



## **La méthode d'adaptation du droit d'auteur au cadre d'un marché unique numérique connecté**

**Yves GAUBIAC**, Avocat au barreau de Paris

**Frank GOTZEN**, Professeur à l'Université catholique néerlandophone de Louvain

Version française- Mars 2015



## Table des matières

|   |    |
|---|----|
| I. Le programme de travail de la Commission pour le droit d'auteur en 2015 .....                                | 1  |
| II. Quelle méthode à suivre pour surmonter le principe de la territorialité nationale du droit d'auteur ? ..... | 2  |
| III. Quelle méthode à suivre pour répondre aux défis du numérique dans un marché unique? .....                  | 6  |
| 1. La définition du périmètre de l'exclusivité .....  | 6  |
| 2. L'adaptation des exceptions aux droits .....   | 8  |
| a. Les exceptions dans le cadre de l'harmonisation .....  | 8  |
| b. Les exceptions qui unissent .....  | 9  |
| c. Les exceptions qui désunissent .....   | 9  |
| d. Flexibiliser ou préciser les exceptions ? .....  | 10 |
| e. Correction par le test des trois étapes .....  | 14 |
| IV. Rappel des limites externes .....   | 15 |



## I. Le programme de travail de la Commission pour le droit d'auteur en 2015

Le 16 décembre 2014, la Commission européenne a adopté son programme de travail pour 2015<sup>1</sup>. Dans celui-ci elle définit un certain nombre d'actions ciblées, dont une doit porter sur un « marché unique numérique connecté ». Dans ce contexte, la Commission s'emploiera notamment à « moderniser la législation de l'UE relative au droit d'auteur ». Selon le communiqué de presse qui l'accompagne il doit s'agir pour cela de mettre en œuvre en 2015 un ensemble ambitieux de mesures afin de créer les conditions propices à une économie et une société numériques dynamiques<sup>2</sup>.

Sur le site de la Commission il est même indiqué sous la rubrique « Priorité de la Commission. Marché unique numérique »<sup>3</sup> que « les technologies numériques ne connaissant pas de frontière une Union européenne dans laquelle chaque pays possède ses propres règles en matière de ... droits d'auteur... n'a donc plus de sens ». L'objectif sera donc de « modifier les règles régissant les droits d'auteur afin de tenir compte des nouvelles technologies ».

A ce jour nous ne connaissons pas encore avec précision les modifications qui pourraient être proposées<sup>4</sup>. Il est probable que, pour stimuler le marché unique numérique, de nouvelles formules ou adaptations pourraient être proposées en vue de promouvoir notamment une plus grande interconnectivité, de favoriser l'accès aux contenus en ligne, d'organiser la portabilité des œuvres et services au delà des frontières nationales, d'ouvrir plus large la voie aux bibliothèques numériques, de permettre les prêts publics par internet, de faciliter la recherche universitaire et

---

<sup>1</sup> Programme de travail de la Commission pour l'année 2015, Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, COM(2014) 910 final.

<sup>2</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-2703\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2703_fr.htm)

<sup>3</sup> [http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/index_fr.htm).

<sup>4</sup> Le Vice-président Ansip annonce un plan d'action pour le mois de mai:

[http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/ansip/blog/digital-single-market-europe-situation-so-far\\_en](http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/ansip/blog/digital-single-market-europe-situation-so-far_en);

Il s'agit de noter également l'activité parallèle du Parlement européen qui, également en mai, compte voter un rapport sur la mise en œuvre de la directive de 2001, basé sur un projet de l'eurodéputée du Parti Pirate Julia Reda, Commission des affaires juridiques, Projet de rapport du 15 janvier 2015, Doc 2014/2256(INI),

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-546.580+02+DOC+PDF+V0//FR&language=FR>.

scientifique, de permettre aux utilisateurs individuels de s'emparer de contenus existants pour les couler dans une production non commerciale.

Voilà quelques unes des questions qui pourraient se poser parmi d'autres. Elles devront recevoir d'abord une réponse politique. Notre propos ici ne sera pas centré sur le pour et le contre des réponses que l'on pourrait y apporter mais bien plutôt sur la méthode pour y arriver.

## **II. Quelle méthode à suivre pour surmonter le principe de la territorialité nationale du droit d'auteur ?**

La technologie numérique constitue un facteur de croissance essentiel pour l'économie du 21<sup>ème</sup> siècle. L'on s'accorde à considérer qu'un marché unique qui se développe à l'échelle de l'Union sera d'autant plus performant qu'il rencontrera moins d'obstacles sur l'ensemble des territoires des 28 Etats qui le composent. Un de ces obstacles pourrait provenir d'un droit d'auteur partant du principe de la territorialité qui mène à la fragmentation des lois et pratiques nationales en la matière.

L'on comprend dès lors que l'Union européenne s'est efforcée de vaincre ces obstacles. Dans le passé un grand pas dans cette direction a déjà été franchi par l'application du principe de la libre circulation des marchandises appliqué à des produits couverts par un droit d'auteur, combiné avec des interventions ponctuelles issues du droit de la concurrence<sup>5</sup>. Il restait cependant que la persistance de 28 régimes différents de droit d'auteur au niveau national continuait à perturber une application conséquente des principes du marché unique.

C'est pourquoi la Communauté européenne s'est décidée, avec quelque retard, à compléter son action par une intervention plus positive, destinée à réduire les différences entre les régimes nationaux. Les instruments pour le faire existaient, grâce aux dispositions du Traité sur l'harmonisation des législations nationales. Elles n'ont pourtant été utilisées pour le droit d'auteur qu'à partir des années 90 du siècle dernier. Elles l'ont été de façon graduelle, prudente et hésitante. Jamais un texte visant à l'harmonisation compréhensive de l'ensemble du secteur n'a pu voir le jour. Nous avons assisté à l'apparition de non moins de 9 directives, réglementant à chaque fois une fraction de la matière<sup>6</sup>. Cet ensemble existant de 9 directives partielles laisse

---

<sup>5</sup> Rappelons ici le principe de l'épuisement communautaire par la vente légitime d'exemplaires, reconnu d'abord sous les règles de la libre circulation des marchandises. V. F. Gotzen, « La libre circulation des produits couverts par un droit de propriété intellectuelle dans la jurisprudence de la Cour de justice », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 1985, p. 467-481.

