Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les exceptions ont 20 ans

Dusollier, Séverine; Lambrecht, Maxime

Published in:
20 ans de nouveau droit d'auteur

Publication date:
2015

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Dusollier, S & Lambrecht, M 2015, Les exceptions ont 20 ans: âge de raison ou de refondation ? dans *20 ans de nouveau droit d'auteur.* Anthemis, Limal, pp. 195-219.

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.

Download date: 03. Jul. 2025

Les exceptions ont 20 ans : âge de raison ou de refondation ?

Séverine Dusollier
Professeure à SciencesPo Paris et à l'Université de Namur
et
Maxime Lambrecht
Chercheur à la Chaire Hoover d'éthique économique et sociale
Chargé de cours à l'Université catholique de Louvain

Les 20 ans de la loi belge sur le droit d'auteur ont aussi été la période de l'enfance et de l'adolescence des exceptions au droit d'auteur. Non qu'elles n'aient pas existé avant cette date, mais leur (presque) naissance dans la loi moderne sur le droit d'auteur a aussi marqué leur inscription irrévocable dans le régime et les questions clés de la propriété littéraire et artistique.

En comparaison avec les autres dispositions de la loi, les exceptions n'ont pas seulement mûri ou gagné en âge. Elles ont véritablement bouleversé tout le train-train de la famille du droit d'auteur. Leur enfance fut bruyante et mouvementée, leur adolescence rebelle et revendicatrice. D'une question technique, les exceptions sont devenues une question passionnée qui s'invite dans tous les coins et recoins du débat législatif. De tolérances, elles évoluent vers des libertés fondamentales, voire des droits.

C'est cette évolution que nous souhaitons retracer ici, pour souligner combien les 20 ans de la LDA furent aussi les années de l'irruption parfois jugée intempestive, mais, selon nous, nécessaire, du sujet « exceptions ».

Dans une première partie, nous étudierons le développement des exceptions dans la loi belge (chapitre I) pour ensuite examiner, dans une deuxième partie, la tutelle européenne croissante sur celui-ci (chapitre II). Enfin, nous nous pencherons sur l'avenir possible des exceptions, plaidant pour une refondation de celles-ci qui garantisse leur autonomie (chapitre III).

Chapitre I
Les exceptions dans la loi belge sur le droit d'auteur

Section 1
Des exceptions presque inexistantes en 1886

La première loi belge sur le droit d'auteur de 1886 ne connaît que peu d'exceptions. Son article 10 autorise la libre publication des discours prononcés dans les assemblées délibérantes, les tribunaux ou les réunions politiques. La citation dans un but de

critique, de polémique ou d'enseignement est également autorisée (art. 13), ainsi que la reproduction dans un journal d'un article repris d'une autre publication (art. 14). L'exception pour compte rendu d'actualité y sera introduite en 1958[1]. Cependant, les commentaires sur ces exceptions sont rares, de même que la jurisprudence les appliquant.

Dans les cent ans que dure cette loi, la matière ne paraît pas faire débat[2]. De la grande révision de la loi qui débute dans les années 1980, la question des exceptions est presque absente[3]. De nouvelles exceptions sont certes prévues dans la proposition de loi qui débouchera sur la LDA de 1994, telles que l'exception relative à l'exécution dans le cercle de famille (à moins qu'on ne la considère comme la simple définition à rebours du droit de communication au public[4]), la reprographie, la copie privée, la parodie et l'exécution d'œuvres dans le cadre d'un examen public[5]. Mais ces dispositions ne suscitent pas beaucoup de contestations lors des débats parlementaires, sous la réserve de la reprographie et de la copie privée qui apparaissent comme un des axes principaux de la loi, étant même reprises dans le titre initial du projet de loi[6]. Le projet innove, en effet, en substituant à l'interdiction de la copie à des fins personnelles, une autorisation contre rémunération de celle-ci. L'essentiel des discussions sur les exceptions portera sur ces limitations à des fins privées. Outre la copie privée, les parlementaires débattront avec les experts de la citation[7], ainsi que de la reproduction d'une œuvre exposée dans un lieu public et dans un but de compte rendu d'actualité[8]. Mais l'enjeu consiste avant tout à s'assurer de la protection des créateurs et de l'exploitation de leurs œuvres. Les exceptions ne peuvent y faire concurrence et le principe d'interprétation stricte et les limites nécessaires à apporter aux exceptions font l'unanimité des experts auditionnés et des parlementaires. Si l'intérêt public qui sous-tend les exceptions est implicitement présent, il ne se fait en tout cas pas entendre.

1 Article 21*bis* de la loi sur le droit d'auteur, introduit par la loi du 11 mars 1958 : « L'autorisation de l'auteur n'est pas requise pour la reproduction, l'enregistrement et la communication publique de courts fragments d'œuvres littéraires ou des événements d'actualité par la photographie, la cinématographie, la radiophonie ou la télévision. Il en est de même pour la reproduction et la communication publique d'œuvres plastiques dans leur totalité, mais seulement dans les limites des nécessités de l'information d'actualité. »

2 Dans les ouvrages belges sur le droit d'auteur antérieurs à la loi de 1994, rares sont les discussions sur les exceptions qui dépassent le simple exposé de leurs principes et conditions.

3 Proposition de loi relative au droit d'auteur, aux droits voisins et à la copie privée d'œuvres sonores ou audiovisuelles, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 145/1. Les exceptions figurent dans cette proposition de loi, mais ne sont pas plus expliquées dans l'exposé des motifs.

4 M.-C. Janssens, « Commentaire de l'article 22 LDA », *in* F. Brison et H. Vanhees (éd.), *La loi belge sur le droit d'auteur. Commentaire par article. Hommage à Jan Corbet*, 3e éd. revisitée, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 155-156.

5 L'exception pour réalisation d'une anthologie à des fins d'enseignement sera ajoutée par un amendement.

6 Exposé introductif du vice-Premier ministre et ministre de la Justice et des Affaires économiques, Rapport De Clerck, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 1991-1992, n° 473/33, p. 9.

7 Rapport De Clerck, *op. cit.*, pp. 186-187.

8 *Ibid.*, pp. 188-192.

Section 2

Des exceptions qui s'amplifient en 1998

C'est au moment de la transposition en droit belge de la directive sur la protection juridique des bases de données que la liste des exceptions s'étend[9]. La raison en est avant tout pragmatique. Rien n'obligeait, en effet, le législateur belge à revoir les exceptions applicables au droit d'auteur, en dehors du cas spécifique des bases de données. Mais il lui a semblé plus pertinent d'envisager la question des exceptions comme un tout indissociable, sous peine de soumettre les utilisations d'une base de données à différents régimes selon que la question porte sur la copie du contenu éventuellement protégé par le « droit commun » du droit d'auteur ou sur la copie de la structure protégée par le droit d'auteur spécifique aux bases de données. Cette volonté d'aligner les exceptions sur le régime des bases de données a deux conséquences principales : l'adaptation du régime de la copie privée, de la reprographie et de l'utilisation à des fins didactiques et la reconnaissance d'un caractère impératif à toutes les exceptions.

C'est le 4° de l'article 22, § 1er, de la LDA qui fait des petits, se décomposant en 4° (copie d'œuvres fixées sur un support graphique et analogue à des fins privées), 4°*bis* (copie d'œuvres fixées sur un support graphique ou analogue à des fins didactiques), et 4°*ter* (copie d'œuvres sur un support autre que graphique ou analogue à des fins didactiques). Un 5° couvre la copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles. Ce clonage d'une exception unique en divers avatars, de la reprographie à la copie privée, et, par ailleurs, de l'usage à des fins privées ou à fins didactiques, entraîne un régime particulièrement complexe de droits à rémunération mis en place aux articles 55 à 61*quater* de la loi[10].

Assez curieusement, c'est la nature du support de l'œuvre *source* qui détermine le clivage entre la reprographie, réservée aux œuvres fixées sur support graphique et analogue, et la copie privée, et non la *technique* même de reproduction[11].

Cette « anomalie » sera corrigée en 2005, lors de la transposition d'une autre directive européenne, sans toutefois que ces nouvelles dispositions ne rentrent en vigueur, à défaut d'adoption de l'arrêté royal relatif à la compensation équitable y relative.

La même complexité se retrouve dans l'extension de l'exception à des fins didactiques qui se divise en deux usages autorisés : la copie d'œuvres graphiques ou analogues et la copie d'autres œuvres, le régime de compensation se déclinant différemment selon le type d'usage concerné[12].

Une nouvelle exception fait son entrée également à ce moment, sans lien pourtant avec les bases de données : la Cinémathèque royale peut accomplir les actes de reproduction nécessaires à la restauration d'un film[13]. C'est le prélude de l'exception plus

9 Sur la modification du régime des exceptions lors de la transposition de la directive sur les bases de données, voy. F. Dubuisson, « Le régime des exceptions au droit d'auteur après la loi du 31 août 1998 concernant la protection juridique des bases de données », *A.M.*, 2001, pp. 200-216.

10 Sur ce régime, voy. F. Dubuisson, *op. cit.*, pp. 207 et s. ; M.-C. Janssens, commentaire de ces articles, *op. cit.*

11 F. Dubuisson, *op. cit.*, p. 202.

12 Le droit à rémunération pour copies d'œuvres graphiques ou analogues est englobé dans la rémunération pour reprographie.

13 Voy. l'article 22, § 1er, 8°, alors adopté : « les contretypes, copies, restaurations et transferts, effectués par la Cinémathèque royale de Belgique, dans le but de préserver le patrimoine cinématographique et pour autant que cela ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice aux intérêts légitimes de l'auteur ».

générale qui sera reconnue quelques années plus tard, au bénéfice des bibliothèques, archives et musées.

Enfin, et le législateur belge avait fait là œuvre de pionnier : toutes les exceptions se voient reconnaître un caractère impératif par les articles 23*bis* (droit d'auteur) et 46*bis* (droits voisins) et l'emportent sur toute disposition contractuelle contraire. C'est de nouveau dans un souci de parallélisme et de compatibilité avec le régime des bases de données que le législateur s'aligne sur la nature impérative des exceptions qui y est reconnue[14]. À défaut de reconnaître un tel statut 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 »[15]. Une autre justification pourrait être que les services en ligne sous licence faisaient alors leur entrée dans les modes de consommation des œuvres, ce qui pouvait faire craindre un contrôle excessif des ayants droit sur les usages dont les œuvres feraient l'objet[16].

Section 3
Des exceptions qui s'emballent en 2005

Ce n'est que lors de l'adoption de la directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information de 2001 que la question des exceptions entre de plain-pied dans les grands débats du droit d'auteur et le législateur belge hérite des débats qui ont émaillé l'adoption du texte communautaire.

