université PARIS-SACLAY

NNT : 2017SACLE035

Thèse de doctorat

UNIVERSITÉ DE VERSAILLES ST-QUENTIN-EN-YVELINES

université PARIS-SACLAY

La gratuité en droit d'auteur

Thèse de doctorat de l'Université Paris-Saclay
préparée à l'Université de Versailles Saint-Quentin-En-Yvelines

École doctorale n°578 Sciences de l'homme et de la société

université PARIS-SACLAY | ÉCOLE DOCTORALE Sciences de l'homme et de la société (SHS)

Spécialité de doctorat : droit privé et sciences criminelles

Thèse présentée et soutenue à Guyancourt, le 26 septembre 2018, par

Aurélien Branger

Composition du Jury :

Jean Lapousterle Professeur des Universités, Université Paris-Sud (CERDI – EA3537)	Président
Christophe Alleaume Professeur des Universités, Université de Caen Basse-Normandie (Institut Demolombe – EA967)	Rapporteur
Nathalie Martial-Braz Professeur des Universités, Université Paris-Descartes (CEDAG – 9EA1519)	Rapporteur
Mélanie Clément-Fontaine Professeur des Universités, Université de Versailles Saint-Quentin-En-Yvelines (DANTE – EA4498)	Examinateur
Juliette Sénéchal Maître de conférences – Habilitées à diriger des recherches Université de Lille 2	Examinateur
Célia Zolynski Professeur des Universités, Université de Versailles Saint-Quentin-En-Yvelines (DANTE – EA4498)	Directeur de thèse

université PARIS-SACLAY | ÉCOLE DOCTORALE Sciences de l'homme et de la société (SHS)

Titre : La gratuité en droit d'auteur

Mots clés : Droit d'auteur, Gratuité, Contrepartie, Numérique

Résumé :
La "gratuité" trouve à s'accorder avec le droit d'auteur et ce, de différentes manières.
Il est ainsi possible, d'une part, d'envisager la « gratuité » en droit d'auteur sous l'angle de l'auteur en l'appréhendant comme étant le « moteur » de la gratuité en lui reconnaissant la faculté de réaliser des actes de cession ou de mise à disposition à titre gratuit. Néanmoins, si le Code de la propriété intellectuelle vient reconnaître cette faculté, il ne vient pas encadrer ces actes pour lesquels il peut ressortir, de la part de l'auteur, des attentes qui dépassent la notion même de « gratuité » dans son aspect premier. En ce sens, il est alors important de comprendre comment la "gratuité" peut être présente dans des actes qui, par définition, pourraient être qualifiés d'actes à titre onéreux.
D'autre part, il est possible d'envisager la "gratuité" sous le champ de l'usage. En effet, la spécificité du droit d'auteur faisant que ce dernier englobe une partie des notions de droit public, notamment dans la recherche d'un équilibre entre intérêt privé et public, il apparaît opportun de s'arrêter sur ce pan de la "gratuité" qui se retrouve dans l'usage à titre gratuit au profit du public. Si la recherche de cet équilibre entre propriété privée et intérêt général profite au public, cette gratuité d'usage prévue par les textes voit son encadrement être modifié par l'évolution des usages. De plus, l'appréhension de la "gratuité" d'usage des biens culturels organisée économiquement dans l'environnement numérique ramène sensiblement la "gratuité marchande" à ce qu'elle était à l'origine : une stratégie commerciale. Ainsi, la notion d'usage "commercial" ou "non commercial" est corrélée à celui de l'usage à titre gratuit et tend même à encadrer ce dernier.

Title : Free and french copyright

Keywords : Copyright, Free, Digital

Abstract : "Free" is agree with the french copyright in different ways.
It's thus possible, on the one hand, to consider "free" in terms of the author by apprehending it as being the "driving force" by recognizing the faculty of achieving it.
If the French Intellectual Property Code recognizes this faculty, it does not come to frame these acts for which it can stand, on the part of the author, expectations that go
On the other hand, it is possible to consider "free" under the field of use. Indeed, the specificity of the french copyright law that the latter includes a part of the concepts of public law, particularly in the search for a balance between private and public interest, it seems appropriate to stop on this part of the " free "which is found in use free of charge for the benefit of the public. If the search for this balance between private

beyond the very notion of "free" in its first aspect . In this sense, it is important to understand how "free" can be present in acts that, by definition, could be described as acts for a fee.	property and general interest benefits the public, this free use provided for by the texts sees its framework being modified by the evolution of uses. In addition, the apprehension of "free" use of cultural goods organized economically in the digital environment significantly reduces the "free market" to what it was originally: a commercial strategy. Thus, the notion of "commercial" or "non-commercial" use is correlated with that of free use and even tends to regulate it.

L'Université de Versailles Saint-Quentin-En-Yvelines n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Sommaire

Première partie

Les actes à titre gratuit : l'auteur comme source de gratuité

Titre I. Identification des actes à titre gratuit en droit d'auteur en l'absence de contrepartie

Chapitre 1. L'absence de contrepartie

Chapitre 2. Une absence de contrepartie voulue : de l'intention libérale

Titre II. Identification des actes à titre gratuit en droit d'auteur en présence de contrepartie

Chapitre 1. Détermination de la contrepartie dans les actes de droit d'auteur

Chapitre 2. Qualification des actes à titre gratuit de droit d'auteur en présence de contrepartie

Seconde partie

L'usage à titre gratuit : l'usage comme source de gratuité

Titre I. L'usage à titre gratuit confronté à la commercialité

Chapitre 1. Les exceptions au droit d'auteur : un usage à titre gratuit non commercial

Chapitre 2. Usage à titre gratuit et commercialité de « l'œuvre commune »

Titre II. L'usage à titre gratuit servant la commercialité : de l'économie numérique

Chapitre 1. Usage à titre gratuit et commercialité des biens culturels dans l'environnement numérique : de la création et du partage de la valeur

Chapitre 2. Usage à titre gratuit et non commercialité des biens culturels dans l'environnement numérique : la question de l'espace non-marchand

Remerciements

Mes remerciements vont à Madame la Professeur Célia Zolynski pour m'avoir donné la chance de réaliser un travail de recherche sous sa direction, pour la confiance qu'elle m'a témoignée et pour l'ensemble de ses conseils. Qu'elle en soit chaleureusement remerciée et puisse ici trouver l'expression de ma gratitude et de mon profond respect.

Aux Professeurs Clément-Fontaine, Martial-Braz, Alleaume et Lapousterle, et à Juliette Sénéchal, Maître de conférences, pour avoir accepté d'être membres de mon jury.

Aux doctorants du Dante pour leurs divers conseils.

À Aurélien, Etienne, Gaëlle, Guillaume, Maxime et Pierre-Henry pour leur soutien et leur joie de vivre durant toutes ces années (l'ordre de citation est par ordre alphabétique pour qu'il n'y ait pas de jaloux).

À Pauline et Sidy pour leur soutien indéfectible et ce, depuis les premiers jours sur les bancs de la fac.

À Frédéric, Stéphanie et Yann pour les *bagels* préparés avec amour.

À mes sœurs, pour avoir toujours été présentes, surtout dans les moments difficiles.

Et enfin, à mes parents, qui m'ont soutenu depuis le début et qui m'ont laissé la liberté de réaliser mes souhaits. Qu'ils sachent que c'est en grande partie grâce à eux que j'ai pu mener à bien ce travail de recherche.

Liste des abréviations

A

aff. : affaire
al. : alinéa
ALPA : Association de Lutte contre la Piraterie Audiovisuelle
art. : article
avr. : avril

B

BO : Bulletin officiel
Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)

C

C. civ. : Code civil
C. rech. : Code de la recherche
CA : Cour d'appel
Cass. 1re civ. : première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2e civ. : deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3e civ. : troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. ass. plén. : assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. com. : chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim. : chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc. : chambre sociale de la Cour de cassation
CNIL : Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
CNNum : Conseil National du Numérique
coll. : collection
Cons. const. : Conseil constitutionnel
comm. : commentaire
Comm. com. électr. : Communication Commerce électronique
Cons. : considérant
Conv. : Convention
CPI : Code de la propriété intellectuelle
CSPLA : Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique

D

D. : décret
D. : Recueil Dalloz
D. P. : Droit et Patrimoine
DADVSI : Droit relatif aux droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information
déc. : décembre

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
Dir. : Directive
dir. : sous la direction de

E

éd. : édition

F

fasc. : fascicule
févr. : février

G

Gaz. Pal. : La Gazette du Palais

I

Ibid. : *ibidem*
in : dans

J

janv. : janvier
Jcl. PLA. : Jurisclasseur Propriété Littéraire et Artistique
JCP E : La Semaine juridique édition Entreprise
JCP G : La Semaine juridique édition Générale
JCP N : La Semaine juridique Notariale
JO : Journal officiel
juill. : juillet

L

L. : loi
Légipresse : Légipresse revue du Droit de la communication
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA : Les petites affiches

N

n° : numéro
not. : notamment
nov. : novembre

O

obs. : observation

OCDE : Organisation de coopération et de développement économique
oct. : octobre
OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
Op. cit. : référence précédemment citée
Ord. : ordonnance

P

p. : page
P2P : Peer-to-peer
préf. : préface
Propr. ind. : Propriété industrielle
Propr. intell : Propriétés intellectuelles
PUAM : Presse Universitaire Aix-Marseille
PUF : Presse universitaire de France

Q

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

R

Req. : Chambre des requêtes
RDC : Revue des Contrats
RIDA : Revue Internationale de Droit d'Auteur
RIDC : Revue Internationale de Droit Comparé
RLDA : Revue Lamy Droit des affaires
RLDI : Revue Lamy Droit de l'Immatériel
RTD civ. : Revue Trimestrielle de Droit civil
RTD com. : Revue Trimestrielle de Droit commercial

S

S. : Recueil Sirey
SACEM : Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique
sept. : septembre
SNEP : Syndicat National de l'Édition Phonographique

T

TGI : Tribunal de grande instance
th. : thèse
Trib. civ. : tribunal civil
Trib. com. : tribunal de commerce
Trib. corr. : tribunal correctionnel

V

v. : voir
vol. : volume

Introduction

1. **De l'art.** L'art, ce propre de l'Homme. De la peinture rupestre à la diffusion permise par la technologie numérique, l'art fait partie du quotidien. V. HUGO affirmait même que *« tout relève de l'art »*[1]. L'art a le don d'éveiller l'intellect, que ce soit dans l'objectif d'analyser et comprendre ce qu'a voulu mettre en avant l'auteur dans un texte ou une peinture, mais également, comme le met en scène K. WIMMER, de réveiller les sens, notamment lorsque dans un monde dénué de tout sentiment et où toutes les œuvres d'art sont proscrites – étant alors assimilées à la faculté de s'émouvoir – un homme, alors incarné par C. BALE, s'émeut en écoutant accidentellement le 78 tours de la neuvième symphonie de Beethoven[2]. Faire jaillir des émotions, avoir son propre ressenti de ce que dégage une œuvre, tel est le propre de l'art, quel qu'il soit. Cependant, qu'il s'agisse de peintures rupestres ou de la dernière musique à la mode, ces œuvres – pour le moins qu'elles soient originales – ont été créées par des individus, et plus particulièrement par des auteurs[3]. En effet, il ne peut y avoir d'art sans auteurs, mais il ne peut également pas y avoir d'art sans

[1] V. HUGO, *Les Orientales*, 1829, préf.

