

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives

Dusollier, Séverine

Published in:
Propriétés Intellectuelles

Publication date:
2007

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Dusollier, S 2007, 'La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives', *Propriétés Intellectuelles*, numéro 25, pp. 443-452.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge exceptions impératives

SÉVERINE DUSOLLIER

PROFESSEUR AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES DE NAMUR

Prendre appui sur l'expérience belge du statut impératif des exceptions est une expérience exotique. Non que le plat pays mérite cette épithète pour ses seuls attraits touristiques, mais notre législation sur le droit d'auteur le peut assurément dans la mesure où il s'agit du seul pays, à ma connaissance, qui ait expressément qualifié les exceptions de dispositions impératives ne pouvant être écartées par contrat¹. Ce statut impératif a été accordé aux exceptions en 1998, bien avant qu'il ne soit question de transposer la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information du 22 mai 2001. Il ne constitue donc pas une réponse particulière au texte communautaire.

Qualifier les exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins d'impératives est la conséquence d'une logique nouvelle de contractualisation des exceptions et plus largement du rapport entre titulaires de droit et utilisateurs des œuvres.

Nous commencerons par exposer les différents symptômes de cette logique de contractualisation (I) avant de réfléchir sur les modifications essentielles qu'elle introduit dans le régime de la propriété littéraire et artistique (II). Nous aborderons ensuite le statut impératif des exceptions en droit belge et surtout, ce qu'il en est advenu suite à la transposition de la directive « droit d'auteur dans la société de l'information » (III).

I. La contractualisation de l'utilisation de l'œuvre

a) Les prémisses : la protection des logiciels par le droit d'auteur

Parler des droits des bénéficiaires d'exceptions et du statut éventuellement impératif des exceptions est la rançon, sans doute non voulue mais inéluctable, d'un mouvement de distorsion du droit d'auteur qui a peu à peu inscrit les relations entre titulaires de droit et utilisateurs finaux de l'œuvre dans un cadre contractuel. Ce

phénomène n'est évidemment pas né avec la directive ou avec la loi « DADVSI », mais est un produit des débuts de l'harmonisation européenne de la propriété littéraire et artistique et de l'apparition de nouveaux objets protégés dans le champ du droit d'auteur.

Les premiers symptômes de cette contractualisation des exceptions sont apparus lorsque le logiciel est venu frapper à la porte du droit d'auteur, réclamant hardiment sa protection.

Faut-il répéter combien les logiciels furent d'insolites prétendants à la protection du droit d'auteur ? Si l'on peut conceptuellement admettre qu'il s'agit d'œuvres sous une forme littéraire, il faut toutefois reconnaître que ces objets exprimés dans une forme littéraire singulière ont pour particularité, non négligeable, d'être directement opératoires : la forme même de l'œuvre aboutit à un résultat dans une machine, la faisant fonctionner de telle ou telle manière². On ne peut certainement pas en dire autant de la forme des romans par exemple, qui au-delà de leur potentiel à procurer des émotions ou réflexions chez le lecteur, ne déclenchent aucun effet technique ou mécanique. De quoi faire des programmes d'ordinateur d'étranges objets du droit d'auteur, voire des objets étrangers à celui-ci.

Œuvres curieuses donc et œuvres un peu bâtarde du droit d'auteur, tant elles ont amené avec elles, dans le régime du droit d'auteur, de nombreuses règles qui l'ont dévié de son orthodoxie. Il suffit de songer au droit de reproduction provisoire qui fait fi de la règle selon laquelle la reproduction d'une œuvre n'est soumise au contrôle de l'auteur que si elle constitue une fixation sur laquelle une représentation au public peut

1. V. les art. 23 bis (exceptions au droit d'auteur) et 46 bis (exceptions aux droits voisins) de la loi sur le droit d'auteur du 30 juin 1994.

2. P. Gaudrat, M. Briat et F. Toubol, Europe des logiciels : au menu, PLA du chef à la mode bruxelloise : *D.I.T.* 1989/3, p. 59 ; M. Vivant, Le programme d'ordinateur au Pays des Muses – Observations sur la directive du 14 mai 1991 : *JCP éd. E* 1991, 94, p. 479.

prendre appui³. Ou l'exception de décompilation qui fait passer l'enseignement de Desbois selon lequel les idées sont de libre parcours pour une maxime éculée.

Toutes ces règles nouvelles dont la propriété littéraire et artistique a hérité avec le logiciel sont plus ou moins directement fondées sur le fait que ce qui compte en matière de logiciel, ce n'est plus tant le contrôle de la diffusion de ce logiciel dans le public, son exploitation au sens qu'en donne le droit d'auteur, que le contrôle de son utilisation par l'utilisateur final, contrôle suscité par le caractère directement opératoire de l'œuvre.

La reproduction provisoire a fait son entrée en droit d'auteur à la faveur du fait que les ayants droit sur les logiciels entendaient se réserver la distribution de l'œuvre auprès des utilisateurs et interdire ainsi une utilisation collective autorisée par le format numérique du programme. Si les contrats de licence permettaient de n'autoriser qu'une seule utilisation du logiciel par utilisateur ou par ordinateur, le droit de reproduction provisoire est venu renforcer ce contrôle contractuel d'un véritable droit exclusif opposable *erga omnes*. C'est donc bien que l'exploitation du programme, sa diffusion dans le public ne constitue plus l'objet primordial du contrôle désiré par les titulaires de droits, mais bien la maîtrise de l'accès à celui-ci et de son utilisation.

b) L'utilisateur légitime comme conséquence de la contractualisation

Puisque l'auteur dispose désormais du pouvoir de contrôler qui a accès au logiciel, quoi de plus logique que de réserver de manière similaire l'étendue de l'utilisation autorisée de ce programme aux personnes ayant passé avec succès ce premier *checkpoint*? L'emphase portée sur l'utilisation du logiciel a en toute logique permis une réduction du bénéfice des exceptions aux personnes qui accèdent à l'œuvre par un contrat. La directive européenne de 1991 sur la protection du programme d'ordinateur invente alors la notion d'utilisateur légitime, qui va progressivement et définitivement s'installer en droit d'auteur⁴.

La directive de 1991 sur les programmes d'ordinateur limite le bénéfice de toutes les exceptions qu'elle contient, à l'« acquéreur légitime » (exception d'utilisation normale), à la « personne ayant le droit d'utiliser le programme » (copie de sauvegarde), à la « personne habilitée à utiliser une copie d'un programme d'ordinateur » (étude du fonctionnement du programme), ou au « licencié ou autre personne jouissant du droit d'utiliser une copie d'un programme ou pour leur compte par une personne habilitée à cette fin » (décompilation).

Dans la directive sur la protection des bases de données de 1996, les exceptions spécifiques aux bases de données, tant relativement au droit d'auteur qu'au droit *sui generis*, sont réservées à « l'utilisateur légitime » de la base⁵. Sont visées l'exception au droit d'auteur pour l'accès au contenu de la base et son utilisation normale (art. 6 (1)), pendant de l'exception pour utilisation normale prévue en matière de logiciels, l'exception au droit *sui generis* pour extraction et réutilisation de parties non substantielles de la base (art. 8(1)), ainsi que les excep-

tions plus traditionnelles que le législateur national peut étendre au droit *sui generis* (art. 9).

