

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'utilisation légitime de l'oeuvre

Dusollier, Séverine

Published in:
Communication Commerce Electronique

Publication date:
2005

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Dusollier, S 2005, 'L'utilisation légitime de l'oeuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ?', *Communication Commerce Electronique*, numéro 11, pp. 17-20.

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.

38 L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ?

Séverine DUSOLLIER,

Maître de conférences, université de Namur, Jean Monnet Fellow (institut universitaire européen de Florence)

L'échange des œuvres en *peer-to-peer* pose une question nouvelle en matière de copie privée : celle-ci peut-elle être réalisée à partir d'une contrefaçon de l'œuvre ? L'utilisateur qui se prévaut de l'exception de copie privée doit-il avoir acquis de manière légitime un exemplaire de l'œuvre pour en bénéficier ? Cette exigence d'une acquisition licite d'une copie de l'œuvre n'est pas soudaine en droit d'auteur qui connaît déjà la notion d'utilisateur légitime comme condition de l'exercice de certaines exceptions. Mais l'extension de ce principe à toutes les exceptions n'est pas sans risque sur le plan des principes de la propriété littéraire et artistique.

1 - Les exceptions au droit d'auteur sont-elles ouvertes à toute personne, membre du public, ou sont-elles réservées aux seuls utilisateurs légitimes des œuvres, soit à ceux qui peuvent prouver qu'ils disposent d'un exemplaire licitement acquis de l'œuvre ? La question se pose avec une acuité particulière dans l'environnement digital, et particulièrement en ce qui concerne les réseaux d'échange de fichiers digitaux ou réseaux *peer-to-peer*. Certains considèrent en effet que l'exception de copie privée ne peut bénéficier à la personne qui télécharge des œuvres sur de tels systèmes d'échange, dans la mesure où cette copie ne serait pas réalisée à partir d'un exemplaire non contrefaisant de l'œuvre¹. Une telle argumentation ne revient-elle pas à ajouter une condition aux exceptions au droit d'auteur, qui ne seraient légitimes que si elles prennent pour source une copie licite de l'œuvre ou si son bénéficiaire prouve une possession licite d'un exemplaire de celle-ci ?

Ce raisonnement n'est pas sans précédent en droit d'auteur. De nombreux textes européens, et partant les législateurs nationaux par leur travail de transposition, n'ont accordé le bénéfice de certaines exceptions qu'à l'utilisateur légitime, personnage nouveau et rarement défini sur la scène du droit d'auteur (I). Étendre la condition de l'utilisation légitime à toutes les exceptions, et notamment à la copie privée, est plus délicat. Si le recours à certains principes généraux permet de donner assise à cette extension, il apparaît également assez dangereux de faire de l'exigence d'un exemplaire licite de l'œuvre la condition de toute hypothèse d'exception (II).

- LE BÉNÉFICE DE CERTAINES EXCEPTIONS RÉSERVÉ À L'UTILISATEUR LÉGITIME

A. - Le rôle de l'utilisateur légitime

2 - Sous l'influence de l'harmonisation européenne, certaines exceptions ne bénéficient désormais qu'à l'utilisateur légitime d'une œuvre. La directive de 1991 sur les programmes d'ordinateur réserve 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).

Le mouvement se poursuit en 1996 dans la directive sur la protection des bases de données. 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 base. 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'except-

tion au droit *sui generis* pour extraction et réutilisation de parties non substantielles de la base (art. 8(1)), ainsi que les exceptions plus traditionnelles que le législateur national peut étendre au droit *sui generis* (art. 9).

Les législateurs nationaux ont généralement transposé cette notion de l'utilisateur légitime. L'article L. 122-6-1 du Code de propriété intellectuelle n'accorde le bénéfice des exceptions aux droits portant sur le logiciel qu'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.

L'utilisateur légitime semble disparaître dans la directive « société de l'information », n'étant pas mentionné explicitement dans la longue liste des exceptions et limitations de l'article 5. Mais, c'est pour mieux revenir incognito sous d'autres formes car deux dispositions de ce texte confirment bel et bien l'emprise croissante que la notion de légitimité de l'utilisation a prise dans l'acquis communautaire.