[2] K. WIMMER, *Equilibrium*, 2002.

[3] L'évolution technologique ayant permis de faire créer des œuvres à des machines ou robots grâce aux algorithmes pose de plus en plus la question de savoir s'il est opportun de reconnaître un droit d'auteur applicable à ces derniers, sachant notamment que plus généralement, la question se pose de savoir s'il est opportun de reconnaître une personnalité juridique aux robots.

artistes : l'auteur sera le créateur de l'œuvre, et l'artiste, celui qui la sublimera. Cependant, si le public jouit de cet art, c'est parce-qu'il est admis que les auteurs puissent vivre de leur création en percevant une rémunération en contrepartie de l'exploitation de cette dernière.

2. **Du droit d'auteur.** La propriété intellectuelle, et plus particulièrement la propriété littéraire et artistique[4] accorde, d'une part, un droit de propriété aux auteurs sur leurs œuvres et, d'autre part, un droit de propriété sur les interprétations ou fixations des interprétations aux bénéficiaires de droits voisins – bénéficiaires que sont les artistes, les producteurs de phonogrammes et vidéogrammes ainsi que les entreprises de communications audiovisuelles. Si la reconnaissance des droits voisins est récente[5], celle du droit d'auteur remonte au XV^e^ siècle[6]. En effet, le postulat partant du principe de la reconnaissance d'une propriété dévolue aux auteurs sur leurs œuvres et ainsi la faculté, pour ces derniers, de percevoir une rémunération en contrepartie de leur travail, a été le fruit d'une longue et lente évolution de la matière. Ainsi, dans un premier temps, il était admis que l'auteur apparaissait comme un auxiliaire de l'unique créateur : Dieu[7]. Le savoir, alors issu de ce dernier, était considéré comme un don et se devait d'être partagé et diffusé gratuitement. Les auteurs ne pouvaient ainsi prétendre à une quelconque propriété sur des biens – œuvres – issus du don et de l'inspiration du Tout-Puissant. On comprend que les prémices d'une reconnaissance d'une propriété sur les œuvres venaient mettre à mal cette conception du partage : la propriété intellectuelle, en attribuant un droit pécuniaire et exclusif, postule ainsi l'idée d'un prix à payer[8]. La représentation de l'auteur désintéressé animé par une réelle volonté de don apparaît ainsi comme un mythe[9]. L'apparition de l'imprimerie et des « privilèges exclusifs d'imprimerie » voit

---

[4] Domaine qui intéresse plus particulièrement notre sujet d'étude.

[5] La reconnaissance des droits voisins s'est faite par la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

[6] V. L. PFISTER, Jcl. PLA, fasc. 1110, *Histoire du droit d'auteur*, 2010.

[7] *Ibid.,* n° 2.

[8] P. DEPREZ, « Gratuité et propriété intellectuelle », *in* Le prix de la culture, dir. P. MBONGO : Mare & Martin, 2011, p. 19.

[9] L. PFISTER, *op. cit.,* n° 12.

apparaître les premières grandes revendications des auteurs[10] ; ces derniers se soulevant contre les mauvaises impressions ou les impressions réalisées sans leur consentement, certains parvenant même à obtenir des privilèges d'impression[11].

C'est à la suite de la « grande guerre des libraires », au XVII[e] siècle, que deux théories opposées, reconnaissant néanmoins la propriété des auteurs sur leurs œuvres, vont voir le jour. La première, inspirée par la conception *jus* naturaliste de la propriété de J. LOCKE[12], a été avancée par d'HÉRICOURT dans un mémoire adressé à la Chancellerie[13]. Celui-ci argumente en faveur d'une propriété privée perpétuelle de l'auteur sur son œuvre. Il appartient ainsi au créateur de décider s'il veut la céder ou non à un libraire. Cette conception a été notamment défendue par DIDEROT et reprise par PORTALIS, POUILLET ou encore LAMARTINE. Ces auteurs, en faveur de la propriété littéraire, vont mettre en avant l'argument d'un droit de propriété : *« à l'auteur seul appartient le droit de disposer de son ouvrage »*[14].

La deuxième théorie provient de l'avocat MARION qui, lors d'une plaidoirie[15], affirme qu'à l'exemple de Dieu, *« l'autheur d'un livre est du tout maistre »*[16]. Néanmoins, la publication de l'œuvre éteint la propriété de l'auteur sur celle-ci. Ainsi, dès qu'elle est publiée, elle devient un bien commun[17] et peut faire librement l'objet de copie[18] : il s'agit là de la théorie du contrat social en droit d'auteur. Cette théorie anticapitaliste contestant l'existence d'un droit naturel de propriété compte parmi ses partisans des auteurs tels que PROUDHON et RENOUARD[19]. Elle repose sur l'idée de l'existence d'un fonds commun de la pensée. Il est alors admis que les auteurs, inspirés par la société dans la création de leurs œuvres, doivent restituer de plein droit ces dernières à sa source d'inspiration. PROUDHON reconnaît alors la création d'un contrat tacite entre l'auteur et la société

---

[10] Les « privilèges exclusifs d'imprimerie » étaient accordés aux libraires, *op. cit.,* n° 7 et s.
[11] Tel est le cas notamment de Rabelais, Buffon ou encore, Descartes, L. PFISTER, *op. cit.,* n° 13.
[12] Conception selon laquelle la personne et le travail sont des propriétés originaires et de droit naturel de l'homme, ainsi, l'œuvre intellectuelle peut être propre à son créateur.
[13] Reproduit sur *Primary Sources on Copyright*, *www.copyrighthistory.org.*
[14] PORTALIS, *Chambre des pairs, Séance du 27 Mai 1839, Archives Parlementaires*, t. 124, p. 711.
[15] F. RIDEAU, Primary Sources on Copyright, www.copyrighthistory.org.
[16] *Ibid.*
[17] Pour une approche des biens communs, v. *infra* n° 214.
[18] L. PFISTER, *op. cit.,* n° 31.
[19] A.-C, RENOUARD, *Traité de référence sur les droits d'auteurs*, 1838

« en vertu duquel l'auteur sera rémunéré, à forfait, par un privilège temporaire de vente »[20] : en concédant ce contrat, le public se libère de sa dette[21].

Dans le prolongement de ces deux théories, LE CHAPELIER et LAKANAL estiment que *« le droit que les auteurs vivants ont de disposer de leur propriété (...) est fondé sur les maximes les plus claires de la justice »* qui veulent que chaque homme tire quelque fruit de son travail[22]. C'est ainsi que la loi de 1791 reconnaît l'œuvre comme la propriété de l'auteur, et que la loi de 1793 attribue des droits patrimoniaux aux auteurs, droits, qui à sa mort, sont dévolus à ses héritiers si ce dernier ne les a pas cédés[23]. Néanmoins, cette appropriation doit s'accorder avec le principe du contrat social et ainsi à la reconnaissance d'un domaine public. Outre la reconnaissance de la nécessité de permettre au public d'accéder aux œuvres et ainsi de s'instruire, l'établissement d'un domaine public en droit d'auteur est également justifié par le principe de liberté économique visant à réduire le monopole des titulaires de droits et ainsi permettre aux différents acteurs économiques de profiter de l'exploitation des œuvres : il s'agit là de la recherche d'un équilibre entre la reconnaissance d'un droit de propriété dévolu à l'auteur et la théorie du contrat social permettant au public de jouir des œuvres qu'il a « inspirées ».

Il est possible de retirer de ces différents débats et des lois de 1791 et 1793 que le droit d'auteur est issu de la recherche d'un certain équilibre entre la propriété dévolue à l'auteur sur son œuvre, fruit de son travail, et l'intérêt du public de jouir de cette même œuvre. Les droits découlant de la propriété permettent ainsi à l'auteur d'autoriser l'exploitation de son œuvre pour laquelle il percevra, en contrepartie de cette autorisation, une rémunération : la notion de propriété vient alors créer un frein à l'exploitation libre et gratuite. En effet, en conférant une propriété et ainsi des droits sur un bien, son propriétaire peut décider d'exclure le public ou d'autoriser à y accéder moyennant rémunération. Néanmoins, dans le cadre du droit d'auteur, cette propriété est particulière car limitée dans le temps – alors que le principe même de la propriété est qu'elle est perpétuelle. Cette limitation de la propriété trouve sa justification dans l'intérêt du public de pouvoir jouir librement et gratuitement d'un

---

[20] P.-J. PROUDHON, cité par D. SAGOT-DUVAUROUX, J.-L. SAGOT-DUVAUROUX., *De la gratuité* : L'Éclat, 2006, p. 155.
[21] L. PFISTER, *op. cit.,* n° 52.
[22] *Ibid.,* n° 43.
[23] *Ibid.,* n° 44.

bien nécessaire à la société et à l'évolution de sa pensée et de sa culture. Durant sa vie, l'œuvre aura alors plusieurs « statuts » : elle sera, dans un premier temps, un bien « privé », propriété de son créateur ; et, dans un second temps, elle sera un bien « public », propriété de tous, chacun pouvant alors y accéder librement et gratuitement.

Depuis ces deux lois de 1791 et 1793, le droit d'auteur a évolué grâce à la loi sur la propriété littéraire et artistique du 11 mars 1957[24], à la loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes, de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle[25], à la loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information[26] et enfin, grâce aux lois du 7 juillet 2016 et du 7 octobre 2016 relatives à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine[27] et pour une République numérique[28].

3. **L'appréhension de la « gratuité »**. L'évolution du droit d'auteur démontre ainsi toute l'antinomie pouvant exister entre, d'une part, l'attribution d'un droit de propriété sur des biens immatériels induisant alors l'attribution d'un droit pécuniaire exclusif et, d'autre part, la gratuité, notion économique pouvant être définie comme *« le caractère d'un bien qui est fait ou donné sans qu'il n'en coûte rien, dont on jouit sans payer »*[29]. Plus précisément, le terme « gratuit » a signifié, au XIVe siècle, *« exemption de payer »*, puis au XVe siècle, *« l'action d'accorder quelque chose par faveur »*[30]. *A fortiori*, le terme « gratuité » renvoie au caractère désintéressé d'une action et s'applique notamment pour qualifier *« ce qui s'obtient sans payer (…), ce qui est non motivé »*[31]. Le « gratuit » évoque alors *« la grâce, le sentiment de gré envers celui qui prodigue »*[32], mais également *« un bienfait d'ordre divin »*[33].

