

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La protection du droit d'auteur contre l'assaut du "droit public à l'information", ou les vertus du droit subjectif

Colin, Caroline

*Published in:*

Technique et droits humains : justice, personne humaine, propriété intellectuelle, environnement

*Publication date:*

2011

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*

Colin, C 2011, La protection du droit d'auteur contre l'assaut du "droit public à l'information", ou les vertus du droit subjectif. dans *Technique et droits humains : justice, personne humaine, propriété intellectuelle, environnement : actes du colloque organisé du 20 au 23 avril 2010, Facultés de droit de Limoges et Poitiers*. Lextenso, Paris, pp. 331-345.

#### 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.

# La protection du droit d'auteur contre l'assaut du « droit du public à l'information », ou les vertus du droit subjectif

Caroline COLIN

*Docteur en droit*

*Chercheur postdoctoral au Centre de recherche Information,  
Droit et Société (CRIDS), Université de Namur, Belgique*

Les bénéficiaires de la création, destinataires des œuvres, ont une certaine tendance, ces dernières années, à s'opposer au droit de l'auteur afin de contester l'emprise croissante de l'auteur sur l'utilisation de ses œuvres<sup>1</sup>. Les fondements des contestations sont divers mais ont tous pour objectif de brandir des « droits à »<sup>2</sup> – notamment « droit à » la copie privée, « droit du public à l'information », « droit à la culture » – face au droit de l'auteur. Le public a pu se fonder sur les exceptions aux droits patrimoniaux consacrées par le législateur, notamment l'exception de copie privée<sup>3</sup>, ou sur des arguments extérieurs à la matière. En effet, ne trouvant pas de réponse satisfaisante à leurs attentes dans la législation spéciale, les plaideurs ont eu l'idée d'asseoir leurs revendications sur d'autres branches du droit. C'est ainsi que les contradicteurs ont pu décider de brandir « *le drapeau valorisant des droits de l'homme pour desserrer l'étreinte du droit d'auteur*

1. Cet article reprend quelques idées développées dans ma thèse : *Vers un « droit d'utilisation » des œuvres ?*, à paraître aux éd. Larcier, 2011.

2. M. PICHARD, *Le droit à*, Étude de législation française, Economica, Recherches Juridiques, 2006 ; D. COHEN, « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz – PUF – éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 393-400.

3. Cf. not. l'aff. *Mulholland Drive* : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 févr. 2006, *Propriété industr.*, avr. 2006, n° 19, obs. A. LUCAS ; *Comm. com. électr.* avr. 2006, comm. n° 56, note C. CARON ; et sur renvoi : CA Paris, 4<sup>e</sup> c., sect. A, 4 avr. 2007, *Comm. com. électr.* mai 2007, comm. n° 68, p. 34-36, note C. CARON ; *RLDI* avr. 2007, n° 26, comm. n° 844, p. 20-21, obs. L. COSTES ; V.-L. BENABOU, « Chronique de France », *RIDA* janv. 2008, n° 215, p. 155-259, spéc. p. 223 et s.

[...]»<sup>4</sup> en ayant recours à la Convention européenne de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950. L'article 10.1<sup>6</sup> de la Convention EDH consacrerait un prétendu « *droit du public à l'information* » et permettrait d'échapper à des condamnations en contrefaçon<sup>7</sup>. Certes, ce type de litige est déjà résolu de manière préventive par le législateur grâce à des exceptions prenant déjà en compte le besoin d'information du public<sup>8</sup>. La diffusion des discours d'actualité, des œuvres d'art dans un but d'information, les citations, les revues de presse sont ainsi exemptées de l'autorisation de l'auteur<sup>9</sup>. Mais l'étude des conflits – en ce que les exceptions ne peuvent régler toutes les tensions entre droit d'auteur et « droit du public » à l'information – mérite d'être entreprise. Il pourrait par exemple s'agir d'un internaute diffusant, au nom d'un « droit du public à l'information », sur un forum ou un blog de œuvres protégées par le droit d'auteur. Les hypothèses de conflit sont innombrables. Quelle peut être l'issue de tels litiges ? Quel raisonnement faut-il adopter ? Il conviendra de s'intéresser d'abord à la résolution de ce type de conflit en théorie (I) pour se préoccuper ensuite de l'approche pratique réalisée par les juges (II).

4. A. LUCAS, « Droit d'auteur, liberté d'expression et "droit du public à l'information" (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française) », in *Droit d'auteur, liberté d'expression, Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, A. STROWEL et F. TULKE (dir.), Larcier, 2006, p. 123-141.

5. Voir sur le sujet notamment L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *La Semaine Juridique*, éd. générale, n° 30, 26 juill. 2006, p. 829.

6. Art. 10.1 de la Conv. EDH : « Toute personne a le droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ».

7. C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Litec / IRPI, Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, tome 25, 2004 ; du même auteur « Droit d'auteur et droit du public à l'information (pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux) », *D. 2005*, chron. p. 2683-2689, et « Les droits fondamentaux : garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP G* 2004, I, 150.

8. A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3<sup>e</sup> éd., 2006, n° 327, p. 266.

9. Cf. art. L. 122-5, CPI.

## I - LA RÉSOLUTION THÉORIQUE DU CONFLIT ENTRE DROIT D'AUTEUR ET « DROIT DU PUBLIC À L'INFORMATION »

La résolution d'un litige entre les auteurs et les utilisateurs exige au préalable d'avoir identifié juridiquement les prérogatives impliquées (A). Cette phase est indispensable car de cette qualification dépend la méthode de résolution du différend. Il existe plusieurs catégories de prérogatives, notamment les droits subjectifs et les libertés civiles. Et les conflits pouvant survenir entre ces catégories ne se résolvent pas de la même manière. À chaque type de conflit correspond un mode de résolution spécifique (B).