La première est la disposition relative à l'exception pour les actes nécessaires de reproduction provisoire. L'exception cherche à contrebalancer l'étendue nouvelle du droit de reproduction en exemptant certains actes de reproduction accessoires et éphémères. Les actes temporaires de reproduction, transitoires ou accessoires, seront exemptés lorsqu'ils constituent une partie intégrante et indispensable d'un procédé technique dont le seul objet est soit de permettre la transmission d'une œuvre par un intermédiaire, soit de permettre une utilisation licite de l'œuvre. C'est dans cette seconde hypothèse que nous retrouvons la notion d'utilisateur légitime. Dépersonnalisée toutefois, puisque la légitimité ne s'attache plus à la personne de l'utilisateur mais bien au processus d'utilisation même.

Une deuxième disposition de la directive fait appel à la notion d'accès licite à l'œuvre, concept proche de l'utilisateur légitime. Il s'agit de l'article 6(4) qui tente de préserver le bénéfice des exceptions en dépit de l'opération de mesures techniques de protection². Cette solution ne s'applique toutefois qu'aux utilisateurs disposant d'un accès licite à l'œuvre protégée. L'hypothèse est celle d'un utilisateur qui acquiert légitimement une œuvre mais se voit entravé dans sa capacité d'effectuer certains actes de reproduction ou de communication de l'œuvre en vertu d'une exception.

Le champ des exceptions admissibles et invocables à l'encontre d'une contrainte technique se réduit donc à l'utilisateur qui dispose d'un accès légitime à l'œuvre. La logique n'est pas très

1. Cf. Caron et Y. Gaubiac, *L'échange d'œuvres sur l'Internet ou le P2P in Mélanges Victor Nabhan : Les Cah. propr. intell., Hors série, Montréal, éd. Yvon Blais, 2005, p. 31.*

2. Sur lequel, V. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique : Bruxelles, Larcier, 2005, n° 208 et s.*

éloignée de celle qui impose l'utilisateur légitime comme condition des exceptions aux droits sur le logiciel ou la base de données.

Ces deux éléments de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information se retrouvent dans les transpositions nationales³. Il est intéressant de noter que la nouvelle loi belge, résultant de la transposition de la directive de 2001, accorde un recours judiciaire aux utilisateurs frustrés du bénéfice des exceptions, en application de l'article 6(4) du texte européen, ainsi qu'aux utilisateurs d'une œuvre si la présence d'une mesure technique en empêche « l'utilisation normale conformément à sa destination »⁴. Seuls les acquéreurs légitimes des œuvres et prestations protégées sont toutefois recevables à exercer une telle action. Cette dernière disposition n'est certes pas sans rappeler une jurisprudence française récente, initiée par des consommateurs qui ne pouvaient écouter des disques légitimement achetés sur leur autoradio et réclamaient le bénéfice d'une utilisation normale de l'œuvre par le biais de la doctrine des vices cachés en matière de vente⁵. Mais le législateur belge, dans l'exposé des motifs de la loi⁶, indique également que la règle est proche de celle qui accorde une exception pour utilisation normale des programmes d'ordinateur. La logique de l'acquisition légitime de l'œuvre est cependant fort différente; puisqu'elle ne détermine pas le bénéfice des exceptions traditionnelles mais fonde une obligation particulière à charge des ayants droit, obligation dont le défaut d'exécution pourra être sanctionné par le juge.