La Belgique, à l'instar de nombreux États membres, profite de l'occasion de la transposition pour faire son marché dans la liste que lui tend l'article 5 de la directive 2001/29/CE[17]. De nouvelles hypothèses d'exceptions font leur entrée dans les articles 21 et 22 de la LDA : l'exception pour la reproduction provisoire dont la transposition était obligatoire (art. 21, § 3), l'exception pour exécution gratuite dans le cadre d'activités scolaires (art. 22, § 1er, 3°), la communication d'œuvres à des fins d'illustration de l'enseignement (art. 22, § 1er, 4°*quater*), la reproduction effectuée par des bibliothèques, musées ou archives dans un but de préservation (art. 22, § 1er, 8°), la consultation sur place au bénéfice des mêmes établissements (art. 22, § 1er, 9°), les enregistrements éphémères effectués par des organismes de radiodiffusion (art. 22, § 1er, 10°), la reproduction et la communication au bénéfice de personnes handicapées (art. 22, § 1er, 11°), la reproduction et la communication annonçant des expositions ou des ventes d'œuvres artistiques (art. 22, § 1er, 12°), la reproduction d'émissions par des établissements hospitaliers, pénitentiaires ou d'aide à la jeunesse (art. 22, § 1er, 13°).

L'exception à des fins d'illustration de l'enseignement se complexifie : une troisième tête, permettant la communication d'œuvres, s'ajoute à l'hydre, sous des conditions

14 Projet de loi transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1997-1998, nos 1535 et 1536/1, p. 25.

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

16 J. Corbet, « Cinq ans après – Première évaluation de la nouvelle loi belge sur le droit d'auteur », *R.I.D.A.*, 2000, n° 183, p. 159.

17 M.-C. Janssens, *op. cit.*, pp. 140 et s. ; F. Dubuisson, « Le régime des exceptions au droit d'auteur après la loi du 22 mai 2005 », *in* C. Doutrelepont et F. Dubuisson (éd.), *Le droit d'auteur adapté à l'univers numérique*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

strictes toutefois[18]. Son bénéfice est réservé aux établissements d'enseignement officiellement reconnus par les pouvoirs publics et la mise à disposition doit être faite dans un but non lucratif, dans le cadre des activités normales de l'établissement, ne pas porter préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre et, surtout, se limiter aux réseaux de transmission fermés de l'établissement (entendez, être réservée aux étudiants inscrits au cours en question).

La séparation qui avait été faite entre la reprographie et la copie privée selon le support d'origine des œuvres copiées est abandonnée au profit d'un retour au clivage plus traditionnel entre copie sur support graphique et analogue et copie sur autre type de support[19]. Et la copie privée, jusque-là réservée aux œuvres sonores et audiovisuelles, s'étend à tout type d'œuvres. Dans ces deux cas, les modifications adoptées ne rentreront en vigueur que lors de l'adoption des arrêts royaux les mettant en œuvre[20], ce qui sera finalement fait en 2013 pour la copie privée[21]. On attend toujours pour la reprographie[22].

Le législateur revient également sur son audace de 1998 qui lui avait fait déclarer impératives toutes les exceptions. Désormais, « il peut toutefois être contractuellement dérogé [au caractère impératif] lorsqu'il s'agit d'œuvres qui sont mises à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». À première vue, cette atténuation de l'interdiction de supprimer ou d'aménager contractuellement le bénéfice des exceptions résulterait d'une interprétation de l'article 6, § 4, (4), de la directive qui dispense les États de l'obligation de prévoir des mesures permettant le bénéfice de certaines exceptions en dépit de la présence d'une mesure technique de protection lorsqu'il s'agit d'œuvres « mises à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». Si un contrat organise la mise à disposition de ces œuvres, il est possible, estime le législateur belge en 2005, d'en déduire qu'une exception impérative qui ferait prévaloir l'exception ne serait pas conforme à la directive[23].

Cette dérogation à l'affirmation du statut impératif des exceptions mène toutefois à des conséquences saugrenues[24]. Telle ou telle exception serait impérative dans tel environnement et non 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

18 M.-C. Janssens, *op. cit.*, p. 164.

19 *Ibid.*, pp. 160-161.

20 Les modifications réapparaissent dans une loi fourre-tout du 31 décembre 2012 : la loi portant des dispositions diverses, notamment en matière de justice, chapitre 4, *M.B.*, 31 décembre 2012.

21 Arrêté royal relatif au droit à rémunération pour copie privée du 18 octobre 2013, *M.B.*, 24 octobre 2013.

22 Voy. *infra*.

23 Voy. l'explication fort sommaire du ministre (projet de loi transposant en droit belge la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, Rapport, *Doc. parl.*, sess. ord. 2003-2004, n° 51-1137/013, p. 44, comm. de l'art. 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). »

24 Pour une analyse, voy. S. Dusollier, « La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives », *Propr. intell.*, octobre 2007, pp. 443-452.

consommateurs sont incontournables dans tout type de contrat, mais que l'on pourrait y déroger lorsque le contrat est conclu lors d'une démarche de vente en porte-à-porte ?

Un grand absent de la transposition belge est le test des trois étapes. Affirmé par la directive comme s'imposant à l'*application* des exceptions, ce que confirmera la Cour de justice[25], le test n'est pourtant considéré par le législateur belge que comme un outil d'évaluation des exceptions qu'il est habilité à introduire dans la loi, tant pour lui-même que pour le juge[26], outil dont la transposition explicite dans la loi ne s'impose pas[27].

Section 4
Des exceptions en chantier

La codification de 2014 n'a pas modifié les exceptions, au-delà d'une nouvelle numérotation qui abandonne les 4°*bis*, *ter* et *quater*, et plus fondamentalement (mais cela excède notre sujet) d'une refonte du régime des licences légales, tant en matière de copie privée, de reprographie, de prêt public que de droits voisins. Comme nous l'avons dit plus haut, il était prévu que l'abandon du critère du support papier comme source de la copie, et non comme technique de reproduction, entre enfin en vigueur. Toutefois, en l'absence d'un accord des personnes intéressées sur l'arrêté royal devant organiser le régime de compensation, l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions est encore reportée au 1er janvier 2016[28].

S'agissant du caractère impératif des exceptions, l'article XI.193 revient à l'état de la loi antérieur à la modification intervenue en 2015 et restaure une interdiction pleine et entière de déroger contractuellement aux exceptions prévues, quel que soit le mode de diffusion des œuvres.

Chapitre II
Les exceptions belges dans un régime européen de droit d'auteur

Ce qui marque surtout l'évolution des exceptions dans les 20 ans de la LDA, c'est l'européanisation progressive de la question. La copie privée mise à part, les modifications que le législateur y apporte sont, en effet, autant de soubresauts dictés par l'agenda européen de l'adoption de directives en droit d'auteur, de la directive sur les bases de données de 1996 à celle sur la société de l'information de 2001. Nul doute que ce n'est

25 Voy. *infra*.

26 Les juridictions belges font ainsi régulièrement mention du triple test. Voy. C. const., 16 juillet 2009, n° 127/2009 ; Bruxelles, 5 mai 2001, *I.R.D.I.*, 2011, p. 265 ; Gand, 19 mai 2014, *A.M.*, 2014, p. 488, note F. Coppens.

27 Projet de loi transposant en droit belge la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, Rapport, *Doc. parl.*, sess. ord. 2003-2004, n° 51-1137/013, p. 16.

28 Arrêté royal du 19 décembre 2014 modifiant l'arrêté royal du 19 avril 2014 fixant l'entrée en vigueur de la loi du 19 avril 2014 portant insertion du livre XI, « Propriété intellectuelle », dans le Code de droit économique, article 3.

que le prélude à un assujettissement encore plus marqué des exceptions nationales au cadre européen.

Cette européanisation de la question des exceptions comporte deux versants : d'une part, l'agenda et le cadre sont fixés à l'échelon communautaire et les exceptions y sont mobilisées comme autant d'enjeux de l'équilibre du système (section 1) et, d'autre part, l'interprétation des exceptions à laquelle s'est attelée la Cour de justice de l'Union s'impose au législateur et aux juges belges en laissant à ces derniers une marge de manœuvre de plus en plus étroite (section 2).

Section 1
Les exceptions dans la législation et la politique communautaire

Si les exceptions au droit d'auteur ont une place assez marginale dans les traités internationaux relatifs à la propriété littéraire et artistique[29], elles ont très vite fait partie de la réglementation européenne. Dès les directives protégeant les programmes d'ordinateur et les bases de données, l'inclusion d'hypothèses échappant aux droits exclusifs de l'auteur a été jugée nécessaire. Si ces directives avaient pour objectif d'élaborer un système complet de droit d'auteur spécifique à ces objets, il était logique que des exceptions particulières y prennent part, certaines d'entre elles suscitant d'ailleurs de longues controverses[30]. Mais les exceptions traditionnelles au droit d'auteur sont restées longtemps des personnages en quête de défenseurs. L'harmonisation des exceptions est certes jugée utile par la Commission européenne dans les travaux préparatoires à la directive de 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, mais le ton n'est pas à la consécration d'espaces de liberté pour l'utilisateur. Il s'agit plutôt de réexaminer les limites des droits de reproduction à la lumière du nouvel environnement numérique, quitte à les réduire pour restaurer pleinement le contrôle de l'auteur[31]. Ce n'est d'ailleurs que le droit de reproduction qui enclenche la réflexion, preuve que l'exception jugée problématique est la copie privée.

Mais la machine s'emballe vite. Lors des discussions sur une première proposition de directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information de 1997, la volonté d'harmonisation par l'établissement d'une liste fermée de neuf exceptions autorisées ne plaît ni aux législateurs nationaux, qui souhaitent conserver leurs particularités nationales, ni à une partie croissante de la doctrine qui prend la défense des exceptions

29 À l'exception notable, mais récente, du Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées, 27 juin 2013.

30 C'est le cas de l'exception de décompilation en matière de logiciels qui a vu s'opposer deux logiques au sein même de l'industrie informatique. Voy. T. Vinje, « The legislative history of the EC software directive », *in* M. Lehmann et C. Tapper (éd.), *Handbook of European Software Law*, 1993.

31 *Cf.* Commission européenne, « Copyright in the knowledge economy », COM(2008) 466/3, 2008, pp. 11-12 : « L'harmonisation des limitations et exceptions au droit de reproduction sera de la plus haute importance. Les disparités actuelles entre les législations ou les jurisprudences des États membres, notamment en ce qui concerne les droits de reproduction exclusifs, la réduction du droit exclusif à un droit à rémunération (licence légale) et l'autorisation de certains actes de reproduction sans rémunération (exception du "fair use"), doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique. [...] Même s'il est vrai que la technologie numérique pourrait prochainement permettre le contrôle de la plupart, sinon de la totalité, des exploitations du droit d'auteur, il y aura toujours des situations dans lesquelles un droit exclusif illimité apparaîtrait inapproprié, ou son exercice impossible, et ce, pour des raisons de protection de la vie privée. »

en plaidant pour l'équilibre du droit d'auteur et le rôle des exceptions comme vecteurs de création, d'accès à l'information et à la culture[32]. C'est une première, tant l'argument transforme ce qui était jusque-là perçu comme de simples tolérances[33] en intérêts à protéger[34], voire en véritables droits[35]. L'interaction entre exceptions et mesures techniques de protection est d'ailleurs particulièrement pointée du doigt pour le risque qu'elle comporte de réduire à néant ces espaces de liberté reconnus aux utilisateurs d'œuvres[36].