### A. Identification des prérogatives

Un droit subjectif est une prérogative conditionnée dont les conditions d'existence et de validité sont posées par la loi. Ces droits sont répartis de manière inégalitaire entre des personnes déterminées. Le pouvoir que le titulaire en retire est une exclusivité. Le détenteur d'un droit subjectif peut en disposer comme il le souhaite. Pour finir, les tiers ont une obligation de respect. D'ailleurs tout droit subjectif est muni d'action. Le droit subjectif peut s'entendre « *d'un pouvoir spécifique et exclusif, distribué sous certaines conditions par le droit objectif à son titulaire, sur la chose ou la prestation qui en forme son objet en vue de la satisfaction de ses intérêts et pour lequel il reçoit, du droit objectif, le pouvoir d'imposer son respect aux tiers au moyen, si nécessaire, d'une action en justice spécifique* »<sup>10</sup>.

Du côté de l'auteur, l'existence d'un droit subjectif n'est pas douteuse. Le corollaire de cette qualification en termes de droit subjectif est l'exclusivité dévolue à l'auteur. Le caractère exclusif du droit est l'apanage du droit subjectif. En vertu de cette exclusivité, l'auteur « *a seul le pouvoir d'autoriser toute exploitation de son œuvre, ce qui signifie que, a contrario, il peut aussi interdire* »<sup>11</sup>. Ce pouvoir de décision rejaillit également sur les rémunérations qu'il estime devoir être dues en contrepartie d'une exploitation autorisée. Grâce à son droit subjectif, l'auteur maîtrise « *tous les rouages de l'exploitation de ses créations* »<sup>12</sup>.

Une liberté, quant à elle, est une prérogative très large, quasiment inconditionnée<sup>13</sup>. Il se peut que la loi émette certaines restrictions ; mais

10. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes, Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Larcier, Bruxelles, coll. de Thèses, 2005, n° 112, p. 172.

11. C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, Manuel, 2006, n° 293, p. 226.

12. *Ibid.*

13. En ce sens également, T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes [...]*, op. cit., n° 68, p. 115.

en dehors de ces hypothèses, le principe est la liberté<sup>14</sup>. Ces éventuelles conditions sont relatives à l'exercice de la liberté, plutôt qu'à son existence<sup>15</sup>. Par exemple, chacun peut bénéficier de la liberté contractuelle, mais il faudra être capable, au sens juridique du terme, pour pouvoir l'exercer. D'ailleurs, contrairement aux droits subjectifs, les libertés sont attribuées à tous de manière égalitaire<sup>16</sup>. Elles n'ont pas pour effet de restreindre celle des tiers ; elles n'ont pas le caractère d'exclusivité. Si un individu exprime son opinion, il n'empêche pas autrui d'en faire de même. Le bénéficiaire d'une liberté dispose d'un éventail infini dans la manière de l'exercer. La différence entre la liberté et le droit réside dans le fait que le droit poursuit une certaine finalité dictée par la loi qui l'a instituée alors que la liberté constitue une prérogative discrétionnaire<sup>17</sup>. Si le droit est flanqué de contours juridiques bien délimités, la liberté ouvre à ses bénéficiaires une série de possibilités illimitées<sup>18</sup>. Contrairement aux droits qui ont vocation à disparaître, par voie de prescription ou de prescription, les libertés sont inaliénables et imprescriptibles<sup>19</sup>.

Dans un conflit opposant le droit d'auteur au « droit du public à l'information », la Convention EDH est mise en avant, et spécifiquement son article 10.1<sup>20</sup> qui consacre la liberté d'expression en ces termes : « le droit à la liberté d'expression [...] comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir d'ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières »<sup>21</sup>. La liberté d'expression se décompose en une liberté d'opinion et en une liberté de recevoir et de communiquer des informations. Tout

14. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, réédité par Dalloz, 2005, n° 19, p. 140 ; F. OST, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, in *Droit et intérêt*, P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), 3 vol., vol. 2, publ. des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, spéc. p. 37 : « le principe de liberté permet [...] de poursuivre toute activité qui n'est pas interdite ».

15. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes [...]*, op. cit., n° 68, p. 115.

16. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale, Traité de droit civil* sous la dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1994, n° 199, p. 150 ; T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes [...]*, op. cit., n° 79, p. 129 : « le principe inconditionné des libertés participe à l'idée d'attribution égale et collective des libertés ».

17. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 19, p. 141.

18. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 20, p. 151 : « la liberté est une prérogative non définie, ni causée ».

19. P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », in *Le droit subjectif en question*, Arch. Phil. du droit, tome IX, Paris, Sirey, 1964, p. 83-95, spéc. p. 87.

20. Les dispositions de la Conv. EDH, en plus d'un effet vertical entre l'État et les particuliers, ont un effet horizontal et s'appliquent dans les rapports entre particuliers : voir les développements de C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information [...]*, op. cit., n° 199, p. 169-171.

21. C. Geiger y voit un « article privilégié de la Convention » : C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information [...]*, op. cit., n° 195, p. 166.

d'abord, cette liberté est inconditionnée : aucune restriction n'existe quant à ses conditions d'existence. Ensuite, elle est attribuée à tous de manière égalitaire si bien que tout individu peut en bénéficier. L'exercice de cette liberté par l'un n'interdit pas l'autre de s'y livrer. Il ne s'agit pas d'une prérogative exclusive. Il convient donc de retenir une qualification en termes de liberté, et non de droit subjectif. Pour reprendre les termes du professeur Lucas, « il faut beaucoup solliciter la lettre pour y découvrir l'affirmation d'un droit général du public à l'information »<sup>22</sup>. Il faut ajouter que le texte a pour objectif d'éviter d'éventuelles restrictions à la circulation de ces informations<sup>23</sup>. De plus, l'exercice de cette liberté n'engendre assurément pas de droit subjectif au profit de celui qui s'y adonne. La mise en œuvre de la liberté, dans le contexte de la Convention EDH, est protégée par l'alinéa 2 de l'article 10 qui dispose que « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, [...] à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». Les atteintes à cette liberté sont donc acceptées dans certaines conditions. Il existe donc une règle de droit objectif protectrice de la liberté d'expression, et par conséquent, de la liberté de recevoir des informations.