La logique de l'utilisateur légitime est de conditionner le bénéfice des exceptions à l'accès licite à l'œuvre, logique que l'on retrouve tout au long des dispositions relatives au logiciel, pour lesquelles il s'agissait tout autant de lutter contre la contrefaçon que de sécuriser la distribution des programmes d'ordinateur. Ce souci de protéger la commercialisation des produits que constitue l'œuvre est relativement étranger à la propriété littéraire et artistique qui ne vise, traditionnellement, qu'à réserver à l'auteur l'exploitation de l'œuvre, au sens de sa diffusion dans le public. En conséquence, ce sont les actes qui communiquent l'œuvre au public, la distribuent ou la reproduisent qui forment le cœur des droits exclusifs, et non les actes d'accès à l'œuvre ou de réception de celle-ci⁷. Ce siège traditionnel des droits de l'auteur change toutefois avec la protection des logiciels et des bases de données, notamment avec l'inclusion de la reproduction provisoire dans le champ de la protection. Parce qu'en matière de logiciels, ce qui fait l'intérêt de l'œuvre est son utilisation, le monopole de l'auteur doit s'y étendre. Le critère d'utilisation, sous les traits de la copie provisoire, permet de contrôler qui a accès au programme, véritable objet de l'exploitation de ce type d'œuvres utilitaires, et n'en autorise la jouissance qu'en cas d'accès légitime. Le législateur communautaire adopte ainsi une logique de protection de la commercialisation des œuvres, qui contredit sans doute le régime du droit d'auteur, mais qui suit la philosophie du droit de reproduction provisoire dont l'exception pour utilisation normale, au bénéfice du seul utilisateur légitime, est l'accessoire.

Cette logique, dans un premier temps confinée aux œuvres utilitaires mais désormais étendue à tout type d'œuvre par la directive « société de l'information », permet l'extension du contrôle de l'auteur sur les conditions d'accès à l'œuvre et sur le bénéfice des exceptions.

Or, en principe, la seule condition préalable au bénéfice des exceptions, outre leurs conditions particulières, est que l'œuvre ait été divulguée avec le consentement de l'auteur. Une fois l'œuvre divulguée, tout membre du public peut exercer les exceptions que la loi lui accorde, quelles que soient les modalités par lesquelles il a eu accès à un exemplaire de l'œuvre.

B. - La définition de l'utilisateur légitime

3 - L'ampleur de la dérogation à cette règle qu'opère le mécanisme de l'utilisateur légitime dépend de la définition qu'on en donne. Trois sources de légitimité de l'utilisateur sont possibles⁸ :

3. V. *Projet loi français, art. 1^{er}, de transposition de la directive qui introduit un nouvel alinéa 6^o à l'article L. 122-5 CPI et art. 8 qui introduit un nouvel article L. 331-6 CPI.*
4. L. belge, 30 juin 1994, art. 79 bis, § 4 sur le droit d'auteur et les droits voisins.
5. TGI Nanterre, 6^e ch., 2 sept. 2003 : *Comm. com. électr.* 2003, comm. 108.
6. *Projet de loi transposant en droit belge la directive européenne n° 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, Exposé des motifs : Doc. Parl., ch. repr., session 2003-2004, n° 1137/1.*
7. V. S. Dusollier, *op. cit.*, n° 532 et s.
8. Ces trois sources sont reprises de V. Vanovermeire, *The concept of the lawful user in the database directive* : IIC, 2000, Vol. 31, p. 63-81, qui limite toutefois son analyse à la

la légitimité peut résulter de la conclusion d'un contrat de licence relatif à l'œuvre, de l'acquisition d'un exemplaire licite de l'œuvre ou, plus généralement, de l'absence d'une interdiction légale d'utilisation de l'œuvre.

La première définition est l'hypothèse la plus restrictive. Ne serait légitime que l'utilisateur dûment autorisé par un contrat de licence, et donc par l'auteur ou le titulaire des droits sur l'œuvre. Certains⁹ trouvent la source de cette définition dans un considérant de la directive sur les bases de données qui 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 »¹⁰. 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. Or, « il est difficile de concevoir une autorisation partielle en dehors du cas d'un contrat »¹¹, ce qui justifierait l'adoption de ce critère de la seule autorisation contractuelle. En matière de bases de données, le Code de la propriété intellectuelle 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 ».

La jurisprudence a parfois suivi cette interprétation en matière de logiciels, soumettant le bénéfice de l'exception de sauvegarde ou d'autres exceptions relatives à l'utilisation du programme à l'existence d'une licence d'utilisation¹².

