

Catherine Jasserand
UvA
B 2.20
Kloveniersburgwal 48
1012 CX Amsterdam
Pays-Bas

15 juillet 2012

Jacques Toubon
Questionnaire
Hadopi
4, rue du Texel
75 014 PARIS

Objet: Questionnaire «exceptions à un droit d'auteur et aux droits voisins »

Cher Monsieur,

Par la présente, je vous prie de trouver en pièce jointe une réponse au questionnaire « exceptions à un droit d'auteur et aux droits voisins ». Chercheuse auprès de l'Institut du droit de l'Information (IViR)¹ à l'Université d'Amsterdam, j'exprime mon opinion personnelle sur le sujet². Cette contribution ne répond pas à l'ensemble des questions mais se focalise sur un aspect particulier, à savoir l'évolution possible du système des exceptions vers une approche ouverte de type *fair use* (point 2.1.2 du questionnaire). La réponse fournie est largement basée sur les éléments de réflexions énoncés par le Professeur Bernt Hugenholtz (IViR) et le Professeur Martin Senftleben (Vrije Universiteit, Amsterdam) dans leur étude « *Fair use in Europe. In search of flexibilities* »³. Cette étude fournit des pistes de réflexion sur la manière d'introduire une mesure de flexibilité dans l'application des exceptions au droit d'auteur. Elle a également pour objet d'examiner la marge de manœuvre dont disposent les états membres de l'UE pour adopter de telles mesures dans le cadre de la directive 2001/29/CE et analyse la législation et jurisprudence de trois pays de l'Union européenne, à savoir l'Allemagne, les Pays-Bas et la France.

Je vous remercie de l'attention que vous porterez à cette contribution et je reste à votre disposition pour répondre à vos éventuelles questions.

Avec mes meilleures salutations,

Catherine Jasserand

¹ www.ivir.nl

² Je ne représente pas l'opinion de l'Université d'Amsterdam ni celle de l'IViR.

³ <http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>

Questionnaire « Exceptions à un droit d'auteur et aux droits voisins »

Contribution à la réflexion sur l'évolution possible du régime des exceptions vers une approche ouverte

Un contexte technologique qui appelle à davantage de flexibilité

Une constatation s'impose de prime abord : grâce aux nouvelles technologies, de nouvelles techniques de reproduction se sont développées permettant l'avènement de nouveaux modes d'exploitation qui n'étaient pas nécessairement couverts par le monopole du droit d'auteur. Maintenir une liste exhaustive d'exceptions dans ce contexte technologique ne paraît pas aisée.

Au niveau européen, la Commission européenne a reconnu dans son livre vert intitulé « le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance »⁴ que « certaines exceptions prévues par le directive [2001/29/EC] offr(ai)ent une certaine liberté d'utilisation des œuvres ». Au niveau national, plusieurs gouvernements se sont également interrogés sur l'opportunité d'introduire une mesure de flexibilité dans leur système d'exceptions au droit d'auteur. Aux Pays-Bas, le gouvernement a exprimé son désir d'engager une discussion sur l'introduction d'une règle de type *fair use*⁵. Au Royaume-Uni, le gouvernement a souligné l'importance d'une certaine flexibilité concernant les exceptions au droit européen (et anglo-saxon) du copyright pour tenir compte de l'environnement technologique changeant⁶.

L'existence de flexibilité au sein même du droit d'auteur

Le droit d'auteur n'est pas un droit absolu mais un droit relatif, limité par un subtil système d'exceptions qui répondent à des besoins tant culturels, économiques, que sociaux ou politiques. Des traces de flexibilité sont décelables dans la structure même du droit d'auteur. Historiquement dans les pays de tradition civiliste, le droit d'auteur avait un caractère flexible et « ouvert » puisque la loi ne comportait qu'un nombre limité d'articles et que les juges avaient le soin de définir les concepts. Une grande partie de cette flexibilité a été perdue lors de la codification du droit d'auteur, et en particulier l'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle énumère de manière limitative et restrictive les exceptions au droit d'auteur. Cependant il existe encore une certaine flexibilité au cœur même du droit d'auteur puisqu'il appartient toujours aux juges de déterminer et d'apprécier les contours de la notion d'originalité. Les Professeurs Hugenholtz et Senftleben constatent dans leur étude que le droit d'auteur a perdu une bonne partie de son ouverture alors même que le besoin de flexibilité s'est accru: « *Whereas legislatures of the 19th and early 20th Century could still anticipate and adequately respond to the main technological changes that required modification of the law, the accelerating pace of technological change in the early 21st Century no longer allows such legislative foresight* ». Ils en déduisent que la demande d'introduction (ou de réintroduction) d'une mesure de flexibilité en droit d'auteur n'est donc pas surprenante.