Toutes les législations nationales ont hérité de cette notion d'utilisateur légitime par le processus de transposition des textes européens. Pour ne prendre que l'exemple français, l'article L. 122-6-1 du Code de propriété intellectuelle accorde le bénéfice des exceptions aux droits portant sur le logiciel à « la personne ayant le droit d'utiliser le logiciel », expression unique qui se substitue à la diversité de formules utilisées par la directive. S'agissant des bases de données, l'exception au droit *sui generis* en faveur de l'extraction d'une partie non substantielle de la base de données est réservée à « la personne qui y a licitement accès » (CPI, art. L. 342-3). En revanche, les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données ne sont autorisés, en vertu de l'article L. 122-5, 5°, que « pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue au contrat », sans qu'aucune mention ne soit faite de l'utilisateur légitime. Mais la contractualisation de l'exception est encore plus flagrante.

Quelle que soit la terminologie utilisée, l'ancrage du bénéficiaire d'exceptions au contrat assurant l'accès à l'œuvre est patent.

Dans le texte communautaire de 1991, l'utilisateur légitime du logiciel, seul bénéficiaire des exceptions, est défini par référence au contrat de licence ou à l'acquisition d'une copie du logiciel⁶. En revanche un considérant de la directive sur les bases de données n'autorise l'accès à la base de données et son utilisation qu'aux « fins et de la manière prescrites dans le contrat de licence »⁷. En outre, les articles 6 et 8 de cette même directive prévoient que dans l'hypothèse où l'utilisateur n'est autorisé qu'à utiliser une partie seulement de la base, les exceptions correspondantes ne s'appliqueront qu'à cette partie, ce qui semble aussi indiquer que la légitimité de l'utilisateur ne peut être trouvée que dans le contrat de licence qu'il aurait conclu et non dans l'acquisition d'une copie de celle-ci⁸. Le CPI a repris cette définition liée au seul contrat, dans la mesure où les actes nécessaires à l'accès au contenu de la base ne sont autorisés « que pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue au contrat ».



3. Sur ce point v. 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*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 450 sq.

4. S. Dusollier, L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur? : *Com. com. électr.* nov. 2005, p. 17 à 20.

5. Sur la notion d'utilisateur légitime dans la directive bases de données, v. V. Vanovermeire, *The concept of the lawful user in the database directive* : *IIC* 2000, vol. 3, p. 64.

6. Ce qui démontre la terminologie utilisée : « acquéreur légitime », « licencié », parmi des expressions plus générales comme « personne ayant le droit d'utiliser le programme ».

7. Considérant 34 de la directive du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données.

8. V. Vanovermeire, *op. cit.*, p. 70.

En dépit de cette interprétation apparemment restrictive de la notion dans la directive base de données, la Commission européenne a considéré que la notion devait être entendue, dans les deux directives, comme incluant toute personne qui se trouve en possession d'un exemplaire du logiciel ou de la base de données, qu'elle soit dans les liens d'un contrat de licence ou non⁹.

La source du bénéfice des exceptions doit donc être trouvée dans l'acte contractuel qu'a conclu l'utilisateur pour pouvoir accéder à une copie du logiciel. En confinant ainsi le bénéfice des exceptions au cadre contractuel, vente ou contrat de licence, qui s'est noué, non pas entre l'auteur et l'utilisateur (sachant qu'il n'y a plus tellement d'auteur dans ce type de relation), mais entre le titulaire des droits et même, souvent, un simple distributeur des œuvres qui bénéficie d'une licence pour effectuer cette distribution et les utilisateurs finaux, on crée un contexte de contractualisation des exceptions assez inédit en droit d'auteur.

Sans doute pourrait-on considérer que l'utilisateur de l'œuvre n'est pas si mal loti puisqu'il dispose ainsi d'une liberté et d'une autonomie contractuelle qui devraient lui assurer un certain pouvoir de négociation. Pouvoir fort relatif cependant tant on sait combien l'autonomie de l'utilisateur est réduite dans les licences de logiciels et plus généralement dans les contrats de licence accompagnant la distribution de produits numériques.

c) *Le statut impératif des exceptions comme correctif*

Cette position de faiblesse présumée de l'utilisateur dans les contrats portant sur des logiciels ou autres produits digitaux appelait des corrections. Des dispositions légales, telle la consécration du caractère impératif des exceptions, furent dès lors introduites pour atténuer les éventuels excès de cette contractualisation. Fragilisé par son confinement dans le lien contractuel, le bénéficiaire des exceptions est en effet à la merci de dispositions contractuelles qui, par hypothèse, interdiraient ou limiteraient l'exercice de celles-ci.

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.

Le statut impératif de ces exceptions était sans doute d'autant plus nécessaire que logiciels et bases de données sont majoritairement diffusés dans le cadre d'une licence, le cadre contractuel s'imposant *de facto* en quelque sorte. L'œuvre se prête donc facilement au jeu du contrat, par le biais de licences conclues avec des utilisateurs. Une autre spécificité du secteur informatique tient à la grande place qu'y occupent les contrats non négociés, licences standard ou d'adhésion. D'où un besoin de protéger particulièrement l'utilisateur de ce type d'œuvres.

Le législateur communautaire a pour la première fois introduit l'idée d'exceptions impératives en droit d'auteur lors de la directive sur les logiciels¹⁰. Ce texte communautaire prévoit que certains actes d'utilisation, bénéficiant d'une exception aux droits, ne peuvent être

contractuellement limités. Il s'agit des exceptions prévues aux articles 5(2) (copie de sauvegarde), 5(3) (étude et test du fonctionnement du programme) et 6 (décompilation). L'exception apparaissant à l'article 5(1) et relative à l'utilisation normale du programme, n'est pas reprise dans cette liste de dispositions impératives. Il devrait s'ensuivre que cette disposition n'est que supplétive. L'énoncé de l'exception le suggère par ailleurs, puisque qu'il y est précisé que le bénéfice de l'exception peut souffrir de « dispositions contractuelles spécifiques ». Un considérant de la directive précise toutefois que certains actes ne peuvent faire l'objet d'une dérogation contractuelle¹¹.

Ce mouvement en faveur du caractère impératif des exceptions se poursuit dans la directive de 1996 sur la protection juridique des bases de données dont l'article 15 prévoit que « toute disposition contractuelle contraire à l'article 6 paragraphe 1 et à l'article 8 est nulle et non avenue ». Ce caractère impératif s'applique à l'exception au droit d'auteur pour l'accès et l'utilisation normale de la base et à l'exception au droit d'extraction pour des parties non substantielles de la base.

d) *La contractualisation des exceptions dans la directive « droit d'auteur dans la société de l'information »*

La directive « DADVSI » semble à première vue arrêter ce processus de contractualisation des exceptions. À reprendre les deux symptômes repérés dans les directives précédentes, soit la figure de l'utilisateur légitime comme bénéficiaire (contractuel) des exceptions et la consécration explicite d'un statut impératif des exceptions, aucun de ces deux éléments n'apparaît dans le texte communautaire. La directive s'appliquant à tous types d'œuvres, sans doute le législateur européen a-t-il considéré que le cadre contractuel n'était pas le contexte automatique de diffusion des œuvres, ce qui n'impliquait ni de limiter les exceptions au titulaire d'une licence d'utilisation de l'œuvre, ni de préserver le bénéfice des exceptions d'une éventuelle emprise contractuelle.