Ainsi, lorsque le droit d'auteur entre en conflit avec le prétendu « droit du public à l'information », il s'agit en réalité d'un conflit entre, respectivement, un droit subjectif et une liberté.

## B. Résolution théorique d'un conflit entre un droit subjectif et une liberté

Le professeur Léonard a consacré une thèse magistrale à la résolution des conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes<sup>24</sup>. Nous nous appuyons sur ses conclusions dans l'objectif de proposer une solution au différend qui nous intéresse.

22. A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 327, p. 265. Plus nuancée, S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse Montpellier, 2004, n° 1012 et s. : « [...] le droit du public à l'information [...] est un droit en construction. Il consiste dans la consécration d'un intérêt légitime du public (à être informé et à pouvoir recevoir une information plurielle et honnête) juridiquement reconnu ».

23. Ces restrictions peuvent émaner des autorités publiques, ou résulter d'une conception étroite de la territorialité : A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 327, p. 265.

24. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes, Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Larcier, Bruxelles, coll. de Thèses, 2005.

Un conflit entre un droit subjectif et une liberté se résout en deux étapes. Fort de sa qualification, le droit subjectif a la capacité de s'imposer à autrui quel que soit l'intérêt qu'il pourrait revendiquer. *A priori*, le droit subjectif devrait triompher face à une liberté.

Le titulaire d'un droit subjectif bénéficie d'un domaine qui lui est réservé, dont les tiers sont exclus. Le contenu de ce pouvoir est précisé par le droit objectif. Cette exclusivité implique un devoir de respect de la part des tiers<sup>25</sup> car « sans devoir pour chacun de respecter les prérogatives de ses semblables, celles-ci n'auraient absolument aucune valeur »<sup>26</sup>. L'opposabilité<sup>27</sup> est un « effet propre à tout droit subjectif »<sup>28</sup>. Quelle que soit la définition retenue d'un droit subjectif, le concept d'opposabilité est invariable<sup>29</sup> et découle de son exclusivité. Ce devoir de respect s'appréhende comme une « norme de comportement » que doivent adopter les tiers. Étant donné que le droit objectif a défini précisément l'objet et le contour des pouvoirs du droit subjectif, cette norme est déterminée en ce sens que les tiers connaissent *a priori* les comportements qui enfreindraient ces règles<sup>30</sup>. Ils doivent donc adapter leur attitude dans l'objectif d'un respect des droits subjectifs. La conséquence de cette opposabilité du droit subjectif est, qu'*a priori*, le titulaire d'un droit subjectif n'a rien à craindre puisque son droit s'impose<sup>31</sup>. Même si un conflit surviait entre un droit subjectif et une liberté civile, le droit subjectif devrait l'emporter. Cette opposabilité, qui découle de l'exclusivité du droit subjectif, est le résultat d'une mise en balance des intérêts au profit de son titulaire, donné par le droit objectif qui a décidé de consacrer le droit subjectif<sup>32</sup>. Le conflit entre un droit subjectif et un intérêt a donc été résolu en amont par le législateur qui a décidé d'octroyer un tel droit. La

25. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes* [...], *op. cit.*, n° 219, p. 370 : « le devoir de respect exprime dans la relation à autrui l'exclusivité du pouvoir reconnu au seul titulaire du droit subjectif ».

26. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, LGDJ, 1984, n° 132, p. 163 (voir aussi p. 157).

27. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige/PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, v° « opposabilité ».

28. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes* [...], *op. cit.*, n° 214, p. 355. Voir également n° 282, p. 479.

29. Par ex. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 95 : « par définition, appartenance et maîtrise sont exclusives d'autrui et, du même coup, lui sont opposables » ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 30, p. 249.

30. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes* [...], *op. cit.*, n° 222, p. 373.

31. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes* [...], *op. cit.*, n° 284, p. 482. L'auteur parle d'« imposition » comme mode de résolution d'un conflit entre un droit subjectif et une liberté civile. Voir également n° 337, p. 576, et n° 367, p. 622. En ce sens, A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" des "intérêts" », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, tome I, Dalloz-Sirey, Paris, 1961, p. 240-252, spéc. p. 248.

32. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes* [...], *op. cit.*, n° 337, p. 576, n° 338, p. 577.

règle est que le droit subjectif s'impose à tout intérêt et que, ce faisant, il crée nécessairement un dommage chez autrui. Dès lors, le titulaire d'un droit subjectif qui va l'exercer jouit d'une présomption simple de licéité<sup>33</sup>.