Un besoin de flexibilité qui ne se traduit pas nécessairement par l'adoption d'une norme de type fair use

Comme mentionné dans le questionnaire, certains soutiennent l'instauration d'une règle de *fair use*, norme « ouverte » souvent présentée comme la norme flexible de référence. Avant d'envisager une transposition de ce concept en droit français, il convient de rappeler que le concept trouve son origine dans le droit américain du copyright. Le juge apprécie au cas par cas si l'utilisation spécifique d'une œuvre protégée bénéficie ou non d'une exemption au titre de *fair use*. Il dispose de quatre critères déterminés par la loi (Article 107 du Copyright Act)⁷ mais dont les contours ne sont pas définis. Cette

⁴Voir pages 18-19, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/greenpaper_fr.pdf

⁵ Kamerstuk (archives parlementaires) 21501-34 n.155

⁶ <http://www.ipo.gov.uk/ipresponse-full.pdf>

⁷ Article 107 du Copyright Act:

1.the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for non profit educational purposes;
2.the nature of the copyrighted work;

notion très générale et plutôt vague est adaptée à un système juridique prétorien, qui repose principalement sur le système du précédent. En revanche, et comme les Professeurs Hugenholtz et Senftleben l'ont démontré, ce concept semble difficilement transposable en droit d'auteur des pays de tradition civiliste notamment en raison du manque de sécurité juridique, prévisibilité et transparence qu'il engendre. Les deux auteurs se réfèrent à une abondante littérature existante sur les avantages et inconvénients des normes très générales.

Si l'instauration d'une *fair use* ne semble pas être la solution, le maintien d'une liste fermée d'exceptions semble déjà montrer ses limites, en témoignent les décisions de justice récentes dans plusieurs états membres (notamment Pays-Bas, Allemagne et France). Les juges ont dû dans certains cas protéger l'intérêt général, social, économique ou culturel en permettant certaines utilisations non expressément reconnues par la loi. Ils ont également mis en balance des droits fondamentaux tels la liberté d'expression⁸ ou le droit au respect de la vie privée avec le droit d'auteur. Ils ont aussi dû faire preuve de créativité pour pallier l'absence de flexibilité des exceptions. C'est ainsi que les juges français et allemands n'ont pas reconnu de violation du droit d'auteur de la part de Google pour son service de recherche d'images (affichage de vignettes d'images protégées) en se fondant sur le régime de responsabilité allégée des prestataires de services en ligne⁹ pour les premiers et sur la théorie du consentement implicite des auteurs pour l'utilisation de leurs œuvres pour les seconds¹⁰.

La mise en place d'une mesure de flexibilité dans les limites du cadre européen et l'impact du «test en trois étapes»

L'article 5 de la directive 2001/29/CE prévoit une liste exhaustive d'exceptions et limitations au droit d'auteur. Seule l'exception de reproduction temporaire inscrite au paragraphe 1 de l'article 5 doit obligatoirement être transposée dans le droit national des états membres. Les autres exceptions et limitations énoncées aux paragraphes 2 à 4 sont laissées à discrétion des états membres quant à leur transposition en droit interne. Il est également important de noter que l'article 5 n'harmonise que le droit de reproduction, le droit de communication au public, le droit de la mise à disposition du public et le droit de diffusion. Les autres droits, tels le droit d'adaptation, ne sont pas couverts par la directive. Enfin, le paragraphe 5 de l'article 5 consacre le « test en trois étapes » contenu dans les traités internationaux¹¹. Ce paragraphe dispose que les exceptions et limitations « ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ». C'est précisément le sens de ce test ainsi que son éventuel impact sur les exceptions et limitations qui peut poser problème. La référence au « test en trois étapes » peut en effet être interprétée comme imposant une condition supplémentaire et restrictive lors de l'application des exceptions et limitations.

Mais il semblerait que le « test en trois étapes » ait été inclus dans la directive 2001/29/CE pour se conformer aux obligations internationales (cf. considérant 44 de la directive)¹² et non pour restreindre le champ des exceptions et limitations. Au niveau international, le « test en trois étapes » a d'ailleurs été conçu comme un outil de flexibilité permettant de prendre en compte (et de mettre en balance) les intérêts en jeu. Il convient de rappeler que le premier « test en trois étapes » introduit dans l'article 9.2 de la Convention de Berne est issu de la tradition anglo-américaine du copyright et se rapproche du traditionnel *fair use* des pays de *common law*. Un parallèle entre le *fair use* et le « test en trois étapes » peut être aisément établi. L'interdiction d'une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre se rapproche du 4^{ème} critère de la doctrine américaine de *fair use* qui consiste en « *the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work* ». En 1996, le « test en trois étapes » a

3. the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

4. the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

⁸cf. Cour d'appel de la Haye, 4 septembre 2003, *Scientologie c. Spaink*, AMI/Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht, 2003, p. 217-223.