<sup>6</sup> Directive 91/250 du 14 mai 1991 sur la protection juridique des programmes d'ordinateurs, *J.O. L 122/42* du 17.5.1991, codifiée par la Directive 2009/24 du 23 avril 2009, *J.O. L 111* du 5.5.2009;

une impression assez disparate. De plus elles ne couvrent pas l'ensemble de la matière, dont des aspects importants restent gouvernés par les diverses législations nationales. La dispersion des efforts de l'Union répartis sur un ensemble de textes assez peu reliés et son caractère incomplet contrastent fort avec les résultats atteints en droit des marques et attendus en droit des brevets<sup>7</sup>.

Les choses pourraient changer si, un jour, l'Union se décidait à introduire un Code européen du droit d'auteur. Une pareille réponse globale et cohérente face aux défis du marché unique serait d'ailleurs le seul moyen efficace de surmonter le principe de la territorialité nationale des régimes de propriété intellectuelle<sup>8</sup>. La protection territoriale du droit d'auteur pourrait alors s'exercer au niveau du territoire global de l'Union. Appliquée au marché numérique d'aujourd'hui, l'introduction d'un Code pour l'Europe paraît le seul moyen d'arriver à la pleine réalisation des souhaits exprimés par le Président de la Commission Juncker selon lesquels « nous devons avoir le courage de briser les barrières nationales en matière de réglementation de droit d'auteur »<sup>9</sup>. Si l'on veut résoudre le problème constaté par le

---

Directive 92/100 du 19 novembre 1992 sur les droits de location et de prêt et sur certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, *J.O. L 346/61* du 27.11.1992, codifiée par la Directive 2006/115 du 12 décembre 2006, *J.O. L 376* du 27.12.2006;

Directive 93/83 du 27 septembre 1993 sur la coordination de certaines règles concernant le droit d'auteur et les droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, *J.O. L 248/15* du 6.10.1993;

Directive 93/98 du 29 octobre 1993 harmonisant la durée de la protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, *J.O. L 290/9* du 24.11.1993, codifiée par la Directive 2006/116 du 12 décembre 2006, *J.O. L 372* du 27.12.2006, modifiée par la Directive 2011/77 du 27 septembre 2011, *J.O. L 265* du 11.10.2011;

Directive 96/9 du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données, *J.O. L 77/20* du 27.3.1996;

Directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O. L 167/10* du 22 juin 2001;

Directive 2001/84 du 27 septembre 2001 sur le droit de suite au bénéfice de l'auteur d'une œuvre d'art originale, *J.O. L 272/32* du 13.10.2001;

Directive 2012/28 du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, *J.O. L 299* du 27.10.2012;

Directive 2014/26 du 26 février 2014 concernant la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur, *J.O. L 84* du 20.3.2014.

<sup>7</sup> F. Gotzen, « The European Legislator's Strategy in the Field of Copyright Harmonization » dans: T.E. Synodinou, *Codification of European Copyright Law*, Information Law Series, Vol. 29, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, p. 43-54.

<sup>8</sup> B. Hugenholtz, « Copyright harmonisation in the digital age : looking ahead » dans M.C. Janssens –G. Van Overwalle, *Harmonisation of European IP Law*, Collection CIR n° 23, Bruylant-Larcier, Bruxelles, 2012, p. 69-71.

<sup>9</sup> Un nouvel élan pour l'Europe: Mon programme pour l'Emploi, la Croissance, l'Équité et le Changement démocratique. Orientations politiques pour la prochaine Commission européenne, Strasbourg, le 15 juillet 2014, [http://ec.europa.eu/priorities/docs/pg\\_fr.pdf#page=6](http://ec.europa.eu/priorities/docs/pg_fr.pdf#page=6)

Commissaire Oettinger que « le cadre réglementaire en matière de droit d'auteur reste fragmenté »<sup>10</sup>, on ne peut que tourner résolument le dos à la méthode de l'harmonisation par petits pas, par des directives qui n'harmonisent qu'imparfaitement des parties de la matière. Quitter les environnements régionaux et surmonter les obstacles dérivant de la territorialité des droits, on ne saurait le réaliser pleinement qu'en suivant les exemples du droit des marques et des brevets. C'est-à-dire proposer un système unique et complet à l'échelle de l'Union, soit un Code européen du droit d'auteur, qui couvrirait l'ensemble de la matière pour les 28 Etats. Cette idée, autrefois impensable, a fait lentement son chemin dans les esprits<sup>11</sup>. Elle a reçu un attrait supplémentaire depuis que le Traité de Lisbonne a ouvert une nouvelle possibilité d'action dans l'article 118 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>12</sup>. Ce texte a été formulé spécialement en vue de mieux permettre d'établir des « mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union »<sup>13</sup>. On ne s'étonnera donc pas qu'une des questions qui était déjà posée dans la consultation publique lancée par la précédente Commission en décembre 2013 en vue d'inviter les parties intéressées à donner leur point de vue sur les initiatives visant à revoir et moderniser les règles européennes sur le droit d'auteur, concernait un éventuel Code européen du droit d'auteur<sup>14</sup>. Le rapport du 24 juillet dernier<sup>15</sup> qui rend compte des résultats de cette consultation

---

<sup>10</sup>Answers to the European Parliament. Questionnaire to the commissioner-designate Günther Oettinger Digital Economy and Society, point 7.

[http://ec.europa.eu/commission/sites/cwt/files/commissioner\\_ep\\_hearings/oettinger-reply\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/commission/sites/cwt/files/commissioner_ep_hearings/oettinger-reply_en.pdf)

<sup>11</sup> Dans un « document de réflexion » du 22 octobre 2009 qui envisageait déjà une intervention européenne par voie de règlement, la Commission déclarait ce qui suit: « A Community copyright title would have instant Community-wide effect, thereby creating a single market for copyrights and related rights. It would overcome the issue that each national copyright law, though harmonised as to its substantive scope, applies only in one particular national territory. A Community copyright would enhance legal security and transparency, for right owners and users alike, and greatly reduce transaction and licensing costs. Unification of EU copyright by regulation could also restore the balance between rights and exceptions – a balance that is currently skewed by the fact that the harmonisation directives mandate basic economic rights, but merely permit certain exceptions and limitations. A regulation could provide that rights and exceptions are afforded the same degree of harmonisation » (Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, p. 18-19. Voir [http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/other\\_actions/col\\_2009/reflection\\_paper.pdf](http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/other_actions/col_2009/reflection_paper.pdf).