Cette limitation de la légitimité au contenu de la licence pêche toutefois par son inconsistance car elle aboutit à ce que « les exceptions soient prévues en faveur de personnes qui n'en ont pas besoin »¹³. Si l'utilisateur est lié à l'auteur par un contrat de licence, à quoi servirait-il de prévoir à son bénéfice des exceptions pour une utilisation que le contrat lui accorde ? Bien sûr, le contrat peut ne pas avoir tout prévu, mais l'objet de toute licence d'utilisation étant, cela va de soi, l'utilisation de l'œuvre, même en l'absence d'une clause contractuelle explicite, point n'est besoin d'exceptions pour la permettre.

Cette interprétation a également pour conséquence de soumettre le bénéfice des exceptions au bon vouloir de l'auteur. Si l'on équivaut l'utilisateur légitime au seul bénéficiaire d'un contrat de licence, le pouvoir du titulaire de droits est total et, sans aucun doute, exorbitant. Que reste-t-il en effet d'une exception si son allocation est du seul ressort de l'auteur ? Ce qui échappe normalement au droit exclusif, n'y retombe-t-il pas de la sorte ? Une telle définition tendrait parfois à l'absurde. Par exemple, réduire le bénéfice de l'utilisation normale à l'utilisateur tel que défini dans le contrat dont l'objet est normalement d'autoriser l'utilisation, c'est dire qu'« il est permis de regarder... ce qu'il est permis de voir »¹⁴ pour reprendre l'heureuse formule de M. Vivant.

Rapprocher la légitimité de l'utilisateur de l'acquisition et de la possession légitime d'une copie de l'œuvre semble plus raisonnable. Sera légitime l'utilisateur qui a acquis une copie de l'œuvre d'une manière licite, soit par contrat de licence, soit par l'achat ou la location d'une copie de l'œuvre, soit par acquisition d'un patrimoine qui comprend les œuvres en questions.

Cette interprétation est en accord avec les termes utilisés dans la directive logiciels et dans la proposition initiale de directive sur les bases de données. Dans l'une, on parle de l'acquéreur légitime ; dans l'autre, on avait mis en place une solution subsidiaire en faveur de l'acquéreur légitime en l'absence d'un contrat explicite

notion d'utilisateur légitime dans la directive sur la protection juridique des bases de données.

9. J. Gaster, *La protection juridique des bases de données dans l'Union européenne* : RMUE, 1996, n° 4, p. 55-79. - A. Puttemans, *Au bout du bout du droit d'auteur : la nouvelle protection juridique des programmes d'ordinateur en Nouveautés en droits intellectuels - Marques et programmes d'ordinateur* : Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 166.
10. Dir. 11 mars 1996, consid. 34 sur la protection juridique des bases de données.
11. V. Vanovermeire, *op. cit.*, p. 70.
12. CA Paris, 4^e ch., 16 févr. 1994 : *Expertises*, 1995, p. 240, obs. A. Bloch. - CA Montpellier, 1^{er} ch. B, 5 juill. 2000, inédit, cité par A. Lucas, *Chronique - Droit d'auteur et droits voisins : Propr. intell. oct. 2002*, p. 51 (acquisition du logiciel par une cession de fonds de commerce mais absence d'une licence personnelle d'utilisation). - CA Anvers, 5 juin 2000 : AJT 2000-01, p. 917, spéc. p. 920-921 (l'exception pour utilisation normale du logiciel ne s'applique pas au code source si la licence ne donne que le droit d'utiliser le code objet).
13. G. Koumantos, *Les bases de données dans la directive communautaire* : RIDA janv. 1997, p. 127.
14. M. Vivant, *Logiciel 94...* : JCP G, 1994, p. 436.

entre l'utilisateur et le titulaire de droits¹⁵. Elle l'est aussi avec la philosophie qui semble se dégager des exceptions au droit *sui generis* prévues aux articles 8 et 9 de la directive de 1996. Il y est précisé que lorsque la base est mise à la disposition du public de quelque manière que ce soit, le fabricant ne peut empêcher certains actes accomplis par l'utilisateur légitime. Que des copies aient été mises en circulation avec l'autorisation de l'auteur ou du fabricant suffirait donc à ce que la possession d'une de ces copies soit légitime et ouvre le bénéfice des exceptions. C'est l'application indirecte du droit de distribution et de son corollaire, l'épuisement du droit. La Commission européenne penche également pour cette solution dans son rapport d'évaluation de la directive sur les programmes d'ordinateur, solution qu'elle applique tant au logiciel qu'à la base de données¹⁶.