Les règles du droit d'auteur reconnaissent uniquement à l'auteur un pouvoir sur ses créations, à l'exclusion d'autrui. Seul l'auteur a la légitimité pour exploiter ses œuvres. Ce qui signifie également que les tiers sont obligés de respecter les règles que le législateur a posées et de trouver un espace de liberté au sein duquel ils ne les contrarient pas. L'exclusivité des droits de l'auteur leur confère leur opposabilité. Les droits de l'auteur sont opposables *erga omnes*<sup>34</sup>. C'est ce qu'exprime clairement l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle. Les tiers sont donc tenus d'adapter leur comportement afin de respecter le droit d'auteur, et notamment de ne pas reproduire ou représenter les œuvres sans l'accord de leur auteur. Ils ont la capacité de définir un espace de liberté dans lequel l'auteur n'aura pas de prise. Et ils savent aussi que seul l'auteur détient des droits sur ses créations, qu'il est le seul à pouvoir s'en prévaloir. Ainsi, sauf à bénéficier d'une exception aux droits patrimoniaux, d'une cession des droits ou d'une licence d'utilisation, les tiers n'ont aucun pouvoir sur ces œuvres. Alors, le droit d'auteur, dans l'hypothèse où un utilisateur, revendiquant une liberté civile, le contesterait, devrait *a priori* s'imposer. Le principe est la prédominance du droit subjectif sur tout autre intérêt.

Mais ce principe supporte une exception dans l'hypothèse où le titulaire de droit exercerait sa prérogative de manière déraisonnable. La position de supériorité du droit subjectif peut être bousculée. Ce n'est pas l'exercice du droit subjectif qui est reconsidéré, puisqu'il est légitime par principe, mais son exercice éventuellement démesuré dans le cadre d'un conflit. C'est l'objet de la théorie de l'abus de droit<sup>35</sup>. La doctrine majoritaire fonde la théorie de l'abus de droit sur les articles 1382 et 1383 du Code civil<sup>36</sup>. Le titulaire d'un droit subjectif ne peut abuser de son droit en méprisant les intérêts d'autrui. Certes, la seule application du droit subjectif porte atteinte à ces intérêts. Mais ce que sanctionne l'abus de droit n'est

33. J. GHESTIN et G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale, Traité de droit civil*, *op. cit.*, n° 781, p. 765 ; A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », *op. cit.*, spéc. p. 243. En ce sens également M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 1930, t. VI, Les obligations, par P. Esmein, n° 573, p. 784.

34. H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines du droit français*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1998, v° « erga omnes », p. 126 (« à l'égard de tous »).

35. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « abus de droit » ; T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes* [...], *op. cit.*, n° 338, p. 578 ; L. CADIET, *Encyclopédie Dalloz*, Droit civil I, 1992, n° 26 : « l'abus de droit est un instrument de police des droits subjectifs par rapport à la finalité que leur assigne le droit objectif ».

36. H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », *RTD civ.*, 1928, p. 367 ; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 1939, réédité en 2006, n° 240, p. 326-327 et n° 284 bis, p. 385 ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2006, n° 475, p. 417.

pas cet exercice légitime, mais un exercice qui irait au-delà des limites raisonnables, un exercice excessif. Et cet abus doit être évalué au cas par cas, de manière concrète. L'objectif de la théorie n'est pas d'instaurer un équilibre entre le droit subjectif et l'autre prérogative, ce qui irait à l'encontre de la situation de déséquilibre créée par le droit objectif en consacrant un droit subjectif, mais de refuser un exercice démesuré de ce droit. Alors, les droits patrimoniaux de l'auteur peuvent tout à fait se voir appliquer l'abus de droit<sup>37</sup>.

Il existe différentes doctrines sur l'abus de droit<sup>38</sup>. Par exemple, le professeur Ost définit l'abus comme « l'absence d'intérêt légitime ou raisonnable, l'intérêt indifférent ou l'intérêt insuffisant au regard du préjudice causé »<sup>39</sup>; Jossierand considère que l'exercice d'un droit sera abusif s'il se détourne de sa finalité<sup>40</sup>. Pour sa part, le professeur Léonard retient le critère de proportionnalité comme critère générique de l'abus de droit<sup>41</sup> en raison de sa capacité à prendre en compte la supériorité originelle du droit subjectif sur tout intérêt légitime. La proportionnalité « entérine un déséquilibre de départ entre l'intérêt abstrait servi par le droit subjectif en cause et l'ensemble des autres intérêts particuliers [...] »<sup>42</sup>. Le mécanisme permet, en se fondant sur la supériorité de principe de l'intérêt protégé par le droit subjectif sur un intérêt légitime, de ne sanctionner qu'une atteinte excessive à ce dernier jugée disproportionnée<sup>43</sup>. Le fait de porter atteinte aux intérêts légitimes d'autrui n'est pas illicite puisque la qualification de droit subjectif l'autorise; en revanche, il existe certaines limites à ne pas dépasser dans l'exercice du droit propre à chaque cas d'espèce. Le juge doit caractériser l'existence d'un déséquilibre entre l'avantage retiré par le titulaire du droit et le dommage causé au détenteur d'un intérêt légitime. En effet, il ne s'agit pas de remettre en cause la primauté du droit subjectif voulue par le droit objectif, mais simplement de corriger, dans le contexte particulier d'un conflit, sa mise en œuvre<sup>44</sup>. En d'autres termes, « la constatation de l'abus du droit d'auteur suppose la destruction de la présomption de licéité attachée à l'exercice du droit d'auteur »<sup>45</sup>.

37. C. CARON, « Abus de droit et droit d'auteur, Une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français », *RIDA* avr. 1998, n° 176, p. 3-81 spéc. p. 13.

38. Pour une synthèse : G. COURTIEU, « Abus de droit, Notion », *J.-Cl. Civil*, fasc. 131-10, 2005, n° 3 et s.

39. F. OST, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, op. cit., spéc. p. 149.

40. L. JOSSIERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., voir par ex. n° 292, p. 395.

41. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes* [...], op. cit., n° 455, p. 819-821.

42. *Ibid.*, n° 372, p. 631.

43. *Ibid.*, n° 338, p. 578.

44. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes* [...], op. cit., n° 338, p. 578.

45. C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, Coll. Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, Publ. de l'IRPI, n° 17, 1998, n° 120, p. 112.