---

[24] L. n° 57-298, 11 mars 1957.
[25] L. n° 85-660, 3 juill. 1985.
[26] L. n° 2006-961, 1er août 2006.
[27] L. n° 2016-925, 7 juill. 2016.
[28] L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016.
[29] P. DEPREZ, *op. cit.*, p. 19.
[30] Le Robert, *Dictionnaire historique de la langue française*, 1999.
[31] *Ibid.*
[32] O. BOMSEL, *Gratuit ! Du déploiement de l'économie numérique* : Folio actuel, 2009, p. 17.
[33] S. BENILSI, *Essai sur la gratuité en droit privé*, Thèse, Montpellier, 2006, p. 1, n° 2 ; Pour les anglo-saxons, la gratuité se traduit par le terme « free », ce dernier s'assimilant à la liberté, liberté

Si la « gratuité » apparaît comme le fait de donner *« sans qu'il en coûte rien, dont on jouit sans payer »*[34], le terme de « marché », quant à lui, renvoie à la *« vente ou achat de marchandise »*[35]. D'un côté, un bien peut être acquis sans contrepartie financière ; de l'autre, un bien peut être acquis en contrepartie du paiement d'un prix. Ces deux termes semblent pourtant se servir mutuellement. Il est en effet possible d'affirmer que la gratuité sert le marché plus que le marché ne sert la gratuité. C. ANDERSON, dans son ouvrage « Free ! Entrez dans l'économie du gratuit »[36], met ainsi en exergue les différents liens existants entre la gratuité et le marché. Ce dernier démontre la possibilité d'acquérir une voiture[37] ou un billet d'avion[38] gratuitement : « l'apparente gratuité » cache en réalité une véritable économie fondée sur la gratuité d'usage de la part du public. À ce titre il convient de rappeler qu'à ses prémices, Internet était fortement empreint de la culture de la gratuité[39] : en effet, ce dernier reposait sur le principe de l'échange gratuit d'information, échanges destinés à améliorer le réseau mais également *« à encourager la créativité et la communication »*[40]. De ces premiers usages et de ce fondement s'est répandue une économie propre à la gratuité, celle de l'économie numérique : *« le modèle du réseau, qui tend à s'imposer dans tous les secteurs de l'économie, reposerait ainsi sur la substitution du tarif au prix »*[41]. La « gratuité » apparaît alors comme étant *« une*

---

constituant la valeur même de la nation américaine. Il est en effet possible de parler de « liberté d'expression » (*free speech*) ou encore d'initiative individuelle (*free enterprise*), O. BOMSEL, *op. cit.*, p. 17.

[34] P. DEPREZ, *op. cit.*, p. 19.

[35] Définitions issues du Larousse. Gratuit : « Qui est fait ou donné sans qu'il en coûte rien, dont on jouit sans payer » ; Marché : « Vente, achat de marchandise ; convention verbale ou écrite entre vendeurs et acheteurs » ; V. également A. TESTART, « C'est le lieu de rencontre entre l'offre et la demande, le prix étant le résultat de cette rencontre », « Échange marchand, échange non marchand » : Revue français de sociologie, 2001, 42-4 , p. 723.

[36] C. ANDERSON, *Free ! Entrez dans l'économie du gratuit* : Pearson, 2009.

[37] *Ibid.,* p. 93.

[38] *Ibid.,* p. 22.

[39] Titre de l'article de S. PROULX, A. GOLDENBERG, « Internet et la culture de la gratuité », *in* La gratuité, éloge de l'inestimable, Revue du MAUSS, 2010/1, n° 35, p. 273-288 ; V. également, F. BENHAMOU, J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright* : La Découverte, coll. Repères, 2014, p. 56 ; M. CLÉMENT-FONTAINE, « Internet et la résurgence des « communs » », *in* Repenser les biens communs, B. PARANCE, J. DE SAINT-VICTOR, CNRS Éditions, 2014, p. 265 ; V. également D. CARDON, *La démocratie Internet. Promesses et limites* : Seuil, coll. « La république des idées », 2010.

[40] *Ibid.,* p. 274.

[41] S. BENILSI, *op. cit.*, p. 9, n° 17 ; V. également P. DEPREZ, *op. cit.*, p. 19.

composante essentielle » [42] représentée par l'*e-business* ou encore la « netéconomie »[43] : la gratuité connaît même un « renouveau » économique[44].

La notion de gratuité est également présente dans les études sociologiques**.** La première grande étude sur le sujet a été réalisée par M. MAUSS, qui s'est intéressé à la *« forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques »*[45]. Analysant l'échange gratuit dans les sociétés archaïques, l'auteur a mis en lumière l'existence de contre-don à la donation. D'autres auteurs plus contemporains, dont notamment A. CAILLÉ et J.-T. GODBOUT[46], ont mis en avant que le don pouvait permettre la création de liens sociaux entre les individus en dehors de tout aspect économique. Économiquement gratuit, le don peut être réalisé dans un but précis, dans un but permettant la création de liens sociaux utiles à l'individu. La gratuité apparaît ainsi comme étant « intéressée » : le don est réalisé car le donateur a conscience que son geste permet de créer un lien qui n'aurait pu exister sans celui-ci.

Néanmoins, l'appréhension de la « gratuité » par le droit repose sur deux notions différentes : celle de l'intérêt général et celle issue des règles encadrant la relation et l'échange entre deux individus.

4. **L'appréhension de la « gratuité » par le droit public.** Il y a, en droit public, deux notions fondamentales où la gratuité trouve à s'appliquer : celle du domaine public et celle du service public.

Il est classiquement admis que la gratuité est un principe se rattachant à celui du domaine public, le préambule de la Constitution de 1946 faisant référence à la gratuité d'accès à l'éducation[47]. Cependant, d'autres textes concernant le domaine public font référence au terme « gratuit » afin de définir l'utilisation de certains biens et lieux. C'est le cas notamment de l'article L. 121-9 du Code de l'environnement qui

---

[42] S. BENILSI, *op. cit.*, p. 9, n° 17 ; V. également P. DEPREZ, *op. cit.*, p. 19.
[43] *Ibid.,* p. 10, n° 20.
[44] *Ibid.,* p. 9, n° 17.
[45] M. MAUSS, « *Essai sur le don : Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques* », originalement publié dans L'année sociologique, seconde série, 1923-1924, éd. électronique réalisée par J-M. TREMBLAY, 2002 ; V. également N. MARTIAL-BRAZ, « Essai d'une définition fonctionnelle de la gratuité », *in* La gratuité, Un concept aux frontières de l'économie et du droit, ss. dir. N. MARTIAL-BRAZ, C. ZOLYNSKI : LGDJ, 2013, p. 9.
[46] V. *infra* n° 64.
[47] « L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État », Préambule de la Constitution de 1946, al. 13.

dispose que « *l'usage libre et gratuit par le public (…) constitue la destination fondamentale des plages* », ou encore des articles L. 122-4 et L. 153-1 du Code de la voirie routière qui affirment respectivement que l'ouvrage des autoroutes et ouvrages d'art est « *en principe gratuit* »[48]. Il convient alors de rappeler que l'entretien de l'ensemble des biens publics est à la charge de l'État, financé par la « *contribution commune* » comme le prévoit la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789[49], ou plus explicitement, par l'impôt. Il va de soi qu'il faut alors entendre la gratuité du domaine public comme la possibilité de jouir d'un bien ou d'aller et venir librement et gratuitement[50]. Néanmoins, une décision du Conseil Constitutionnel en date du 12 juillet 1979 est venue affirmer que, dans certaines hypothèses, la mise en place d'un péage remettant en cause le principe de gratuité peut se justifier[51]. Le cas d'espèce était la création d'un péage sur un pont reliant l'île d'Oléron au continent. Saisi après une décision du Conseil général de la Charente-Maritime instituant les péages, le Conseil d'État a mis en avant la violation de cet acte administratif en se fondant sur la loi du 30 juillet 1880 instituant l'interdiction de la création de ponts à péage[52]. Le Conseil constitutionnel a alors tranché en reconnaissant que l'existence de péage « *lorsque l'utilité, les dimensions et le coût de ces ouvrages ainsi que le service rendu aux usagers justifient cette opération* » se trouve justifié, allant même jusqu'à signifier qu'« *il n'en serait résulté que le principe de gratuité de la circulation (…) doit être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la*

---

[48] « L'usage des autoroutes est en principe gratuit », Code de la voirie, art L. 122-4, alinéa 1er ; « L'usage des ouvrages d'art est en principe gratuit », Code de la voirie routière, art L. 153-1 alinéa 1er.

[49] « Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit également être répartie entre tous les citoyens, en raison de leur faculté », art. 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et de Citoyens de 1789.

[50] Cependant, la limite au libre accès des dépendances du domaine public trouve son fondement à l'article L. 2122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques qui dispose que « Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public (…) ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous ». Il est ainsi reconnu qu'une occupation du domaine public ne peut se faire qu'avec une autorisation préalable de l'État, autrement dit, « l'utilisation commune du domaine public affecté à l'usage de tous ne peut être assujettie au paiement de redevance, en dehors des cas prévus par les textes ». La question d'un principe général de droit de la gratuité du domaine public se pose alors face à l'exception selon laquelle une autorisation attribuée à un tiers serait la règle en cas d'occupation de l'espace public, sous réserve alors d'une gestion de celui-ci.

[51] Cons. const., 12 juill. 1979 : JO 13 juill. 1979, *Rec.*, p. 31, n° 1979.79.107 D.C.

[52] CE, 16 févr. 1979, *Comité d'action et de défense des intérêts de l'île d'Oléron* : *Rec.*, p. 64, *AJDA* 1979, n° 9, p. 54 note J. MILORD-TEXIER. *D.* 1980.210, note J.-P. DUPRAT.

République »[53]. La décision vient alors reconnaître que la gratuité de libre circulation n'a pas de valeur constitutionnelle : en ce sens, il est pris conscience qu'une totale gratuité ne peut exister, sa mise en place fluctuant alors en fonction de la conjoncture économique[54].

De son côté, la gratuité du service public est régulièrement apparue comme une question fondamentale quant à savoir si elle se devait d'être reconnue comme fondatrice et nécessaire à son fonctionnement. C'est ainsi que trois grands principes se dégagent lorsque l'on étudie le droit du service public : le principe d'égalité, le principe de continuité et le principe de mutabilité. Ces principes constituent le « noyau dur » du régime juridique du service public. Néanmoins, au-delà de ces derniers, certains auteurs en voient un quatrième : le principe de gratuité apparaissant alors fondé pour quelques services publics. La jurisprudence administrative s'est à l'origine servie de l'indice de la gratuité afin de vérifier la qualification ou la légalité des activités de service public. À ce titre, le professeur G.-J. GUGLIELMI dresse des exemples permettant de comprendre les critères d'application de la gratuité par les juges dans le service public[55]. Le premier tend à faire la distinction entre les Services Publics Industriels et Commerciaux (SPIC) et les Services Publics Administratifs (SPA). Lors d'un arrêt rendu par le Conseil d'État, le 16 novembre 1956[56], les juges ont posé trois critères afin de distinguer les SPIC des SPA. Cette distinction porte sur l'objet de ces services, leur modalité de fonctionnement et enfin leur mode de financement : ici, le critère à retenir est celui du mode de financement. D'une part, les SPIC sont considérés comme des services publics fonctionnant en partie grâce à une rémunération directe de l'usager, c'est-à-dire par le paiement d'un prix au moment de la fourniture de ce service ; d'autre part, les SPA sont considérés comme des services publics fournissant un service gratuit sans aucune contrepartie de l'administré, services alors entièrement financés par l'État. S'il faut comparer ces deux modèles de

---

[53] CE, 16 févr. 1979, *op.cit.*

[54] Plusieurs fois dans l'histoire, la suppression et la création de péage routier a eu lieu, notamment par la première abolition des péages par les lois des 15 et 28 Mars 1790, puis par une nouvelle instauration par la loi du 14 floréal an X (années 1800), puis de nouveaux interdits par la loi de 1880.

[55] G.-J. GUGLIELMI, « L'introuvable principe de gratuité du service public », in *La gratuité, une question de droit ?,* sous la direction de G.-J. GUGLIELMI, G. KOUBY, L'harmattan, 2003.

