

LES EXCEPTIONS AU DROIT D'AUTEUR À L'ÈRE DU NUMÉRIQUE

Yves Gaubiac ¹

Introduction; I. Principes relatifs aux exceptions; II. Contenu des exceptions; Conclusion

INTRODUCTION

Les exceptions s'interprètent par rapport aux principes auxquels elles dérogent au même titre que les principes s'interprètent par rapport aux exceptions. La mesure des uns est effectuée par rapport aux contenus des autres. Les principes et leurs exceptions forment une totalité. Les exceptions sont le terrain d'élection pour mesurer la portée des principes du droit d'auteur et ces principes permettront de mesurer la portée des exceptions

Qu'entend-on par exceptions au droit d'auteur ? S'agit-il des exceptions permettant une utilisation sans autorisation de l'auteur ou de ses ayants droit ut. le plus souvent, gratuite ou bien comprennent-elles les limites à l'exercice à certains droits, telles les licences ou la reproduction transitoire ou temporaire, ou même les cas où le régime est moins favorable pour les auteurs que dans la solution générale (je pense à la rémunération forfaitaire, au droit moral réduit dans le cas de l'oeuvre collective, de l'oeuvre de collaboration ou de l'oeuvre audiovisuelle, au cas du logiciel créé par un salarié, aux licences non volontaires, etc.) Je limiterai mon analyse aux exceptions strictement entendues, il s'agit par exemple, pour le Droit français, en particulier, des dispositions de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle («CPI») ou de celles contenues dans la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques.

¹ A vocat à la Cour de Paris. associé du Cabinet Kimbrough & Associates . Rédacteur en chef de la Revue internationale du droit d'auteur (RIDA).

Pour mesurer l'impact du numérique sur les exceptions, il est utile d'aborder, en premier lieu, les principes généraux qui président au régime des exceptions. A leur lumière, je décrirai le contenu même des exceptions.

I. PRINCIPES RELATIFS AUX EXCEPTIONS

Il s'agit ici de décrire la nature des exceptions ainsi que les raisons d'être de ces exceptions.

1 . Nature des exception

Le droit d'auteur est généralement considéré comme comprenant toute forme d'exploitation, même si les textes législatifs ne semblent reconnaître que certains droits, tel l'article I.122-1 du CPI qui fait état du droit de représentation et du droit de reproduction ².

Toutefois, le droit accordé à l'auteur est un droit d'exploitation qui n'est pas limité aux droits de reproduction et de représentation; il comprend ces deux droits, sans être réduit à eux. Ces droits ont une définition large et sont entendus par la jurisprudence et la doctrine d'une manière étendue. D'ailleurs, existent aussi le droit d'adaptation et le droit de traduction, par exemple. Cela prouve la portée large des droits dont sont titulaires les auteurs. Les droits des auteurs s'arrêtent aux limites fixées par les exceptions.

Avec la révolution technologique à laquelle on assiste, on tend à considérer que les notions de droit de reproduction et de droit de représentation s'estompent au profit d'un droit d'utilisation ou d'un droit de communication.

² "Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction"

Les législations prévoient, soit un nombre limité d'exceptions spécifiques, soit des principes généraux destinés à définir les cas dans lesquels des exceptions peuvent être admises. Dans le premier cas, on peut citer la législation française qui énumère dans son article L.122-5 CPI des exceptions. Dans le second cas, on peut citer la législation des Etats-Unis qui, dans son article 107, fixe les critères du *fair use*.

Les exceptions sont d'interprétation stricte. En l'absence de texte la prévoyant, une prétendue exception ne peut être admise. De plus, dans le doute, le monopole de l'auteur devra prévaloir sur l'exception.

Toutefois, malgré le principe d'interprétation stricte, les tribunaux créent des exceptions, par exemple, en France, la reproduction ou la représentation d'une oeuvre située dans un lieu public, lorsque cette reproduction ou représentation a un caractère accessoire.