Ceci dit, la saveur de la directive ne s'éloigne pas franchement d'une contractualisation des exceptions.



9. Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur la mise en œuvre et les effets de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, 10 avr. 2000, COM(2000) 199 final, p. 12.

10. V. l'exposé des motifs de la directive sur les logiciels : JOCE 12 avr. 1989, n° C 91, p. 6 et 7.

11. Considérant 17 : « les opérations de chargement et de déroulement nécessaires à l'utilisation d'une copie d'un programme légalement acquis, ainsi que la correction de ses erreurs, ne peuvent pas être interdites par contrat ; que, en l'absence de clauses contractuelles spécifiques, notamment en cas de vente d'une copie du programme, toute autre opération nécessaire à l'utilisation de la copie d'un programme peut être effectuée, en conformité avec son but prévu, par un acquéreur légal de cette copie ». L'évaluation précitée de la directive établit par contre une distinction entre l'existence de l'exception qui ne peut être revue par contrat et les modalités d'exercice de l'exception qui peuvent être aménagées contractuellement.

Fondamentalement, ce sont les dispositions de la directive sur les mesures techniques de protection qui mettent à mal les exceptions et les assujettissent dans certains cas au contrat¹². La philosophie générale de la directive de 2001 est en effet de permettre aux dispositifs techniques de se déployer sans limite. Ces mécanismes peuvent empêcher *de facto* le bénéfice d'actes de reproduction, de communication au public, de représentation, même lorsqu'ils sont soumis à exception¹³. Dans bien des cas, le bénéfice effectif de l'exception, qui repose sur un tel acte de copie ou de représentation, n'est plus possible. Un considérant dispose en outre que la copie privée doit s'effacer devant la technique et les dispositions anti-contournement¹⁴. De la sorte, le législateur communautaire s'est écarté des traités de l'OMPI dont les dispositions anti-contournement préservent l'exercice des exceptions au droit d'auteur¹⁵.

Cette limitation des exceptions par la technique, dont l'ampleur est définie par le bon vouloir des titulaires de droits qui mettent en place de telles mesures, est peut-être plus intolérable qu'une limitation par contrat. Dans le cadre de ce dernier, subsistent – en théorie à tout le moins – une possibilité de négociation entre les parties, un consentement et un principe d'autonomie contractuelle.

À l'inverse, la plupart des mesures techniques sont des mesures complètement unilatérales qui ne sont pas du tout déployées dans le cadre d'un contrat. Il suffit de songer au dispositif qui se trouve sur des supports physiques, CD ou DVD, et qui empêche toute reproduction. Et même si la mesure technique est sous-tendue par un contrat qui en expose les caractéristiques et les effets sur l'utilisation de l'œuvre, il ne s'agit que de contrats d'adhésion, voire de simples conditions générales imposées à l'utilisateur comme condition d'accès à l'œuvre.

Mais le diable contractuel est surtout dans les détails de la directive. Le considérant 35 précise, s'agissant des critères de détermination du montant et des modalités de la compensation équitable prévue pour certaines exceptions, qu'il doit notamment être tenu compte d'un éventuel paiement déjà perçu par les titulaires de droits. Ce paiement peut, par exemple, résulter d'une « partie d'une redevance de licence ». Or, s'il y a eu licence, c'est bien que l'usage normalement couvert par une exception a fait l'objet d'une autorisation contractuelle de l'ayant droit.

Plus loin, le considérant 45 prévoit que le contrat peut déterminer le niveau de compensation équitable pour les exceptions, même lorsque la directive elle-même n'exige pas que l'exception soit additionnée de la perception d'une rémunération équitable¹⁶. En d'autres termes, les titulaires de droits ne peuvent interdire l'utilisation, mais ils peuvent en définir les conditions d'exercice.

Ensuite, la relation entre la mesure technique et la copie privée est fortement marquée par une volonté de laisser le champ libre au contrat. Le principe d'une sortie progressive du système de rémunération équitable, « phasing out » encouragé par la directive¹⁷, s'inscrit dans une logique de substitution d'un régime de droits

exclusifs exercé par la technique ou par des contrats de licence à un régime d'exceptions légalement organisé. Le contrat issu du marché est préféré à un régime légal de structuration des exceptions.

La préférence pour une organisation contractuelle des exceptions se retrouve également dans la soupape prévue par la directive à la mainmise des mesures techniques sur celles-ci, soit dans le fameux article 6.4 de la directive qui demande aux États de trouver des sorties de secours en vertu desquelles certaines exceptions pourront être revendiquées devant les tribunaux ou les commissions administratives. C'est l'Autorité de régulation des mesures techniques pour la France, ce sont des recours judiciaires en Belgique. Ce régime de faveur est en effet limité au bénéfice des exceptions réclamées par l'utilisateur ayant un accès légitime à l'œuvre. On retrouve ici la notion d'utilisateur légitime dont la portée est cependant moindre que dans les directives précédentes puisqu'elle ne conditionne pas l'existence de l'exception mais son bénéfice effectif en présence de mesures techniques, son existence pratique en quelque sorte (qui est bien en réalité la seule chose dont se soucie l'utilisateur). Aucune définition n'est donnée par la directive de cette notion d'utilisateur ayant un accès légitime à l'œuvre, mais on peut penser que celui-ci pourra être déterminé par contrat, soit un contrat de vente pour l'acquisition d'un exemplaire matériel de l'œuvre, soit un contrat de licence pour l'accès à l'œuvre.

En outre, le bénéfice des exceptions ne devra pas être garanti, que ce soit par des mesures volontaires des titulaires de droits ou par une injonction des autorités juridictionnelles ou administratives désignées pour parer à l'insuffisance des premiers, dans le cas où les œuvres sont diffusées à la demande, dans un cadre contractuel.



12. En ce sens, J. de Werra, *Moving Beyond the Conflict Between Freedom of Contract and Copyright Policies : In Search of a New Global Policy for On-Line Information Licensing Transactions – A Comparative Analysis between US law and European law* : *Colum. J.L. & Arts* 2003, vol. 25, p. 325 ; T. Heide, *The approach to innovation under the proposed copyright directive : Time for mandatory exceptions ?* : *I.P.Q.* 2000, p. 223 ; M.-C. Janssens, *Les exceptions*, in *La transposition en droit belge de la directive du 22 mai 1991 « Droit d'auteur et société de l'information »*, Journées d'étude de l'ABDA, 26 avr. 2002, Bruxelles, p. 7.

13. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique...*, *op. cit.*, n° 188 sq.

14. Considérant 39 *in fine*.

15. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique...*, *ibid.*, n° 197 sq.

16. « 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 ».