[56] CE ass. 16 Novembre 1956, USIA, *Rec.*, p. 434, D. 1956.759, concl. Laurent, *AJDA* 1956, p. 489, chron., *JCP* 1957.2.9968, note Blaevoet.

financements de service public, les SPA représentent alors un modèle de gratuité mis en place par l'État où le financement de ce service repose sur l'attribution d'un budget permis grâce à la collecte de l'impôt. La gratuité, vue comme le fait de fournir un service sans contrepartie d'une rémunération directe a donc été considérée par les juges, apparaissant même comme une condition à l'existence d'un certain type de service public. Le deuxième exemple retient l'intervention des communes lorsqu'il existe une carence de l'initiative privée et lorsqu'il s'ajoute à cela des circonstances exceptionnelles. La gratuité d'un service, qui en règle générale serait payant, sera tolérée afin de permettre aux usagers d'en bénéficier alors qu'il fait défaut dans leur ville[57].

Ainsi, si la gratuité en droit public repose sur la notion d'intérêt général – liberté d'accéder à des biens communs ou d'aller et venir librement ou encore sur l'accès à des services nécessaires au bon fonctionnement de la société –, il est possible d'y retrouver, en son sein, l'appréhension même de la « gratuité » telle qu'elle est définie dans sa fonction première : celle d'accéder à un bien ou service « *sans qu'il n'en coûte rien* », « *dont on jouit sans payer* ». Néanmoins, cette gratuité n'est pas totale : l'entretien des biens communs et la mise en place des services ont un coût supporté par l'État, celui-ci étant financé par l'impôt payé par les contribuables[58]. Il est alors possible d'affirmer que la gratuité en droit public apparaît comme étant indirecte et est la contrepartie de l'intérêt commun : par le paiement de l'impôt, il est possible d'accéder à des biens ou services gratuitement, même pour les individus non imposables. Cette première approche par le droit démontre l'intérêt de la mise en œuvre de la gratuité tout en rappelant cependant que celle-ci a nécessairement une contrepartie financière.

---

[57] L'absence de médecin dans une commune constitue une circonstance exceptionnelle nécessaire afin de proposer un service médical gratuit, CE, 29 Mars 1901, Casanova, *Rec.*, p. 333, S 1901.3.73, note Hauriou.

[58] « *La gratuité repose (…) sur un système de tiers-payant, de mutualisation ou encore de financement qui repose le plus souvent sur la solidarité nationale* », N. MARTIAL-BRAZ, *op. cit.*, p. 8.

5. **L'appréhension de la « gratuité » par le droit privé.** En droit privé, il n'existe pas de définition juridique de la « gratuité », le législateur ne s'étant pas emparé de la question, se contentant uniquement d'établir une *summa divisio* entre actes à titre gratuit et actes à titre onéreux[59]. S. BENILSI a alors tenté d'apporter une définition de ce terme[60]. L'auteur s'est arrêté sur les effets de droits produits par les actes – ces derniers pouvant être définis comme « *des manifestations de volonté destinées à créer des effets de droit* »[61] – et pour lesquels il suffirait de se pencher sur ce qu'ils prévoient, sur les conditions de l'échange de ces derniers afin de déterminer leur caractère gratuit ou onéreux[62]. Il est alors intéressant, en ce sens, de se pencher sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations[63], venue apporter une nouvelle définition de la gratuité et, plus particulièrement, des actes à titre gratuit. Si l'ancien article 1105 du Code civil ne faisait référence qu'aux contrats de bienfaisance afin de définir un acte à titre gratuit – « *le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit* » –, l'alinéa 2 du nouvel article 1107 du Code civil dispose qu'un acte est à titre gratuit « *lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie* ». Est alors apparue la notion de « contrepartie » dans la définition des actes à titre gratuit : l'« *avantage purement gratuit* » est dorénavant corrélé à l'absence de contrepartie, l'auteur de la gratuité ne devant ni attendre ni recevoir de contrepartie. Cette définition vient s'opposer aux actes à titre onéreux, le premier alinéa de l'article 1107 du Code civil disposant alors que *« le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure »*. Ce dernier opère un transfert de bien ou de service en contrepartie du paiement d'un prix ou d'une obligation. Par exemple, la détermination d'un prix est une chose essentielle pour la qualification d'un contrat de vente[64], auquel cas celui-ci sera considéré comme nul[65]. Néanmoins,

---

[59] V. en ce sens, N. MARTIAL-BRAZ, *op. cit.*, p. 5.
[60] S. BENILSI, *op. cit.*
[61] *Ibid.*, p. 16, n° 28.
[62] *Ibid.*
[63] Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[64] C. civ., art. 1591.
[65] « En l'absence de prix réel ou sérieux est sanctionné l'absence de contrepartie, c'est-à-dire l'absence de cause au sens de l'article 1131 du Code civil, qui entache aujourd'hui le contrat de

J.-B. RACINE considère que « *l'existence d'un prix n'est pas toujours nécessaire à la validité des contrats* »[66]. L'auteur entend par là qu'un contrat est juridiquement valable même si celui-ci ne dispose pas d'un prix, à condition néanmoins qu'il ne soit alors pas qualifié de contrat de vente. En ce sens, le critère de qualification des actes à titre « gratuit » ou « onéreux » ne doit pas uniquement reposer sur un critère économique ou, autrement dit, financier, mais plus particulièrement sur la notion même de « contrepartie », dans son acception large.

L'approche de S. BENILSI semble alors satisfaisante : par la recherche des conditions de l'échange et ainsi, par le recherche de l'existence de contrepartie – la contrepartie apparaissant alors inhérente aux conditions de l'échange, sa détermination étant fondamentale dans la qualification des actes – il sera alors possible de venir qualifier un acte comme étant à titre gratuit ou à titre onéreux. La notion de « contrepartie » apparaît ainsi importante dans la recherche de la « gratuité » et de là, dans la recherche de la distinction entre actes à titre gratuit et actes à titre onéreux. En effet, la *summa divisio* entre ces deux actes repose sur la présence ou l'absence de « contrepartie ». Le terme « gratuit » doit alors être appréhendé par ce qui vient créer un déséquilibre entre les parties, mais, un déséquilibre voulu de la part de l'auteur de la gratuité – il apparaît justifié qu'en cas de déséquilibre non souhaité le contrat soit déclaré nul, en ce sens, l'intention de créer ce déséquilibre est alors fondamental dans l'existence de l'acte à titre gratuit : l'une s'appauvrit aux dépens d'une autre, qui s'enrichit. Il y a alors un transfert de valeur entre les parties – condition d'échange –, valeur qui, pour que l'acte garde sa qualification d'acte à titre gratuit, ne doit pas être compensée.

---

nullité relative » , F., LECLERC, Droit des contrats spéciaux : LGDJ, 2012, 2ème éd., p. 121 ; V. aussi Cass. 3e civ., 29 mars 2006 : *Bull, civ.* III, n° 88 ; de plus, le montant d'un prix de vente d'une valeur d'un euro peut être requalifié en donation indirecte ou ne sera pas assimilé à un prix dérisoire si l'obligation de prétendu acheteur est autre que le versement de cette somme, Cass. 3ème civ., 3 mars 1993 : *Bull. civ.* III, n° 28 ou encore Cass. 3e civ., 23 mai 2007 : *Bull. civ.* III, n° 90.

[66] J.-B RACINE, La notion de prix en droit contemporain des contrats : *Rev. Int. dr. Econ.* 1999. 1, p. 77.

6. **Droit d'auteur et gratuité.** Le Code de la propriété intellectuelle fait référence, à dix-huit reprises, au terme « gratuit ». C'est ainsi que, par exemple, et plus particulièrement dans le cadre de la propriété littéraire et artistique, l'article L. 122-5 dispose que l'auteur ne peut interdire les représentations privées et gratuites de son œuvre une fois que celle-ci a été divulguée ; que l'article L. 122-6 précise que l'auteur d'un logiciel peut autoriser sa mise sur le marché à titre gratuit ou à titre onéreux ; que l'article L. 122-7 indique que la cession des droits d'auteur peut se réaliser à titre gratuit ou à titre onéreux –, l'article L. 122-7-1 venant même préciser que l'auteur est libre de mettre son œuvre gratuitement à disposition du public ; ou encore que l'article L. 335-4 sanctionne la mise à disposition à titre gratuit ou à titre onéreux d'un phonogramme, vidéogramme ou programme sans l'autorisation des titulaires de droits. Il convient alors de constater que le Code de la propriété intellectuelle organise la gratuité de différentes manières : soit celle-ci est issue de la volonté de l'auteur – articles L. 122-6, L. 122-7, L. 122-7-1, L. 131-2 –, soit elle lui est imposée – article L. 122-5 et, *a fortiori*, article L. 335-4.

Cependant, il ressort des précédents développements sur la « gratuité » que cette notion n'a pas d'approche unique mais des approches multiples[67] : tantôt la gratuité renvoie à la notion juridique d'intérêt général ou de qualification d'acte comme étant à titre gratuit, tantôt la « gratuité » renvoie à son acception économique, comme celle étant « antinomique » au principe même de marché ou, au contraire, au service de ce dernier, et enfin, la notion de « gratuité » renvoie également à son acception sociologique affirmant que le don et l'altruisme ne peuvent se faire sans plaisir ou sans attente de retour, quel qu'il soit.

Ainsi, si l'on confronte ces différentes notions de « gratuité » au droit d'auteur, la « gratuité » vient sans conteste, dans sa fonction première, s'opposer à l'essence même de la matière qui, en attribuant une propriété sur l'œuvre, permet à l'auteur d'exploiter cette dernière afin de percevoir, en contrepartie de cette exploitation, une rémunération[68]. Mais la « gratuité » trouve à s'accorder avec le droit d'auteur et ce, de différentes façons. Si l'on s'arrête sur l'appréhension de la gratuité

---

[67] V. N. MARTIAL-BRAZ, *op. cit.*, p. 6.

[68] Il existe ainsi une confrontation, et plus particulièrement dans l'environnement numérique, entre le droit d'accès à la culture et le droit à la connaissance, et les intérêts privés des auteurs, N. MARTIAL-BRAZ, *op. cit.*, p. 12.

par le droit public, force est de constater que celle-ci repose sur la notion d'intérêt général afin de permettre aux administrés d'accéder librement à des biens communs ou des services nécessaires au bon fonctionnement de la société. Il est alors possible de réaliser un parallèle entre cette notion de « gratuité » et « d'intérêt général » avec la notion de « domaine public » propre au droit d'auteur. En effet, cette dernière repose sur la recherche d'un équilibre entre droit d'auteur et intérêt général permettant alors un accès libre et gratuit à tous aux œuvres considérées comme « communes ». En ce sens, cet aspect de la gratuité du droit public tend à s'appliquer à la matière. Sur l'appréhension de la gratuité par le droit privé, il est possible de constater que la notion d'acte à titre gratuit et d'acte à titre onéreux se retrouve également en la matière, le Code de la propriété intellectuelle prévoyant ainsi la possibilité, pour l'auteur, de réaliser des actes de cession ou de mise à disposition de droit à titre gratuit : pour se faire, il convient de s'arrêter sur les conditions d'échange voulues par les parties. Si, enfin, l'on se penche sur son approche économique ou sociologique, il convient de constater que la gratuité peut servir le droit d'auteur, que ce soit dans le cadre de son aspect économique avec l'économie numérique – dans l'hypothèse d'un usage à titre gratuit financé par la publicité – ou dans le cadre de la réalisation d'un don – par la réalisation d'un acte à titre gratuit – et de l'attente d'un contre-don ou d'une contrepartie *a posteriori*.