<sup>12</sup> Le texte dit dans son premier alinéa : « Dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union, et à la mise en place de régimes d'autorisation, de coordination et de contrôle centralisés au niveau de l'Union ».

<sup>13</sup> C'est pourquoi la Commission, dans des documents plus récents, a envisagé concrètement la possibilité d'un règlement général en la matière. En ce sens la Communication de la Commission du 24 mai 2011, « Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle », COM(2011) 287, p. 14, ainsi que le Livre Vert du 13 juillet 2011 sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne, COM (2011) 427, p. 14.

<sup>14</sup> La question N° 78 était ainsi formulée : « Should the EU pursue the establishment of a single EU Copyright Title, as a means of establishing a consistent framework for rights and exceptions to copyright across the EU, as well as a single framework for enforcement? » [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf)

<sup>15</sup> Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, July 2014,



démontre que, dans beaucoup de milieux, l'idée d'un titre européen pour le droit d'auteur rencontre un intérêt croissant. Cette position favorable se dessine non seulement parmi nombre de chercheurs et universitaires<sup>16</sup>, d'usagers individuels ou institutionnels, mais aussi chez une grande partie des auteurs et des artistes eux-mêmes. Toutefois ce rapport nous apprend également que beaucoup de ces partisans doutent de la faisabilité à court terme de cette idée<sup>17</sup>. D'autre part il reste un groupe important de parties prenantes qui s'y opposent parce qu'ils redoutent une baisse du niveau de protection ou une diminution de la diversité culturelle<sup>18</sup>. Ces craintes sont exprimées par une autre partie des auteurs et artistes ainsi que par la majorité de leurs organisations, des éditeurs, des producteurs, des radiodiffuseurs, des distributeurs, des fournisseurs de services et des Etats membres.

Dans ces conditions il se pourrait que les discussions sur ces questions resteront cantonnées dans un contexte d'harmonisation et qu'elles se concentreront sur une adaptation du texte de la plus globale de ces 9 directives dont nous disposons à ce jour, c'est-à-dire la directive 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Dans cette hypothèse il conviendra de ne pas perdre de vue que, malgré tout, certaines autres directives plus spécialisées auront également leur mot à dire, comme celles sur la protection des programmes d'ordinateur ou sur les banques de données, celle sur les droits de location et de prêt et sur certains droits voisins du droit d'auteur, ou encore la directive sur les œuvres orphelines, importante pour la numérisation puisque son régime contient un mécanisme relevant des exceptions. Il pourrait même sembler souhaitable d'inclure dans le débat une directive qui est plus horizontale, soit la directive 2000/31 relative au commerce électronique, dont les articles 12 à 15 influent sur le sort du droit d'auteur dans un environnement digital<sup>19</sup>.

De toute façon, quelle que soit la voie choisie, unification par un règlement ou harmonisation ultérieure par une adaptation des directives, les défis du numérique se poseront dans les mêmes termes.

---

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf)

<sup>16</sup> Comp. la lettre envoyée par la "European Copyright Society" le 19 décembre 2014 au Commissaire Oettinger, <http://www.ivir.nl/syscontent/pdfs/78.pdf>. Rappelons qu'un groupe issu de milieux académiques européens, dénommé *Wittem*, a publié le 26 avril 2010, un texte dénommé *European Copyright Code*, qui offre un début d'approche globale. Voir <http://www.copyrightcode.eu>, avec les commentaires de Th. Dreier, „Das WITTEM-Projekt eines European Copyright Code“, *Festschrift Loschelder*, Cologne, 2010, p. 47-60; J. Ginsburg, "European Copyright Code - Back to first principles (with some additional detail)", *Auteurs&Media* 2011, p. 5-21.

<sup>17</sup> Le même doute se retrouve chez. M. Walter – S.von Lewinski, *European Copyright Law*, Oxford, 2010, 16.0.148, p. 1523.

<sup>18</sup> Il s'agit ici d'une autre partie des auteurs et artistes ainsi que de l'ensemble de leurs organisations, des éditeurs, des producteurs, des radiodiffuseurs, des distributeurs, des fournisseurs de services et des Etats membres.

<sup>19</sup> Rapport Sirinelli, disponible sur le site du ministère français de la Culture: Rapport CSPLA, décembre 2014.

### **III. Quelle méthode à suivre pour répondre aux défis du numérique dans un marché unique?**

#### **1. La définition du périmètre de l'exclusivité**

Si l'on veut adapter le droit d'auteur aux problèmes du monde numérique la tendance naturelle sera de se pencher vers la question des exceptions et limitations à celui-ci. Il convient cependant de se rendre compte que le contenu du droit d'auteur doit d'abord être déterminé de manière positive par une définition des prérogatives de l'auteur. C'est déjà au premier stade de la détermination du périmètre de l'exclusivité qu'un certain nombre de questions touchant au numérique peuvent recevoir une réponse adéquate.

On se souvient ainsi que la directive 2001/29 a dûment tenu compte des obligations découlant des Traités « Internet » de l'OMPI<sup>20</sup> dans son énoncé des droits exclusifs en accordant, outre les droits classiques de reproduction, de communication d'œuvres au public et de distribution, un droit de « mise à la disposition du public », spécialement conçu pour la consultation de contenus protégés en ligne.

L'on sait que, pour ces droits, la Cour de justice pose comme principe qu'ils sont à interpréter de façon large, de façon à permettre une rémunération adéquate de ceux qui sont à la base des créations utilisées<sup>21</sup>. C'est précisément leur formulation souple et ouverte qui laisse une marge d'interprétation suffisamment large pour permettre au juge d'adapter le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire aux évolutions modernes.