La caractérisation du caractère illicite de l'exercice du droit subjectif passe nécessairement par une application des règles de la responsabilité civile<sup>46</sup>. Le professeur Léonard explique que si le critère de la proportionnalité permet de révéler une situation déséquilibrée, il ne permet pas de la sanctionner. En effet, il détermine l'ampleur d'un dommage engendré par le titulaire d'un droit subjectif au porteur d'une liberté civile. Ce constat ne suffit pas pour caractériser la faute<sup>47</sup>. C'est à ce stade que les principes de la responsabilité civile entrent en jeu afin de corriger l'exercice illicite du droit subjectif. La question posée au juge est la suivante : « le titulaire du droit subjectif en cause, ayant provoqué, par l'exercice de son droit, un dommage sans proportion avec l'avantage qu'il en retire ou compte en retirer, se comporte-t-il comme un homme normalement prudent et diligent placé dans de telles circonstances de fait et de droit »<sup>48</sup> ? En somme, la faute ne réside pas dans le fait que le titulaire du droit subjectif provoque un dommage disproportionné, mais dans le fait que, simultanément à ce dommage disproportionné, il viole un devoir minimal de prise en compte de l'intérêt légitime d'autrui<sup>49</sup>, en l'occurrence ici d'une liberté civile.

L'objectif est de revenir à un dommage proportionné. Le droit subjectif s'impose, mais pas ses excès. En ce sens, le droit subjectif est admis à produire ses effets<sup>50</sup>. Le mode de résolution fondé sur la proportionnalité permet justement de garantir que l'imposition du droit subjectif reste la règle. En somme, « le juge ne peut [...] sanctionner l'exercice d'un droit sans préalablement constater une disproportion entre l'avantage retiré par le titulaire du droit et le dommage causé au tiers »<sup>51</sup>. Même si les libertés civiles ne peuvent être opposables *a priori* aux droits subjectifs, elles permettront aux actes effectués sous leur couvert d'acquiescer une légitimité de principe plus forte que ceux poursuivant simplement la satisfaction d'un intérêt<sup>52</sup>.

46. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes* [...], op. cit., n° 380, p. 648-649. Pour des développements, voir n° 358, p. 610-612.

47. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 38, p. 335 : « le dommage qui peut être causé à autrui dans l'exercice d'un droit n'est pas un dommage injuste » ; F. OST, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, op. cit., p. 140 : « le principe demeure en effet qu'exercer un droit ne saurait en principe constituer une faute, cet exercice entraînant-il un préjudice pour le tiers. Telle est en effet la puissance du droit subjectif qu'il s'accompagne [...] du droit de nuire à autrui ».

48. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes* [...], op. cit., n° 380, p. 649.

49. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes* [...], op. cit., n° 380, p. 649. Voir également n° 358, p. 611 : « la disproportion apparaît comme une condition préalable à la détermination de la faute » et n° 463, p. 834 ; F. OST, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, op. cit., p. 140 : « A la marge cependant le juge s'autorisera à censurer l'exercice exagéré et asocial du droit. Une chose est de prendre ses avantages, une autre est de ne se soucier aucunement des intérêts d'autrui, voire de chercher à lui nuire délibérément ».

50. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes* [...], op. cit., n° 341, p. 591.

51. *Ibid.*, n° 373, p. 633.

52. *Ibid.*, n° 374, p. 635.

## II - LA RÉOLUTION DU CONFLIT PAR LE JUGE : LE RECOURS À L'ARTICLE 10.2 DE LA CONVENTION EDH

Ces conflits entre droit d'auteur et « droit du public à l'information » n'ont pas été qu'hypothétiques puisque les juges y ont été confrontés. Ils raisonnent à partir de l'alinéa 2 de l'article 10 de la Convention EDH qui dispose que « l'exercice de ces libertés [d'expression et de recevoir des informations] comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, [...] à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». La liberté de recevoir et la liberté de communiquer des informations peuvent donc supporter des limites condition qu'elles soient prévues par la loi et constituent des « mesures nécessaires », notamment pour la protection des droits d'autrui, et en l'occurrence du droit d'auteur. La seconde condition soumet donc les restrictions à ce que l'on a coutume d'appeler le « test de proportionnalité »<sup>53</sup>. Ce test de l'article 10.2 a-t-il permis aux juges de raisonner en termes d'abus de droit ? L'étude de l'affaire *Utrillo* mettra en exergue que la méthode de raisonnement retenue par les interprètes se rapproche davantage de l'équilibre (A). Il conviendra alors de proposer des solutions afin que la résolution de ces litiges puisse s'effectuer à partir de la théorie de l'abus de droit (B).

### A. Le « test de proportionnalité » de l'article 10.2 de la Convention EDH : un instrument trompeur

L'article 10.2 de la Convention EDH « met en place un système permettant de résoudre les conflits pouvant se présenter entre la liberté d'expression ou le droit à l'information et un autre droit » basé sur « une mise en balance des intérêts en présence »<sup>54</sup>. L'issue du conflit serait donc une affaire d'« équilibre ». C'est d'ailleurs la manière dont les juges ont tendance à raisonner. À titre d'illustration, dans l'affaire *Utrillo*, la question posée

53. Le test de proportionnalité est repris dans la Charte des droits fondamentaux à l'article 52. « 1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

54. C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, op. cit., n° 196, p. 168, n° 465, p. 398, qui prône une application des droits fondamentaux au droit d'auteur afin de redonner à la matière une cohérence qu'elle aurait perdue.

était la suivante : un reportage télévisé sur une exposition montrant des œuvres d'un artiste, sans l'autorisation de l'ayant droit, doit-il être autorisé au nom du « droit du public à l'information » ?