L'étude suivante ne pourra ainsi se faire qu'à l'aune de ces différentes acceptions en prenant en compte les spécificités de la matière. Se pose alors la question de savoir comment le droit d'auteur appréhende l'ensemble de ces acceptions de la « gratuité », avec ses spécificités propres, mais également comment celle-ci peut s'adapter et évoluer en la matière, notamment à l'heure de la distribution numérique des biens culturels.

7. **La gratuité en droit d'auteur.** Deux grandes idées se dégagent alors de cette articulation.

Il est en effet possible, d'une part, d'envisager la « gratuité » en droit d'auteur sous l'angle de l'auteur en l'appréhendant comme étant le « moteur » de la gratuité. En effet, en étudiant le Code de la propriété intellectuelle, ce dernier dispose que l'auteur est libre de céder et mettre à disposition ses droits gratuitement. Néanmoins,

le Code ne vient pas encadrer cette cession ou mise à disposition et il peut ressortir, de ces actes, des attentes de la part de l'auteur qui dépassent la notion même de « gratuité » dans son aspect premier. Il s'agira également de comprendre comment cette gratuité peut être présente dans des actes qui, par définition, pourraient être qualifiés d'actes à titre onéreux : il ressortira de cette étude qu'il est nécessaire d'envisager les relations entre les parties en étudiant leurs attentes respectives et ainsi les conditions de l'échange en le confrontant à la notion de contrepartie, nécessaire à la qualification des actes.

D'autre part, il est possible d'envisager la « gratuité » sous le champ de l'usage. En effet, la spécificité du droit d'auteur faisant que ce dernier englobe une partie des notions de droit public, notamment dans la recherche d'un équilibre entre intérêt privé et public, comme le prévoit également le Code de la propriété intellectuelle, il apparaît opportun de s'arrêter sur ce pan de la « gratuité » qui se retrouve dans l'usage à titre gratuit au profit du public. Si la recherche de cet équilibre entre propriété privée et intérêt général profite au public, dans un champ limité afin de ne pas porter préjudice aux intérêts de l'auteur, cette gratuité d'usage prévue par les textes voit son encadrement être modifié par l'évolution des usages. Il conviendra également de s'attarder sur la « gratuité » organisée économiquement dans l'environnement numérique dont les biens culturels sont les principaux concernés et de se rendre compte que ce schéma juridico-économique, certes séduisant, ramène sensiblement la « gratuité marchande » à ce qu'elle était à l'origine : une stratégie commerciale et de marketing. Il apparaîtra alors que la notion d'usage « commercial » ou « non commercial » est corrélée à celui de l'usage à titre gratuit et tend même à encadrer ce dernier.

L'appréhension de ces deux usages est alors nécessaire afin de comprendre ce qu'englobe la gratuité en droit d'auteur mais également la gratuité de façon plus générale : une gratuité présente sur les deux versants, qu'elle soit issue d'une personne « moteur » de gratuité ou d'un usage soumis à l'intérêt général ou à un intérêt économique.

Cette approche de la gratuité permettra ainsi de démontrer que « gratuité » et « contrepartie » sont deux notions, certes antinomiques, mais complémentaires, et que la « gratuité » trouve entièrement à s'appliquer à la matière, que ce soit pour trouver

un équilibre entre intérêt du public et intérêt des auteurs, le tout de manière contrôlée et limitée.

8. **Plan.** Il s'agira ainsi, dans un premier temps, et dans le cadre de l'étude de la « gratuité » issue de l'auteur – celui-ci apparaissant alors comme « source de la gratuité » –, d'étudier comment la matière appréhende la gratuité au sein des actes juridiques propres au droit d'auteur mais également comment la notion de « contrepartie » a de l'importance dans la recherche de la qualification de ces derniers (**Partie 1**).

Dans un second temps, il s'agira d'appréhender la gratuité dans le cadre de son « usage » et d'étudier comment celle-ci tend à rechercher un juste équilibre entre l'exercice des droits privatifs que sont les droits d'auteur et l'intérêt général du public, mais également comment cet « usage à titre gratuit » s'organise dans l'environnement numérique. Il ressortira de cette étude que les notions de « commercialité » et de « non commercialité » sont inhérentes à l'usage à titre gratuit et tendent même à l'encadrer (**Partie 2**).

Première partie
LES ACTES À TITRE GRATUIT : L'AUTEUR COMME SOURCE DE GRATUITÉ

9. **L'auteur comme source de gratuité.** Le premier versant déterminable dans l'étude de la gratuité en droit d'auteur est celui de la gratuité issue de l'auteur, ou autrement dit, de sa volonté d'être le moteur de gratuité. En effet, ce dernier, par l'exercice de ses droits patrimoniaux dévolus par la matière pourra décider, s'il le souhaite, de céder ou mettre à disposition des droits gratuitement au profit d'un bénéficiaire. Il lui sera alors nécessaire, dans cette hypothèse, de conclure un acte qui sera qualifié « d'acte à titre gratuit ».

10. **De la contrepartie.** Dans le langage courant, la contrepartie peut être définie comme *« ce qui sert à compenser, à équilibrer quelque chose ; ce que l'on fournit en échange de quelque chose »*, une *« compensation »*[69]. Juridiquement, la contrepartie renvoie à la notion de contrat synallagmatique mais également à celle de contre-prestation[70].

Les contrats synallagmatiques peuvent alors être perçus comme des contrats qui *« engendre*[nt] *des obligations réciproques »,* ou des contrats *« par lesquels les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres »*[71]. De son côté, la

[69] Définition du Larousse.
[70] Association Henri Capitant*, Vocabulaire juridique* : PUF, 2014, 10e éd., p. 264.
[71] *Ibid.,* p. 1008 ; V. également C. civ., art. 1106.

contre-prestation est la *« contrepartie fournie par celui qui reçoit une prestation dans le contrat synallagmatique »*, une *« prestation réciproque »*[72]. Il apparaît alors possible de rapprocher cette définition de celle des contrats à titre onéreux. En effet, pour le doyen CARBONNIER, les contrats à titre onéreux sont des contrats dans lesquels « *chacune des parties n'entend faire une prestation qu'en échange d'une contre-prestation, n'entend donner qu'à condition de recevoir »*[73]. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats et des obligations[74], le Code civil retient qu'un contrat est à titre onéreux *« lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure »*[75].

Quant à elle, l'absence de contreprestation permet de venir qualifier les actes à titre gratuit : ces derniers peuvent ainsi être définis comme des contrats dans lesquels *« l'un des contractants entend procurer à l'autre un avantage sans contrepartie »*[76], ou encore comme des contrats où *« l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie »*[77].

Il existe ainsi deux catégories de contractants : certains recherchent un avantage alors que d'autres sont animés par un but désintéressé[78]. Les premiers assujettissent chacune des parties à donner ou à faire quelque chose[79] quand les seconds procurent à l'autre partie un avantage purement gratuit[80]. Cependant, pour le professeur M.-E. ANCEL, le contrat n'apparaît pas comme un seul acte générateur d'obligation ou d'une somme d'obligations, mais comme un instrument au service des résultats poursuivis par les parties[81]. C'est en ce sens que la « contrepartie », notion apparaissant comme fondamentale à la *summa divisio* entre actes à titre gratuit et

---

72 Association Henri Capitant, *op. cit.*, p. 264.
73 J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, *Les biens et les obligations* : PUF, 1955, réédité par PUF, 2004, Quadrige, 1ère éd., p. 1943, n° 930.
74 Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
75 C. civ., art. 1107.
76 J. CARBONNIER, *op. cit.,* p. 1943, n° 930.
77 C. civ., art. 1107.
78 F. CHABAS, H.-L MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 9ème éd. t. II, 1998, p. 91, n° 100.
79 C. civ., art. 1106, ancien.
80 C. civ., art. 1105, ancien.
81 M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat* : Economica, 2002, préf. L. AYNÈS., p. 87, n° 119.

actes à titre onéreux, doit être envisagée dans la qualification des actes à titre gratuit en droit d'auteur.

11. **De la contrepartie en droit d'auteur.** Si l'article L. 122-7 du Code de propriété intellectuelle, dans la partie relative à la propriété littéraire et artistique, dispose que *« le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux »*, et l'article L. 122-7-1, que *« l'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public »*, l'article L. 131-4, en son alinéa 1, dispose quant à lui que la cession des droits dans le cadre d'une exploitation de l'œuvre *« doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation »*. Néanmoins, dans certains cas limitativement prévus par la loi, cette rémunération peut être forfaitaire[82]. La rémunération de l'auteur sera ainsi due dans l'hypothèse d'un contrat d'édition[83], d'un contrat de production audiovisuelle[84] , d'un contrat de commande pour la publicité[85] ou enfin dans l'hypothèse de l'exploitation des œuvres des journalistes[86].

Le Code de la propriété intellectuelle prévoit également une rémunération pour les titulaires de droits voisins. Tel est notamment le cas pour les artistes-interprètes[87], les producteurs de phonogrammes devant prévoir une rémunération forfaitaire ou proportionnelle à l'exploitation de l'enregistrement[88] et les producteurs audiovisuels une rémunération pour chaque mode d'exploitation[89].

Il est alors possible de constater que la loi prévoit, pour les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins, une contreprestation à leur cession de droits ou à l'exploitation des enregistrements. Les contrats conclus auront alors la caractéristique des contrats à titre onéreux. Il y a, pour chaque partie, l'existence d'un avantage : pour

---

82 CPI, art. L. 131-4, al. 2.
83 CPI, art. L. 132-5.
84 CPI, art. L. 132-25, al. 1er.
85 CPI, art. L. 132-31.
86 L'article L. 132-35 du CPI dispose que l'exploitation des œuvres du journaliste dans le cadre des titres de presse donne lieu à rémunération. Néanmoins, l'exploitation de la même œuvre dans le titre de presse après écoulement du délai déterminé entre les parties peut avoir lieu sous forme de salaire ou de droits d'auteur (art. L. 132-38), et l'exploitation de l'œuvre en dehors du cadre du titre de presse donne lieu à rémunération sous forme de droits d'auteur (art. L. 132-40).
87 L'article L. 212-3 du CPI indique que les artistes-interprètes doivent être rémunérés sous forme de salaire pour la réalisation de leur prestation.
88 CPI, art. L. 212-3-3 ; CPI, art. L. 212-3-4.
89 CPI, art. L. 212-4.

l'une, il s'agira de voir intégrer dans son patrimoine des droits d'auteur ou d'obtenir une autorisation d'exploitation commerciale et pour l'autre, une rémunération financière.

12. **De la gratuité dans les actes de droits d'auteur.** Cependant, si ces dispositions particulières viennent à s'appliquer, il ne faut pas perdre de vue que l'article L. 122-7 prévoit la faculté, pour l'auteur, de céder ses droits à titre gratuit. À ce titre, le professeur M. VIVANT détermine trois situations pouvant se présenter[90]. La première *« correspond au schéma le plus classique, où existe une contrepartie financière »*[91], la seconde est celle *« où celui qui cède est animé par une intention libérale »*[92] dans laquelle il n'y a pas de contrepartie, et enfin, la dernière est celle où existe *« une contrepartie non financière – telle que l'accroissement de notoriété* (…) *»*[93]. Pour sa part, le professeur N. BLANC, étudiant les contrats de cession à titre gratuit dans sa thèse sur les contrats nommés et innommés en droit d'auteur[94], distingue les actes de cession à titre gratuit comportant une obligation d'exploitation – pouvant alors être considérée comme une contrepartie[95] –, des actes de cession à titre gratuit ne comportant pas d'obligation d'exploitation et se caractérisant par l'absence de contrepartie. Il est alors possible de se poser la question de savoir quel rôle joue la contrepartie dans la détermination, et ainsi dans la qualification des actes à titre gratuit en droit d'auteur.