---

<sup>20</sup> Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), adoptés à Genève le 20 décembre 1996.

<sup>21</sup> La Cour de Justice souligne qu'il résulte des neuvième à onzième considérants de la directive 2001/29 que l'objectif principal de cette dernière est d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur, notamment, des auteurs, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, afin de pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique. Toujours selon la Cour et dans la même perspective, les vingt et unièmes et vingt-troisièmes considérants de la directive 2001/29 exigent que les actes couverts par la notion de communication au public, par le droit de reproduction ou par le droit de distribution soient entendus au sens large. Voir Cour de justice 7 décembre 2006, C-306/05, SGAE/Rafael Hoteles, point 36; Cour de justice 16 juillet 2009, C-5/08, Infopaq/Danske Dagblades Forening, points 40-43; Cour de justice 22 décembre 2010, C-393/09, BSA/Ministerstvo kultury, point 54; Cour de Justice 16 juin 2011, C-462/09, Thuiskopie/Opus, point 32; Cour de Justice 4 octobre 2011, C-403/08 et C-429/08, Premier League, points 185-189; Cour de justice 7 mars 2013, C-607/11, ITV/TVCatchup, point 20; Cour de justice 11 juillet 2013, C-521/11, Amazon/Austro-Mechana, point 52; Cour de justice 13 février 2014, C-466/12, Svensson/Retriever, point 17; Cour de justice 27 février 2014, C-351/12, OSA/ Léčebné lázně, point 23; Cour de justice 23 janvier 2014, C-355/12, Nintendo/PC Box, point 27; Cour de justice 22 janvier 2015, C-419/13, Allposters/Pictoright, point 47.

En ce qui concerne le domaine du numérique qui nous intéresse ici, nous pouvons signaler ainsi que la question de l'admissibilité des hyperliens a été abordée par la Cour de justice non pas du point de vue des exceptions, mais bien par la voie d'une définition du concept de communication au public. Depuis l'affaire « Svensson », la Cour juge en effet que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que ne constitue pas un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, la fourniture sur un site Internet de liens cliquables vers des œuvres librement disponibles sur un autre site Internet, dans la mesure où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine<sup>22</sup>.

De la même façon nous avons déjà pu remarquer auparavant que, pour libérer la revente en ligne de programmes d'ordinateur usagés, la Cour de justice avait appliqué dans l'affaire UsedSoft<sup>23</sup> le mécanisme d'épuisement du droit de distribution prévu par l'article 4, paragraphe 2 de la directive sur les programmes d'ordinateur. De cette façon elle a commencé à construire sa solution sur la base d'une délimitation de la substance même de l'exclusivité. Ce n'est qu'en second ordre qu'elle a également invoqué une exception, soit celle de l'article 5, paragraphe premier de la même directive, pour préciser la marge de manœuvre laissée à celui qu'elle assimile à un « acquéreur légitime » du software.

S'il est donc clair que, dès à présent, le juge, face au numérique, possède déjà le pouvoir d'interprétation qui lui permet de préciser le périmètre de la protection, il est tout aussi évident que, si besoin en était et sous réserve des contraintes imposées par les traités internationaux en la matière, le législateur lui-même pourrait intervenir de nouveau pour adapter plus en avant le domaine protégé aux spécificités du monde numérique. C'est ce qui s'est passé par exemple en Allemagne au moment de l'introduction d'un nouveau type de droit voisin en faveur des maisons d'édition de la presse destiné à contrôler les activités commerciales de Google news<sup>24</sup>. Si cet exemple était à reprendre au niveau de l'Union, comme l'a suggéré le commissaire Oettinger<sup>25</sup>,

---

<sup>22</sup> Cour de justice 13 février 2014, C-466/12, Svensson/Retriever; Cour de justice 21 octobre 2014, C-348/13, Bestwater/Mebes.

<sup>23</sup> Cour de justice 3 juillet 2012, C-128/11, UsedSoft/Oracle.

<sup>24</sup> Articles 87 f à 87h de la loi du 9 septembre 1965 sur le droit d'auteur, introduits par la loi modificative du 7 mai 2013 ([BGBl. I, 1161](#)) qui prévoient un droit exclusif de mise à la disposition du public dans un but commercial, d'une durée d'une année, en faveur de l'éditeur sur les produits ou articles de la presse, sauf pour des mots isolés ou des petits bouts de texte. Allant plus loin, par une loi modificative du 4 novembre 2014, le législateur espagnol vise toute reprise, même minimale, du contenu de publications de la presse par un service d'agrégation électronique. Dans l'article 32 de la "Ley de Propiedad Intelectual", un nouveau paragraphe 2 introduit en effet un droit inaliénable des éditeurs de la presse à une rémunération équitable, à percevoir par des organismes de gestion collective, pour chaque mise à la disposition du public par des prestataires de services électroniques d'agrégation de contenus de la presse périodique (*Boletín Oficial del Estado*, N° 268, 5 novembre 2014, I, 90404).

<sup>25</sup> <http://www.euractiv.de/sections/europawahlen-2014/oettingers-reformplaene-fuer-das-urheberrecht-309561>;

pareille initiative serait à classer sous la rubrique de la circonscription du périmètre de protection et non pas sous celle des exceptions.

## **2. L'adaptation des exceptions aux droits**

### **a. Les exceptions dans le cadre de l'harmonisation**

Si le monde numérique pose des problèmes nouveaux non susceptibles d'être résolus par la définition ou l'interprétation adéquates du contenu des droits l'on peut se tourner ensuite vers l'introduction ou la réinterprétation d'exceptions spécifiques.

Si le sujet des exceptions est également traité dans les directives spécialisées concernant les programmes d'ordinateur et les banques de données, de même que dans la directive sur les droits de location et de prêt et sur certains droits voisins du droit d'auteur, c'est surtout la directive 2001/29 concernant la société de l'information qui va apparaître à l'avant-plan. Dans cette directive ce sujet se retrouve dans l'article 5. L'on sait que le système suivi par ce texte se montre assez ambivalent. Il contient en effet une liste qui, bien que close dans son ensemble, se révèle en pratique assez ouverte tant dans sa formulation que par son nombre de cas et par son caractère essentiellement facultatif. La liberté laissée aux États, sauf pour la reproduction technique de l'article 5.1, de choisir parmi les exceptions celles qui leur conviennent, incite les États à légiférer dans le désordre<sup>26</sup>. Les transpositions nationales n'offrent dès lors pas toujours le résultat recherché d'une harmonisation des droits de propriété intellectuelle dans l'Union européenne. Le souhait exprimé dans le considérant 32 précédant la directive, disant que « Les États membres appliquent ces exceptions et limitations de manière cohérente » ressemble dès lors à l'expression d'un vœu pieux<sup>27</sup>.