Les juges du 1<sup>er</sup> degré ont répondu par la positive, ce qui a suscité beaucoup de critiques de la part des commentateurs<sup>55</sup>. Sans réellement démontrer en quoi la restriction engendrée par le droit d'auteur était proportionnée au regard du but légitime à atteindre, conformément à ce qu'exige l'article 10.2 de la Convention EDH, le tribunal s'est contenté d'un arbitrage sommaire en faveur du « droit du public à l'information »<sup>56</sup>. Les juges du second degré n'ont pas adhéré à cette conception. La cour d'appel de Paris<sup>57</sup> a estimé que la restriction imposée par le droit d'auteur à la liberté d'expression était raisonnable dans un objectif de protection des créateurs. Si la doctrine s'est félicitée d'une telle décision, il n'en reste pas moins que l'analyse aurait dû être menée *in concreto*, comme l'y invitait le test de proportionnalité<sup>58</sup>, et comme le fait la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>59</sup>. Celle-ci a pu préciser que les « mesures nécessaires » devaient renvoyer à « un besoin social impérieux »<sup>60</sup>. Certes, les États contractants et les interprètes nationaux conservent une marge de manœuvre dans l'appréciation du test de proportionnalité<sup>61</sup>. Mais la CEDH pourra, en dernier recours, exercer son contrôle. La Cour de cassation quant à elle a rejeté le pourvoi formé par France 2 en estimant que « le monopole légal de l'auteur sur son œuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique et morale au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées, tant par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même code ; [...] le moyen tiré d'une violation de l'article 10 de la Convention EDH s'avère ainsi inopérant »<sup>62</sup>. La Cour s'est prononcée de façon abstraite et décide que l'arbitrage entre le droit d'auteur et le « droit du public

55. TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 23 févr. 1999, *Utrillo*, D. 1999, jurisp. p. 580, note P. KAMINA ; RTD com. 2000, p. 96, obs. A. FRANÇON ; RIDA avr. 2000, n° 184, p. 374, note A. KÉRÉVER ;

B. EDELMAN, « Du mauvais usage des droits de l'homme (à propos du jugement du TGI de Paris du 23 févr. 1999) », D. 2000, n° 29, chron. p. 455 ; C. CARON, « La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ? », *Comm. com. électr.* oct. 1999, chron. n° 1.

56. P. KAMINA, note sous TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 23 févr. 1999, op. cit., spéc. p. 584.

57. CA Paris, 4<sup>e</sup> ch. A, 30 mai 2001, *Utrillo*, D. 2001, jurisp. p. 2504, note C. CARON ; *Prop. industr.* oct. 2001, n° 1, p. 66, obs. A. LUCAS ; *Légipresse* sept. 2001, n° 184, III, p. 137, note V. VARET ; RIDA janv. 2002, n° 191, p. 209, obs. A. KÉRÉVER.

58. C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, op. cit.*, n° 461, p. 394-395 ; V. VARET, note sous CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 30 mai 2001, op. cit., spéc. p. 14.

59. C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, op. cit., n° 196, p. 68.

60. CEDH, 7 déc. 1986, *Handyside c/ Royaume-Uni*, série A, n° 24, § 48.

61. CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, série A, n° 30, § 59 et CEDH, 23 août 1998, *Hertel c/ Suisse*, n° 25181/94, Recueil 1998-VI, § 46, D. 1999, somm. p. 239, note M.-L. NIBOYET.

62. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 2003, *Utrillo*, D. 2004, jurisp. p. 200, note N. BOUCHE ; *Comm. com. électr.* janv. 2004, comm. n° 2, note C. CARON ; *Prop. industr.* janv. 2004, n° 10, p. 550.

à l'information » ayant déjà été réalisé au sein de la législation sur le droit d'auteur, il n'est pas nécessaire de recourir à un correctif externe<sup>63</sup>.

Même si la solution du conflit a été rendue en faveur de l'auteur<sup>64</sup>, la méthode de résolution a suscité la crainte de la majorité de la doctrine. Le test de proportionnalité risque d'introduire dans les systèmes de droit d'auteur une sorte de *fair use*, importé des pays de *copyright*, dans lequel le juge devrait déterminer, au cas par cas, si la revendication de l'utilisateur d'échapper au droit de l'auteur est raisonnable<sup>65</sup>. Et l'inquiétude est légitime. Sous couvert de la recherche d'une « proportionnalité », c'est plutôt à un « équilibre » que convie le test de l'article 10.2. Et c'est ce que les juges ont fait dans l'affaire *Utrillo*. En affirmant, plus qu'en démontrant d'ailleurs, que l'application du droit était proportionnée à son but légitime, les interprètes ont cherché à justifier une pratique qui ne l'exigeait pas. Le raisonnement n'est satisfaisant qu'en apparence. Ce faisant, ils remettent en cause, non pas l'exercice, mais l'existence du droit ; ce qui s'attaque directement aux règles de droit objectif qui ont consacré le droit subjectif

## B. Vers une solution fondée sur l'abus de droit

L'article 10.2 de la Convention EDH invite les juges à réaliser un équilibre entre le droit de l'auteur et la liberté d'expression. Ils n'ont donc pas choisi délibérément ce mode de résolution. Néanmoins il existe peut-être un moyen d'orienter la méthode vers la caractérisation d'un abus de droit.

Tout d'abord, les prérogatives en jeu, et spécifiquement le « droit du public à l'information », devraient être identifiées avec davantage de rigueur.