En ce sens, il apparaît opportun d'étudier les actes en droit d'auteur sous l'égide des articles L. 122-7 et L. 122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle en prenant en considération la notion de « contrepartie » comme élément de qualification des actes à titre gratuit. Il s'agira ainsi, dans un premier temps, d'identifier les actes à titre gratuit en l'absence de contrepartie en droit d'auteur **(Titre 1)**, puis, dans un second temps, d'identifier les actes de droit d'auteur dans lesquels il est possible de déterminer l'existence de contrepartie, mais qui garderont, néanmoins, la qualification

---

90 M. VIVANT., « La pratique de la gratuité en droit d'auteur » : *RLDI* 2010/60, n° 1993, spéc. n° 60.
91 *Ibid.,* n° 6.
92 *Ibid.*
93 *Ibid.*
94 N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés* : Dalloz, 2010, préf. P.-Y GAUTIER.
95 V. *infra* n° 95 et s.

d'actes à titre gratuit **(Titre 2)**. En effet, si la notion de contrepartie et plus particulièrement d'absence de contrepartie est inhérente à la qualification des actes à titre gratuit, il apparaît également possible de venir qualifier des actes à titre gratuit en présence de contrepartie. Néanmoins, et avant de réaliser une telle qualification, il sera nécessaire d'appréhender la notion de « contrepartie » dans les actes de droit d'auteur.

TITRE 1

Identification des actes à titre gratuit en droit d'auteur en l'absence de contrepartie

13. **Une absence de prestation réciproque voulue.** Dans la recherche de l'identification des actes à titre gratuit en droit d'auteur en l'absence de contrepartie, il apparaît nécessaire de déterminer quelles sont les caractéristiques des actes à titre gratuit – ou plus particulièrement, quelles sont les conditions déterminantes à la qualification d'un acte à titre gratuit – mais également d'identifier les régimes juridiques applicables à cette catégorie d'acte.

En étudiant les actes à titre gratuit, le constat est alors fait que *« les contrats conclus à titre gratuit sont par essence caractérisés par l'absence de contrepartie dans la mesure où celui qui s'engage n'attend rien en retour »*[96] de sa prestation. En effet, comme l'affirme le professeur M.-E. ANCEL[97], les actes à titre gratuit sont déterminés par l'absence de contrepartie, plus particulièrement, de prestation réciproque[98] **(Chapitre 1)**. Néanmoins, pour que l'acte garde sa qualification d'acte à titre gratuit, il est nécessaire de rechercher chez son auteur la volonté et l'intention de ne recevoir aucune contreprestation matérielle **(Chapitre 2)**.

---

[96] C. DUPOUEY, *Essai sur la notion de contrepartie : contribution à l'étude des rapports entre droit du travail et droit des contrats*, th. Toulouse I, 2007, p. 92, n° 134.

[97] M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat* : Economica, 2002, préf. L. AYNÈS., p. 119, n° 169.

[98] V. également en ce sens, O. DESHAYES, « Gratuité et contrat : l'acte à titre gratuit est-il un contrat ? », *in* La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit, dir. N. MARTIAL-BRAZ, C. ZOLYNSKI : LGDJ, 2013, p. 133.

Force sera alors de constater que la qualification d'un acte comme étant « à titre gratuit » reposera sur deux conditions : une absence de prestation réciproque – condition matérielle – voulue – condition morale.

Chapitre 1. L'absence de contrepartie

14. **Détermination des actes à titre gratuit en l'absence de contrepartie.** La première condition tenant à la reconnaissance et ainsi la qualification d'un acte comme étant à titre gratuit repose sur l'absence de contrepartie matérielle. En effet, est considéré comme étant à titre gratuit un acte dans lequel *« l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie »*[99]. Ainsi, s'il est possible d'admettre que le Code de la propriété intellectuelle prévoit comme contrepartie à la cession ou à l'autorisation d'exploitation une contrepartie financière[100], un acte pourra être qualifié d'acte à titre gratuit en droit d'auteur à partir de l'instant où il n'y aura pas de rémunération à l'égard des titulaires de droits : l'absence de rémunération induit alors l'absence de contrepartie.

Ainsi, et afin de venir qualifier les actes à titre gratuit en droit d'auteur, il apparaît nécessaire d'étudier le Code civil et de constater que ce dernier distingue deux types d'actes à titre gratuit : les contrats de bienfaisance et les libéralités. Cependant, l'application des règles du droit commun au droit d'auteur peut faire face à certains obstacles, tel est notamment le cas du contrat de bienfaisance **(Section 1)**. Au contraire, le régime encadrant les libéralités trouve à s'appliquer en la matière : il est admis que les auteurs peuvent transférer leurs droits à titre gratuit dans le cadre de donations ou de legs **(Section 2)**.

[99] C. civ., art. 1107.
[100] V. *supra* n° 11.

SECTION 1. – Le contrat de bienfaisance : une difficile application au droit d'auteur

15. **Contrat de bienfaisance et droit d'auteur.** Depuis l'ordonnance portant réforme du droit des contrats et des obligations, la définition du contrat de bienfaisance a disparu du Code civil au profit de la seule définition de l'acte à titre gratuit. En effet, l'ancien article 1105 du Code civil définissait le contrat de bienfaisance comme un contrat *« dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit »*[101]. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, l'acte à titre gratuit peut être perçu comme un acte dans lequel *« l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie »*[102]. Si la définition a disparu, son âme reste toujours présente. Peuvent ainsi être assimilés à des actes de bienfaisances le prêt à usage, contrat par lequel *« l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi »*[103] ; le contrat de dépôt, contrat par lequel une partie *« reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature »*[104] ; et enfin, le contrat de mandat, *« acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom »*[105]. Le point commun entre l'ensemble de ces contrats étant qu'ils sont essentiellement à titre gratuit[106].

L'avantage reçu par la partie cocontractante se perçoit non pas comme le transfert d'un bien d'un patrimoine à un autre – ce qui est le cas des libéralités[107]–, mais comme celui d'un service rendu. L'emploi du terme « avantage » renvoie même au résultat économique attendu et non pas aux obligations de chacune des parties[108]. Il faut ainsi appréhender le contrat de bienfaisance comme un acte dans lequel il existe un rapport bilatéral entre les parties, ce dernier liant le bénéficiaire du service à celui

---

101 C. civ., art. 1105, ancien.
102 C. civ., art. 1107.
103 C. civ., art. 1875.
104 C. civ., art. 1915.
105 C. civ., art. 1984.
106 V. C. civ., art. 1876, 1917, 1986.
107 V. *infra* n° 27 et s.
108 S. BENILSI, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. Montpellier, 2006, p. 59, n° 98.

réalisant la prestation de service : *« un prestataire rend un service gratuit à un bénéficiaire »*[109].

Cependant, s'il est possible de réaliser un rapprochement entre le contrat de bienfaisance et plus particulièrement le prêt à usage avec le droit d'auteur (§1), force est de constater que ce dernier devra être exclu de la recherche de l'identification des actes à titre gratuit de droit d'auteur en l'absence de contrepartie (§2).

§ 1. – Prêt à usage et droit d'auteur : les critères d'un rapprochement

16. **Le prêt à usage.** Le Code civil définit le prêt à usage comme un contrat *« par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge pour le preneur de la rendre après s'en être servi »*[110]. Quant à elle, la licence peut être définie comme *« un contrat par lequel le titulaire d'un monopole d'exploitation concède à une personne (…) la jouissance de son droit d'exploitation »*[111]. Ainsi, à l'inverse de la licence onéreuse qualifiée de louage de choses lorsqu'il y a présence d'une contrepartie monétaire ou non monétaire – par la fourniture de service –, la licence à titre gratuit permet à l'auteur de mettre à disposition ses droits au profit d'un emprunteur, sans qu'il y ait pour autant de compensation.

La licence à titre gratuit porte ainsi sur le prêt des droits patrimoniaux rattachés à une œuvre (A) afin que l'emprunteur puisse l'exploiter conformément à la convention ou à l'usage reconnu en la matière (B).

A. – Le prêt des droits patrimoniaux

17. **Une mise à disposition des droits patrimoniaux.** Pour A. BOISSON, le prêt à usage peut être défini comme un contrat portant sur la jouissance d'une chose assurée à l'emprunteur par le prêteur, et cela, au moyen d'un droit personnel[112]. Si l'on s'en tient à cette définition et à celle retenue par le Code civil, la licence, qualifiée de prêt à usage, porte nécessairement sur une chose. Cependant, en droit

[109] S. BENILSI, *op. cit.*, p. 31, n° 48.
[110] C. civ., art. 1875 : « Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi. ».
[111] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1954, t. II, p. 286.
[112] A. BOISSON., *La licence de droit d'auteur* : Lexis Nexis, 2013, préf. J. RAYNARD, p. 162, n° 147.

d'auteur, cette chose ne sera pas « matérielle » mais « immatérielle » : elle sera constituée par les droits patrimoniaux de l'auteur alors mis à disposition d'un emprunteur. L'auteur bénéficiera ainsi, par la conclusion de cet acte, d'un droit personnel à l'encontre du prêteur.

18. **Une mise à disposition temporaire.** La particularité du prêt à usage, comme le précise l'article 1875 du Code civil, tient à son caractère temporaire. En effet, l'emprunteur a la charge[113] de rendre le bien après s'en être servi. Néanmoins, il est reconnu que le caractère temporaire peut laisser place à une mise à disposition de longue durée[114]. Ainsi, au terme du prêt, l'emprunteur devra cesser l'exploitation de l'œuvre[115]. Cette fin d'exploitation se matérialisera – à défaut de pouvoir rendre un bien matériel – par la remise des droits à son titulaire. Ainsi, si après le terme du prêt, l'emprunteur continue d'exploiter l'œuvre, celui-ci pourra être qualifié de contrefacteur n'ayant alors plus l'autorisation du titulaire de droit pour une telle exploitation. Afin d'éviter un tel scénario et afin de garantir une meilleure sécurité à l'auteur, il apparait opportun d'inclure dans la licence une durée déterminée expressément reconductible. À défaut d'une telle reconduction, il y aura alors acte de contrefaçon.

B. – L'usage des droits patrimoniaux

19. **L'usage des droits concédés.** Concluant une licence qualifiée de prêt à usage, il est certain que le licencié souhaite exploiter l'œuvre sans prévoir de contrepartie à l'égard de l'auteur ou des ayants droit. Néanmoins, cette exploitation peut-elle faire l'objet d'une obligation de la part du concédant ? Agissant, par exemple, pour le compte d'événements temporaires, le licencié a la possibilité de demander aux ayants droit l'autorisation d'user des droits de reproduction ou de représentation dans un cadre précis et pour une durée limitée. Le licencié devra ainsi se conformer aux conditions stipulées par la licence, ou, *a contrario*, à l'usage déterminé par la nature

[113] C. civ., art. 1875.
[114] Notamment dans le cadre de relations d'affaires, A. BOISSON, *op. cit.*, p. 163, n° 147.
[115] *Ibid.*, p. 163, n° 147.

de l'œuvre – qui, il faut le reconnaître, reste imprécise, d'où l'utilité de déterminer l'étendue et la destination de l'autorisation[116].