---

<http://www.handelsblatt.com/politik/international/schutz-geistigen-eigentums-bis-2016-eu-plant-urheberrechtsabgabe-im-internet/10900130.html>

<sup>26</sup> P.-Y. Gautier, « Synthèse », *Propriétés intellectuelles* 2005, p. 157; M. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, La Haye, 2004, p. 250; C. Seville, « The United Kingdom's implementation of the Copyright Directive », p. 185-221. *RIDA* octobre 2004, N° 202, p. 217; F. Gotzen, « Le droit d'auteur en Europe : Quo vadis ? Quelques conclusions après la transposition de la directive d'harmonisation dans la société de l'information », *RIDA* janvier 2007, N° 211, p. 15-19.

<sup>27</sup> Th. Dreier, « La situation en Allemagne. État des lieux », *Propriétés intellectuelles* 2005, p. 125 écrit même que « concernant les exceptions, l'échec de l'harmonisation est pratiquement total ». Il en résulte une « mosaïque d'exceptions » selon l'expression de F. de Visscher et B. Michaux, « Le droit d'auteur et les droits voisins désormais dans l'environnement numérique », *J.T.* 2006, p. 144.

## **b. Les exceptions qui unissent**

Pour éviter l'écueil d'un morcellement du Marché intérieur par la transposition de dispositions facultatives, variable d'un Etat à l'autre, l'on devrait se tourner vers la formulation d'exceptions obligatoires. Cette technique est la seule à même de conduire à une véritable harmonisation. C'est d'ailleurs cette voie qui, dans le passé, a déjà été choisie pour régler un certain nombre de problèmes dans le domaine du numérique. Ainsi la directive sur la protection juridique des programmes d'ordinateurs<sup>28</sup> n'a pas laissé le choix aux législateurs nationaux de transposer ou non les exceptions de son article 5 sur l'utilisation technique nécessaire, sur la copie de sauvegarde ou sur l'étude du fonctionnement d'un programme. Il en va de même de l'exception sur la décompilation prévue par l'article 6. C'est également par rapport à la question de l'utilisation technique nécessaire, qui touche de près au monde du numérique, que les Etats ont été obligés d'accepter les exceptions au droit d'auteur contenues dans l'article 6, chiffre premier de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données et dans l'article 5, chiffre premier de la directive 2001/29.

Si des solutions par la voie d'exceptions obligatoires paraissent offrir le moyen le plus efficace pour réaliser un véritable marché unique numérique, elles seront en même temps les plus difficiles à obtenir en pratique car elles supposent un abandon de la part des Etats d'une partie de leur pouvoir de décision. C'est pourquoi il convient d'examiner également l'alternative consistant à continuer d'utiliser la technique moins contraignante d'une disposition facultative, moins intéressante sans doute du point de vue du Marché intérieur, mais plus probable dans la réalité.

## **c. Les exceptions qui désunissent**

Il tombe sous les sens que l'ouverture vers le numérique pourrait être recherchée par la formulation expresse de nouvelles exceptions facultatives sous les chiffres 2 ou 3 de l'article 5 de la directive 2001/29. Cette solution permettrait de répondre avec souplesse à de nouveaux besoins, soit en allongeant la liste à l'intérieur du système fermé actuel, soit même en abandonnant le carcan d'une liste close. Il ne sera pas facile de s'opposer à cette tendance.

Le grand danger de cette approche qui paraît si évidente est cependant l'ouverture de la boîte de Pandore. Si l'on se rappelle les longues et difficiles négociations nécessaires à la rédaction initiale de l'article 5, l'on ne peut que craindre une nouvelle discussion sur le nombre des exceptions nécessaires ou possibles. Toutes les parties prenantes vont saisir l'occasion pour

---

<sup>28</sup> Directive 91/250 du 14 mai 1991 sur la protection juridique des programmes d'ordinateurs, *J.O.* L 122/42 du 17.5.1991, codifiée par la Directive 2009/24 du 23 avril 2009, *J.O.* L 111 du 5.5.2009

rouvrir les anciennes discussions et exercer des pressions pour allonger la liste existante par des exceptions propres, même en dehors du numérique.

Une autre raison à s'opposer à la tentation d'allonger indéfiniment la liste actuelle est de ne pas accentuer encore plus les différences entre les législations nationales, ce qui va à l'encontre du développement du Marché Intérieur. En effet, si la liste des exceptions reste facultative chaque nouvelle exception ne fera qu'accroître les différences entre les pays qui décident d'y adhérer ou non. On peut se référer à la difficulté signalée par nombre d'utilisateurs individuels ou institutionnels, de distributeurs, de fournisseurs de services, de chercheurs et d'universitaires dans leurs réponses aux questions 21 à 23 de la consultation publique, que la directive, dans sa rédaction actuelle, résulte déjà aujourd'hui en des règles très disparates puisqu'elle laisse une trop grande liberté aux Etats de reprendre ou non les exceptions énoncées aux chiffres 2 et 3 de l'article 5<sup>29</sup>.

#### **d. Flexibiliser ou préciser les exceptions ?**

Qu'elles deviennent obligatoires ou qu'elles restent facultatives, il faudra également se prononcer sur le caractère ouvert ou non de la formulation des exceptions existantes ou futures.

Plusieurs voix, surtout parmi les utilisateurs individuels ou institutionnels<sup>30</sup>, se sont fait entendre pour dénoncer un manque de « flexibilité » des exceptions admissibles à ce jour. Les demandes d'adaptation des textes se profilent sur un arrière-fond d'interprétation restrictive des dispositions actuelles. La Cour de justice part en effet du principe que les exceptions aux droits contenus dans les directives sur le droit d'auteur sont à interpréter de façon stricte<sup>31</sup>.