17. V. l'article 5(2)(b) de la directive qui impose de tenir compte de l'application des mesures techniques dans la détermination de la rémunération pour copie privée. La Commission européenne a toutefois précisé depuis que cette règle ne signifiait pas un abandon du système de rémunération pour copie privée. V. Communication 2004/261 de la Commission du 19 avril 2004 sur la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, point 1.2.5.

L'article 6(4)(4) de la directive, ainsi que l'article L. 331-10 du CPI, prévoient en effet que la solution de sauvegarde des exceptions ne s'applique pas aux œuvres mises à la disposition du public selon des dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière telle que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit. Si l'interprétation de cette disposition prête à discussion (principalement quant à l'ampleur des modes de diffusion *on-line* des œuvres concernés)¹⁸, ce qui importe est que la directive s'abstient d'exiger une protection effective des exceptions lorsqu'un contrat régit la mise à disposition des œuvres. La contractualisation des exceptions prend ici, de nouveau, le pied sur le régime légal qui essayait de préserver, malgré tout, leur libre exercice. La soupape de sécurité se referme donc également et reste soumise au pouvoir du contrat.

e) *L'absence d'exceptions impératives dans la directive « droit d'auteur dans la société de l'information »*

S'agissant de la contrepartie classique à cette contractualisation, soit du statut impératif des exceptions, la directive « DADVSI » étonne par son silence, en comparaison des indications claires en ce sens des directives précédentes¹⁹. Aucune exception ou limitation au droit d'auteur n'est déclarée expressément impérative et le texte européen est bien succinct sur la question²⁰.

On retrouve bien, à l'article 9 de la directive, la formulation d'usage réglant la cohabitation de la propriété littéraire et artistique avec d'autres formes de protection, en ce compris le contrat²¹. Mais, contrairement aux directives sur le logiciel ou la base de données, elle n'est pas accompagnée d'une réserve indiquant le caractère impératif de certaines exceptions. Cela signifie-t-il que le législateur européen ne s'étant pas cette fois engagé dans la voie du *jus cogens*, l'ensemble des exceptions sont de nature supplétive ? L'argument contraire pourrait tout autant être avancé ; l'absence d'un besoin de préciser la nature impérative des exceptions pourrait être interprété comme un aveu de la reconnaissance d'un tel statut, implicite à la nature des exceptions aux droits. Viendrait accréditer cette thèse le fait que le législateur n'ait précisé, pour aucune exception, qu'elles pouvaient faire l'objet de « dispositions contractuelles contraires », ainsi que l'insistance, dans les considérants, sur la nécessité de « maintenir un juste équilibre » entre intérêts des titulaires de droits et utilisateurs²².

Les éléments évoqués plus haut en faveur d'une relative suprématie du contrat et des mesures techniques sur les exceptions ne sont toutefois pas encourageants. S'il faut admettre que ceux-ci ne penchent pas pour un caractère impératif des exceptions, ils n'interdisent pas pour autant les législateurs nationaux de qualifier les exceptions ou certaines d'entre elles de dispositions impératives.

II. La contractualisation de l'utilisation des œuvres comme signe d'un changement de paradigme

Cette évolution du droit d'auteur en ce qu'elle règle le sort de la simple utilisation des œuvres et des exceptions dans un cadre contractuel, est assez préoccupante tant elle paraît procéder d'une véritable confusion des genres. Confusion entre ce qui est du ressort de la propriété littéraire et artistique et ce qui relève plutôt d'une protection de la commercialisation de biens et services ; confusion également entre la protection de l'œuvre et celle du support ou du vecteur qui en permet l'accès matériel.

Le droit d'auteur gère l'exploitation des œuvres, qu'il faut entendre comme la diffusion des œuvres auprès d'un public, que ce soit directement ou par le biais de copies. Pour A. Lucas, « ce qui déclenche l'application du droit exclusif est un acte d'exploitation »²³. La loi française du 11 mars 1957, en son article 21, ne prévoyait-elle pas que « l'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre, sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire » ?

L'exploitation ne s'entend pas au sens d'un marché qui permettrait à l'auteur de retirer tout bénéfice de l'utilisation et de la circulation de l'œuvre²⁴. Elle s'entend au contraire au regard de la notion de mise à la



18. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique...*, op. cit., n° 222.

19. B. Hugenoltz, Why the copyright directive is unimportant and possibly invalid : *EIPR* 2000, p. 500.

20. M. Buydens, La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins de la société de l'information : le régime des exceptions : *A&M* 2001, p. 429.

21. Art. 9 : « La présente directive n'affecte pas les dispositions concernant notamment les brevets, les marques, les dessins et modèles, les modèles d'utilité, les topographies des semi-conducteurs, les caractères typographiques, l'accès conditionnel, l'accès au câble des services de radiodiffusion, la protection des trésors nationaux, les exigences juridiques en matière de dépôt légal, le droit des ententes et de la concurrence déloyale, le secret des affaires, la sécurité, la confidentialité, la protection des données personnelles et le respect de la vie privée, l'accès aux documents publics et le droit des contrats ».

22. V. considérants 3 (« L'harmonisation envisagée [...] porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété, dont la propriété intellectuelle, et de la liberté d'expression et de l'intérêt général. »), 14 (« La présente directive doit promouvoir la diffusion du savoir et de la culture par la protection des œuvres et autres objets protégés, tout en prévoyant des exceptions ou limitations dans l'intérêt du public à des fins d'éducation et d'enseignement. »), et 31 (« Il convient 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 »).

23. A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2006, n° 243. Dans le même sens, P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Paris, Mémentos Dalloz, 1992, p. 3.

24. En revanche, le marché gouverne l'exploitation des droits, objets du droit d'auteur, et l'exploitation des supports ou exemplaires de l'œuvre, objets d'un droit de propriété corporelle.

disposition de l'œuvre au public, critère qui constitue la limite naturelle du monopole de l'auteur²⁵. C'est en ce sens que J.-G. Renauld considérait que : « les différentes facultés du droit d'auteur ne sont pas de simples pouvoirs d'exploitation, strictement limités à l'utilisation de tel ou tel procédé, mais tendent à assurer, chacun dans leur domaine, la maîtrise de l'auteur sur la communication ou la diffusion de son œuvre. [...] La reconnaissance de cette finalité commune aux différents attributs du droit d'auteur présente cet intérêt fondamental de sauvegarder la cohésion interne de celui-ci, les différents droits d'exploitation apparaissant comme autant de manifestations d'une maîtrise fondamentale de l'auteur sur la diffusion de sa création »²⁶.

On retrouve cette idée dans le caractère synthétique des droits patrimoniaux qui consiste à envisager le monopole de l'auteur selon une *summa divisio* entre droit de reproduction et droit de représentation. Le premier couvre toute forme d'exploitation sous forme matérielle, soit la diffusion de l'œuvre, sa mise à disposition du public de manière indirecte, à partir d'un exemplaire, d'une copie matérielle. Le second englobe toute mise à disposition de l'œuvre au public sous une forme immatérielle, soit sa communication directe²⁷. Chacun de ces droits est ensuite défini de manière large, ce qui a généralement favorisé le vieillissement serein des lois en question, en dépit des modifications techniques, et l'accueil au sein du duo des droits patrimoniaux de nouveaux attributs suscités par l'émergence d'un nouveau mode de diffusion de l'œuvre. Ceci explique que le droit d'adaptation, de distribution, de location ou de prêt se soient rattachés à la notion de reproduction de l'œuvre, tandis que le droit de mise à la disposition, le droit de radiodiffusion, de transmission par câble ou satellite, relèvent du droit de représentation publique.