20. **L'exploitation commerciale des droits.** A. BOISSON s'est posé, et à juste titre, la question de savoir si, dans l'hypothèse d'une conclusion d'une licence reconnue comme prêt à usage, l'emprunteur pouvait exploiter la chose prêtée. Deux situations se présentent alors : celle où l'emprunteur souhaite conclure un sous-contrat et celle où ce dernier souhaite exploiter l'œuvre commercialement.

Dans la première hypothèse, l'auteur souligne le fait que le contrat de prêt a, par nature, un fort *intuitu personae*. Ainsi, l'auteur peut très bien ne pas souhaiter qu'un tiers, autre que l'emprunteur, puisse jouir de l'œuvre. La réponse à cette problématique se trouvera alors dans la convention ou dans l'usage conforme reconnu à la chose – même s'il est possible d'objecter que pour une meilleure compréhension, la convention devra nécessairement prévoir ce cas et y indiquer la solution[117] .

Dans la deuxième hypothèse, l'auteur affirme l'impossibilité pour l'emprunteur d'exploiter la chose prêtée, ce qui remettrait en question l'essence gratuite du contrat[118]. Il relève toutefois que la Cour de cassation a pu admettre un droit aux fruits pour l'emprunteur[119]. Cette solution, marginale en matière de prêt à usage, reconnaît à l'emprunteur la possibilité de récolter les fruits de la chose prêtée. L'affaire en question portait sur le prêt d'un terrain agricole à un Groupement agricole d'exploitation en commun. La Cour a alors affirmé que *« le prêt en cause ayant été conclu pour un usage agricole des terres prêtées, devait permettre à l'emprunteur de faire consommer l'herbe par ses animaux ou de la récolter »*[120]. Est ainsi pris en considération l'usage de la chose « par sa nature » : en effet, un terrain agricole est destiné à être exploité. Pareille application serait-elle envisageable en droit d'auteur ? Il est difficile d'imaginer un licencié conclure un contrat de licence sans l'intention de vouloir exploiter l'œuvre – la distinction devra néanmoins être faite entre une

---

116 C. civ., art. 1880 : « L'emprunteur est tenu de veiller raisonnablement à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu. ».

117 Dans les faits, il est stipulé, de manière générale, dans les contrats de licence, que le licencié ne peut concéder les droits à un tiers.

118 A. BOISSON, *op. cit.,* p. 163, n° 147.

119 Cass. 1re civ., 18 février 2009 : *RDC*, juill. 2009, n° 3 p. 1138, note P.Buig.

120 *Ibid.*

exploitation commerciale, qui viendrait alors remettre en cause la qualification du contrat de licence comme prêt à usage, et l'exploitation « non commerciale ». En effet, le prêt à usage étant par essence gratuit, il serait injuste que l'emprunteur puisse récolter les fruits de l'exploitation de l'œuvre. *A contrario*, il est difficile d'imaginer l'auteur, à moins qu'il agisse dans le cadre d'une intention libérale, ne pas trouver un intérêt à la conclusion d'une licence à titre gratuit.

§ 2. – Prêt à usage et droit d'auteur : les critères d'une distinction

21. **La contrepartie dans la licence à titre gratuit.** Le principe même du prêt à usage est qu'il doit être mû par l'intention libérale du prêteur (A). Ainsi, dans le cas où une contrepartie serait décelable, la qualification de la licence comme prêt à usage ne serait plus légitime, la licence à titre gratuit entrant alors dans la catégorie des contrats innommés (B).

A. – Le prêt à usage : un prêt gratuit par principe

22. **Le principe de la gratuité du prêt à usage.** À son origine, le prêt à usage était qualifié, pour reprendre les termes du Code civil, de prêt *« essentiellement gratuit »*[121]. Ainsi, en l'absence de volonté de gratifier un ami et dès lors que le prêteur trouverait un intérêt à l'opération[122], la qualification n'aurait plus lieu d'être. Mais l'évolution de la société n'échappant pas au droit, les prêts à usage se sont adaptés aux relations d'affaires. Il est ainsi difficile d'admettre, en pareille hypothèse, que ces prêts soient dénués d'intérêts pour le prêteur. À ce titre, la qualification de prêt à usage apparaît-elle encore justifiée ? Si l'on s'en tient à la jurisprudence et à la doctrine, à partir du moment où est décelable un intérêt quelconque à la réalisation du prêt, et qui plus est, un intérêt matériel, les règles encadrant le prêt à usage ne trouvent plus à s'appliquer[123].

---

[121] C. civ., art. 1876.

[122] A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* : LGDJ, 10e éd., 2013, p. 307, n° 630.

[123] Le prêt d'une voiture par un garage à un coureur ne pouvait être qualifié de prêt car le prêteur et l'emprunteur tiraient un avantage de l'utilisation du véhicule, Cass. 1re civ., 9 mai 1966, *Bull. civ.* I, n° 262 ; Une société prêtant du matériel à une autre société concurrente et exigeant

B. – La licence à titre gratuit : une licence intéressée

23. **L'existence d'une contrepartie dans les licences à titre gratuit.** Les cessions ou concessions de droits sont par définition relatives à des relations d'affaires entre un auteur et un exploitant ou concessionnaire, sauf dans certaines situations déterminées[124]. Il apparait donc nécessaire de vérifier s'il y a l'existence d'une contrepartie qui aboutirait à la disqualification du contrat de licence en contrat de prêt à usage.

24. **L'obligation d'exploitation.** Pour le professeur N. BLANC, l'obligation d'exploitation prévue dans une licence peut être analysée comme l'existence d'une contrepartie : elle constitue un avantage direct lié au contrat[125]. Par cette obligation, l'œuvre de l'auteur sera nécessairement diffusée, lui procurant alors un gain de notoriété : la qualification en contrat de prêt à usage n'a donc plus lieu d'être. En effet, il est évident que la diffusion de l'œuvre sera profitable à l'auteur, qui plus est lorsque cette obligation de diffusion est mise à la charge du licencié. Si l'auteur ne reçoit pas de contrepartie matérielle « en tant que telle », celle-ci pourra néanmoins être analysée comme étant l'obligation, mise à la charge du licencié, d'exploiter l'œuvre. La prestation – ou l'obligation – de l'auteur sera la concession de ses droits, et celle du licencié, l'exploitation de ces derniers.

Toutefois, la question se pose de savoir si l'absence d'obligation d'exploitation, et donc la reconnaissance d'une contrepartie, suffit à disqualifier le contrat de licence en contrat de prêt à usage.

---

l'apposition de son nom sur les reproductions de timbres engendre l'existence d'une contrepartie et la disqualification de contrat de prêt, Cass. com., 19 juillet 1971, *Bull. civ.* IV, n° 213 ; V. également, pour qui les prêts à usages réalisés dans le cadre de relations d'affaires relèveraient des contrats innommés, P. MALAURIE., L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, p. 537, n° 911 ; V. aussi N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés* : Dalloz, 2010, préf. P.-Y GAUTIER, p. 264, n° 307 et s.

[124] Il est difficile de retenir la qualification de relations d'affaires dans le cadre des libéralités.

[125] N. BLANC, *op. cit.,* p. 264, n° 307 ; V. *supra* n° 12.

25. **La contrepartie morale issue de l'exploitation dans les licences à titre gratuit.** En l'absence d'obligation d'exploitation, il est nécessaire de distinguer l'exploitation à titre purement gratuit de l'exploitation à titre commercial de l'œuvre par le licencié.

L'exploitation gratuite de l'œuvre par le licencié peut avoir lieu lorsque l'auteur met son œuvre à disposition dans le cadre d'un événement ponctuel[126]. L'exposition de l'œuvre et ainsi son exploitation – par sa reproduction ou sa représentation – lui permettra de connaître un rayonnement important et de toucher un public plus large auquel il est habitué. Ce prêt – nécessairement intéressé dès lors que l'auteur a conscience d'un tel apport – lui apportera alors une contrepartie morale par le gain de notoriété.

L'exploitation commerciale de l'œuvre peut être autorisée voire même, peut constituer une contrepartie à la concession à titre gratuit. Cependant, cette exploitation commerciale pouvant perdurer dans le temps, l'œuvre est exposée de façon plus large et l'auteur a plus de chance de toucher un public encore plus important et de là, d'augmenter sa notoriété. Étant entendu que la licence est, par nature, un contrat à durée déterminée, les droits vont revenir à l'auteur à l'issue de la licence. Ce dernier peut ainsi y voir, malgré l'absence de rémunération, l'existence d'une contrepartie morale par le gain de notoriété qui se matérialise par l'exploitation de son œuvre. Une contrepartie est donc présente. Ainsi, la licence à titre gratuit, même en l'absence d'obligation d'exploitation, ne peut être qualifiée de prêt à usage, l'auteur ayant conscience, dans le cadre d'une concession de droit, que celle-ci ne peut lui être que profitable. Ce dernier y voit donc une contrepartie matérielle à l'acte : celle de l'exploitation de son œuvre. En effet, quel est l'intérêt, pour l'emprunteur, de conclure une licence, si ce n'est d'exploiter l'œuvre ?

[126] V. *supra* n° 19.

26. **Conclusion de la Section 1.** La différence entre la licence et les libéralités réside dans la propriété des droits transférés. En effet, pour la licence, les droits n'échappent à aucun moment au patrimoine de l'auteur : ils sont concédés – à la différence des libéralités, où les droits sont cédés, échappant alors définitivement au patrimoine de l'auteur[127]. La qualification des licences à titre gratuit en contrat de prêt à usage ne peut alors tenir : par la concession de ses droits, l'auteur y voit un avantage qui peut lui être profitable à l'avenir. Les relations entre auteurs et licenciés pouvant se rapprocher des relations d'affaires et les licences conclues à titre gratuit ne pouvant être dénuées d'intérêt pour le prêteur, ces dernières ne peuvent être qualifiées de prêt à usage et ainsi d'acte à titre gratuit dans lequel il n'existe de contrepartie. L'exploitation des droits par l'emprunteur pouvant accroitre la notoriété de l'auteur, ce dernier pourra voir une meilleure exploitation de son œuvre et ainsi bénéficier d'une plus forte rémunération, ou même, se voir proposer un contrat de cession de droits à un prix prohibitif.

SECTION 2. – Les libéralités : un transfert de bien sans contrepartie réciproque applicable au droit d'auteur

27. **Les libéralités en droit d'auteur**. Bien que la dévolution successorale de l'auteur soit encadrée par le Code de la propriété intellectuelle[128], le droit d'auteur n'échappe pas aux règles du droit commun des libéralités[129]. Ainsi, comme le relevait E. POUILLET, les droits d'auteur peuvent être cédés soit par donation entre vifs, soit

---

[127] V. *infra* n° 47.