Faut-il « flexibiliser » davantage les formulations de ces exceptions ? Avant de s'y attacher il convient de bien peser les avantages par rapport aux désavantages. Il faut en effet se rendre

---

<sup>29</sup> Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, July 2014, p.29-33.

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf).

<sup>30</sup> Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, July 2014, p.29-33. Réponses aux questions 24 et 25, p. 33-34.

<sup>31</sup> Le principe vaut tout autant pour l'exception obligatoire de l'article 5, paragraphe premier (Cour de justice 16 juillet 2009, C-5/08, Infopaq/Danske Dagblades Forening, points 56-58; Cour de justice 17 janvier 2012, C-302/10, Infopaq II; Cour de justice 5 juin 2014, C-360/13, PRC/NLA, point 23) que pour les exceptions facultatives contenues dans les paragraphes 2 ou 3 (Cour de justice 21 octobre 2010, C-467/08, Padawan/SGAE; Cour de justice 9 février 2012, C-277/10, Luksan/van der Let, point 101; Cour de Justice 10 avril 2014, C-435/12, ACI Adam/ThuisKopie, Affaire C-435/12, points 22-23 : Cour de Justice 1 décembre 2011, C-145/10, Painer/Standard, point 109; Cour de Justice 3 septembre 2014, C-201/13, Deckmyn/Vandersteen, point 22.

compte que l'opération comporte des risques du point de vue de l'harmonisation. D'une certaine façon flexibiliser c'est désunir, car cela signifie une plus grande liberté pour les Etats de choisir des solutions diverses.

Commençons par remarquer que, même sans changement du texte actuel de l'article 5, un certain nombre des exceptions actuelles présentent déjà maintenant un caractère suffisamment indéterminé pour permettre aux législateurs nationaux d'y abriter toutes sortes de solutions jugées nécessaires pour le monde actuel. La Cour de Justice a dès lors déjà pu constater que la formulation de certaines de ces exceptions laisse « une large marge d'appréciation » aux Etats membres qui décident de les prévoir<sup>32</sup>. Une solution moins invasive que celle d'un amendement du texte de l'article 5 pourrait alors provenir de l'adoption d'un mémorandum européen qui, sous la forme d'une communication ou d'une recommandation, mettrait l'accent sur une interprétation plus ouverte, mais harmonisée, des exceptions existantes dans un environnement numérique.

Surtout du côté des usagers individuels ou institutionnels<sup>33</sup> des voix se sont même fait entendre pour en arriver à un maximum de flexibilité par la voie d'une reprise du « fair use » à l'américaine<sup>34</sup>, qui pourrait constituer une limitation générale du droit d'auteur, susceptible de compléter ou même de supplanter les exceptions spécifiques. L'abandon du système actuel de la formulation spécifique d'exceptions admissibles au droit d'auteur au profit d'une disposition générale autorisant une utilisation raisonnable d'une œuvre existante semble en effet offrir le grand avantage d'une souplesse permanente face aux évolutions continues de la technique. Le juge serait ainsi mis en mesure d'adapter le système législatif par une décision qui tiendrait compte du contexte particulier d'une affaire. C'est pourquoi certains nous proposent d'aérer notre approche européenne d'exceptions fermées par une bouffée d'air frais venant de la pratique américaine du *fair use*. Cet apport pourrait dispenser le législateur de la tâche délicate de formuler dans le détail le contour de nouvelles exceptions ou d'élargir la portée des textes existants.

Il faut se rendre compte cependant que la doctrine du *fair use* a nécessité aux Etats Unis une longue et patiente élaboration par les juges d'une série de « tests » avant d'avoir été reprise dans la section 107 du Copyright Act de 1976. Cet article de la loi restant formulé très ouvertement,

---

<sup>32</sup> Cour de justice 16 juin 2011, C-462/09, *Thuiskopie/Opus*, point 23 ; Cour de justice 1 décembre 2011, C-145/10, *Painer/Standard*, point 101.

<sup>33</sup> Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, July 2014, p.29-33. Réponses aux questions 24 et 25, p. 33-34.

<sup>34</sup> Les exceptions anglaises qui manient le concept du "fair dealing" opèrent par contre dans un contexte restrictif qui n'est pas comparable au fair use américain. P. Torremans « The Perspective of the Introduction of a European Fair Use Clause » dans T.E. Synodinou, *Codification of European Copyright Law*, Information Law Series, Vol. 29, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, p. 331 écrit à ce propos "the UK fair dealing exceptions are narrowly circumscribed specific exceptions that fit in rather well with the civil law tradition of a list of narrowly defined exceptions".

celui-ci continue à faire l'objet d'une jurisprudence ultérieure qui continue à se développer<sup>35</sup>. La section 107 se contente en effet d'énumérer les cas d'application possibles à titre d'exemple seulement, tout en soumettant le caractère loyal de l'usage à une appréciation de quatre facteurs non limitatifs<sup>36</sup>. Leur application dans un cas donné n'est donc pas tellement évidente pour un utilisateur « loyal » qui aura la charge difficile et onéreuse de prouver devant le juge que les éléments de son dossier répondent bien aux critères retenus pour ces tests<sup>37</sup>. L'approche cas par cas et le caractère entrelacé des quatre facteurs de la section 107 rendent toute prédiction sur l'issue d'une affaire judiciaire illusoire<sup>38</sup>.

Ce qui plus est, remplacer ou compléter la liste de l'article 5 de la directive du 22 mai 2001 par une disposition expresse introduisant le « *fair use* » à l'américaine ne correspond pas à la tradition législative de la grande majorité des législations dans l'Union européenne. Il faut en effet se rendre compte que, tout d'abord, cette approche n'a su prospérer que dans le contexte d'une culture juridique anglo-saxonne qui bâtit ses solutions sur des précédents judiciaires. Ce système se démarque de la tradition continentale européenne, qui met plutôt l'accent sur une intervention ponctuelle du législateur.