Quelle que soit l'affaire, et même en dehors du domaine du droit d'auteur<sup>66</sup>, les juges mentionnent le « droit du public à l'information ». Logiquement, ils pensent donc avoir à régler un différend entre deux droits

obs. A. LUCAS ; *Légipresse mars* 2004, n° 209, III, p. 23, note V. VARET ; *JCPG* 2004, II, 10080, note C. GEIGER. Dans le même sens : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 2004, *JCPG* 2004, II, 10170, note A. LUCAS ; *Propr. industr. juill.* 2004, n° 12, p. 774, obs. P. SIRINELLI ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 oct. 2007, *Propr. industr. janv.* 2008, n° 26, comm. n° 6, obs. J.-M. BRUGIÈRE ; *Compt. com. électr. janv.* 2008, comm. n° 2, note C. CARON. Rejet du pourvoi contre CA Paris 4<sup>e</sup> ch., 9 mars 2005, *Propr. industr. juill.* 2005, n° 16, p. 337, obs. A. LUCAS.

63. C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, op. cit., n° 462, p. 396.

64. D'ailleurs, face à cette résistance des juges de faire triompher la liberté d'expression sur le droit d'auteur, dans des circonstances bien précises tenant à l'information du public, le législateur a consacré une exception posant la solution inverse. Le conflit est désormais résolu de manière préventive au sein de l'art. L. 122-5, 9<sup>o</sup>, CPI.

65. A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 327, p. 247 ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 377, p. 298.

66. Par ex. en droit de l'audiovisuel : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 févr. 1996, *FOCA c/ FR 3*, *Bull. cass. I*, n° 70 ; *D.* 1997, somm. p. 85, obs. Th. HASSLER et V. LAPP ; *Légipresse juill.-août* 1997, n° 133, III, p. 87, obs. B. ADER.

subjectifs : le prétendu « droit du public à l'information » et le droit de l'auteur. Un récent arrêt de la Cour de cassation ne se contente d'ailleurs pas d'identifier un « droit du public à l'information », il précise également que ce dernier et le droit d'auteur sont identiquement protégés<sup>67</sup>. Le postulat est regrettable. Et en présence de deux prérogatives que les juges croient d'égale valeur, ils vont se fonder sur le critère de l'équilibre pour attribuer à l'une ou à l'autre la prédominance dans le cadre d'un litige en particulier<sup>68</sup>. En effet, la recherche d'un équilibre n'est possible que si chaque partie au conflit détient des droits<sup>69</sup>. Puisque chacun des droits subjectifs est censé s'imposer, il faut trouver un dénouement en s'attachant à déterminer un point d'équilibre de sorte que chacun puisse s'exercer. Si cette résolution est admissible dans les pays de *copyright* dans le sens où la conception utilitaire du droit d'auteur engendre des droits à la fois pour les auteurs et le public, elle ne l'est pas dans les pays de droit d'auteur.

Nous avons démontré que le « droit du public à l'information » n'était pas un droit subjectif mais une liberté. Le conflit avec le droit de l'auteur met donc en présence deux prérogatives différentes, un droit subjectif et une liberté. Et un tel litige n'a pas vocation à trouver d'issue grâce à la recherche d'un équilibre. Tant que les juges continueront à évoquer un « droit du public à l'information »<sup>70</sup>, le mode de résolution sera faussé, et le droit d'auteur potentiellement menacé.

Ensuite, l'article 10.2 de la Convention EDH pourrait être lu dans un sens favorable à une recherche de proportionnalité et non plus d'équilibre.

La lecture traditionnelle de l'article impose au juge de rechercher au cas par cas le « caractère proportionné » de la restriction à la liberté de recevoir des informations, imposée par l'exercice du droit de l'auteur. Le titulaire des droits doit donc démontrer que la restriction constitue une « mesure nécessaire » ou est justifiée par « un besoin social impérieux ». En effet, l'instrument ne part pas du principe qu'un droit subjectif s'impose *a priori* face au détenteur d'une liberté civile. Au contraire, il invite à rechercher si l'exercice d'un tel droit est bien proportionné à la restriction qu'il impose à l'exercice de la liberté.

67. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 oct. 2007, op. cit. À l'époque des faits, l'art. L. 122-5, 9<sup>o</sup>, CPI n'était pas encore applicable.

68. Un conflit entre deux droits subjectifs se résout grâce à la recherche d'un équilibre. Aucun ne prévaut sur l'autre. Voir T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes [...]*, op. cit., n° 385, p. 657.

69. J.-L. GOUTAL, « Traité OMPI du 20 déc. 1996 et conception française du droit d'auteur », *RIDA* janv. 2001, n° 187, p. 67-109, spéc. p. 101 ; C. GEIGER, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCPG* 2004, I, 150, spéc. n° 11 : « le droit de propriété intellectuelle doit donc trouver un juste équilibre entre ses divers droits en présence ».

70. Et cela n'a pas toujours été le cas. Voir par ex. trib. com. Lille, 15 juill. 1955, *RIDA* nov. 1956, n° 10, p. 82, qui évoque « un prétendu droit à l'information » ; CA Versailles, 20 déc. 2001, *RIDA* avr. 2002, n° 192, p. 448 ; *Propr. industr. juill.* 2002, n° 4, p. 55, obs. A. LUCAS, qui mentionne la « liberté d'informer et d'être informé ».