Une fois les exceptions placées au centre de la carte du droit d'auteur, elles n'en bougeront plus. Il ne faut pas attendre dix ans pour qu'elles deviennent le seul sujet d'une communication de la Commission européenne référant pourtant au *droit d'auteur* dans la société de la connaissance (la Commission préfère parler d'une *économie* de la connaissance, ce qui situe autrement la question). C'est la première fois que les exceptions occupent le devant de la scène, ce document européen posant en effet l'unique question de l'adaptation de certaines exceptions afin de « parvenir à une vaste diffusion des connaissances dans le marché unique, notamment dans le cadre de l'environnement en ligne »[37]. Les hypothèses sélectionnées par ce texte sont les bibliothèques, en ce compris les œuvres orphelines, l'enseignement et la recherche, les personnes souffrant d'un handicap, les contenus créés par les utilisateurs. Elles resteront à l'agenda des réformes jusqu'à aujourd'hui[38]. Le cas des œuvres orphelines aboutira à la consécration d'une nouvelle exception par une directive spécifique de 2011[39].

32 M. Hart, « The proposed directive for copyright in the information society: nice rights, shame about the exceptions », *E.I.P.R.*, 1998, pp. 169-171; B. Hugenholtz, « Fierce creatures – Copyright exemptions: towards extinction? », *in Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance*, Conference IFLA/IMPRIMATUR, Amsterdam, 30-31 octobre 1997, disponible sur http://www.ivir.nl; L. Guibault, *Document de discussion sur la question des exemptions et des limitations au droit d'auteur et aux droits voisins à l'ère numérique*, Conseil de l'Europe, Groupe de spécialistes sur la protection des ayants droit dans le secteur des médias, 1re septembre 1998.

33 C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9e éd., Paris, Précis Dalloz, 1999, p. 166 (« L'auteur doit tolérer une négation de son droit de reproduction »); P. Sirinelli, *Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins*, Rapport présenté à l'Atelier sur la mise en œuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'OMPI sur ses interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Genève, 6-7 décembre 1999, p. 25; J. Ginsburg et Y. Gaubiac, « Private copying in the digital environment », *in* Jan J.C. Kabel et Gerard J.H.M. Mom (ed.), *Intellectual Property and Information Law, Essays in honour of Herman Cohen Jehoram*, Kluwer, Information Law Series, n° 6, 1998, p. 149, à propos de l'exception de copie privée; S. Ricketson, « International conventions and treaties », *in Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, Université de Cambridge, 14-17 septembre 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 4.

34 B. Hugenholtz, « Fierce creatures – Copyright exemptions: towards extinction? », *op. cit.*; T. Dreier, « Balancing proprietary and public domain interests: inside or outside of proprietary rights? », *in* R.C. Dreyfuss, D.L. Zimmerman et H. First (ed.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford University Press, 2001, p. 307; L. Guibault, *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, London, Boston, Kluwer Law International, 2002, n° 9.

35 P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, P.U.F., 2001, p. 329 (« il ne s'agit pas seulement d'une tolérance : c'est un droit exceptionnel dont jouissent les usagers, tant qu'ils restent dans les limites fixées par la loi »); C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information – Approche de droit comparé*, thèse, Université de Montpellier, décembre 2003, pp. 213 et s.

36 B. Hugenholtz, « Why the copyright directive is unimportant and possibly invalid », *E.I.P.R.*, 2000, pp. 499-502; 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, 2007, pp. 421 et s.

37 Commission européenne, « Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance », 19 octobre 2009, COM(2009) 532 final, p. 3.

38 Commission européenne, « A Digital Single Market Strategy for Europe », 6 mai 2015, SWD(2015)100 final.

39 Directive 2012/28/EU du Parlement et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines.

Section 2

Les exceptions soumises à l'interprétation du juge communautaire

La marge de manœuvre du législateur national, en l'occurrence belge, se réduit encore à la suite de l'activisme judiciaire dont a fait preuve la Cour de justice. Dans les six dernières années, celle-ci fut saisie par un nombre croissant de recours préjudiciels relatifs à l'interprétation de l'article 5 de la directive 2001/29/CE. Une quinzaine de décisions communautaires traitent des exceptions et se divisent en trois catégories : les arrêts relatifs à la reproduction temporaire[40], au droit à rémunération pour copie privée ou reprographie[41], ou à d'autres exceptions[42].

De l'ensemble de cette jurisprudence, outre les points particuliers d'interprétation de telle ou telle exception (et de l'élaboration d'un système complexe de droit à rémunération pour copie privée ou reprographie), s'esquisse un régime européen des exceptions au droit d'auteur qui repose, selon nous, sur les principes suivants (et parfois contradictoires) :

- la consécration de toute exception de l'article 5 de la directive 2001/29/CE en « notion autonome de droit de l'Union » ;
- la délimitation de la (mince) marge de manœuvre laissée aux États dans la transposition des exceptions, autour des principes de proportionnalité, d'une protection élevée des auteurs et ayants droit et de sécurité juridique, ainsi que de l'objectif d'harmonisation poursuivi ;
- le principe d'une interprétation stricte, nuancée par une approche téléologique et pragmatique ;
- l'application raisonnable du test des trois étapes.

Au fil des arrêts, la Cour s'empare, en effet, de toute exception prévue par le législateur communautaire pour en faire une notion autonome du droit de l'Union qui doit être interprétée de manière uniforme sur le territoire de cette dernière, peu importe que l'exception ne soit reconnue que dans quelques États membres[43].

Du fait de cette communautarisation des exceptions, les États membres ne sont pas totalement libres dans leur transposition à l'échelon national. Certes, il leur est loisible d'adopter ou non telle ou telle exception[44], ainsi que les modalités précises de celles-ci lorsque la directive ne les précise pas[45]. Toutefois, dans l'arrêt *Painer*, la Cour européenne a confiné la marge d'appréciation dont jouissent les États membres aux « limites

40 C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International*, C-5/08; C.J.U.E., 17 janvier 20123, *Infopaq International II*, C-302/10; C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premiere League*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08; C.J.U.E., 5 juin 2014, *Public Relations Consultants Association Ltd. c. Newspaper Licensing Agency Ltd.*, C-360/13.

41 C.J.U.E., 22 octobre 2010, *Padawan*, C-467/08; C.J.U.E., 16 juin 2011, *Stichting de Thuiskopie*, C-462/09; C.J.U.E., 11 juillet 2013, *Amazon.com*, C-521/11; C.J.U.E., 27 juin 2013, *VG Wort*, aff. jointes C-457/11-C-460/11; C.J.U.E., 10 avril 2014, *ACI Adam*, C-435/12; C.J.U.E., 5 mars 2015, *Copydan*, C-463/12.

42 C.J.U.E., 1er décembre 2011, *Painer*, C-145/10; C.J.U.E., 25 avril 2012, *TV2 Danmark*, C-510/10; C.J.U.E., 27 février 2014, *OSA*, C-351/12; C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn*, C-201/13 C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Eugen Ulmer*, C-117/13.

43 V.-L. Benabou, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », *Propr. intell.*, n° 43, avril 2012, pp. 148-149 (« la Cour découvre des notions autonomes "à tire-larigot" »).

44 C.J.U.E., *Padawan*, précité, § 36; C.J.U.E., *Painer*, précité, § 104; C.J.U.E., *DR and TV2 Danmark*, précité, § 36.

45 C.J.U.E., *Painer*, précité, § 103; C.J.U.E., *Stichting de Thuiskopie*, précité, § 23.

imposées par le droit de l'Union »[46], au premier rang desquelles le principe de proportionnalité (les mesures adoptées par les États doivent être aptes à réaliser l'objectif visé et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire). L'objectif principal de la directive de 2001 étant d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur des auteurs, les limites des exceptions doivent en tenir compte, ainsi que de l'exigence de sécurité publique pour les auteurs. Dans l'équilibre entre droits et intérêts des auteurs et ceux d'utilisateurs que les exceptions visent à maintenir, ainsi que se plaît à le rappeler la Cour[47], la balance penche donc fortement en faveur des auteurs et titulaires de droits.

La Cour de justice impose également aux législateurs nationaux un objectif d'harmonisation que le législateur communautaire n'a pu atteindre. La transposition des exceptions doit, en effet, permettre cette harmonisation, outil du fonctionnement du marché intérieur, et la marge de manœuvre des États n'est pas telle qu'elle pourrait aboutir à des exceptions qui différeraient sensiblement d'un droit national à un autre. Cette admonestation apparaît déjà dans l'arrêt *Padawan* relatif à la copie privée[48], mais trouve une consécration plus affirmée dans l'arrêt *DR TV2 Danmark* qui considère qu'une « interprétation selon laquelle les États membres, qui, faisant usage de la faculté que leur reconnaît le droit de l'Union, ont introduit une telle exception, étaient libres d'en préciser, de manière non harmonisée, les paramètres, notamment quant à la nature des moyens mis en œuvre pour réaliser lesdits enregistrements éphémères, serait contraire à l'objectif de ladite directive tel que rappelé au point précédent, dans la mesure où les paramètres de cette exception seraient susceptibles de varier d'un État membre à l'autre et seraient, partant, à l'origine d'incohérences potentielles »[49]. Lorsque les conditions de l'exception sont énoncées précisément dans la directive, comme pour l'exception visée par cet arrêt, ce mandat d'harmonisation peut être entendu. Mais c'est une gageure bien plus grande de demander à un État de transposer des exceptions énoncées bien plus vaguement (telles l'exception de parodie ou l'exception à des fins d'illustration de l'enseignement), de manière à ce que son droit national corresponde à celui de ses voisins.

Si les États doivent (par magie) aboutir au même périmètre pour chaque exception, comment comprendre alors que les juges de Luxembourg admettent que les États membres puissent (mais ne doivent pas) restreindre la portée de celle-ci lorsqu'apparaissent des utilisations nouvelles d'œuvres protégées[50] ?

Il n'est, en revanche, pas admis que les États puissent élargir la portée des exceptions ou limitations[51], bien que la Cour nuance le principe (régulièrement rappelé) d'une interprétation stricte des exceptions par l'obligation « de sauvegarder l'effet utile de l'exception ainsi établie et de respecter sa finalité »[52]. Cette interprétation plus téléologique des

46 C.J.U.E., 1er décembre 2011, *Painer*, C-145/10, §§ 104-110.

47 C.J.U.E., *Padawan*, précité, § 43 ; *Painer*, précité, § 132 ; *Deckmyn*, précité, §§ 26-27.

48 C.J.U.E., *Padawan*, précité, § 35 (« [l]a volonté du législateur de l'Union de parvenir à une interprétation la plus uniforme possible de la directive 2001/29 se reflète notamment dans le trente-deuxième considérant de celle-ci, lequel invite les États membres à appliquer les exceptions et limitations au droit de reproduction de manière cohérente, dans le but d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur »). Voy. V.-L. Benabou, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », *op. cit.*, pp. 150-151.

49 C.J.U.E., *DR TV2 Danmark*, précité, § 36. Dans le même sens, voy. C.J.U.E., *ACI Adam*, précité, § 49 ; C.J.U.E., *Deckmyn*, précité, § 16.