En définitive, le système du *fair use* semble trop éloigné de notre système continental pour avoir une chance d'être repris tel quel en Europe. Son introduction se heurterait d'ailleurs à une opposition générale non seulement de la part des auteurs et des artistes ainsi que de leurs organisations mais également de la plus grande partie des éditeurs, des producteurs et des

---

<sup>35</sup> J. Ginsburg- R. Gorman, *Copyright Law*, Thomson Reuters, New York, 2012, p. 178 et suiv.

<sup>36</sup> " Limitations on exclusive rights: Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

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

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors".

<sup>37</sup> D. Nimmer, "Fairest of them all", 66 *Law&Contemporary Problems*, 263,282 (Winter/spring 2003): "it is largely a fairy tale to conclude that the four factors determine resolution of concrete fair use cases".

<sup>38</sup> J. Ginsburg- R. Gorman, *Copyright Law*, Thomson Reuters, New York, 2012, p. 187: "...the case-by-case determination of fair use claims, and the interwoven nature of the four statutory factors, defy confident predictions of case outcomes".



radiodiffuseurs<sup>39</sup>.

L'alternative pourrait peut-être consister à rechercher un compromis entre les systèmes du common law et du continent européen par le biais d'une disposition rédigée dans le style de l'article 5.5 du Code européen sur le droit d'auteur, proposé par une équipe de chercheurs, venant des deux côtés de la Manche<sup>40</sup>. Dans son Chapitre 5 ce texte propose, après avoir énoncé une liste d'exceptions précises, d'ajouter à celles-ci, dans un article 5.5, une disposition qui, tout en s'ouvrant vers d'autres usages non spécifiquement décrits, resterait limitée par une double obligation pour le juge. Celui-ci devrait s'en tenir à des cas qui seraient « comparables » aux exceptions expresses, tenant compte des mêmes limitations et après avoir vérifié de surcroît, qu'ils ne porteraient pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causeraient un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ou du titulaire du droit, tenant compte des intérêts des parties concernées<sup>41</sup>.

Si cette dernière idée se révélait également trop audacieuse et que l'on décidait de s'en tenir au système fermé actuel des exceptions expresses, détaillées par voie de conditions précises et concrètes, cela signifierait-il que nous serions condamnés à subir une rigidité permanente? Pas nécessairement, car même si la loi se montre précise dans son principe, le juge, lui, pourra se montrer nuancé dans son application. C'est la Cour de Justice elle-même qui nous l'enseigne. Malgré son enseignement de principe, rappelé plus haut, que les exceptions sont d'interprétation stricte, elle souligne également l'importance de la prise en compte de "toutes les circonstances de l'espèce"<sup>42</sup>. En effet, l'interprétation des exceptions doit, tout en sauvegardant leur effet utile ainsi que leur finalité, viser à maintenir un « juste équilibre » entre, notamment, les droits et les intérêts des auteurs, d'une part, et ceux des utilisateurs d'objets protégés, d'autre part<sup>43</sup>.

Ainsi donc le juge du fond gardera une latitude lui permettant de prendre dans chaque affaire une décision qui tiendra compte de tous les éléments du dossier qui lui seront soumis.

---

<sup>39</sup> Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, July 2014, p.29-33. Réponses aux questions 24 et 25, p. 34-35.

<sup>40</sup> [http://www.copyrightcode.eu/Wittem\\_European\\_copyright\\_code\\_21%20april%202010.pdf](http://www.copyrightcode.eu/Wittem_European_copyright_code_21%20april%202010.pdf)

<sup>41</sup> " Further limitations. Any other use that is comparable to the uses enumerated in art. 5.1 to 5.4(1) is permitted provided that the corresponding requirements of the relevant limitation are met and the use does not conflict with the normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author or rightholder, taking account of the legitimate interests of third parties"

<sup>42</sup> Cour de Justice 3 septembre 2014, C-201/13, Deckmyn/Vandersteen, point 28.

<sup>43</sup> Cour de justice 21 octobre 2010, C-467/08, Padawan/SGAE, point 43; Cour de Justice 4 octobre 2011, C-403/08 et C-429/08, Premier League, points 162-164; Cour de justice 1 décembre 2011, C-145/10, Painer/Standard, points 132-133; Cour de Justice 10 avril 2014, C-435/12, ACI Adam/ThuisKopie, points 53-57; Cour de Justice 3 septembre 2014, C-201/13, Deckmyn/Vandersteen, points 23 et 26.

## e. Correction par le test des trois étapes

Quelles que soient les mesures éventuelles de flexibilisation introduites dans les textes actuels ou les ajouts d'exceptions nouvelles, il faut souligner en tout cas que le souci louable de promouvoir ainsi un marché unique du numérique ne devrait pas aboutir à vider de sa substance la protection des auteurs et des artistes interprètes ou exécutants. La Cour de justice a souligné maintes fois que l'objectif principal de la directive 2001/29 est d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur, notamment, des auteurs, qui est essentielle à la création intellectuelle, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres<sup>44</sup>.

L'application des exceptions introduites ou réaménagées en vue de faciliter le fonctionnement du marché unique numérique devra dès lors être mise sous le contrôle et dans la limite du triple test de l'article 5.5 de la directive 2001/29. Ce texte, issu de conventions internationales, porte que « les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 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 ».

La jurisprudence encore assez sommaire de la Cour de Justice concernant ce test nous apprend en tout cas déjà aujourd'hui que ce « test des trois étapes » sera appliqué par elle de la façon conventionnelle, c'est-à-dire non pas selon les suggestions d'un groupe d'universitaires qui ont diffusé une déclaration de Munich qui transformerait l'article 5.5 en un instrument de flexibilisation en soi<sup>45</sup>, mais bien selon l'interprétation classique, partagée par le panel OMC – 15 juin 2000<sup>46</sup>, selon laquelle l'article 5.5 constitue un frein aux exceptions. La Cour a en effet déjà jugé que « s'agissant de l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29, celui-ci ne fixe pas

---

<sup>44</sup> Cour de justice 7 décembre 2006, C-306/05, SGAE/Rafael Hoteles, point 36; Cour de justice 16 juillet 2009, C-5/08, Infopaq/Danske Dagblades Forening, points 40-43; Cour de justice 22 décembre 2010, C-393/09, BSA/Ministerstvo kultury, point 54; Cour de Justice 16 juin 2011, C-462/09, ThuisKopie/Opus, point 32; Cour de Justice 4 octobre 2011, C-403/08 et C-429/08, Premier League, points 185-189; Cour de justice 7 mars 2013, C-607/11, ITV/TVCatchup, point 20; Cour de justice 11 juillet 2013, C-521/11, Amazon/Austro-Mechana, point 52; Cour de justice 23 janvier 2014, C-355/12, Nintendo/PC Box, point 27; Cour de justice 13 février 2014, C-466/12, Svensson/Retriever, point 17; Cour de justice 27 février 2014, C-351/12, OSA/Léčebné lázně, point 23; Cour de justice 23 janvier 2014, C-355/12, Nintendo/PC Box, point 27; Cour de justice 22 janvier 2015, C-419/13, Allposters/Pictoright, point 47.