En revanche. lorsqu'une exception existe, même si l'évolution technologique la remet en cause, il est difficile de la supprimer ou d'en réduire la portée si la loi ne prévoit pas de limite à cette exception. L'exemple de l'exception pour copie privée est révélateur, dans le cas de la copie privée numérique. Des analyses conduisent à considérer que la copie privée numérique n'est pas possible: elle relève de l'exercice normal du droit des auteurs. Toutefois peut-on dire cela au vu du texte du CPI ? Dans des ordonnances de référé rendues par le Président du Tribunal de grande instance de Paris ³. les dispositions de l'article L.122-S, 2° du CPI ⁴ ont été appliquées telles quelles, sans considération du fait que la copie était numérique. Dans trois affaires, l'exception

³ TGI Paris 14 août 1996 (deux ordonnances) : Dalloz I 1996 11. p.490 note Pierre Yves Gautier, RIDA, Janvier 1997. n° 171, p 361. note Christopher Caron ; RIDA 1/97 n° 142 et 143 . JCP 1996 éd G11, 22727. note de Frédérique Olivier et Eric Barbry JCP. 1996 éd. F11. 88 1. note Bernard Edelman ; TC1 Paris 5 mai 1997 ; RIDA octobre 1997. n° 174. p.265 ; JCP 1997 éd. G 22906. note Frédérique Olivier , TGI Paris 10 juin 1997;JCP 1997 229474. note Frédéric Olivier.

⁴ *«Lorsque l'oeuvre a été divulguée l'auteur ne peut interdire :...2° Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées, à une utilisation collective, à l'exception des copies d'oeuvres d'art destinées à être utilisées pour de fins identiques à celles pour lesquelles l'oeuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6- 1.»*

pour copie privée n'a pas été retenue, alors que dans une quatrième, elle l'a été, sur la base que l'utilisation n'était pas collective dans un réseau fermé, ce qui est juridiquement faux, puisque l'utilisation collective ne suppose pas que l'oeuvre soit accessible par tous. L'utilisation par un groupe de personnes suffit à qualifier celle-ci de collective.

Un système d'exception fondé sur des critères généraux peut plus aisément interdire la copie privée numérique qu'un système fermé comme le système français, puisque, comment interdire la copie privée numérique, alors que l'article L.122-5. 2° CPI l'autorise.

Toutefois, un ressortissant à un pays partie à la Convention de Berne pourrait éventuellement invoquer l'article 9.2 de cet instrument international qui admet des exceptions au droit de reproduction dans certains cas spéciaux «pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur». Ce ressortissant pourrait l'faire juger par un juge que la reproduction numérique de son oeuvre effectuée dans un cadre privé dans les conditions admises par la loi française ne relève pas de l'exception pour copie privée, s'il prouvait qu'une telle reproduction porte atteinte à l'exploitation normale de son oeuvre et cause un préjudice injustifié à ses intérêts légitimes. Le même raisonnement pourrait être tenu à propos des ADPIC (article 13) ou du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de décembre 1996 (article 10), cela pour l'ensemble des droits.

2. Raison d'être des exceptions

Les principes généraux fondant les exceptions sont les suivants : intérêt du public; liberté d'expression; libre critique; nécessité de respecter une sphère d'intimité chez les utilisateurs.

Entrent dans la catégorie de l'intérêt du public, de la liberté d'expression et de la libre critique, les exceptions suivantes : les analyses et citations, les revues de presse, la diffusion même intégrale de discours destinés au

public, la parodie, le pastiche ou la caricature, les textes législatifs et les décisions judiciaires, les exceptions pour l'enseignement et la recherche.

Entrent dans la catégorie de la nécessité de respecter une sphère d'intimité chez les utilisateurs, la copie privée.

Toutefois, les exceptions ne s'appliquent que si l'oeuvre a été divulguée par l'auteur c'est-à-dire, normalement publiée ou diffusée, autrement dit portée à la connaissance du public. De plus, les droits moraux doivent être respectés, aussi bien le droit au nom que le droit au respect de l'oeuvre. même si ce dernier est appelé à subir certains amoindrissements. En effet, pour certaines exceptions, telles la citation, l'analyse, la parodie, le pastiche ou la caricature, les exigences du droit au respect subissent nécessairement certaines limitations, au même titre que l'adaptation d'une oeuvre ou sa traduction.