Cette solution implique néanmoins que, préalablement au bénéfice d'exceptions, l'utilisateur doive prouver le titre de sa possession. C'est certainement une nouveauté en droit d'auteur qui procède d'une confusion entre les droits intellectuels sur l'œuvre et les droits sur son support. En effet, l'on définirait ainsi l'étendue du monopole de l'auteur sur l'œuvre (ses limites en réalité) par l'examen des titres relatifs à l'objet matériel qui l'incorpore. Certes, le critère paraît plus objectif que celui du contrat de licence bien que l'avènement des mesures techniques augure d'une recrudescence du contrôle de l'auteur sur les conditions d'acquisition du support. Parce qu'une des principales fonctions des dispositifs techniques est de sécuriser la distribution des œuvres, la légitimité de l'acquisition des œuvres risque fort de s'apprécier en fonction des règles d'accès imposées par ces dispositifs. Par le biais de la technique, l'auteur déterminerait donc les conditions d'accès à son œuvre, qui elles-mêmes subordonneraient le bénéfice des exceptions aux œuvres.

Il semble donc plus raisonnable de considérer que l'utilisateur légitime est celui qui utilise l'œuvre, sans que cette utilisation ne soit interdite par la loi. C'est la troisième définition possible de l'utilisateur légitime selon laquelle la légitimité suppose l'autorisation soit de l'auteur soit de la loi. Cette option suit plus précisément les contours du droit d'auteur dans la mesure où elle présume, à l'instar des exceptions traditionnellement reconnues à l'utilisateur, que ce dernier ne tire pas le bénéfice de celles-ci d'un contrat conclu avec l'auteur mais de la loi elle-même. Elle reprend en quelque sorte le principe de la légalité des exceptions, c'est-à-dire le fait que les exceptions au droit d'auteur sont forcément définies par la loi.

C'est la solution adoptée par la loi belge en matière de bases de données qui définit l'utilisateur légitime comme « une personne qui effectue des actes autorisés par l'auteur ou admis par la loi »¹⁷. C'est également la définition que l'on retrouve dans la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information qui précise dans un considérant que l'utilisation licite, condition du bénéfice de l'exception de l'article 5(1), est celle « autorisée par le titulaire du droit » ou non « limitée par la loi »¹⁸.

En pratique, cela signifie que l'utilisateur sera légitime s'il agit dans les limites du contrat conclu avec l'auteur dans le cadre de son droit exclusif d'autorisation, ou s'il agit dans les limites de la loi. On reste toutefois perplexe quant aux hypothèses visées par cette définition. Classiquement, l'expression « non limitée par la loi » réfère aux exceptions, mais dans ce cas, l'emploi de celle-ci pour définir l'utilisateur légitime devient tautologique : l'utilisation deviendrait légitime dans le cadre des exceptions mais celles-ci ne bénéficieraient qu'à l'utilisateur légitime. L'exception qui légitime l'utilisation (par exemple le prêt public) peut bien entendu être différente de celle qui bénéficie à l'utilisateur légitime (la reproduction provisoire) mais l'explication n'est pas convaincante s'agissant de certains types d'objets protégés, tels le programme d'ordinateur ou la base de données non originale, qui ne sont assortis que d'exceptions exclusivement réservées à l'utilisateur légitime.

La seule interprétation raisonnable est de présumer que toute utilisation de l'œuvre est *a priori* licite si elle n'est pas réservée par la loi, notamment parce qu'elle implique un droit exclusif de

l'auteur et qu'elle ne peut faire valoir le bénéfice d'une exception ou de toute autre autorisation légale¹⁹, même si on ne voit pas très bien quel utilisateur, outre le cas du contrefacteur lui-même, ne serait pas légitime. L'intérêt de cette approche est toutefois de renverser la charge de la preuve : contrairement aux définitions reposant sur l'acquisition d'une copie ou la conclusion d'un contrat, conditions qui doivent être prouvées par l'utilisateur souhaitant bénéficier d'une exception, c'est le titulaire de droits qui devra, ici, démontrer que l'utilisation déborde le cadre permis par la loi.