<sup>45</sup> A balanced interpretation of the “three-step test” in copyright law. [http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration\\_three\\_step\\_test\\_final\\_english1.pdf](http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration_three_step_test_final_english1.pdf). Pour une appréciation nuancée de cette déclaration, voir A. LUCAS, « Pour une interprétation raisonnable du triple test ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou », *Auteurs&Media* 2009, p. 227-240.

<sup>46</sup> Rapport du Groupe spécial concernant l'article 110 5) de la loi des Etats-Unis sur le droit d'auteur, WT/DS160/R, du 15 juin 2000, [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/find\\_dispu\\_documents\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/find_dispu_documents_f.htm) Voir Y. Gaubiac, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir, l'OMC statue sur les exceptions au droit d'auteur », *Com. électr.* Juin 2001 ; Y. Gaubiac, « Les exceptions et limitations au droit d'auteur au sens de l'article 13 des ADPIC », *Bulletin du droit d'auteur* juin 2003; Y. Gaubiac, « Exceptions au droit d'auteur pour faciliter l'accès et l'usage des œuvres », Journées d'études droit d'auteur et liberté d'expression, ALAI Barcelone 19-20 juin 2006.

d'exceptions ou de limitations que les États membres peuvent prévoir aux droits visés, ... mais se limite à préciser la portée des exceptions et des limitations, fixées aux paragraphes précédents »<sup>47</sup>. Elle a ajouté que « L'article 5, paragraphe 5, de cette directive ne définit dès lors pas le contenu matériel des différentes exceptions et limitations...mais n'intervient qu'au moment de l'application de celles-ci par les États membres. Par conséquent, l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29 n'a pas pour vocation ... d'élargir la portée des différentes exceptions et restrictions »<sup>48</sup>.

Les exceptions instaurées devront donc respecter l'exploitation normale des œuvres et prévoir là où il le faut des systèmes de compensation pécuniaire pour les dommages causés. Cette obligation va certainement peser sur les législateurs qui introduisent une exception, mais probablement aussi sur les juges chargés de les appliquer dans un cas donné<sup>49</sup>.

## IV. Rappel des limites externes

Quelle que soit la solution retenue à l'intérieur du droit d'auteur, il convient de rappeler qu'il faudra aussi placer la question des exceptions par rapport à d'autres droits extérieurs à la propriété intellectuelle, mais régulièrement confrontés à elle, comme le droit à l'information, le droit à la culture, le droit à l'éducation, la liberté d'expression.

Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice, la protection du droit de propriété intellectuelle, bien que consacrée à l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ne signifie pas que ce droit serait intangible et que sa protection devrait donc être assurée de manière absolue. La protection du droit fondamental de propriété, dont font partie les droits liés à la propriété intellectuelle, doit en effet être mise en balance avec celle d'autres droits fondamentaux. Il incombe aux autorités et aux juridictions nationales, dans le cadre des mesures adoptées pour protéger les titulaires de droits d'auteur, d'assurer un juste équilibre entre la protection de ce droit et celle des droits fondamentaux de personnes qui sont affectées par de telles mesures. Ces droits fondamentaux sont notamment la

---

<sup>47</sup> Cour de Justice 27 février 2014, C-351/12, OSA/ Léčebné lázně, point 40.

<sup>48</sup> Cour de Justice 10 avril 2014, C-435/12, ACI Adam/ThuisKopie, points 25 et 26.

<sup>49</sup> Comp. les conclusions de l'avocat général Jääskinen du 10 mars 2011 pour l'affaire ThuisKopie/Opus, C-462/09, point 42 : « Toutefois, les juges nationaux doivent interpréter les dispositions du droit national à la lumière de cette condition lorsque ledit droit est ambigu ou susceptible d'interprétations diverses. Par conséquent, bien que visant en premier lieu le législateur, la triple condition doit aussi être appliquée par les juridictions nationales, afin de garantir que l'application pratique de l'exception prévue par la législation nationale conformément à l'article 2 de la directive 2001/29 reste dans les limites autorisées par l'article 5 de cette directive ». Dans le même sens les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón du 9 janvier 2014 pour l'affaire ACI Adam/ThuisKopie, C-435/12, point 48.

liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel ainsi que la liberté de recevoir ou de communiquer des informations<sup>50</sup>.

Le respect des droits fondamentaux d'autrui s'imposera également à celui qui désire invoquer une exception au droit d'auteur. Ainsi, le droit à la parodie, bien que formant une expression de la liberté d'expression, ne saurait justifier une atteinte au principe de non-discrimination fondée sur la race, la couleur et les origines ethniques, ainsi que ce principe a été concrétisé par la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*J.O. L* 180, p. 22), et confirmé, notamment, à l'article 21, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Cour de justice 29 janvier 2008, C-275/06, *Promusicae/Telefónica*, points 62-68; Cour de justice 24 novembre 2011, C- 70/10, *Scarlet/SABAM*, points 43-54; Cour de justice 16 février 2012, C-360/10, *SABAM/Netlog*, points 41-52; Cour de justice 27 mars 2014, C-314/12, *UPC/Constantin*, points 46-47 et 61.

<sup>51</sup> Cour de Justice 3 septembre 2014, C-201/13, *Deckmyn/Vandersteen*, point 30.