⁹ CA Paris, 26 Janvier 2001, SAIF c. Google France.

¹⁰ Bundesgerichtshof, 29 avril 2010, décision I ZR 69/08.

¹¹ Article 9.2 de la Convention de Berne ; Article 13 de l'Accord sur les ADPIC et Article 10 du Traité OMPI sur les droits d'auteur

¹² « Lorsque les exceptions et limitations prévues par la présente directive sont appliquées, ce doit être dans le respect des obligations international »

également été introduit dans le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (Article 10). La déclaration commune accompagnant cet article témoigne d'ailleurs de la flexibilité du test¹³.

Au niveau national, le « test en trois étapes » a été utilisé tantôt de manière flexible dans certaines juridictions (notamment en Allemagne)¹⁴ tantôt de manière restrictive (notamment en France)¹⁵. Cette approche restrictive est liée à la structure même de l'article 5.5 de la directive 2001/29/CE dans lequel le « test en trois étapes » n'apparaît pas comme un mécanisme d'équilibre des intérêts en jeu. Jusqu'à présent, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) n'a pas pris de position claire sur l'interprétation du « test en trois étapes » inclus dans la directive. Dans l'arrêt *Infopaq*¹⁶, elle semble privilégier une interprétation restrictive des exceptions et limitations ; alors que dans l'arrêt *Football Association Premier League*¹⁷, bien qu'elle considère que les exceptions et limitations doivent être strictement interprétées, elle souligne l'importance de prendre en compte la finalité sous-jacente des exceptions et limitations. Dans cet arrêt, la Cour insiste également sur la nécessité de maintenir un juste équilibre entre les intérêts en jeu et de mettre en balance les intérêts des auteurs avec ceux des utilisateurs¹⁸. Les auteurs de l'étude concluent que bien que la Cour de Justice de l'Union européenne se réfère au principe d'une interprétation stricte des exceptions et limitations au droit d'auteur, elle recherche une solution équilibrée au cas par cas. Au niveau national, certaines juridictions (notamment la Cour fédérale allemande)¹⁹ suivent la même logique et parviennent à appliquer le « test en trois étapes » de l'article 5.5 de la directive de manière flexible.

Les solutions flexibles envisageables : l'adoption d'une norme semi-ouverte ou à défaut l'introduction de flexibilité dans le champ des exceptions

La directive 2001/29/CE n'empêche pas les états membres d'adapter leur droit national pour prévoir une mesure de flexibilité. Comme cela a été expliqué, la référence au « test en trois étapes » ne devrait pas être interprétée comme ajoutant une restriction supplémentaire aux exceptions et limitations mais comme un moyen d'introduire une certaine flexibilité en mettant en équilibre les intérêts de l'auteur de l'œuvre avec ceux de l'utilisateur.

Selon les auteurs de l'étude, la solution offrirait le plus de flexibilité serait de copier intégralement et littéralement en droit national la liste des exceptions et limitations prévue par l'article 5 de la directive. La liste est composée d'exceptions type qui sont formulées de manière très générale et qui laissent une marge d'appréciation aux juges. Combinée au « test en trois étapes » appliqué de manière flexible, la liste d'exceptions aboutit à une norme semi-ouverte ou semi-flexible qui se rapproche d'une norme de type *fair use* sans en avoir les inconvénients (notamment le manque de prévisibilité). Cette stratégie serait en fait valable pour un état membre qui ne disposerait pas encore de liste

¹³ « Il est entendu que les dispositions de l'article 10 permettent aux Parties contractantes de maintenir et d'étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leurs législations nationales qui ont été considérées comme acceptables en vertu de la Convention de Berne. De même, ces dispositions doivent être interprétées comme permettant aux Parties contractantes de concevoir de nouvelles exceptions et limitations qui soient appropriées dans l'environnement des réseaux numériques. Il est aussi entendu que l'article 10.2) ne réduit ni n'étend le champ d'application des limitations et exceptions permises par la Convention de Berne ».