Mais cette définition plus rassurante de la notion d'utilisateur légitime ne paraît pas pouvoir s'appliquer au bénéfice des exceptions qu'un utilisateur pourrait revendiquer à l'encontre des mesures techniques en vertu de l'article 6(4) de la directive du 22 mai 2001. Parce que cet article exige que cet utilisateur dispose d'un « accès licite » à l'œuvre, il prend une tournure bien plus favorable à l'auteur et à la réservation technique qu'il est susceptible de mettre en œuvre, cet accès pouvant être réglé par un dispositif technique.

II. - LA LÉGITIMITÉ DES EXCEPTIONS SOUMISE À LA CONDITION DE L'ORIGINE LICITE DE L'EXEMPLAIRE DE L'ŒUVRE

4 - Est-il plus raisonnable d'exiger que le bénéfice d'une exception ne soit légitime que s'il s'appuie sur un exemplaire de l'œuvre lui-même licite, c'est-à-dire qui ne soit pas le résultat d'un acte de contrefaçon ? C'est une condition que d'aucuns ont commencé à poser, en réaction principalement aux utilisateurs de réseaux d'échange de fichiers *peer-to-peer* qui considèrent que l'acte de téléchargement d'œuvres protégées (*downloading*) est immunisé par le jeu de la copie privée. La jurisprudence a parfois suivi cette thèse en admettant que le simple acte de *downloading* n'est pas une infraction au droit d'auteur mais satisfait aux conditions de la copie privée²⁰.

À première vue, l'exigence d'une copie licite de l'œuvre est à l'abri de certaines des critiques formulées ci-avant à l'encontre de la notion de l'utilisateur légitime. L'appréciation de la licéité de l'exemplaire qui fonderait la légitimité de l'utilisation se réalise sur base de critères propres au droit d'auteur et non par référence aux conditions de son acquisition. Le principe d'autonomie de la propriété intellectuelle et de la propriété matérielle semble donc sauf.

La plupart des lois sur le droit d'auteur n'exigent pas explicitement que l'exception se réalise à partir d'une copie licite de l'œuvre. Toutefois, pour un des partisans de cette théorie, Christophe Caron, cette exigence résulte à la fois de l'évidence et de l'interprétation stricte des exceptions qui commandent d'exclure le bénéfice d'une exception lorsqu'elle est « nourrie par la sève de la contrefaçon »²¹. Ch. Caron rappelle également un arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 2003 qui déclare que les marchandises contrefaites sont hors commerce²². Cet angle de réflexion se réfère implicitement à l'adage *Fraus omnia corrumpit* qui expliquerait qu'un exemplaire contrefaisant de l'œuvre ne pourrait être à l'origine d'aucune copie privée, dans la mesure où il vicierait tout acte ultérieur d'utilisation.

La logique semble raisonnable et souhaitable en ce qui concerne la copie privée mais doit-on également l'appliquer à toute exception au droit d'auteur ? Ni l'arrêt de la Cour de cassation ni l'adage *Fraus Omnia* ne sont *a priori* limités à la copie privée. Et c'est là que le bât blesse. Peut-on imaginer qu'on interdirait la parodie d'une œuvre sous prétexte que le parodiste aurait usé d'une copie pirate achetée sur un marché ? Ou qu'un chercheur ne pourrait citer des extraits d'un film trouvé sur Internet, le DVD qu'il pourrait avoir de l'œuvre ne lui permettant pas d'en copier des parties ? Ces acquisitions douteuses d'un exemplaire de l'œuvre ne sont peut-être pas justifiables au regard du droit d'auteur mais corrompent-

15. V. art. 6 et PE et Cons. UE, Prop. dir. (prop. initiale), 10 déc. 1997, COM(97) 628 final, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, consid. 24 et 25 ; JOCE n° C 108, 7 avr. 1998, p. 6.