Une autre lecture pourrait être proposée qui irait davantage dans le sens d'une réelle recherche de proportionnalité pouvant caractériser un abus de droit. Il est tout à fait possible de prétendre qu'*a priori*, la protection du droit d'auteur est une restriction nécessaire à la liberté d'expression dans une société démocratique puisqu'il s'agit d'un droit subjectif. En prime abord, les limites qu'engendre l'exercice d'un droit subjectif à ce qu'une liberté sont légitimes. C'est un principe que le juge devrait appliquer au lieu de chercher à le démontrer. Et les désagréments que l'application d'un tel droit inflige à autrui sont acceptés puisque c'est la qualification de droit subjectif qui l'exige. En règle générale, il doit être admis que l'exercice d'une liberté soit limité par celui d'un droit subjectif, sans chercher d'autre justification<sup>71</sup>. Raisonner autrement équivaut à remettre en cause ce qu'a souhaité le droit objectif en consacrant le droit subjectif. Le principe est et demeure l'imposition du droit subjectif face au porteur d'une liberté civile. Ce n'est que par exception, dans des circonstances précises et pour le litige en question, que le droit subjectif peut s'effacer au profit d'une liberté. En somme, les juges devraient rechercher si « l'avantage recherché in concreto par le titulaire apparaît comme disproportionné par rapport à la restriction qu'il implique à la liberté d'expression du journaliste »<sup>72</sup>. Il n'appartient plus au titulaire de droit de prouver qu'il a exercé son droit de façon raisonnable, mais à l'utilisateur de démontrer que le titulaire en a usé de manière déraisonnable. C'est ainsi que la cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 20 décembre 2001<sup>73</sup>, s'est prononcée : « si l'article 10 pose le principe en son premier alinéa du droit à la liberté d'expression [...], il reste que l'alinéa 2 énonce précisément les limites à l'exercice de ces libertés lequel se heurte au respect des droits d'auteur et qu'en l'espèce, les trois artistes sont en droit d'opposer aux appelants la protection légale dont ils bénéficient en vertu du Code de la propriété intellectuelle, que dès lors il est vain pour les appelants d'invoquer la quelconque légitimité de leur démarche, la restriction ainsi apportée à la liberté d'informer et d'être informé n'étant nullement disproportionnée ». Ainsi compris, l'alinéa 2 propose un correctif beaucoup plus limité que le droit de l'auteur<sup>74</sup>.

71. En ce sens, TGI Paris, 1<sup>re</sup> ch., 12 juill. 1990, *RIDA* janv. 1991, n° 147, p. 359 : « l'abus de droit est caractérisé par le fait que l'exercice d'un droit est tel qu'il est en réalité égard à son caractère exclusif et opposable à tous [...] la jouissance du droit d'auteur ne saurait être battue en brèche par [...] le droit du public à l'information et la culture ».

72. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op. cit., n° 379, p. 647-648.

73. CA Versailles, 1<sup>re</sup> ch., 20 déc. 2001, *op. cit.*

74. Comp. A. LUCAS, obs. sur Cass. civ., 1<sup>re</sup> ch., 13 nov. 2003, *op. cit.*, spéc. p. 552 : « l'estime que la théorie de l'abus de droit est un « correctif beaucoup plus limité » que l'abus de droit proposé par l'art. 10.2 de la Conv. EDH. Voir également, du même auteur, « Droit d'auteur, liberté d'expression et « droit du public à l'information » (libres propos sur deux arrêts de la Cour de cassation belge et française) », *op. cit.*, p. 123-141, spéc. n° 31, p. 141 : « la méthode [de l'abus de droit] nous paraît de loin préférable à celle qui consiste à borner le périmètre du droit d'auteur par la mise en balance avec des droits fondamentaux aux contours incertains ».

En conclusion, le droit d'auteur a été tourmenté, à l'occasion de plusieurs affaires, par la liberté d'expression. Un tel conflit devrait se régler sur le mode de l'abus de droit grâce au critère de proportionnalité. Dans l'objectif d'une résolution fondée sur la théorie de l'abus de droit, les juges devraient être plus attentifs à la qualification des prérogatives en cause et adopter une nouvelle lecture de l'alinéa 2 de l'article 10 de la Convention EDH. En conséquence, qu'un opposant au droit d'auteur revendique sa liberté d'expression sur le fondement de l'article 10.2 de la Convention EDH ou sur celui de la théorie de l'abus de droit, le raisonnement du juge devrait être identique. Qu'il existe une règle protectrice de la liberté d'expression ne doit pas changer la méthode de résolution. Dès qu'un conflit émerge entre un droit subjectif et une liberté, il devrait se régler d'après la théorie de l'abus de droit. Le raisonnement des juges dans l'affaire *Hôtel Franklin Roosevelt*<sup>75</sup> posant la question de savoir si la rémunération réclamée par les titulaires de droits pour la communication au public de leurs œuvres par un hôtelier dans les chambres d'hôtels des clients pouvait constituer une entrave à la liberté de recevoir des informations, pourrait servir d'exemple : « le respect des droits d'auteur ne constitue une entrave ni à la liberté de réception des programmes, ni à la liberté d'information ; que la cour d'appel a retenu à bon droit que les redevances réclamées par les titulaires de droits d'auteur, dont elle relevait par ailleurs qu'il n'était pas démontré qu'elles aient été abusives ou disproportionnées, n'empêchaient pas l'accès à l'information ».

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que les utilisateurs cherchent des correctifs extérieurs au droit d'auteur quand ils savent que les correctifs intégrés – c'est-à-dire les exceptions – risquent d'être interprétés trop strictement par le juge<sup>76</sup>. Il suffirait peut-être que les juges interprètent, dès le départ, plus largement les exceptions déjà prévues, et notamment celles fondées sur la liberté d'expression. En somme, les juges devraient appliquer « les exceptions dans leur esprit, en leur donnant toute leur portée »<sup>77</sup>.

75. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 janv. 2010, *Comm. com. électr.* mars 2010, comm. n° 22, note CARON.

76. A. LUCAS, obs. sur CA Toulouse, 3<sup>e</sup> ch., 13 juin 2002, *Propri. industr.* oct. 2002, n° 5, p. 52, spéc. p. 385 : « il ne faudra pas s'étonner qu'on aille chercher l'arme absolue des libertés fondamentales pour élargir des exceptions trop chichement consenties ».

77. A. LUCAS, « Droit d'auteur, liberté d'expression et « droit du public à l'information » », *op. cit.*, spéc. n° 28, p. 138.