¹⁴ Notamment dans une décision concernant la numérisation et l'archivage d'articles de presse pour une communication par email en interne dans une entreprise privée, cf. Bundesgerichtshof 11 Juillet 2002, décision I ZR 255/00

¹⁵ Cour de Cassation, Arrêt 549 du 28 février 2008, 1ère ch.civ, 05-15.824, Mulholland Drive. La Cour de cassation juge que les articles L. 122-5 et L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle doivent être interprétés à la lumière du « test en trois étapes ». Et la cour de conclure que l'exception pour copie privée ne peut pas être invoquée à l'encontre de l'application des mesures techniques de protection lorsque la copie porterait atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre concernée. En l'espèce, la cour a considéré que l'exception de copie privée s'appréciait au regard des risques inhérents au nouvel environnement technologique quant à la sauvegarde du droit d'auteur. D'autre part, la Cour souligne que l'exploitation d'une œuvre cinématographique était importante pour amortir les coûts de production cinématographiques.

¹⁶ CJUE, 16 juillet 2009, décision C-5/08, *Infopaq International A/S. c. Danske Dagblades Forening*

¹⁷ CJUE, 4 octobre 2011, décision C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League c. QC. Leisure*

¹⁸ Arrêt *Football*, « l'interprétation (des) conditions doit permettre de sauvegarder l'effet utile de l'exception ainsi établie et de respecter sa finalité. (...) Conformément à son objectif, cette exception doit donc rendre possible et assurer le développement et le fonctionnement de nouvelles technologies, ainsi que maintenir un juste équilibre entre les droits et les intérêts des titulaires de droits, d'une part, et d'utilisateurs d'œuvres protégées qui souhaitent bénéficier de ces nouvelles technologies, d'autre part.»

¹⁹ cf. décision Bundesgerichtshof, 25 février 1999, décision I ZR 118/96

d'exceptions en droit national ou dont l'histoire du droit d'auteur serait encore à écrire. En revanche, pour un état membre, comme la France, bénéficiant d'une longue tradition en droit d'auteur, il paraît très difficile, voire impossible, de remplacer le régime d'exceptions actuel par une liste type. Pour ces états membres, les auteurs suggèrent de conserver leur liste actuelle d'exceptions mais d'explorer le contenu qu'offre la directive pour ces mêmes exceptions afin d'introduire de la flexibilité. A titre d'exemple, l'article 5.3 de la directive qui prévoit une exception à des fins de recherche et d'enseignement est entendu de manière plus large que son équivalent au niveau national. Un autre exemple est celui du droit de citation strictement encadré en droit français (Article L. 122-5 3°) alors même que les juges appliquent un critère de proportionnalité²⁰. L'article 5.3 d) de la directive permet cette flexibilité. Il a été par exemple transposé en droit suédois comme permettant la citation d'une œuvre publiée « conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre »²¹. Enfin les auteurs considèrent que « le test en trois étapes » inscrit dans l'article 5.5 de la directive ne constitue pas un obstacle insurmontable. La CJUE a déjà montré une certaine souplesse dans l'interprétation récente de l'article 5 de la directive en considérant que les exceptions et limitations devraient être interprétées en tenant compte de leur finalité. Enfin la CJUE devrait avoir une lecture encore plus libérale de la directive et de son catalogue d'exceptions lorsqu'elle se prononcera sur des litiges impliquant la liberté d'expression et d'information consacrée par la Charte des droits fondamentaux.

En conclusion et pour répondre aux questions du paragraphe 2.1.2 du questionnaire, une mesure de flexibilité devrait être introduite en droit national français. Cependant l'adoption d'une norme ouverte de type *fair use* sur le modèle américain n'est pas recommandée : il ne semble pas souhaitable de transposer une norme plus adaptée à un système prétorien ; d'autre part cette norme engendrerait une trop grande insécurité juridique. Il serait préférable d'introduire une mesure de flexibilité tout en conservant la liste d'exceptions : l'interprétation des exceptions devrait se faire à la lumière du « test en trois étapes », i.e. en prenant en compte la finalité de l'exception et en mettant en balance les intérêts en jeu. Concernant le « test en trois étapes », il ne semble pas nécessaire de le supprimer (sens de votre question) mais il est important de redéfinir son rôle pour éviter qu'il ne soit utilisé de manière restrictive. En l'état actuel, il semble important que la CJUE donne son interprétation du test en espérant que cette interprétation soit conforme au sens donné à ce test au niveau international i.e. que la cour établisse clairement la flexibilité inhérente au test.

Catherine Jasserand

²⁰ cf. Lucas et Lucas, Traité de la propriété intellectuelle, 2^{ème} édition, Litec, p.290-281

²¹ Cf. p.15 étude Fair use in Europe. In search of flexibilities