331-7 permet d'organiser les modalités du bénéfice des exceptions par l'intermédiaire des mesures techniques, sans poser d'obligation à la charge des titulaires de droits. Le législateur leur donne la possibilité, mais sans les y contraindre. La disposition peut donc être lue dans le sens d'un respect des exceptions. Si, en vertu de l'article L. 331-7, les titulaires de droits

58. P. B. Hugenholz, *Fierce creatures, Copyright Exemptions : Towards Extinction ?* : article préc., spéc. p. 12-13. – Adde, Y. Gendreau, *Intérêt public in Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions* : Journées d'étude de l'ALAI, Cambridge, 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 113-114, spéc. p. 113 : « toutes les exceptions sont vouées à être d'intérêt public ».

59. L. M. C. R. Guibault, *Copyright limitations and contracts, An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, op. cit., n° 2.2.2 et s., p. 56 et s. – Consulter également S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (...)*, op. cit., n° 595, p. 464.

60. Pour plus de détails, V. notamment, A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 411 et 412, p. 321.

61. Pour plus de détails, V. notamment, A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 383, p. 304. – Adde, Y. Alix, *Les exceptions bénéficiant aux bibliothèques, la révolution ? In la loi DADVSI : des occasions manquées ?*, Premières rencontres nantaises de la propriété intellectuelle, 9 févr. 2007 : RLDI mars 2007, supplément au n° 25, p. 25-28.

62. Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 375, p. 296. – A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 415 et s., p. 425 et s. – L'exception concerne aussi les droits voisins et le droit sui generis des producteurs de bases de données.

63. Pour des développements sur le sujet, se reporter à C. Colin, *Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ?* : Thèse préc., n° 369 et s.

64. M. Buydens et S. Dusollier, *Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses* : article préc., spéc. p. 14. – V. également S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (...)*, op. cit., n° 657, p. 509.

65. La citation est empruntée à S. Dusollier (n° 657, p. 509) bien qu'elle ne conclut pas en ce sens.

66. Telle était la position de la Belgique, dès avant l'adoption du nouvel article 23 bis de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (*Moniteur belge* 27 juill. 1994) : V. M.-Ch. Janssens, *Rapport national : Belgique in Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions* : Actes du congrès de l'ALAI 1998, L. Baulch, M. Green, M. Wyburn (éd.), Australian Copyright Council, 1999, p. 175-203, spéc. p. 181.

67. B. Mercadal, *De l'exception d'ordre public in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida* : Dalloz, 1991, p. 241, spéc. p. 243 : « une règle est considérée comme d'ordre public uniquement en fonction des intérêts que le juge estime indispensables de protéger (...). Les tribunaux font parfois référence à un intérêt général ou public supérieur ». Toutefois le juge ne dispose pas du pouvoir de soulever d'office le moyen d'ordre public en raison du respect de la liberté contractuelle. – X. Lagarde, *Office du juge et ordre public de protection* : JCP G 2001, I, 312.

68. B. Mercadal, *De l'exception d'ordre public : article préc.*, spéc. p. 242, « c'est par cette constante pesée de l'intérêt en jeu que le juge détermine aussi les contours de l'ordre public lorsque la loi n'a pas formellement pris parti sur la force obligatoire d'une disposition donnée. (...) La Cour de cassation a régulièrement l'occasion de censurer les juges du fond qui omettent de procéder à cette investigation (...) ».

69. La Cour fédérale suisse (17 oct. 2000, *ProLitteris c/ Ville de Genève*) s'est prononcée en ce sens puisqu'elle a estimé que « la loi sur le droit d'auteur ne permet pas de dérogation tarifaire » aux exceptions et qu'ainsi « toute prestation conventionnelle supplémentaire est illicite et nulle ab initio ». – Se reporter notamment à S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (...)*, op. cit., n° 654, p. 506. – Centes, le législateur a prévu que la compensation de certaines exceptions sera réalisée grâce au contrat : c'est le cas pour l'exception de presse de l'article L. 122-5, 9^o et l'exception pédagogique de l'article L. 122-5, 3^o e). Mais, d'une part, l'exception de presse n'est pas une véritable exception mais se rapproche d'une licence légale (P. Sirelli, *De nouveaux modèles pour le droit d'auteur, Le point de vue du juriste in Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ?* : Colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIIDA à la chambre de commerce et d'industrie de Paris, 9 mars 2007 : *Propriété intellectuelle*, oct. 2007, n° 25, p. 397-403, spéc. p. 402) ; d'autre part, la compensation contractuelle de l'exception pédagogique fait partie des conditions légales d'admission de l'exception. Le caractère impératif de l'article L. 122-5 n'est donc pas remis en cause.

70. Force est de constater que le législateur a décidé de sauvegarder l'exception de copie privée face aux mesures techniques dans le domaine audiovisuel, V. CPI, art. L. 331-9 (ancien art. L. 331-11). Le caractère impératif de l'exception est donc respecté.

« *peuvent* » programmer les mesures techniques pour limiter le nombre de copies, ils « *peuvent* » aussi ne pas le faire. De même, s'ils « *peuvent* » subordonner le bénéfice des exceptions à un accès licite à l'œuvre, ils « *peuvent* » aussi ne pas le faire. Le verbe « pouvoir » n'exprime pas la contrainte, mais le droit. Il annonce une règle juridique qui ne pose ni une obligation, ni une interdiction, ni une sanction. L'emploi de ce verbe signifie que « l'éventail des objets de la règle est largement ouvert »⁷¹. L'article L. 331-7 ne fait donc que proposer au titulaire de droits une option. Et le caractère impératif des exceptions supprime l'alternative.

38 - L'article L. 331-8 pourrait, quant à lui, faire l'objet d'une lecture subversive selon laquelle les titulaires de droits ne seraient pas tenus d'organiser les modalités de jouissance des exceptions lorsque l'œuvre est mise à la disposition du public selon un contrat convenu entre les parties, puisque, précisément, les exceptions,

étant impératives, ne peuvent faire l'objet de dérogations contractuelles. Sans aller jusqu'à prôner une telle lecture, il suffit de se référer au vocabulaire employé par le législateur pour comprendre que les titulaires de droits ont la faculté soit de sauvegarder les exceptions, soit de ne pas les préserver. Mais ce choix n'a plus lieu d'être si on reconnaît aux exceptions un caractère impératif.

39 - S'interroger sur le statut des exceptions est une problématique récente liée à l'incitation ambiante à la contractualisation des exceptions. Il fallait apporter une réponse et conclure à leur caractère impératif pour les protéger de toute dérogation contractuelle. Une fois les œuvres divulguées, ni l'auteur, ni l'exploitant ne devraient pouvoir remettre en cause les exceptions consacrées par le législateur. Ainsi, le terme oxymore convient pour qualifier la contractualisation des exceptions. ■

Mots-Clés : Droit d'auteur - Exception - Mesures techniques - Statut
Droit d'auteur - Exception - Mesures techniques - Contrat

71. G. Cornu, *Linguistique juridique*, op. cit., n° 66, p. 266.