L'idée de l'exploitation comme paradigme expliquant la maîtrise de l'auteur sur son œuvre justifie également que le droit d'auteur gère surtout la relation entre les auteurs, les artistes interprètes et autres titulaires de droits voisins, et les exploitants, mais non à strictement parler la relation entre l'auteur et les membres du public. L'exploitation a bien entendu un effet indirect sur le public, mais on peut dire que la relation auteur/public est médiatisée par l'exploitation de l'œuvre, donc par la relation que l'auteur entretient avec son exploitant.

Les exceptions en droit d'auteur sont la seule instance où le droit d'auteur traite réellement du public. Ce sont aussi les instants où l'utilisateur, soit sort du cadre de l'exploitation et du cadre de la diffusion (c'est le cas de la copie privée), soit se transforme lui-même en exploitant, donc accomplit un acte soumis au droit d'auteur, mais que la loi estime accompli pour satisfaire à un intérêt général qui doit être encouragé et non freiné par le droit d'auteur.

En réalité, la gestion des relations avec les utilisateurs des œuvres, se joue ailleurs. Le public, pour accéder aux œuvres, n'accomplit normalement aucun acte soumis au droit d'auteur (c'est sans doute moins le cas dans l'ère numérique, mais essayons encore de raisonner de temps en temps en des termes non numériques). Il effectue, soit un acte d'acquisition d'un support par le biais d'un

contrat de vente, soit un acte d'accès à un service de diffusion des œuvres. Notamment quand il achète un ticket pour rentrer dans un cinéma pour pouvoir visionner un film, lorsqu'il va sur Internet dans un système de vidéo à la demande, ou qu'il télécharge des musiques sur Internet. La fourniture de l'œuvre, lorsqu'il ne s'agit pas de transférer la propriété du support, doit être qualifiée de prestation de services²⁸. Délivrer un accès à l'œuvre, en autoriser une utilisation limitée, mettre l'œuvre à disposition du public, permettre son téléchargement, sont autant d'actes de prestations de services²⁹. Dans certains cas, ces actes relèvent également de l'exercice d'un droit de l'auteur. C'est le cas de la représentation de l'œuvre ou de sa mise à la disposition du public. Mais les deux actes doivent être conceptuellement séparés telles les deux faces d'une même pièce. L'acte d'exploitation rend l'exploitant redevable du droit d'auteur, mais la conséquence de celui-ci, soit l'accès du service ou au support diffusant l'œuvre, échappe au droit d'auteur pour le bénéficiaire de cet accès. Par exemple un câblodistributeur, en diffusant ses programmes, réalise bien une opération de communication au public soumise à l'approbation de l'auteur du contenu diffusé, mais simultanément, cette opération, à l'égard de l'abonné, s'apparente à une prestation de services, pour laquelle l'abonné ne doit pas solliciter l'accord de l'ayant droit sur l'œuvre.

De même, l'acte de projeter publiquement un film est un acte de communication pour lequel l'exploitant doit avoir l'autorisation de l'auteur, tandis que l'acte de contrôler l'accès des personnes dans son lieu d'exploitation ne relève que des conditions de la prestation de services qu'il offre au public.

Le premier acte d'accès matériel à l'œuvre, soit d'accès au support ou au vecteur de l'œuvre, n'est donc pas normalement visé par le droit d'auteur. En revanche, cet accès à l'œuvre est régi par un contrat conclu entre l'utilisateur et l'exploitant de l'œuvre, contrat de vente ou contrat de services.

Dans un article récent sur la copie privée³⁰, Philippe Gaudrat et Frédéric Sardain considèrent que, dans ce



25. En ce sens, D. Visser, *Auteursrecht op toegang- De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie et netwerkcommunicatie*, 's-Gravenhage, VUGA Uitgeverij, 1997, p. 24 ; J. Spoor, *Copies in continental copyright*, in J. Spoor et al., *Copies in copyright*, Monographs on industrial property and copyright law 4, Sijthoff et Noordhoff, 1980, p. 113 (implicitement).

26. J.-G. Renauld, *Les destinées récentes du droit de reproduction mécanique et le droit d'auteur*, note sous Cass. 1^{re} ch., 19 janv. 1956 : *RCJB* 1956, p. 196.

27. A. Strowel et E. Derclaye, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 51, n° 45.

28. En ce sens, A. Gitton, *Transmission des œuvres en ligne : vers des prestations [...] de biens ?* : *Gaz. Pal.* 29-30 mai 1998, Doctrine, p. 3.

29. Ce qui ne préjuge pas de la qualification précise du contrat en cause qui sera généralement un contrat d'entreprise ou un contrat innomé, ou, plus rarement, un contrat de location.

30. P. Gaudrat et F. Sardain, « de la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites du droit d'auteur » : *Com. com. électr. nov.* 2005, p. 6.

cadre, les utilisateurs potentiels des œuvres sont une clientèle, composée de personnes individuelles qui sont dans un rapport de client à fournisseur de services ou fournisseur de biens. Par contre, une fois qu'il a accédé à ce support pour la première fois et qu'il commence à utiliser l'œuvre, à en jouir, à l'écouter, à la visionner..., l'utilisateur change de statut et devient membre d'un public. Il devient un « amateur » pour reprendre le terme utilisé par ces auteurs. Ce n'est qu'à ce stade que le droit d'auteur s'intéresse à ces utilisateurs, en tant que public destinataire final de la diffusion des œuvres.

La distinction entre public et clientèle suit celle qui sépare la maîtrise de l'exploitation par le droit d'auteur et la maîtrise de l'accès à l'œuvre par le contrat. Même si la clientèle est « générée par l'activité de l'exploitant »³¹, activité devant être autorisée par les titulaires de droit d'auteur, elle se constitue sur des actes qui ne sont pas concernés par le droit d'auteur. La clientèle est certes essentielle car elle crée la cause de l'exploitation de l'œuvre et constitue l'intérêt économique qui permet à l'exploitant d'obtenir les droits relatifs aux créations des auteurs. Clientèle et public sont donc indissociables mais la clientèle ne comprend pas l'ensemble du public : un public nombreux peut accéder, dans certains cas, à une œuvre, sans avoir payé l'accès à l'œuvre, sans s'être donc comporté en clients de l'exploitant³².