50 C.J.U.E., *ACI Adam*, précité, § 27.

51 *Ibid.*

52 C.J.U.E., *FAPL*, précité, §§ 162-163 ; C.J.U.E., *Painer*, précité, § 133.

exceptions empêche l'imposition de conditions trop strictes ou une interprétation déraisonnable de l'exception qui en retirerait toute utilité[53]. La Cour européenne va même plus loin en se fondant sur cet effet utile pour étendre une exception limitée au seul droit de communication au public, aux actes de reproductions accessoires et nécessaires au bénéfice de l'exception pour consultation des œuvres au sein des bibliothèques[54]. C'est à un véritable exercice d'équilibriste que se livre là la Cour entre interprétation stricte et interprétation téléologique, entre interdiction d'élargir la portée des exceptions, obligation d'une transposition harmonisée et extension de l'exception aux actes d'utilisations ancillaires au périmètre explicite de l'exception[55].

Pour corser le tout, les États membres n'ont pas d'autre choix que de rester dans les limites du test des trois étapes, qui reste un standard applicable aux exceptions, sans qu'il ne puisse en modifier le contenu matériel ni élargir la portée des exceptions[56]. Si, dans un premier temps, les juges communautaires se sont bien gardés d'appliquer directement le test[57], ils se sont finalement prêtés au jeu en vérifiant la compatibilité de certaines exceptions avec chaque étape de celui-ci[58], sans jamais toutefois disqualifier une exception sur cette base. L'étendue des actes admis par une exception a pu néanmoins être délimitée par la boussole de l'atteinte à l'exploitation normale, comme dans l'arrêt *ACI Adam* qui limite la copie privée aux sources licites[59].

Chapitre III
Vers une refondation ? Enjeux d'une réforme des exceptions

Section 1
Harmonisation et dimension transnationale des exceptions

Un des enjeux annoncés d'une réforme du cadre européen est la question de l'harmonisation et de la dimension transnationale des exceptions et limitations du droit d'auteur et des droits voisins[60]. Rappelons que la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information, adoptée en vertu de la compétence d'harmonisation de l'Union européenne sur le marché intérieur[61], se donnait pour objectif de favoriser le

53 Voy. notamment l'invocation de la liberté d'expression invoquée dans l'arrêt *Painer* (§§ 134-136) qui disqualifie l'exigence de l'originalité de l'œuvre citante. Voy. également C.J.U.E., *Ulmer*, précité, § 32.

54 C.J.U.E., *Ulmer*, précité, § 43 (« Ce droit de communication d'œuvres que tirent les établissements, tels que les bibliothèques accessibles au public, visés à l'article 5, paragraphe 3, sous n), de la directive 2001/29, dans les limites des conditions prévues à cette disposition, risquerait d'être vidé d'une grande partie de sa substance, voire de son effet utile, si ceux-ci ne disposaient pas d'un droit accessoire de numérisation des œuvres concernées »).

55 V.-L. Benabou, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », *op. cit.*, pp. 150-151.

56 La formule est devenue rituelle sans qu'on en comprenne très bien le sens. Voy. C.J.U.E., *ACI Adam*, précité, § 26 ; C.J.U.E., *Copydan*, précité, § 90.

57 C.J.U.E., *FAPL*, précité, § 181 ; C.J.U.E., *Infopaq II*, précité, § 56.

58 C.J.U.E., *Meltwater* précité, §§ 54-63.

59 C.J.U.E., *ACI Adam*, précité, § 58.

60 Commission européenne, « A digital single market strategy for Europe », 6 mai 2015, COM(2015) 192 final.

61 Ainsi, la directive invoque l'article 47, § 2, du Traité instituant la Communauté européenne, qui porte sur la coordination des législations pour l'accès et l'exercice des « activités non salariées », l'article 55 qui transpose

développement d'un marché intérieur pour les « nouveaux produits et services » de la « société de l'information »[62]. Cet objectif d'harmonisation concernait non seulement les droits exclusifs, mais également les exceptions au droit d'auteur. En effet, selon le considérant 31, « [l]es disparités qui existent au niveau des exceptions et des limitations à certains actes soumis à restrictions ont une incidence négative directe sur le fonctionnement du marché intérieur dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins »[63].

Toutefois, cet objectif est essentiellement resté lettre morte et les législateurs européens n'ont pas pu s'accorder sur une harmonisation substantielle des exceptions ou limitations. Au contraire, la directive a surtout cherché à accommoder les diverses traditions nationales, en prévoyant une longue *shopping list* d'exceptions et limitations, dont l'adoption est laissée au libre choix des législateurs nationaux[64]. Piètre consolation, la directive prévoyait tout de même une exception obligatoire, devant être transposée par tous les États membres, l'exception pour les copies transitoires ou accessoires (elle sera rejointe en 2012 par l'exception obligatoire pour les œuvres orphelines en faveur des musées et bibliothèques[65]). En réalité, si le cadre européen du droit d'auteur a un effet d'harmonisation sur les exceptions et limitations, c'est surtout une harmonisation négative. En effet, la directive s'efforce principalement de circonscrire les possibilités pour les législateurs nationaux d'adopter des exceptions et limitations, d'une part, en précisant que la liste d'exceptions visées à l'article 5(3) est exhaustive, et, d'autre part, en astreignant les législateurs nationaux au respect du triple test intégré à l'article 5(5). Nous avons vu également combien la Cour de justice a eu tendance à considérer que les disparités du point de vue des exceptions et limitations étaient surtout problématiques lorsqu'elles allaient dans le sens d'une plus grande liberté d'utilisation des œuvres, mais pas lorsqu'elles allaient dans le sens d'une plus grande restriction des exceptions et limitations. Sa jurisprudence des cinq dernières années a largement réduit la marge de manœuvre des législateurs nationaux, les empêchant notamment d'élargir la portée des exceptions implémentées en droit interne[66].

Or, on ne voit pas pourquoi le manque d'harmonisation poserait problème dans un sens, mais pas dans l'autre, à moins de négliger sérieusement l'importance des exceptions ou limitations pour certains secteurs de l'économie européenne, en particulier pour les services en ligne dont la portée est *de facto* transnationale. Le droit d'auteur étant par principe territorial, la multiplication des législations applicables en matière d'exceptions à des services ou activités visant plusieurs pays ne peut que révéler les lacunes de l'harmonisation en la matière.

cette compétence de coordination dans le domaine des services et l'article 95 qui traite du rapprochement des réglementations en vue de l'établissement et du bon fonctionnement du marché intérieur. *Cf.* Traité instituant la Communauté européenne, *J.O.*, C 340, 10 novembre 1997, pp. 0173-0306, version consolidée du *J.O.* du 10 novembre 1997, 11997E/TXT.

62 Considérant 2 de la directive 2001/29/CE.

63 Considérant 31 de la directive 2001/29/CE.

64 *Cf.* B HUGENHOLTZ, « Law and technology. Fair use in Europe », *Communications of the ACM*, vol. 56, n° 5, pp. 26-27; L. GUIBAULT, « Why cherry-picking never leads to harmonisation: The Case of the limitations on copyright under Directive 2001/20/EC », *JIPITEC*, 2010.

65 Article 6 de la directive 2012/28/UE.

66 C.J.U.E., *ACI Adam*, § 27 et §§ 33-34.

On peut citer quelques exemples[67], comme celui de l'enseignement en ligne. Outre la fourniture par Internet des documents ou supports d'un cours essentiellement dispensé en présentiel, une offre d'enseignement à distance à direction d'étudiants situés dans divers pays européens ne saura à quel droit national se vouer. Les conditions applicables à la communication en ligne d'œuvres protégées en support ou en illustration de l'enseignement sont-elles celles du pays organisant le cours ? Celui du serveur hébergeant le matériel ? Ou faut-il respecter les modalités de l'exception dans tous les pays où se trouvent les étudiants ? Lorsqu'un cours en ligne est organisé conjointement par plusieurs universités européennes, la diversité des exceptions en matière d'enseignement dans les États membres constitue un sérieux obstacle[68]. Ces difficultés ne se posent pas seulement dans le contexte de l'environnement numérique. La distribution d'un objet tangible n'est pas non plus épargnée par l'incomplétude de l'harmonisation européenne. Un livre adapté en format braille dans un pays, sous le couvert d'une exception autorisant les transformations nécessaires à l'accessibilité à l'œuvre des personnes malvoyantes, peut-il être distribué dans un autre pays qui ne connaît pas cette exception ou la soumet à des conditions plus restrictives ? La solution à cette question n'est pas certaine[69].

Les décisions judiciaires sont rares sur l'application des exceptions à des usages d'œuvres qui transcendent les frontières, mais la jurisprudence bigarrée qui existe en Europe sur les moteurs de recherche, par exemple pour des services comme Google Images, révèle l'interprétation particulièrement disparate des exceptions dans les États membres[70]. De trop fortes disparités dans l'interprétation de l'exception pour copie privée pourraient également affecter les services de stockage ou d'enregistrement sur le *cloud*.

La réforme annoncée du droit d'auteur européen a déjà évoqué diverses pistes de solutions à ce manque d'harmonisation. À tout le moins, l'objectif d'harmonisation exigerait de fixer tant des maximas que des minimas pour l'implémentation des exceptions et limitations à travers l'Union européenne. Ainsi, le législateur européen pourrait élargir la liste des exceptions obligatoires, en intégrant les exceptions les plus fondamentales, telles que l'exception de citation, l'exception de parodie, l'exception pour les musées et bibliothèques, ou l'exception pour l'enseignement ou la recherche, laissant non harmonisées les exceptions plus anecdotiques qui n'ont qu'une application transnationale marginale.

Bien entendu, la solution la plus efficace à ce problème d'harmonisation serait sans doute d'unifier le droit d'auteur au niveau européen. En effet, l'adoption d'un règlement européen sur le droit d'auteur uniformisant les diverses législations nationales

67 Nous reprenons ici quelques exemples exposés par la European Copyright Society, dans sa réponse à la consultation publique européenne de 2014 sur la révision du droit d'auteur : European Copyright Society, « Answer to the EC Consultation on the review of the EU copyright rules », mars 2015, disponible sur http://infojustice.org/wp-content/uploads/2014/03/ECS-answer-to-EC-consultation-on-copyright-Review.pdf.

68 Voy. les différents degrés de multiterritorialité de l'enseignement et l'impact sur l'application des exceptions analysés dans J.P. TRIAILLE, S. DEPREEUW, S. DUSOLLIER, J.B. HUBIN et A. DE FRANCQUEN, *Study on the Application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society*, European Commission, pp. 398-399.

69 *Ibid.*, pp. 446 et s.