De plus, dans certaines législations, en principe, le critère de l'exception n'est pas systématiquement le préjudice subi par l'auteur, puisque, même en l'absence de préjudice si l'utilisation n'est pas prévue comme exception. une telle utilisation est soumise à l'autorisation de l'auteurs. Ainsi, la reproduction, en un seul exemplaire, d'une oeuvre, en dehors d'une exception légalement autorisée, n'est pas possible sans l'autorisation de l'auteur ou de son ayant droit. Il arrive, toutefois, que les tribunaux retiennent le préjudice, puisque la concurrence à l'exploitation de l'oeuvre en dispensant l'utilisateur de recourir à l'oeuvre d'origine se souvient de référence pour accorder le statut d'exception à une forme d'utilisation.

Dans d'autres législations. le préjudice est un critère de l'exception (voir la législation des Etats-Unis).

Enfin, si l'atteinte aux droits des auteurs est jugée trop grave, le législateur peut instaurer des mesures compensatrices. Dans certains pays, il l'a fait pour la rémunération pour copie privée. Le dédommagement est instauré par le législateur.

Ces rappels permettent de mesurer l'impact de la numérisation sur les exceptions.

II CONTENU DES EXCEPTIONS

Certaines exceptions ne semblent pas subir d'influence du fait de la numérisation. Ainsi en est-il de l'utilisation des discours destinés au public à titre d'information d'actualité, des documents officiels, des lois, décrets et décisions judiciaires. de la parodie, de la caricature ou du pastiche.

D'autres, en revanche, sont affectées par la numérisation. En outre, des exceptions nouvelles peuvent voir le jour.

1 . Des exceptions au contenu modifié ou spécifique

Il s'agit, notamment, de l'exception pour copie privée, de l'exception de citation et des exceptions aux droits sur les logiciels.

A Exception pour copie privée

La copie privée ⁵ a été introduite faute de pouvoir contrôler et interdire la confection de copie par les particuliers –il faut respecter la vie privée de l'utilisateur–, non pour une raison de liberté d'expression, de libre critique, de besoin d'information ou d'exigences du domaine public, et à une époque où les moyens techniques de reproduction n'étaient pas aussi développés que maintenant. Cet argument, ajouté au fait que la confection de copie privée n'est pas gratuite

⁵ Pour une étude générale de la question de la copie privée, voir, par exemple, *Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d'auteur*. Yves Gaubiac, RIDA. n° 122. octobre 1984, et n° 127.. janvier 1985 ; *La rémunération pour copie privée des phonogrammes et des vidéogrammes selon la loi française du 3 juillet 1995*. Revue du Droit de la Propriété Industrielle n° 7. octobre 1986: Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique n° .4 1986.

–plusieurs législations nationales prévoient une rémunération destinée à compenser le préjudice subi par les auteurs– , fait que cette exception est particulière. Si la technique permet le contrôle de la réalisation de copies privées, il est possible de considérer que cette exception est appelée à disparaître. La reproduction numérique ne justifie, en effet, plus cette exception.

Dans les Directives européennes, savoir la Directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs et la Directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, la copie privée d'un logiciel comme celle d'une base de données électronique n'est pas reconnue. Cela corrobore bien le fait que la copie privée dans le domaine du numérique n'a pas de place.

Toutefois, le Projet de Directive communautaire sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information prévoit, en son article 5, paragraphe 2, la faculté pour les Etats membres de l'Union européenne de prévoir des limitations aux droits de reproduction «lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur support d'enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel, par une personne physique pour un usage privé et à des fins non commerciales.»

B Exception de citation

L'exception de citation est généralement appliquée au domaine littéraire: elle l'est moins dans les domaines plastique et musical. La numérisation permet de citer très facilement une oeuvre musicale ou une oeuvre plastique, comme une oeuvre littéraire. De longues discussions ont eu lieu, en France notamment, sur le point de savoir si l'on peut citer une oeuvre musicale ou une oeuvre plastique. Certains pensent encore qu'une citation de ces dernières oeuvres n'est pas possible. On s'accorde maintenant généralement à considérer qu'une oeuvre musicale et une oeuvre graphique peuvent faire l'objet de citations, surtout depuis que les oeuvres sont numérisées. Toute oeuvre

doit pouvoir être citée. Mais les conditions de la citation dans l'oeuvre citante doivent être très finement précisées, la citation étant limitée, en réalité, à l'exercice de la libre critique ⁶.