Il s'ensuit que le régime juridique s'appliquant aux rapports entre titulaires de droit d'auteur et public et celui s'appliquant aux rapports entre exploitants et clientèle doivent être proprement dissociés. Les intérêts du *public* sont pris en compte par le droit d'auteur et le sont dans le cadre des exceptions. En revanche les intérêts ou droits spécifiques de la *clientèle*, parce qu'ils résultent du contrat qu'elle noue avec l'exploitant, sont normalement pris en charge par une autre législation, notamment le droit de la vente, le droit des contrats et la protection des consommateurs. C'est ainsi qu'on peut expliquer les premières décisions françaises sur les mesures techniques qui, pour accorder à l'acquéreur d'un CD le bénéfice d'une utilisation de celui-ci sur une autoradio, n'ont pas invoqué un quelconque droit basé sur les exceptions au droit d'auteur, mais s'en sont référés aux vices cachés en matière de contrat de vente. Quoi de plus normal en effet de chercher dans le droit de la vente la solution à une problématique liée à l'acquisition d'un support, d'un bien, et des qualités qui lui font défaut.

Néanmoins, cette délimitation nette n'a cessé de se brouiller en droit d'auteur et les deux statuts des utilisateurs des œuvres, clientèle et public, se sont un peu télescopés.

La transition du siège traditionnel des droits de l'auteur, du contrôle de l'exploitation à celui de l'utilisation et de l'accès aux œuvres, fruit de l'entrée du logiciel et des autres produits numériques dans la propriété littéraire et artistique, en est en grande partie responsable. En matière de logiciel, l'utilisateur est avant tout un client, et non un amateur, membre d'un public auquel l'œuvre est divulguée et le droit spécifique des logiciels a été taillé sur mesure à cette dimension singulière. C'est aussi, bien sûr, la conséquence du contexte numérique

dans lequel l'exploitant disparaît pour laisser la place à une relation directe désormais possible entre le titulaire de droits et l'utilisateur. Là où il n'y a plus d'exploitation mais diffusion directe des œuvres au public, le droit d'auteur est bien obligé de régir cette relation immédiate aux utilisateurs.

Il ne faut pas non plus sous-estimer le rôle qu'ont pu jouer les réflexions sur la copie privée dans l'ère numérique. La plupart des questions qu'on se pose à l'heure actuelle en droit d'auteur, et qui bouleversent un peu nos catégories et principes, résultent de l'embaras que suscite la copie privée. Quelle que soit la légitimité de la copie privée en droit d'auteur, elle devient un moyen direct d'accéder aux œuvres, en tout cas telle qu'elle est comprise actuellement. À ce titre, la copie privée ne permet-elle pas que les utilisateurs, de clientèle devienne directement public ? Qu'il n'y ait plus, en tout cas, deux étapes dans le rôle qu'assume le public, et que les utilisateurs puissent, en masse, devenir public sans se comporter comme des clients, donc sans payer le prix d'accès aux supports de l'œuvre, ce qui perturbe un peu l'économie de l'exploitation de l'œuvre ? L'on comprend dès lors que pour pallier ce court-circuitage impromptu du marché (terrain de manœuvre de la clientèle), le droit d'auteur tente de poser la condition d'un accès licite à l'œuvre, comme condition de l'exception, pour forcer l'utilisateur à se comporter d'abord comme un client.

Quelle qu'en soit l'explication, cette confusion des genres entre l'exploitation de l'œuvre et la distribution des supports, ou la prestation et la fourniture de services qui permettent que le public reçoive les supports – les vecteurs des œuvres –, introduit inéluctablement une logique de droit des contrats et de droit de la consommation qui n'a pas grand-chose à voir avec le droit d'auteur et brouille la frontière traditionnelle entre l'œuvre et son support ou vecteur de commercialisation, au mépris du principe d'autonomie entre propriété intellectuelle et propriété corporelle.

Il ne faut pas s'étonner que les utilisateurs expriment, en retour, des revendications de droits subjectifs. Transformer le bénéficiaire d'exception en utilisateur légitime, qui tire donc le bénéfice de son exception d'un contrat avec l'ayant droit, induit la question d'un éventuel droit à l'exception, en tout cas de droit contractuel et de droit personnel. À ceux qui se chagrineront d'une telle irruption du droit subjectif dans les exceptions, on ne peut que répliquer que le législateur a lui-même introduit le ver dans le fruit en réduisant le bénéfice des exceptions aux titulaires d'un contrat de licence.



31. P. Gaudrat : *J.-Cl. Propr. litt. art., Droit de représentation*, fasc. 319, n° 9, 1992.

32. V. pour un développement de cet argument, *ibid.*, n° 8 et 9.

III. Le statut impératif des exceptions en droit belge

a) L'octroi d'un caractère impératif aux exceptions

Le droit belge considère toutes les exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins comme des dispositions impératives. Cette règle résulte de deux articles de la loi (l'article 23 bis pour le droit d'auteur et 46 bis pour les droits voisins) qui disposent de manière très lapidaire que les exceptions sont impératives.

Ce statut impératif s'applique à toutes les exceptions au droit d'auteur, en ce compris la copie privée. Il n'y a eu, à l'introduction de cette disposition dans la loi, aucune discussion sur les intérêts qui étaient protégés par les exceptions et sur le fait (conséquence qui devrait en découler logiquement) que seuls certains intérêts, peut-être plus représentatifs d'un ordre public ou d'intérêts privés méritant une protection particulière, devraient accéder à ce statut particulier. On aurait pu par exemple faire le départ entre les exceptions dont le fondement est une liberté fondamentale (la citation, la parodie, ...) et les autres³³. Sans faire dans le détail, le législateur belge a pourtant estimé que toutes les exceptions, sans distinction, devaient être préservées de la volonté contractuelle.

Cette initiative, inédite en Europe, résulte de la loi du 31 août 1998 qui a transposé en droit belge la directive sur les bases de données. Le statut impératif des exceptions est alors apparu au législateur comme la suite inéluctable de l'obligation prévue par la directive de reconnaître un tel caractère aux exceptions spécifiques aux bases de données. Pour le législateur belge, à défaut de reconnaître la même qualité aux exceptions sur les œuvres, le caractère impératif imposé par la directive aux exceptions sur la base de données risquait d'être « paralysé en pratique par des clauses visant les œuvres insérées en tout ou en partie dans des bases de données »³⁴. Comment imaginer en effet de rendre impératives les exceptions sur le *contenant* (la base de données) si le contrat qui livre ce contenant – contenant qui contiendrait par hypothèse des œuvres protégées par le droit d'auteur – peut quand même déroger aux exceptions sur le *contenu* ?

Les travaux préparatoires n'en disent pas plus et la doctrine est relativement peu disert sur cette disposition³⁵ qui n'a donné lieu à aucune jurisprudence. Même dans l'affaire *Test Achats*, équivalent belge du cas *Mulholland Drive*, dans laquelle l'acquéreur d'un CD plaideait l'illégitimité d'un mécanisme anti-copie inséré sur un CD musical pour entrave au bénéfice de la copie privée, le caractère impératif de l'exception n'a pas, étonnamment, été soulevé. Or, cela aurait été un argument de poids dans la revendication des consommateurs.

Cet « oubli » s'explique peut-être par le caractère purement contractuel du mécanisme impératif. L'existence d'une disposition impérative permet de ne pas exécuter une disposition du contrat qui contreviendrait à la protection d'un intérêt particulier. C'est donc surtout au moment où on essaie d'exécuter le contrat ou

de sanctionner le co-contractant qui aurait violé cette disposition contractuelle qu'on peut s'appuyer sur la disposition impérative.