70 En France, Trib. gr. inst. Paris, *SAIF c. Google*, 20 mai 2008 ; Paris (1re ch.), *SAIF c. Google*, 26 janvier 2011, n° 08/13423. En Allemagne, voy. Bundesgerichtshof, *Google Thumbnails*, 29 avril 2010, I ZR 69/08. Pour une comparaison de l'approche très différente adoptée dans les décisions françaises et la décision allemande, voy. B. P. HUGENHOLTZ et M. SENFTLEBEN, « Fair use in Europe: in search of flexibilities », *op. cit.*

présenterait l'avantage d'en supprimer les disparités[71]. L'idée d'un code européen du droit d'auteur a suscité divers commentaires et initiatives dont la proposition du Wittem Group, qui se veut un modèle en vue d'une telle unification[72], et avait également été envisagée par une communication de la Commission européenne de 2011[73]. Mais, si le législateur européen devait un jour suivre cette voie, il risquerait d'être confronté à un dilemme : faudrait-il s'en tenir au plus petit commun dénominateur des exceptions ou limitations, au risque d'une trop grande rigidité, ou bien intégrer l'ensemble des exceptions prévues par la *shopping list* de la directive 2001/29/CE, au risque d'une complexité excessive ?

Une trop grande rigidité du système d'exceptions perpétuerait le problème de légitimité qui affecte le régime actuel du droit d'auteur. En effet, dans bon nombre de cas, des usages qui se rattachent aux activités normalement autorisées par une exception, sans toutefois correspondre exactement au cadre strictement délimité par la loi, sont sacrifiés par le principe de l'interprétation stricte des exceptions en dépit de toute absence de préjudice ou d'atteinte aux intérêts des auteurs. Une telle distance entre les attentes raisonnables des citoyens à la lecture de la loi et l'état du droit positif tel qu'interprété par la jurisprudence a des conséquences désastreuses pour la légitimité du régime juridique du droit d'auteur.

Une complexité excessive est également problématique dans la mesure où elle affecte directement la sécurité juridique des utilisateurs, en raison du manque de clarté et de prévisibilité du droit en vigueur. Si l'on veut assurer l'effectivité du système d'exceptions au droit d'auteur, il faut encore que celles-ci puissent être comprises et mises en œuvre par les utilisateurs.

Section 2
L'adaptation de la liste des exceptions existantes

Au-delà du besoin d'harmoniser les exceptions pour répondre aux difficultés croissantes de leur application à des projets transnationaux, la liste d'exceptions de la directive 2001/29/CE mériterait également un toilettage pour l'adapter aux nouvelles utilisations et pratiques qui se sont développées depuis son adaptation et, plus généralement, pour rendre le régime d'exception plus flexible et adapté à ces besoins.

Les documents annonçant la réforme du droit d'auteur à venir, à savoir le projet de Livre blanc de 2014 (qui devait conclure le processus de consultation entamé par la Commission[74]) ainsi que la récente stratégie de la Commission pour le marché unique numérique[75], annoncent généralement une refonte des exceptions existantes, ainsi que l'adoption de nouvelles hypothèses d'utilisations autorisées.

71 Commission européenne, « A single market for intellectual property rights boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe », 24 mai 2011, COM(2011) 287final.

72 *Cf.* Wittem Group, « European copyright code », *JIPITEC*, 2010/1.

73 Commission européenne, « A single market for intellectual property rights boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe », 24 mai 2011, COM(2011) 287 final.

74 Commission européenne, « A copyright policy for creativity and innovation in the European Union », projet de livre blanc, Bruxelles, 2014, non publié.

75 Commission européenne, « A digital single market strategy for Europe », 6 mai 2015, COM(2015) 192 final.

Parmi les thématiques souvent évoquées, on retiendra l'idée d'une nouvelle exception en faveur du *text and data mining*, les pratiques d'extraction de connaissances à partir de larges *corpus* de données. On considère parfois que ces pratiques de *data mining* font face à un flou juridique important, étant donné qu'il n'est pas évident qu'elles soient couvertes par les exceptions prévues par la directive (comme l'exception de copie provisoire ou l'exception pour l'enseignement et la recherche). L'idée serait donc de mettre fin à cette incertitude en ajoutant une nouvelle exception spécifique pour le *data mining* réalisé par les instituts de recherche ou par certains fournisseurs de service en ligne comme les moteurs de recherche[76]. Si l'autorisation du *text and data mining* nous paraît essentielle pour la recherche, on peut toutefois douter que la voie d'une exception soit la plus pertinente tant elle évacue la question de la couverture des actes de copie que cette activité implique, par les droits exclusifs de l'auteur. Les actes de copie ainsi réalisés sont certes techniquement des reproductions, mais sont-ils réellement des actes d'exploitation de l'œuvre ? Cet exemple démontre sans aucun doute que la réforme des exceptions ne peut faire l'impasse d'une réflexion sur l'étendue des droits exclusifs. Bon nombre des exceptions existant dans la liste de l'article 5 de la directive, ou des usages désormais controversés, reposent sur des actes de copie (plus rarement de communication) rendus nécessaires par la technique numérique. Ils rentrent ainsi dans le périmètre du droit d'auteur en raison de la définition trop technique du droit de reproduction. À considérer que toute copie est un acte soumis au contrôle des auteurs, on risque d'étendre le droit d'auteur de manière indue et de rompre le lien qui doit forcément être fait entre la définition du droit d'auteur et ses justifications. Selon nous, un droit d'auteur conforme à ses justifications devrait être circonscrit à l'exploitation des œuvres, et non à toute copie ou tout usage de l'œuvre[77]. En procédant de la sorte, la question de la reproduction provisoire aurait pu, par exemple, être réglée par une délimitation plus raisonnable du droit de reproduction (comme c'est le cas en droit américain), au lieu de la couvrir dans un premier temps par le droit exclusif avant de s'empêtrer, dans un deuxième temps, dans des conditions complexes et incertaines l'exemptant sous le couvert d'une exception. Traiter le *text and data mining* sous la seule perspective de l'exception réitère cette erreur. La stratégie n'est pas inoffensive, car un usage qui sort du droit d'auteur par la technique de l'exception ne le fait qu'au prix d'un principe d'interprétation stricte et d'une soumission au test des trois étapes.

Une autre proposition récurrente est celle d'introduire une nouvelle exception en faveur des contenus générés par les utilisateurs (ou *User Generated Content*). En effet, l'admissibilité des pratiques de création transformatives (telles que le remix, *mashup*, etc.) au regard des exceptions existantes est particulièrement incertaine. Ainsi, bien que la Cour de justice de l'Union européenne ait assoupli les conditions d'application de l'exception de parodie dans son arrêt *Deckmyn*, l'exigence d'une « manifestation d'humour ou de raillerie » reste requise et exclut en principe des réutilisations subversives ou créatives qui ne reposent pas clairement sur l'humour[78]. L'idée d'introduire une

76 *Cf.* European Copyright Society, *op. cit.*, p. 22.

77 Pour une élaboration de l'argument, voy. S. Dusollier, « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », *in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, Paris, LexisNexis, 2014, pp. 265-275.

78 On peut, par exemple, citer l'exemple de *Katz*, détournement de la célèbre BD *Maus* d'Art Spiegelman, diffusé par un petit éditeur belge, dont la démarche critique se revendiquait également d'un respect pour l'œuvre originale, rejetant explicitement l'idée d'un simple détournement humoristique. Face à l'incertitude quant à

nouvelle exception spécifique en faveur des contenus générés par les utilisateurs fait son chemin en Europe, déjà envisagée par la Commission européenne dans son Livre vert de 2008[79] ou, plus récemment, par la *Gowers Review* au Royaume-Uni[80].

À cet effet, le législateur européen pourrait s'inspirer de l'expérience du Canada qui a introduit en 2012 une exception en faveur des contenus non commerciaux générés par les utilisateurs. Certes, l'exception canadienne n'est pas exempte de défauts. On peut notamment regretter la complexité du texte de l'exception, ainsi que la superposition de deux conditions potentiellement redondantes : d'une part, la condition d'absence d'utilisation commerciale, et, d'autre part, la condition d'absence d'effet négatif sur l'exploitation normale de l'œuvre (inspirée du test en trois étapes)[81]. Il importe également de réfléchir davantage que ne l'a fait le législateur canadien au rôle des plates-formes dans la diffusion et l'exploitation de tels contenus[82].

Enfin, une autre piste évoquée par certains est celle d'une exception *de minimis*, qui servirait de seuil à l'exercice des droits exclusifs[83]. Certes, il existe bien une exception d'inclusion incidente dans la directive, mais celle-ci est définie de manière très limitative, ne couvrant que les inclusions non intentionnelles ou accessoires. Une vraie exception pour les utilisations minimales manque pourtant cruellement au cadre européen du droit d'auteur. L'adage *de minimis non curat praetor* paraît présenter une certaine sagesse : le juge ne devrait pas avoir à se préoccuper des litiges insignifiants, qui constituent un gaspillage de temps et de ressources pour la société, et ne participent en rien à réaliser les objectifs d'un régime de droit d'auteur. Une telle règle paraît d'autant plus nécessaire que les actes de reproduction sont omniprésents dans l'environnement numérique, augmentant considérablement les possibilités de violations, même minimales, d'œuvres protégées.

De tels ajouts à la liste d'exceptions prévues par la directive pourraient servir de correctifs utiles pour pallier la rigidité du régime actuel du droit d'auteur. Toutefois, une telle démarche a ses limites. D'une part, parce que le rythme de l'action du législateur est largement inadapté à l'évolution des pratiques sociales et culturelles. D'autre part, parce qu'allonger la liste des exceptions prévues par la directive va à l'encontre de l'objectif de simplicité auquel nous sommes attachés. En élargissant la liste des exceptions, on n'échappe nullement au dilemme que nous évoquions plus haut : au contraire, on troque simplement une moins grande rigidité pour davantage de complexité.

Idéalement, il faudrait donc parvenir à sortir de cette logique consistant à légiférer au cas par cas pour adapter la liste des exceptions à l'évolution des pratiques.

l'application de l'exception de parodie en l'absence de ce caractère humoristique, l'éditeur avait finalement conclu un accord avec Flammarion conduisant à la destruction des exemplaires de l'œuvre. *Cf.*, à ce sujet, M. Lambrecht, « *Katz* détourne *Maus* : le droit d'auteur, un fardeau pour la libre expression artistique ? », *in* X. Lowenthal et I. Manouach (éd.), *Metakatz*, également disponible sur http://www.ipdigit.eu/2012/03/epilogue-de-laffaire-katz/.

79 Commission européenne, « Copyright in the knowledge economy », COM(2008) 466/3, 2008.

80 A. Gowers, *Gowers Review of Intellectual Property*, Londres, HM Treasury, 2006, disponible sur http://www.official-documents.gov.uk.

81 Pour une critique en ce sens, voy. D. Gervais « User-generated content and music file-sharing: a look at some of the more interesting aspects of Bill C-32 », *in* M. Geist (ed.), *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Torronto, Irvin Law, 2010.

82 Voy., sur ce point, l'analyse de V.-L. Benabou, *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, Paris, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 2014.

83 European Copyright Society, *op. cit.*

Section 3
Une norme ouverte de type « *fair use* » ?

Autrement plus ambitieuse – mais aussi autrement plus controversée – est la proposition d'introduire en Europe une exception ouverte de type *fair use*. L'idée gagne, en effet, du terrain ces dernières années, avec l'adoption par un nombre grandissant de pays : Singapour[84], Israël[85], la Malaisie[86], Taïwan[87] ou la Corée du Sud[88]. Elle est également sérieusement considérée par les législateurs australiens[89], irlandais[90] et brésiliens[91], et a été récemment suggérée par le rapporteur au Parlement européen, Julia Reda, dans son projet de rapport sur la révision de la directive 2001/29/CE[92].