16. Comm., Rapp. aux Conseil, PE et CES sur la mise en œuvre et les effets de la directive n° 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, 10 avr. 2000, COM(2000) 199 final, p. 12.

17. L. belge, art. 20 quater, al. 4 sur le droit d'auteur du 30 juin 1994.

18. Consid. 33 in fine.

19. C'est le cas par exemple de certaines lois relatives à la publicité de l'administration qui autorisent la consultation ou la reproduction de documents administratifs sans qu'une autorisation de l'auteur ne soit nécessaire (V. L. belge, 12 nov. 1997, art. 10 relative à la publicité administrative dans les provinces et communes).

20. TGI Rodez, 13 oct. 2004 ; Comm. com. électr. 2004, comm. 152, note Ch. Caron, confirmé en appel, CA Montpellier, 3^e ch. corr., 10 mars 2005 ; Comm. com. électr. 2005, comm. 77, note Ch. Caron. - TGI Meaux, corr., 21 avr. 2005 ; disponible sur <http://www.juriscom.net>. - V. L. Thoumyre, *Peer-to-peer : l'exception pour copie privée s'applique bien au téléchargement* ; Rev. Lamy dr. immatériel juill.-août 2005, p. 13.

21. Ch. Caron et Y. Gaubiac, op. cit., p. 32.

22. Cass. com., 24 sept. 2003 ; D. 2003, p. 2683, note Ch. Caron.

elles pour autant la légitimité d'une exception ? Est-ce opportun de limiter la liberté d'expression du parodiste ou de la personne qui cite une œuvre aux seuls cas où la source de leur inspiration n'est pas contrefaisante ?

En outre, l'application de cette condition ne risque-t-elle pas d'aboutir à ce que le bénéficiaire d'une exception doit prouver l'origine de l'acte de copie ou de communication au public, soit l'acquisition ou la possession légitime d'un exemplaire. Le parodiste ne pourrait-il pas avoir simplement entendu à la radio la chanson qu'il détourne ? On retrouverait là la confusion entre l'œuvre et son exemplaire. À moins que l'on n'exige simplement de l'utilisateur qu'il prouve l'absence de caractère contrefaisant de l'exemplaire sur lequel il a exercé son exception. Poser cette condition mettrait toutefois en péril toute exception qui interviendrait sur une copie d'une œuvre résultant d'une chaîne successive d'autorisations. Que l'une de ces autorisations vienne à manquer ou qu'elle soit déclarée irrégulière, et chaque exemplaire de la chaîne devient contrefaisant, contaminant alors les exceptions qui seraient effectuées à partir de l'un quelconque de ces exemplaires. Est-ce bien judicieux ? L'on comprend sans peine qu'un maillon manquant dans une chaîne de cessions d'un droit d'auteur invalide la possession légitime du droit par le dernier cessionnaire. On ne peut en effet céder plus de droits que ceux que l'on a. Transposer ce principe aux exceptions (on ne pourrait céder plus d'exceptions que celles que l'on a) signifierait qu'elles ne résultent pas de la loi mais des autorisations successives que le titulaire de droit accorderait pour éditer des copies de l'œuvre. On ne serait plus très loin de la condition d'un utilisateur légitime liée à la conclusion d'un contrat de licence avec l'auteur.