S'agissant des mesures techniques, l'entrave à l'exception se fait *ex ante* et non pas *ex post*. Le caractère impératif de l'exception n'est en conséquence pas d'une grande utilité pour faire fléchir le verrou technique. Toutefois si la mesure technique traduit, exécute les termes d'un contrat préalablement convenu entre l'utilisateur et le titulaire de droits, notamment en déterminant l'étendue de l'usage en fonction de la rémunération versée, une dérogation contractuelle aux exceptions, qui se traduirait par une interdiction technique, serait nulle. Partant, il serait étrange d'admettre que ce qui a été enlevé au pouvoir du contrat soit rendu à l'auteur par l'application technique de la clause du contrat, pourtant annulée. Dans ce cas, l'application technique du contrat serait, il nous semble, contraire à l'exécution de bonne foi du contrat.

Dans d'autres hypothèses, la mesure technique n'est associée à aucun contrat entre les parties : ainsi en est-il d'un mécanisme anti-copie apposé sur un support tangible. Par l'achat de ce support, l'utilisateur ne conclut normalement aucun contrat avec le titulaire de droits d'auteurs sur l'œuvre. Le verrou technique est dès lors une mesure détachée de tout lien contractuel entre auteur et utilisateur. Dans ce cas, la légitimité d'une dérogation technique à une disposition impérative est plus incertaine. La disposition impérative n'opère-t-elle que dans le jeu du contrat, en tant qu'outil limitant uniquement la liberté contractuelle au nom de l'intérêt général ou d'intérêts privés³⁶, ou vaut-elle pareillement dans le jeu de la liberté d'entreprise et de concurrence sur laquelle est fondée la légitimité du recours à la protection technique ?

La qualification des exceptions en dispositions impératives, ainsi que la terminologie employée par le Code de la propriété intellectuelle (« l'auteur ne peut interdi-



33. En ce sens, L. Guibault, *Copyright Limitations and Contracts : An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2002, p. 304 ; T. Dreier, The influence of economical, moral and informational considerations upon the notion of the protected work, in *Droits d'auteur et connexes et convergence des médias dans le contexte numérique*, Journées d'études de l'ALAI, 18-20 juin 2000, Stockholm, Swedish Copyright Society/NIR, p. 69.

34. F. De Visscher et B. Michaux, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 102, n° 114.

35. V. cependant, F. De Visscher et B. Michaux, *op. cit.*, p. 102, n° 114. ; L. Guibault, *op. cit.*, p. 219 ; M.-C. Janssens, « Rapport Belge », in *Les Frontières du Droit d'Auteur*, Journées d'études de l'ALAI, 14-17 sept. 1998, Cambridge, Australian Copyright Council, 1999, p. 181 ; A. Strowel, La protection des mesures techniques : une couche en trop ? : *A&M* 2001, p. 94 (qui estime toutefois que la solution belge est « difficilement défendable » sans s'en expliciter).

36. J. Ghestin, *Traité de droit civil – La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 86, n° 104. V. également, X. Dieux, Le contrat : instrument et objet de dirigisme ?, in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1984, p. 255 sq.

re...») incline à penser qu'elle met en échec toute volonté des parties, qu'elle s'exprime par un contrat bilatéral ou par un système technique unilatéral. Ne serait-il pas choquant que l'exception puisse prévaloir sur l'autonomie de la volonté des parties, sur le consentement réciproque de l'auteur et de l'utilisateur, mais qu'elle ne puisse que s'effacer en raison d'une volonté strictement unilatérale du titulaire de droits ? Ce serait accorder une force bien peu efficace aux dispositions impératives, dont la logique prétend à la protection des intérêts d'une partie plus faible dans l'économie du contrat. Lorsque la liberté de l'utilisateur est contrainte par un système technique, son pouvoir de négociation avec l'auteur devient encore plus faible. Les dispositions impératives ou d'ordre public tendent, dans un système juridique, à garantir la préservation d'intérêts privés ou publics jugés essentiels au-delà de la volonté individuelle, qu'elle soit basée sur un contrat ou sur tout autre mécanisme.

b) *Le caractère impératif suite à la transposition de la directive « droit d'auteur dans la société de l'information »*

Lors de la transposition de la directive « DADVSI » en droit belge, le statut impératif des exceptions en droit belge a été modifié. Un deuxième alinéa a été ajouté à l'article 23 bis de la LDA qui dispose désormais qu' : « Il peut toutefois être contractuellement dérogé aux dispositions visées à l'alinéa 1^{er} lorsqu'il s'agit d'œuvres qui sont mises à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière telle que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement »³⁷.

Les exceptions revêtent en conséquence une nature hybride : impératives en règle générale, simplement supplétives lorsqu'elles sont opposées à des modes de diffusion d'œuvres à la demande et dans un cadre contractuel.

La règle vise à concilier le caractère impératif des exceptions avec l'exclusion du régime de sauvegarde des exceptions face aux mesures techniques dans les modèles contractuels de diffusion d'œuvres à la demande³⁸. Le législateur belge se demandait en effet si la nature impérative des exceptions belges restait compatible avec la disposition de l'article 6(4)(4) de la directive qui dispense les titulaires de droits et l'État de mettre en place des mesures garantissant le bénéfice de certaines exceptions obérées par une mesure technique. Cette règle permettant qu'en présence d'une mise à la disposition de l'œuvre dans un cadre contractuel, l'exception ne soit plus opposable aux ayants droit mais également aux juges ou autorités administratives désignés, cela ne signifie-t-il pas que l'exception peut être aménagée par ce contrat ? Pour certains auteurs, s'il suffit d'un contrat entre l'auteur et l'utilisateur pour empêcher le bénéfice des exceptions, c'est bien qu'elles sont considérées comme des dispositions seulement supplétives³⁹. Tenant malgré tout au caractère impératif des exceptions, le législateur a adopté une solution de compromis (ou solution à la belge, selon l'expression consacrée) en excluant ce caractère pour les hypothèses visées par l'article 6(4)(4).

Cette analyse ne me convainc pas et n'aurait pas dû inciter le législateur à abandonner partiellement le statut impératif des exceptions. La disposition de l'article 6(4)(4) de la directive ne vise que le contrat qui régit la fourniture d'une œuvre à la demande sans qu'il soit précisé si ce contrat aborde ou non la question des exceptions. L'existence de ce contrat entre les parties enclenche une dérogation au système de préservation des exceptions, de telle sorte que la mesure technique peut alors déployer toute sa mesure. La directive ne tranche pas pour autant la légitimité de ce contrat à empêcher le bénéfice d'une exception, bien qu'elle encourage, par cette disposition, une solution contractuelle, dans le cadre de la diffusion interactive d'œuvres, aux problèmes suscités par les exceptions.