On le sait, l'introduction d'une exception de *fair use* en Europe suscite généralement d'importantes résistances, certains évoquant les problèmes de compatibilité que poserait la transposition d'une telle norme inspirée du droit américain dans nos systèmes juridiques européens de tradition majoritairement civiliste, d'autres mettant en avant des craintes quant à la sécurité juridique d'un tel standard ouvert[93].

En ce qui concerne les inquiétudes quant à la difficulté de transposer un système de *fair use* dans des régimes de tradition civiliste, elles paraissent clairement infondées :

84 Article 35 (1) de la loi singapourienne sur le droit d'auteur : « Subject to this section, a fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work, or with an adaptation of a literary, dramatic or musical work, for any purpose other than a purpose referred to in section 36 or 37 shall not constitute an infringement of the copyright in the work » ; voy. la version archivée sur le site de l'OMPI : http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3680.

85 Article 19 de la loi israélienne sur le droit d'auteur : « (a) Fair use of a work is permitted for purposes such as: private study, research, criticism, review, journalistic reporting, quotation, or instruction and examination by an educational institution. [...] », disponible sur le site de l'OMPI : http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=202010.

86 Loi malaisienne sur le droit d'auteur – article 13 (2) : « Notwithstanding subsection (1), the right of controlunder that subsection does not include the right to control – (a) the doing of any of the acts referred to in subsection (1) by way of fair dealing *including for* purposes of research, private study, criticism, review or the reporting of news or current events [...] » (c'est nous qui soulignons), traduction officieuse disponible sur http://www.cric.or.jp/db/link/doc/malaysiaCopyrightAct1987asat1-7-2012.pdf ; une réforme de 2012 a introduit le terme « including », ouvrant ce qui était jusque-là une liste exhaustive de cas d'usages. *Cf.* également http://www.worldipreview.com/article/amendments-to-the-malaysian-copyright-act.

87 L'article 65 de la loi taïwanaise sur le droit d'auteur ne prévoit aucun cas d'usage prédéfini : « Fair use of a work shall not constitute infringement on economic rights in the work. [...] » (suivi des facteurs du *fair use*). La traduction fournie par l'Office taïwanais de la propriété intellectuelle, disponible sur http://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=508148&ctNode=6825&mp=2.

88 L'article 35-3 de la loi coréenne sur le droit d'auteur dispose : « Except for situations enumerated in art. 23 to art. 35-2 and in art. 101-3 to 101-5, provided it does not conflict with a normal exploitation of copyrighted work and does not unreasonably prejudice the legitimate interest of the copyright holder, the copyrighted work may be used, among other things, for reporting, criticism, education, and research. [...] » (d'après la traduction officieuse de J. Cho, « As Korea implements fair use - Two cases offer precedent for flexible copyright exceptions and limitations », *Infojustice.org*, http://infojustice.org/archives/28561).

89 Australian Law Reform Commission, *Copyright and the Digital Economy*, ALRC Report 122, 13 février 2014.

90 Irish Copyright Review Committee, *Consultation Paper*, 2012, http://www.djei.ie/science/ipr/.

91 P. Mizukami, « A comparative table of Brazilian copyright reform draft bills », *Infojustice.org*, 15 août 2012, http://infojustice.org/archives/26900.

92 Parlement européen, « Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », 15 janvier 2015, 2014/2256 (INI).

93 *Cf.*, par exemple, P. Sirinelli, « Propos introductifs », *in* A. Lucas, P. Sirinelli et A. Bensamoun (dir.), *Les exceptions au droit d'auteur – État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2012, p. 13 ; Commission européenne, *A Copyright Policy for Creativity and Innovation in the European Union, op. cit.*, p. 8.

premièrement, parce que, sous l'effet de la mondialisation et de l'internationalisation du droit, l'on observe une convergence croissante tant des traditions de *common law* et de droit civil[94] que des régimes dits de «droit d'auteur» et de «copyright»[95]. Deuxièmement, parce que, même dans les traditions civilistes, on observe un recours extrêmement fréquent aux standards, notions-cadres ou autres notions à contenu variable[96]. Il suffit d'ouvrir le Code civil de 1804 pour rencontrer de telles notions, telles que le «bon père de famille» (art. 601), la «bonne foi» (art. 549), «l'ordre public» et les «bonnes mœurs» (art. 6), la «juste cause» (art. 1299), les «justes motifs» (art. 344-1), etc. Même en droit d'auteur, on rencontre de très nombreuses notions-cadres, telles que celles d'«œuvre», d'«originalité», de «cercle de famille», de «but non lucratif», «d'usage honnêtes», etc. En outre, le législateur européen a même consacré au cœur du système d'exception au droit d'auteur les standards particulièrement ouverts qui constituent le test en trois étapes: l'exigence de «certains cas spéciaux», d'une absence d'atteinte à l'«exploitation normale» et du respect des «intérêts légitimes du titulaire de droit»[97].

La question de la sécurité juridique de l'exception de *fair use* en droit américain est plus délicate, faisant l'objet d'intenses controverses dans la doctrine américaine. Néanmoins, l'état de la littérature sur cette question a de quoi laisser insatisfait, dans la mesure où ses conclusions sur la sécurité juridique du *fair use* sont généralement extrapolées à partir d'une analyse des *leading cases* devant les cours supérieures, en négligeant l'immense *corpus* constitué par la jurisprudence des juridictions inférieures[98]. À notre connaissance, seules deux études empiriques ont tenté d'approfondir l'analyse en intégrant la jurisprudence des cours et tribunaux inférieurs. Une première étude, réalisée par le juriste américain David Nimmer[99] à partir de soixante décisions rendues entre 1994 et 2002, se montre très critique par rapport au *fair use*, dont les quatre facteurs ne serviraient la plupart du temps qu'à rationaliser *a posteriori* la décision *ad hoc* des juges. Toutefois, cette étude présente d'importantes limites, non seulement en raison de son *corpus* relativement réduit, mais aussi en raison de limites méthodologiques liées à son analyse purement subjective des décisions étudiées[100]. La deuxième étude[101] a été réalisée en 2008 par le chercheur américain Barton Beebe à partir d'un échantillon bien plus important (306 décisions rendues entre 1978 et 2005), et présente l'avantage de fonder également son analyse sur des critères plus objectifs, tels que le nombre d'appels, d'opinions dissidentes ou de jugements cassés ou réformés dans les affaires impliquant le *fair use*. Les deux principales conclusions de cette étude sont que le nombre d'appels, de décisions cassées ou réformées, ou d'opinions dissidentes dans les affaires impliquant le *fair use* n'est

94 J. Merryman, «On the convergence (and divergence) of the civil law and the common law», *Stanford Journal of International Law*, vol. 17, 1981.

95 *Cf.*, par exemple, M. Senftleben, «Comparative approaches to fair use: an important impulse for reforms in EU copyright law», *in* G. B. Dinwoodie (ed.), *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, Cheltenham, UK/Northampton, MA, Edward Elgar.

96 À ce sujet, voy. l'excellent ouvrage de Céline Castets-Renard: C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable en droit d'auteur*, Paris, L'Harmattan, 2004.

97 Article 5.5 de la directive 2001/29/CE.

98 Comme le note B. Beebe, «An empirical study of US Copyright fair use opinions», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156, n° 3, 2008, p. 553.

99 D. Nimmer, «"Fairest of them all" and other fairy tales of fair use», *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, n° 1, 2003, pp. 263-288.

100 Ces limites sont d'ailleurs reconnues par l'auteur lui-même. *Cf. ibid.*, p. 278.

101 B. Beebe, «An empirical study of US copyright fair use opinions», *op. cit.*

pas significativement plus élevé que dans d'autres domaines[102]. La deuxième conclusion est que la jurisprudence des cours inférieures paraît beaucoup plus cohérente et prévisible que celle de la Cour suprême américaine, celles-là allant parfois jusqu'à ignorer ou résoudre elles-mêmes les principales incohérences issues de la jurisprudence de la Cour suprême[103]. L'auteur suggère que cette juridiction a une très large part de responsabilité dans les difficultés connues par la jurisprudence américaine du *fair use*.

En tout état de cause, avant de transposer les enseignements de l'expérience américaine du *fair use*, il faudrait d'abord démêler les problèmes liés aux spécificités du droit américain de ceux qui seraient propres au modèle d'une exception ouverte en soi. C'est pourquoi il est parfois difficile de répondre aux craintes concernant les problèmes de sécurité juridique que poserait une exception ouverte de type *fair use* en Europe. Dans ce débat, on a parfois l'impression que les partisans d'un *fair use* européen sont en quelque sorte sommés de prouver un négatif, comme s'il était possible d'établir de manière certaine qu'une réforme envisagée ne posera pas de difficultés.

Toutefois, comme nous l'avons vu, il convient en tout cas de remettre en cause l'idée préconçue selon laquelle le cadre européen des exceptions au droit d'auteur présenterait un plus un haut niveau de sécurité juridique qu'une exception ouverte à l'américaine: cela paraît plus que douteux, étant donné, notamment, la complexité de la liste d'exceptions, le très faible degré d'harmonisation et le grand nombre de notions à contenu variable dans le texte des exceptions ou du test en trois étapes. C'est le constat fait par Martin Senftleben, selon qui le droit d'auteur européen constituerait un *worst case scenario*, ne présentant ni l'avantage de la sécurité juridique ni celui de la flexibilité[104]. Si l'on remet les choses dans cette perspective, il semble que les objections à la proposition d'introduire une exception de type *fair use* en Europe invoquant des problèmes de sécurité juridique ne sont pas vraiment concluantes: avant de privilégier le *statu quo*, ne faudrait-il pas d'abord montrer que le système d'exceptions européen n'est pas en proie à des difficultés similaires?

Section 4
Un système d'exception semi-ouvert, pensé en fonction des usages

Toutefois, il paraît possible de concevoir un meilleur compromis, sous la forme d'un régime d'exceptions qui échappe au dilemme entre flexibilité et simplicité, tout en présentant suffisamment d'assurances de sécurité juridique. Selon nous, un tel compromis est celui réalisé par un système d'exceptions semi-ouvert.

102 *Ibid.*, p. 554.

103 En effet, la doctrine américaine est particulièrement critique par rapport à l'interprétation des facteurs du *fair use* développée par la Cour suprême dans les arrêts *Sony et Harper v. Row*: voy., par exemple, W. Fisher, «Reconstructing the fair use doctrine», *op. cit.*, pp. 1667-1794, qui émet ce jugement très sévère (p. 1794): «The fair use doctrine, recently revamped by the Supreme Court, is in bad shape. [...] a court is now obliged to undertake an examination of the "particular facts and circumstances" of the case, guided only by a non-exhaustive list of "factors", many of which are ambiguous or flawed, and by four general "objectives" (drawn from four different traditions in political theory) that frequently will point toward different outcomes.» Voy. également B. Beebe, «An empirical study of US copyright fair use opinions», *op. cit.*, pp. 594-597.