La réalisation de bases de données ouvre un champ important aux citations. En effet, les bases de données comprennent de nombreuses informations tirées d'oeuvres protégées, sous forme d'extraits. Parfois même, les citations constituent la matière même de la base dont le seul mérite, en dehors des citations, est de rassembler et de traiter l'accès aux informations selon un ordre choisi par l'auteur de la base de données.

Dans une affaire célèbre, au moins en France, l'affaire *Microfor*, entre autres arguments discutés devant les magistrats, figurait celui de la citation. Dans cette affaire, en dehors des citations, l'oeuvre citante était réduite à une structure sans contenu, Dan.; on premier arrêt, en date du 9 novembre 1993, les magistrats de la Cour de cassation ont estimé que :

« ...lorsqu'elle [l'oeuvre seconde] a un caractère d'information, ... la matière de l'oeuvre seconde peut être constituée, sans commentaire ou développement personnel de son auteur, par la réunion elle-même et le classement de courtes citations empruntées à des oeuvres préexistantes, en l'espèce à plusieurs journaux ou périodiques. » ⁷.

Dans cette même affaire, la Cour de Cassation ⁸ a précisé davantage les éléments de l'oeuvre citante : les «résumés», constitués uniquement de courtes citations de l'oeuvre ne dispensant pas le lecteur de recourir à cette oeuvre, étaient indissociables de la «section analytique» de la

⁶ Voir *La liberté de citer une oeuvre de l'esprit*. Yves Gaubiac, RIDA n° 17 1. janvier 1997. p.3

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 1983. JCP 1984.éd. G11.201 89 note André Françon ; D.1984.jur p 297, note Jérôme Huet ; D 1984. S.C. p.29 1. obs. Claude Colombet ; RIDA n 11 9, Janvier 1984. p. 200 ; Droit de l'informatique : La liberté documentaire et ses limites, ou les banques de données à l'épreuve du droit d'auteur.Jerome Huet. D. 1984. chr p. 129 ; G.P. 1984,1. p. 177.

⁸ Cassation Assemblée plénière 30 octobre 1987. JCP 1988. éd. GII. 20932 avec le rapport du Conseiller Xavier Nicot et note Jérôme Huet ; RTDCom 1988 P-57. obs. André Françon ; Dalloz 1988. S. C. p.206. note Claude Colombet ; G.P. 1988,1. p.33. note: Edouard Fontana ; JCP 1988. ed-E. II. 15093 obs. Michel Vivant et André Lucas RIDA n° 135, janvier 1988 p.78. conclusions du Premier avocat général Jean Cabannes *L'arrêt Microfor point d'arrivée ou point de départ*. Daniel Becourt G.P. 1 1988 1. p.260

publication par le jeu de renvois figurant dans cette section, cet ensemble avait le caractère d'une oeuvre d'information.

Dans cette affaire, l'élément essentiel réside dans la destination affectée aux citations. Les magistrats de la Cour de cassation ont retenu que la banque de données dans ses éléments constitutifs était une oeuvre d'information dont ils ont défini des caractéristiques possibles, savoir le rassemblement de données organisé selon un ordre, en l'espèce des citations, indissociables de la section analytique de la banque de données par le jeu de renvoi. La banque de données de la Société Microfor est construite comme une oeuvre, puisqu'elle comprend une architecture, un plan, un index documentaire composé de mots clés et qu'elle suppose une opération de conceptualisation.

C. Exceptions relatives aux logiciels

Par nature numériques, les logiciels, quant à la propriété intellectuelle, ont un régime particulier. Cela ressort, en particulier, de la Directive de l'Union européenne du 14 mai 1991.