Outre le doute sur la compatibilité du statut impératif des exceptions avec l'article précité, une autre motivation de cet ajout singulier serait la volonté de ne pas freiner le développement de la distribution en ligne des œuvres⁴⁰. J'avoue ma perplexité devant ce leitmotiv constant de la directive. C'est sans doute un objectif louable de vouloir protéger un modèle économique émergent, mais en quoi cela peut-il justifier d'outrepasser des libertés fondamentales ou d'autres intérêts publics qui peuvent sous-tendre des exceptions ? En outre, on peut se demander comment l'existence d'une exception est susceptible d'empêcher la diffusion en ligne des œuvres. C'est peut-être le cas pour la copie privée, mais l'invocation de cette seule exception ne peut expliquer l'adoption de règles générales s'appliquant indifféremment à chaque hypothèse de limitation des droits.

Cette dérogation à l'affirmation du statut impératif des exceptions mène surtout à des conséquences saugrenues. La règle nouvelle de l'article 23 bis de la loi belge sur le droit d'auteur affirme un double statut de l'exception : impérative dans tel environnement, supplétive dans tel autre. Or, déclarer qu'une disposition légale est impérative, c'est reconnaître la nécessité de protéger les intérêts de contractants plus faibles. Ces intérêts, et le besoin de leur accorder une protection spécifique, restent identiques quel que soit le type de contrat conclu. Aurait-on idée de déclarer que les règles protectrices des consommateurs sont incontournables dans tout type de



37. V. également la formulation similaire qui serait ajoutée à l'article 47 bis relativement aux exceptions aux droits voisins.

38. V. l'explication fort sommaire de l'exposé des motifs du projet de loi, commentaire de l'article 6 (« Le caractère impératif des exceptions(pourrait freiner le développement de la vente d'œuvres à la demande (on line) comme celle-ci se développe depuis un certain temps (par exemple la délivrance de musique en ligne) »).

39. J. Reinbothe, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft : *GRUR Int.* 2001, p. 742.

40. Exposé des motifs, Projet de loi transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 17 mai 2004, *Doc. Parl.*, Ch. Rep., sess. 2003-2004, n° 1137/001, p. 9.

contrat, mais que l'on pourrait y déroger lorsque le contrat est conclu lors d'une démarche de vente en porte-à-porte ? Parce que les parties ont pu négocier le contrat autour d'un café ? Ce statut schizophrénique des exceptions n'a aucun sens en droit.

Ce retour à un caractère supplétif des exceptions aura également une portée plus large que la simple volonté de faire cohabiter notre régime d'exceptions normalement impératives et l'article 6(4)(4), de la directive, notamment parce que toutes les exceptions sont concernées par ce retour au caractère supplétif, même celles qui ne sont pas visées par la disposition européenne. La justification de la compatibilité avec cette disposition est plus vacillante pour ces autres exceptions.

Plus généralement, toute exception pourra faire l'objet d'un contrat dans le cadre d'une mise à disposition à la demande. Par exemple, un contrat de licence conclu par Internet et mettant une chanson à la disposition d'un utilisateur pourrait prévoir que toute parodie de cette chanson ou toute interprétation lors d'un examen public est interdite. L'effet de cette disposition nouvelle, on le voit, dépasse sensiblement le seul objectif de favoriser le développement de la vente d'œuvres à la demande. Quel est l'impact que la parodie, d'ailleurs exercice de la liberté d'expression, pourrait avoir sur la distribution en ligne de l'œuvre ?

Lorsque le législateur nuance pareillement l'énonciation du caractère impératif des exceptions au droit *sui generis* sur les bases de données⁴¹, on peut même se demander s'il ne contrevient pas ainsi à la directive du 11 mars 1996 sur les bases de données qui impose ce caractère impératif quel que soit le mode d'exploitation de la base.

Tout cela donne l'impression d'une audace belge qui a tourné court et d'un législateur qui s'est incliné devant le marteau de la contractualisation des exceptions de la directive « DADVSI », sans faire montre de beaucoup de cohérence juridique. Ce qui rend la particularité du statut impératif des exceptions en droit belge, encore plus particulière.

Il est également regrettable que le régime impératif des exceptions prévu par la loi n'ait pas eu le temps de donner toute son ampleur, notamment en jurisprudence, avant qu'on l'ait ainsi réduit à portion congrue.

Conclusion

Il reste à répondre à la question qui était posée : l'expérience belge des exceptions impératives peut-elle servir d'inspiration aux autres législateurs ? À tout le moins, elle montre que la question peut être tranchée par la loi et non être laissée dans l'incertitude dans l'attente d'un litige qui soulèverait directement la question.

Qualifier les exceptions de dispositions impératives est un acte fort en faveur des exceptions. Il signifie clairement que les exceptions constituent des intérêts dont la protection s'impose même dans le cadre d'un contrat. Comment pourrait-il en être autrement ? Les exceptions ne sont-elles pas consacrées par la loi au nom d'intérêts publics ou privés jugés suffisamment importants pour limiter le monopole des auteurs ? L'instruction qui

est faite aux auteurs de ne pas interdire les utilisations visées s'arrête-elle là où commence la liberté contractuelle ? Je ne le crois pas. Le fondement de la plupart des exceptions, – le sort de la copie privée pouvant être discuté –, impose de veiller à la défense de ces intérêts à chaque couche de réservation de l'œuvre.

Le législateur belge, en optant pour la nature impérative des dispositions relatives aux exceptions aux droits de l'auteur, qualifie les intérêts protégés par celles-ci, d'intérêts privés, par répercussion du caractère impératif reconnu aux exceptions particulières en matière de bases de données. L'on pourrait tout autant fonder la logique du statut des exceptions sur leur fondement même. Lorsqu'elles traduisent la prise en compte, dans la loi sur le droit d'auteur, de l'intérêt public, soit de la nécessité de sauvegarder les droits fondamentaux de l'utilisateur, liberté d'expression, d'information, liberté de la presse ou protection de la vie privée, ou d'intérêts privés jugés essentiels, tels que l'enseignement ou l'accès aux œuvres par les personnes souffrant d'un handicap, elles pourraient se prévaloir directement – et non par simple ricochet – d'un caractère impératif.

Les exceptions qui protègent l'utilisateur face à l'extension des prérogatives de l'auteur, telle l'exception pour utilisation normale, contrepartie du droit de reproduction provisoire, sont également des intérêts privés de l'utilisateur qui pourraient justifier que l'exception soit qualifiée d'impérative.

Quoiqu'il en soit, à opter pour un caractère impératif des exceptions ou de certaines d'entre elles, on ne peut limiter celui-ci à un mode d'exploitation particulier, sous peine de contredire au sens que revêt en droit la notion de disposition impérative. Que le législateur belge ait ainsi battu en retraite devant les arguments fallacieux de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information ne donne en définitive que peu de force aux exceptions partiellement qualifiées d'impératives. Une demi-mesure qui démontre peut-être que c'est surtout le processus de contractualisation du rapport entre ayants droit et utilisateurs dont le législateur devrait prendre conscience et qu'il devrait régler au plus tôt.



41. V. l'article 11 de la loi du 31 août 1998 sur les bases de données, telle que modifiée par la loi du 22 mai 2005 transposant en droit belge la directive « DADVSI ».