104 *Cf.* M. Senftleben, «Bridging the differences between copyrights legal traditions the emerging EC fair use doctrine», *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 57, 2009.

Le principe d'un tel système semi-ouvert est similaire à celui d'une norme ouverte (comme le *fair use*), mais borné par une liste de catégories d'usages explicitement prévues par le législateur. Le juge peut admettre les utilisations qui satisfont aux conditions des exceptions (ou aux facteurs de *fairness*), mais seulement si elles font partie, ou sont similaires ou analogues, aux hypothèses prévues par la loi.

C'est le modèle qui prévaut au Canada, depuis un revirement de jurisprudence important de la Cour suprême du Canada dans un arrêt *CCH*[105]. Dans cet arrêt, la Cour prend acte de l'impératif de réaliser un équilibre entre l'intérêt du public et l'intérêt des créateurs[106], et en conclut que l'exception de *fair dealing* en droit canadien « correspond à un droit des utilisateurs »[107], et que, dès lors, il convient d'interpréter cette exception de manière non pas restrictive, mais, au contraire, « large et généreuse »[108]. Depuis lors, on peut dire que le droit d'auteur canadien connaît un régime d'exception semi-ouvert, dans la mesure où les cas d'utilisation sont toujours exhaustivement énumérés dans le texte de l'exception de *fair dealing*, mais l'interprétation flexible réalisée par le juge permet d'en étendre la portée à des cas similaires. L'exemple canadien est intéressant dans la mesure où il permet de répondre aux objections classiques aux systèmes d'exceptions ouverts. En effet, le Canada, qui est un pays de tradition mixte *common law*/droit civil, est parvenu à trouver une voie médiane entre un système d'exceptions fermées à l'européenne et une exception ouverte de type *fair use*. Il semble, en effet, qu'une telle exception semi-ouverte permettrait de réaliser un meilleur compromis entre sécurité juridique et flexibilité.

Une telle idée n'est pas entièrement nouvelle : elle a notamment été proposée par des auteurs comme Martin Senftleben[109] ou par le Wittem Group dans son projet de *European Copyright Code*[110]. Mais, en dépit de leur intérêt certain, ces propositions n'ambitionnent pas de réaliser une véritable simplification de la liste d'exceptions prévues par la directive, se contentant de reprendre la liste actuelle ou de la réorganiser d'une manière plus structurée. Ce faisant, on ne fait rien pour résoudre un des principaux défauts du système européen d'exceptions au droit d'auteur : son sérieux manque de lisibilité et de prévisibilité pour les utilisateurs. Or un système d'exceptions plus flexible ne serait pas d'un grand intérêt pour les utilisateurs s'il n'est pas vraiment lisible ni praticable. Il nous semble donc indispensable, en préalable à une flexibilisation du système d'exceptions européen, de redéfinir et de simplifier les différentes catégories d'exceptions afin d'en améliorer la lisibilité et la prévisibilité.

Nous proposons donc un modèle d'exception semi-ouverte qui passe d'abord par une refonte des exceptions au droit d'auteur, afin de partir de catégories d'exceptions

105 Article 5.5 de la directive 2001/29/CE.

106 Suivant sa propre jurisprudence à la suite de l'arrêt *Thébèrge* : Cour suprême du Canada, 28 mars 2002, *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain*, 2 RCS 336, § 30.

107 Cour suprême du Canada, 4 mars 2004, *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada*, 1 R.C.S. 339, § 48.

108 Ou « large and liberal » dans la version anglaise de l'arrêt : *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada*, précité, § 51.

109 M. Senftleben, « Comparative approaches to fair use: an important impulse for reforms in EU Copyright law », *in* G.B. Dinwoodie (ed.), *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, *op. cit.*, p. 19.

110 *Cf.* Wittem Group, « European copyright code », *op. cit.* ; article 5.5 : « Art. 5.5. – Further limitations Any other use that is comparable to the uses enumerated in art. 5.1 to 5.4(1) is permitted provided that the corresponding requirements of the relevant limitation are met and the use does not conflict with the normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author or rightholder, taking account of the legitimate interests of third parties. »

suffisamment génériques et claires pour permettre une interprétation par le juge qui concilie flexibilité et prévisibilité.

Notre modèle comporte trois volets : premièrement, une simplification de la liste des exceptions repensée en fonction des usages et des objectifs poursuivis par chaque exception ; deuxièmement, la consécration d'une méthode d'interprétation flexible des exceptions, qui permette d'en sauvegarder les objectifs ; et, troisièmement, un test d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et aux intérêts légitimes de l'auteur, tel que prévu par le test en trois étapes.

Le **premier volet** passe donc par une refonte des cas d'exceptions, pensée en fonction des usages établis.

La *shopping list* de l'article 5 de la directive 2001/29/CE présente pas moins de vingt et un cas d'exceptions différents, aux conditions complexes, et concernant des hypothèses parfois très particulières, comme l'exception à des fins de sécurité publique ou l'exception à des fins de démonstration ou de réparation de matériel, ou encore l'exception pour les utilisations visant à annoncer des expositions publiques. Parfois, elles sont même largement redondantes : ainsi, l'exception pour l'utilisation de discours politiques ou d'« objets protégés similaires » dans un but d'information ne semble pas présenter une importante valeur ajoutée par rapport à l'exception en faveur de la presse dans un but d'information.

Pour rationaliser les exceptions, il paraît utile de partir des pratiques des utilisateurs et des usages socialement établis et de s'en servir pour définir les principales catégories génériques d'exceptions. On peut ainsi synthétiser la longue liste d'exceptions actuellement prévues par la directive en quelques grandes catégories d'exceptions en fonction de leur objectif (*purpose-oriented*) : enseignement, recherche, accès à la culture et à l'information, critique et liberté d'expression, etc.

La directive européenne contient déjà certaines exceptions formulées en fonction de leur objectif, et non selon des modalités strictement définies. Par exemple, l'exception relative à l'enseignement se contente d'autoriser les utilisations d'œuvres à *des fins d'illustration de l'enseignement*, n'exigeant que la mention du nom de l'auteur et de la source et un but non commercial. Ce sont les États membres qui ont ensuite empilé les conditions quant aux œuvres ou aux actes admis, à la longueur des extraits autorisés. L'article 5, § 2, a), de la directive qui prévoit cette exception adopte pourtant clairement une perspective téléologique en limitant l'usage autorisé à la « mesure justifiée par le but non commercial poursuivi ». Recadrer l'exception autour de ce seul objectif d'illustration de l'enseignement (éventuellement en définissant également les bénéficiaires) permettrait d'admettre toute utilisation justifiée par ce but, quelle qu'en soit la technique, et de ne pas rigidifier et immobiliser l'exception dans un moment donné, mais de suivre les évolutions des activités pédagogiques. Le critère d'illustration contient déjà en soi une mesure raisonnable (il ne s'agit pas d'*exploiter* l'œuvre dans le cadre d'un cours, de tirer profit de sa valeur créative ou de sa diffusion, mais uniquement de montrer l'œuvre comme objet du cours) et induit déjà une réflexion sur diverses modalités de l'exception (par exemple, l'exclusion des œuvres didactiques ou la restriction de la diffusion aux élèves inscrits au cours s'expliquent par le but d'illustration de l'enseignement interprété raisonnablement).

Un contre-exemple de cette légistique téléologique dans la directive est constitué par les exceptions relatives aux bibliothèques, musées et archives qui se déclinent en

l'autorisation de certains actes spécifiques de reproduction (sans que le but sous-entendu de la préservation des œuvres soit précisé), en la mise à disposition dans les locaux de l'établissement (pour laquelle les conditions sont multiples et strictes) et le prêt public limité aux œuvres tangibles. Ces exceptions dressent, sans le dire, un panorama des multiples activités de ces institutions culturelles dont la finalité est de conserver et de préserver le patrimoine culturel, et de le rendre accessible au public (particulièrement en faveur de certains segments du public). Confrontée à ces exceptions diverses et strictement limitées, la Cour de justice a rendu une décision curieuse, à la fois réductrice du champ des exceptions et en même temps pragmatique et téléologique[111]. Réductrice, car elle s'en est tenue au texte de la directive pour refuser la numérisation à des fins de préservation de l'ensemble des collections, mais pragmatique, car elle fait preuve d'ouverture pour attacher un droit de reproduction accessoire à la mise à disposition dans les locaux de la bibliothèque. Inspirés par l'objectif de l'exception et la volonté d'autoriser les divers actes nécessaires à sa réalisation, les juges communautaires ont ainsi ouvert la porte à une nouvelle perspective d'application des exceptions.

Notre proposition vise à enlever la nécessité de ces contorsions jurisprudentielles en ouvrant dans la loi le système d'exceptions. S'agissant des bibliothèques, musées et archives, une exception pourrait être formulée largement autour de l'objectif de préservation des collections et leur mise à disposition des lecteurs et chercheurs, qui autoriserait les utilisations d'œuvres justifiées par ces objectifs et la mission publique des établissements concernés. La limitation du prêt aux œuvres papier ne tient pas longtemps dans un tel cadre qui exige que tous types d'œuvres, analogiques ou numériques, puissent être offerts en prêt[112]. La numérisation de l'ensemble des collections à des fins de numérisation apparaît également comme justifiée par le mandat de préservation et d'indexation des bibliothèques et archives, et devrait pouvoir être autorisée[113]. L'objectif doit dicter la limite entre l'exploitation réservée à l'auteur et les espaces de liberté nécessaires à préserver, avec le garde-fou de l'atteinte à l'exploitation normale des œuvres que nous verrons plus loin.

Pour réaliser une réelle harmonisation des exceptions européennes, les principales catégories de cette nouvelle liste d'exceptions qui s'organiserait autour d'objectifs, et non d'actes autorisés, devraient être rendues obligatoires, en restreignant la liste des exceptions facultatives à celles qui se justifient vraiment par des spécificités nationales ou relèvent d'objectifs anecdotiques, comme nous l'avons évoqué plus haut[114].

Ensuite, le **second volet** de notre refondation des exceptions consiste en la consécration explicite d'une interprétation flexible des exceptions. Il semble raisonnable de considérer que dans la mesure où les exceptions sont bornées à des cas particuliers spécifiés par la loi (contrairement au *fair use*), leur application puisse au moins faire

111 C.J.U.E., *Ulmer*, précité, voy. notre analyse *supra*.

112 Voy. S. Dusollier, « A manifesto for an e-lending limitation in copyright », *JIPITEC*, 2014, vol. 5, p. 213, disponible sur www.jipitec.eu.

113 J.P. Triaille, S. Depreeuw, S. Dusollier, J.B. Hubin et A. de Francquen, *Study on the Application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society*, European Commission, pp. 306-307.