Peut-être pourrait-on exiger seulement de l'utilisateur qu'il ait connaissance du caractère contrefaisant de l'exemplaire à l'origine duquel remonte son exception. En quelque sorte, c'est ce qu'a fait le législateur allemand lors de la transposition de la directive européenne de 2001. L'article 53 de la loi allemande sur le droit d'auteur interdit désormais le bénéfice de la copie privée lorsqu'elle est réalisée à partir d'une source « manifestement illicite ». Mais il ne s'agit pas ici de l'application prétorienne du principe de la fraude mais d'une condition imposée par le législateur au bénéfice de la seule copie privée, non des autres exceptions. Le respect du test des trois étapes impose peut-être l'ajout de cette condition, si l'on peut démontrer que les copies réalisées sur les réseaux *peer-to-peer* dispensent les utilisateurs d'acquiescer l'œuvre sur le marché normal et privent donc les titulaires de droits d'une source majeure de revenus²³. Le législateur devant prendre en compte le respect des trois conditions du test dans sa définition des exceptions, l'ajout d'une condition légale à l'admissibilité de la copie privée, celle de l'acquisition légitime de l'œuvre ou du caractère manifestement non illicite de la source de la copie, pourrait être envisagé. Mais cet ajout est du ressort du seul législateur et non d'un juge qui aurait à apprécier la légitimité d'un acte de copie privée qui répond aux conditions posées par la loi. En outre cet ajout n'est envisageable, sous le motif de la conformité au test des trois étapes, que pour la copie privée, exception

23. Sur le test des trois étapes, V. S. Dusollier, *L'encadrement du bénéfice des exceptions par le test des trois étapes* : *Intellectuelle Rechten – Droits Intellectuels*, 2005/3, à paraître.

dont le bénéficiaire aboutit à l'acquisition d'un exemplaire de l'œuvre, ce qui n'est généralement pas le cas des exceptions telles que la parodie ou la citation.

En conclusion et hors le cas de la copie privée, pour laquelle une intervention législative est néanmoins recommandable, la notion de copie légitime de l'œuvre comme clé du bénéfice des exceptions nous paraît souffrir des mêmes défauts que celle de l'utilisateur légitime.

III. - CONCLUSION

5 - En matière de propriété littéraire et artistique, le législateur n'a jamais exigé rien d'autre que la divulgation licite des œuvres pour que le public puisse bénéficier des exceptions qui lui sont octroyées par la loi et lui permettent d'utiliser normalement les œuvres, d'en faire un usage critique, parodique ou privé. De plus en plus pourtant, l'utilisateur qui entend bénéficier des exceptions doit montrer patte blanche, prouver qu'il est un utilisateur légitime du logiciel ou de la base de données, qu'il a un accès licite à l'œuvre dont il souhaite lever les verrous techniques ou que la copie privée qu'il a réalisée provient d'une source non contrefaite. Ces sésames qui conditionnent désormais l'exercice des exceptions aux droits sur l'œuvre, font pourtant l'objet de définitions vagues, voire inexistantes, et ont pour effet probable d'exiger de l'utilisateur d'une œuvre qu'il prouve le titre de sa possession d'un exemplaire de celle-ci, ce qui est assez inédit en droit d'auteur.

À suivre cette interprétation, la condition de l'utilisation légitime de l'œuvre, comme préalable au bénéfice d'exceptions, que ce soit par la notion d'utilisateur légitime ou par l'exigence que la source de l'exception ne soit pas un exemplaire contrefait de l'œuvre, s'installe en quelque sorte dans une position médiane entre le contrôle de l'accès à l'œuvre et la sujétion des exceptions. Elle témoigne de la dérive du droit d'auteur pour un contrôle des conditions de fourniture des exemplaires de l'œuvre, au mépris du principe d'indépendance entre propriété intellectuelle et réservation du support, aggravé par le fait que cette maîtrise conditionne désormais le bénéfice de l'exception, soit, dans une large mesure, les conditions de l'utilisation et de la jouissance de l'œuvre. Elle dilue également le public en autant d'individus autorisés : l'œuvre n'est plus communiquée à un public, elle est transmise à des utilisateurs particuliers 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.

L'utilisation ou la source légitime de l'œuvre n'est donc pas une évidence en ce qui concerne les exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins. Au contraire, l'application d'une telle règle suivrait la transformation regrettable de la propriété littéraire et artistique en un droit protégeant la commercialisation d'objets protégés auprès d'une clientèle, dûment contrôlée et autorisée, oubliant au passage les notions d'exploitation, d'œuvre, et de public, qui font du droit d'auteur, un droit si particulier. ■

■ **Mots-Clés** : Droit d'auteur - Copie privée - Peer-to-peer - Contrefaçon