En effet, celle-ci prévoit, en son article 5, sans l'accord de son titulaire, sauf dispositions contractuelles spécifiques, (i) la reproduction ainsi que la traduction, l'adaptation et l'arrangement d'un logiciel, lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à l'acquéreur légitime du logiciel d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination, y compris pour corriger des erreurs, (ii) la possibilité de réaliser une copie de sauvegarde et (iii) la possibilité d'observer, étudier ou tester le fonctionnement du programme afin de déterminer les idées et les principes qui sont à la base de n'importe quel élément du programme. De plus, en son article 6, la Directive prévoit la décompilation du programme lorsqu'elle est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité de ce programme avec d'autres programmes.

Non seulement la numérisation altère les exceptions existantes, mais elle peut entraîner la venue d'autres exceptions, dans les législations qui ne les connaissent pas.

D. De nouvelles exceptions possibles

L'article 10.2) du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur adopté à Genève en décembre 1996, ne réduit ni n'étend le champ d'application des limitations et exceptions de la Convention de Berne. Toutefois, selon les Déclarations communes, les dispositions de 10 du Traité de l'OMPI :

«... doivent être interprétées comme permettant aux Parties contractantes de concevoir de nouvelles exceptions et limitations qui soient appropriées dans l'environnement des réseaux numériques.»

La transmission des oeuvres par l'Internet offre de nouvelles formes d'accès aux oeuvres, par exemple pour l'éducation, la formation et la recherche ainsi que pour les handicapés. De même, on peut envisager que des législations nationales introduisent des exceptions pour la reproduction des oeuvres en vue de leur vente par Internet, par exemple. Des exceptions, nouvelles pour certaines législations, peuvent ainsi être introduites à la condition, toutefois, qu'elles ne portent pas préjudice à l'exploitation normale des oeuvres ni ne causent de préjudice injustifié aux intérêts légitimes des auteurs. L'article 10 du traité de l'OMPI et la déclaration commune relative à cet article 10 le soulignent.

L'article 5 de la Proposition de Directive du parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, présentée par la Commission, en date du 10 décembre 1997 prévoit un large éventail d'exceptions, facultatives pour les Etats ⁹, qui n'existent pas dans toutes les législations nationales. Ainsi un est-il de la faculté de prévoir des

⁹ A l'exception de celle du paragraphe de l'article 5 qui porte sur les actes de reproduction provisoire qui font partie intégrante d'un procédé technique ayant pour unique finalité de permettre une utilisation d'une oeuvre qui n'ont pas de signification économique indépendante.

limitation, pour des actes de «reproduction spécifiques effectués par les établissements accessibles au public et qui ne visent aucun avantage économique ou commercial, direct ou indirect» (article 5. 2 (c)i, pour l'utilisation a des «fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique» (article 5. 3 (a), ou au bénéfice de «personnes affectées d'un handicap visuel ou auditif» (article 5. 3 (b).

Le Droit français, par exemple, ne connaît pas ces exceptions. Toutefois, les Etats membres de Union européenne, en l'état du projet, ne pourront prévoir d'autres exceptions. De plus, ces exceptions seront soumises, à la règles du test des trois étapes définies dans le paragraphe 4 de l'article 5 du projet de directive qui reprend les critères de l'article 9 de la Convention de Berne et qui sont aussi ceux de l'article 13 des accords ADPIC.

CONCLUSION

Les exceptions constituent un moyen d'équilibre qui permet de limiter les excès auxquels un droit exclusif pourrait conduire. C'est cet équilibre qu'il faut trouver. Les valeurs de cet équilibre ne changent pas. Il s'agit de préserver la liberté d'expression, l'exercice de la libre critique et de respecter une sphère d'intimité chez les utilisateur. Mais les moyens techniques nouveaux, notamment la numérisation, pourraient modifier cet équilibre et les valeurs qui fondent les exceptions, si celles-ci n'étaient pas adaptées à cette nouvelle donnée technique.

Pour maintenir l'équilibre acquis avant la numérisation des oeuvres entre les droits des auteurs et ceux du public, il convient d'adapter les règles du droit d'auteur dont les exceptions. Autrement, un déséquilibre peut survenir au détriment des uns ou des autres. On observe, actuellement, que si rien ne change, un défi est lancé aux droits des auteurs, car la numérisation accentue la diffusion des oeuvres, un accès des usagers à ces oeuvres, cela fréquemment en dehors de toute autorisation des auteurs et de rémunération de ces derniers.