114 De tels objectifs pourraient, selon nous, être réglés, non par le moyen d'hypothèses d'exceptions particulières, mais bien par une redéfinition plus raisonnable des droits exclusifs. Par exemple, l'exception pour démonstration ou réparation de matériel nous paraît anecdotique et devrait davantage relever d'une interprétation raisonnable de ce que les titulaires de droit d'auteur devraient pouvoir contrôler ou non.

preuve d'une certaine flexibilité. Plus précisément, il faudrait, selon nous, rejeter le principe de l'interprétation stricte des exceptions, et consacrer ou bien une méthode d'interprétation « large et libérale » comme celle préconisée par la Cour suprême du Canada ou, plus modestement, une méthode d'interprétation qui soit à la fois téléologique (se concentrant sur les objectifs poursuivis par la disposition) et dynamique (prenant en compte le sens contemporain des notions utilisées). L'organisation des exceptions autour de leurs objectifs inclut nécessairement cette deuxième méthode d'interprétation. Peu importe l'évolution de l'acte d'utilisation, si celui-ci vise, dans un nouvel environnement technique, à remplir l'objectif poursuivi par le bénéficiaire de l'exception et reconnu comme légitimant cette dernière.

En faveur de l'interprétation « large et généreuse », on pourrait arguer, comme le fait en substance la Cour suprême du Canada, que, si droits exclusifs et exceptions constituent les deux faces d'une même pièce, devant faire l'objet d'un juste équilibre, alors il n'y a pas de raison de confiner ces dernières dans une position subalterne[115]. Si l'on considère les exceptions comme le prolongement des droits fondamentaux ou de l'intérêt général, on ne peut plus simplement considérer que le droit d'auteur est un principe supérieur auquel on ne ferait que déroger[116].

Ce n'est d'ailleurs qu'une prolongation du raisonnement de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, ces dernières années, la Cour a apporté de nombreux tempéraments à sa doctrine de l'interprétation stricte des exceptions, en affirmant que l'interprétation stricte devait néanmoins « sauvegarder l'effet utile » des exceptions et respecter leur finalité, et devait réaliser un juste équilibre entre droits et intérêts en présence[117]. Toutefois, il ne paraît pas cohérent d'osciller, comme le fait la Cour de justice de l'Union européenne, entre, d'une part, une interprétation stricte qui confine parfois à une interprétation restrictive[118] et, d'autre part, une interprétation téléologique ou procédant à une balance des droits et intérêts. Si l'interprétation « stricte » des exceptions doit néanmoins sauvegarder leur effet utile et respecter leur finalité, alors le véritable principe d'interprétation à l'œuvre n'est pas vraiment une interprétation stricte, mais une interprétation téléologique. Et si les exceptions sont définies de manière suffisamment générale et en fonction de leurs objectifs (comme nous le proposons), alors une méthode d'interprétation téléologique, combinée à une interprétation dynamique pour tenir compte de l'évolution culturelle, sociale et technologique, devrait suffire à réaliser les objectifs des exceptions au droit d'auteur. En outre, la refonte des exceptions que nous proposons devrait permettre de clarifier et de préciser les objectifs de chaque exception, ce qui devrait avoir pour effet de faciliter et de généraliser l'interprétation téléologique.

115 Cour suprême du Canada, *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada*, précité, § 48.

116 En outre, lorsque les exceptions découlent de la nécessité de protéger les droits fondamentaux au sein du régime du droit d'auteur, ne seraient-ce pas les droits exclusifs qui constituent l'exception à la règle (comme le suggère la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Ashby Donald*) et devraient donc être interprétés de manière étroite ? *Cf.* Cour eur. D.H., 10 janvier 2013, *Ashby Donald c. France*, n° 36769/08. Dans le même sens, et considérant le caractère fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique, voy. D. Voorhoof, « La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect du droit d'auteur ? », *in* A. Strowel et F. Tulkens (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles, Larcier, 2006.

117 C.J.U.E., *FAPL*, précité, §§ 162-164 ; C.J.U.E., *Painer*, précité, § 134 ; C.J.U.E., *Meltwater*, précité, § 24 ; C.J.U.E., *Deckmyn*, précité, §§ 23-27.

118 C.J.U.E., *Infopaq I*, précité ; C.J.U.E., *Infopaq II*, précité ; C.J.U.E., *ACI Adam*, précité.

Une telle méthode d'interprétation téléologique et dynamique permettrait-elle de procéder à une interprétation par analogie, à l'instar de l'interprétation large mise en œuvre par la Cour suprême du Canada ? Oui, mais de manière plus limitée. Si on prend au sérieux l'interprétation téléologique ainsi que la formulation des exceptions en fonction de leurs objectifs, il semble qu'une certaine forme d'interprétation par analogie se justifierait : non pas pour créer un cas nouveau d'exception, mais seulement pour étendre l'applicabilité des exceptions aux cas qui, bien que non visés explicitement par le texte de l'exception, rentrent dans l'objectif poursuivi par l'exception.

Pour prendre un exemple, imaginons une reformulation de l'exception de parodie comme exception visant à garantir la liberté d'expression et de création par l'utilisation détournée des œuvres. Dans ce cas, une interprétation par analogie serait autorisée dans la mesure où elle vise à couvrir des pratiques qui, bien que ne présentant pas une « manifestation d'humour ou de raillerie », sont similaires à la parodie, dans la mesure où elles constituent une utilisation subversive de l'œuvre originale : c'est le cas notamment de nombreuses pratiques de remix, de *mashups* ou relevant du courant de l'*Appropriation Art*, qui n'ont pas nécessairement une finalité humoristique, mais visent à surprendre, réinventer ou opérer un décentrement par rapport à l'œuvre originale. Agamben rappelle que la notion ancienne de parodie signifiait en grec à contre-chant ou à côté du chant (*para ten oden*) et renvoyait à des mélodies qui ne correspondaient pas au rythme de la parole, mais étaient perçues comme discordantes[119]. C'est cette discordance qui doit continuer à définir la parodie lorsque l'auteur de la parodie produit du sens par cette dissension, que celle-ci soit humoristique, critique, politique.

Par contre, cette exception ne couvrirait pas les utilisations qui ne présentent pas une telle intention subversive et constituent une reprise d'éléments de l'œuvre originale à des fins *purement* parasitaires[120].

Enfin, le **troisième volet, qui est l'élément modérateur de notre modèle**, serait constitué d'une appréciation de l'utilisation à l'aune des deux dernières étapes du test en trois étapes (la première étant supposée satisfaite par la liste de catégories d'exceptions prévues par la directive). Il s'agirait donc d'un double test de non-atteinte aux intérêts légitimes du titulaire de droit et à l'exploitation normale de l'œuvre, qui constituerait un garde-fou supplémentaire pour protéger les intérêts du titulaire de droit. Cela se situe dans le prolongement de l'opinion assez consensuelle selon laquelle le test en trois étapes peut utilement servir de guide au juge lors de l'examen *in concreto* d'une utilisation particulière. Même le *fair use* américain ne procède pas autrement, puisque trois facteurs sur quatre (la nature de l'utilisation, la quantité et l'importance de la reprise et les conséquences sur le marché potentiel de l'œuvre) sont voués à un examen similaire. Bien sûr, il faudrait que ces conditions du test en trois étapes reçoivent une interprétation modérée[121], afin d'éviter de faire office de carcan excessivement

119 G. Agamben, « Parodie », *in Profanations*, Paris, Rivages, 2005, p. 42.

120 Il ne s'agit pas, bien sûr, d'interdire toute reprise d'éléments d'une œuvre protégée pour profiter de sa notoriété, puisque cela est le cas pour pratiquement toutes les parodies. Comme le remarque la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 18 février 2011 : « Sauf à vider de toute portée l'exception de parodie dont il a été rappelé qu'elle procédait de la liberté d'expression, les mêmes reprises que celles stigmatisées au titre de la contrefaçon ne peuvent pas caractériser un comportement fautif parasitaire. » (Paris, 18 février 2011, *S.A.S. Arconsil c. Sté de droit belge Moulinsart S.A.*, n° 09/19272).

121 Pour des propositions en vue d'une telle interprétation modérée du test en trois étapes, voy. C. Geiger *et al.*, « Déclaration en vue d'une interprétation du "test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d'auteur »,

rigide au cadre des exceptions au droit d'auteur, comme c'est trop souvent le cas dans la jurisprudence européenne. Ainsi, il est crucial que l'examen de l'exploitation « normale » de l'œuvre se fasse en référence à une conception normative de ce qui *devrait* constituer normalement le marché de l'œuvre, et non pas une conception descriptive de tout ce qui pourrait entrer dans une exploitation marchande de l'œuvre[122].

Il ne s'agit donc pas de confier au juge un pouvoir d'appréciation discrétionnaire et sans borne, mais seulement de lui permettre d'appliquer les exceptions au droit d'auteur dans toute la mesure de leurs objectifs. Pour prendre un exemple concret, si le prêt public doit pouvoir être étendu aux e-books, ce n'est pas au point d'autoriser la mise à disposition simultanée de multiples exemplaires dans des conditions qui dispenseraient tout lecteur de l'envie d'acquérir le livre sur le marché normal[123].

Conclusion

La méfiance des utilisateurs vis-à-vis du régime juridique provient souvent de la déconnexion entre les usages considérés comme légitimes et les usages licites : bon nombre d'usages socialement établis, et qu'il n'est pas nécessaire de restreindre pour réaliser les objectifs du droit d'auteur, sont néanmoins interdits en raison de la rigidité de nos régimes d'exceptions et de la frilosité et de la lenteur du législateur. Si on veut réconcilier l'opinion publique avec le régime du droit d'auteur, il est essentiel de combler ce fossé.

Un bon moyen pour y arriver nous paraît être de déterminer l'ensemble des pratiques et usages qui devraient servir de base à un système d'exceptions en fonction d'objectifs légitimes, et, à partir de ce cadre générique, de laisser au juge la flexibilité pour l'adapter à l'évolution des pratiques culturelles et technologiques.

Vingt ans, c'est bien au-delà de l'âge de raison, mais aussi bien en deçà de l'âge de se faire une raison. Vingt ans, c'est avant tout l'âge de l'autonomie. Pour les exceptions, ce pourrait être la fin de la tutelle des nombreux principes qui les enserrent, de l'interprétation stricte à la liste fermée énumérée par la directive. Il est temps de lever les multiples interdits que les États membres de l'Union européenne imposent aux exceptions, de manière souvent incohérente et non harmonisée, afin de donner l'exemple d'un régime de droit d'auteur qui tienne sa promesse d'inciter à la création, sans toutefois brider l'accès à la culture, la création dérivée ou l'enseignement.

A.M., 2008, p. 519 ; A. Lucas, « Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou », *A.M.*, 2009, p. 228 ; A. Kur, « Of oceans, islands, and inland water – How much room for exceptions and limitations under the three-step test », *Richmond Journal of Global Law and Business*, 1 (2009), p. 287 ; D. Gervais, « Towards a new core international copyright norm: the reverse three-step test », *Marquette Intellectual Property Law Review*, vol. 9 , 2005, p. 1.

122 En faveur d'une telle interprétation normative de l'exploitation normale de l'œuvre, voy. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2007, n° 570 ; C. Geiger, « Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information », *Bulletin du droit d'auteur*, Unesco, janvier-mars 2007, p. 7.

123 S. Dusollier, « A manifesto for an e-lending limitation in copyright », *op. cit.*, p. 220.