[128] L'article L. 122-2 du CPI reconnaît la succession de l'auteur et encadre notamment l'ordre de dévolution successorale : « À leur défaut, ou après leur décès, et sauf volonté contraire de l'auteur, ce droit est exercé dans l'ordre suivant : par les descendants, par le conjoint contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage, par les héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession et par les légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir. »

[129] La dévolution des droits patrimoniaux et moraux de l'auteur obéissent aux règles édictées par les articles 731 et s. du C. civ., C. CARON., *Droit d'auteur et droits voisins* : LexisNexis, 2017, 5ème éd., p. 323, n° 341 ; Dans la pureté des principes, le don des droits d'auteur doit se conclure par acte authentique devant notaire, P.-Y. GAUTIER, *Propriété Littéraire et artistique* : PUF Droit, 2016, 10ème éd., p. 571, n° 531 ; V. également, quant au renvoi au droit commun, A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C BERNAULT., *Traité de la propriété littéraire et artistique* : LexisNexis, 2017, 5ème éd., p. 559, n° 665 : V. également S. HOVASSE-BANGET, *La propriété littéraire et artistique en droit des successions*, th. Rennes I, 1990, p. 245, n° 243 et s.

par disposition testamentaire, tout en précisant que les règles en matière de donation et de testament doivent être suivies[130]. Plus récemment, le professeur P.-Y. GAUTIER a considéré que les libéralités sont expressément admises et qu'elles obéissent à leurs propres règles de validité[131]. Enfin, le professeur M. VIVANT retient que la donation est parfaitement recevable[132]. En effet, le droit d'auteur étant reconnu comme une forme de propriété à part entière[133], l'auteur peut choisir d'exercer son *abusus* et ainsi de s'appauvrir de ses droits immatériels : ces derniers passeront du patrimoine du disposant à celui du gratifié.

28. **Distinction avec les contrats de bienfaisance**. Les contrats de bienfaisance et les libéralités sont distincts. La libéralité peut en effet être définie comme « *une opération consistant à transférer sans contrepartie et dans une intention libérale une valeur patrimoniale, du patrimoine d'une personne appelée disposant, dans celui d'une autre appelée gratifiée* »[134]. Plus précisément, la libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne[135]. Il s'agit ainsi d'un mouvement de valeur : *« une valeur disparait du patrimoine du disposant ou du gratifiant pour se retrouver dans celui du*

---

130 E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique* : LGDJ, 1908, 3ème éd., par Maillard et Claro, p. 307, n° 376.

131 P.-Y. GAUTIER, *op. cit.* p. 570, n° 530.

132 M. VIVANT., « La pratique de la gratuité en droit d'auteur » : *RLDI* 2010/60, n° 1993, spéc. n° 3 ; V. également N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés* : Dalloz, 2010, préf. P.-Y GAUTIER, p. 252, n° 290 et s.

133 C. CARON, « La fonction du droit de propriété consiste à organiser le rapport de droit entre une personne et une chose qui a une valeur. Il serait dommage que les biens immatériels, siège de valeurs importantes de nos jours, soient ainsi ignorés par le droit de propriété ». En effet, « le droit de propriété incorporelle » indiqué à l'article L. 111-1 du CPI correspond aux exigences de l'article 533 du C. civ. définissant les droits de propriété : les droits de propriété intellectuelle permettent de jouir des fruits de leur exploitation et sont susceptibles d'être cédés, *op. cit.* p. 267, n° 296 ; V. également P.-Y. GAUTIER, *op. cit.,* p. 26, n° 16 ; N. BLANC, *ibid.,* p. 232, n° 266 ; Le droit de propriété a également été reconnu par le C. const. et la CEDH, notamment dans l'affaire du 29 janvier 2009, *Balan c/ Moldavie* ; L'auteur dispose ainsi de l'*abusus* et du *fructus*, T. AZZI : « il peut ainsi se libérer de sa chose – qui est ici un objet immatériel – tout en renonçant à en percevoir les fruits », « La cession à titre gratuit du droit d'auteur » : *RIDA* 2013, n° 237 et également S. BENILSI, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. Montpellier, 2006, p. 410, n° 684 et s.

134 P. GUIHO, *Donation et testament* : L'Hermès, 1997, p. 5, n° 1.

135 C. civ., art. 893 al. 1 ; V. également P.-H., ANTONMATTEI, J. RAYNARD, « Une convention opérant transfert de propriété sans contrepartie n'est pas une vente mais une donation, pour autant que le donateur soit inspiré par *l'animus donandi*, l'intention libérale de gratifier », *Droit civil Contrats spéciaux :* LexisNexis, 2013, 7e éd., p. 79, n° 81.

bénéficiaire »[136]. À l'inverse, il a été admis que les contrats de bienfaisances sont ceux dans lesquels une partie réalise une prestation de service à l'autre sans contrepartie. Les premiers confèrent un droit réel au bénéficiaire quand les seconds transfèrent un droit personnel[137].

Il s'agira alors d'identifier les libéralités applicables au droit d'auteur ainsi que de déterminer leurs formes (§1) avant d'envisager les conditions requises afin que ces derniers respectent les règles propres au droit d'auteur, dont notamment celle de l'identification des droits cédés (§2).

§ 1. – Identification des libéralités en droit d'auteur

29. **Identification des libéralités.** L'auteur confronté aux libéralités aura le choix de conclure, d'une part, des donations (A), et d'autre part, des legs (B).

A. – Des donations

30. **Droits d'auteur et donations.** Afin d'étudier comment les donations tendent à s'appliquer à l'auteur, il est nécessaire, dans un premier temps, de déterminer l'ensemble des donations existantes (1) et, dans un second temps, d'identifier les types de donation pouvant s'appliquer à la matière (2).

1- Identification des donations

31. **Des donations.** Les donations peuvent être définies comme « *tous actes* (…) *passés devant notaire dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité* »[138]. Il est cependant possible de distinguer les donations dites « classiques », dans lesquelles l'on ne peut déceler de contreprestation (α), des donations dans lesquelles une contreprestation est présente (β).

---

[136] S. BENILSI, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. Montpellier, 2006, p. 69, n° 115.
[137] V. notamment en ce sens, *ibid.,* p. 265, n° 437.
[138] C. civ., art. 931.

α - *Les donations classiques : des donations sans contrepartie*

32. **Les donations classiques.** Il apparaît important de distinguer « *la donation entre-vifs, contrat solennel dont les formes sont réglées par la loi, et la donation, fait économique concret, qui se réalise soit dans les formes propres de la donation, soit de toute autre manière* »[139].

33. **La donation directe.** L'article 894 du Code civil énonce que « *la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte* ». Il apparaît alors aisé de comprendre que la donation est conclue entre vifs et produit ses effets entre vifs[140]. La prestation consistera au « dépouillement ». Il s'agit du fait, pour le donateur, de transmettre la propriété de son bien au donataire, cette transmission aboutissant alors à un enrichissement de ce dernier corrélativement à l'appauvrissement du donateur. La donation est alors un acte unilatéral – une seule obligation est présente – et à titre gratuit – l'obligation aboutie à la réalisation d'une seule prestation sans que soit présente de contrepartie. Il s'agit là de l'élément matériel de la donation. Ainsi, et en parallèle des conditions de fonds[141], la donation doit respecter, sous peine de nullité, des conditions de formes[142] : elle doit être conclue devant notaire, sous le libellé d'acte authentique. Elle est, de plus, irrévocable : il s'agit de faire prendre conscience au donateur de la gravité de son acte.

Il est cependant possible de reconnaître d'autres formes de donation. Leur validité s'explique alors par un pragmatisme de notre droit positif : en reconnaissant la validité de ces actes, les protagonistes auront moins de raisons de nier la réalité de l'acte et d'évincer sa possible clandestinité[143].

---

[139] J. RAY, *La notion de donation en droit civil français*, th., Paris, 1912. p.33.

[140] Bien qu'il soit admis que la donation puisse être conclue à cause de mort. En effet, la donation peut permettre d'instituer un héritier. Ses effets se produiront alors à cause de mort. La donation apparaitra comme « une option successorale », C. JUBAULT, *Droit civil, Les successions, Les libéralités* : Montchrestien, 2ème ed., 2010, p. 526, n° 766.

[141] Que sont le transfert d'un bien sans contrepartie et l'existence d'une intention libérale. Pour cette dernière condition, v. *infra* n° 54 et s.

[142] V. C. civ., art. 931.

[143] C. JUBAULT, *op. cit.,* p. 545, n° 794.

34. **La donation manuelle.** Véritable contrat réel[144], le don manuel peut être attaché à un régime juridique ayant existé avant le code Napoléon[145]. La conclusion du don manuel n'emporte cependant pas obligation de se soumettre aux règles de formalisme : il peut être tacite et résultera alors de la réception de l'objet par le donataire, de la remise de la chose « de la main à la main »[146]. Respectant cette tradition, la Cour de cassation considère « *que le don manuel n'a d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée, effectuée dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession de celui-ci et assure l'irrévocabilité de la donation* »[147]. La prestation consiste ainsi en la dépossession « manuelle » d'un bien, à son transfert de propriété sans qu'il y ait de contreprestation. La Cour de cassation va même jusqu'à préciser que le don manuel doit être non équivoque et ne peut porter que sur des biens meubles corporels[148]. N'étant pas soumise au respect des conditions de l'article 931, la donation manuelle est de fait, difficile à prouver : le donataire devant si besoin prouver la remise de la chose[149].

35. **La donation indirecte.** La donation indirecte peut être qualifiée de « *celle qui résulte d'un acte ou d'une clause abstraite, qui n'indique pas s'ils sont consentis à titre gratuit ou onéreux* »[150], autrement dit, d'un acte neutre. Analysant les autres donations comme l'existence d'un transfert de flux de richesse entre les protagonistes – donations directes –, la donation indirecte n'apparaît ainsi pas, pour le professeur R.

---

144 En respectant la tradition d'une remise matérielle exigée : « le don manuel apparaît alors comme le contrat réel par excellence, le plus pur qui soit », N. PETERKA, *Les dons manuels* : LGDJ, 2001, préf. P. CATALA, p. 279, n° 338 ; V. également en ce sens G. PACILLY, « Le don manuel prend sa force obligatoire dans le fait de la remise de la chose donnée qui remplace l'acte authentique », *Le don manuel*, th. Caen, 1936, p. 21, n° 7.

145 J. RAY., *op. cit*, « Il faut les rattacher [les dons manuels] à un régime qui a précédé le Code civil et qui lui a survécu », p. 30. ; V. aussi N. PETERKA, *ibid* ; V. également P. MALAURIE., C. BRENNER, *Les successions, les libéralités* : LGDJ, 6ème éd., 2014, p. 218, n° 418 et s.

146 N. PETERKA, *op. cit.*, p. 314, n° 367.

147 Cass. 1re civ., 11 juill. 1960 : *D.* 1960, p. 702, note P. VOIRIN ; Il est aussi appelé « contrat-tradition » par G. PACILLY, *op. cit*, p. 21, n° 7.

148 Cass. 1re civ., 3 avr. 2002 : *D.* 2003, p. 46, obs. G. Champenois. Dans cet arrêt, la Cour considère qu'il n'est pas établi de don manuel lorsqu'il n'est pas précisé que le donateur ait accès au coffre dans lequel a été déposé un chèque ; V. aussi en ce sens N. PETERKA, *op. cit.* p. 316, n° 370 et s.

149 Cela peut être par écrit, témoignages, ou présomptions susceptibles de prouver ces éléments.

150 A. PONSARD, Les donations indirectes en droit civil français, th. Dijon, 1946, p. 130.

LIBCHABER, comme une donation à proprement parler[151]. Ceci s'explique par le fait qu'il n'y a pas de transfert de propriété entre les parties, mais plutôt la création de droit *ex nihilo*, ou plus particulièrement, de la renonciation d'un droit au profit d'une personne : « *la gratification du bénéficiaire ne suppose pas un transfert de richesse de donateur à donataire, mais se constate à la façon d'un résultat obtenu par des voies souterraines,* (…) *les parties ne se donnent rien* »[152]. Comment alors définir la prestation résultant de la donation indirecte ? Elle se trouvera dans *« la renonciation à un droit réel »*[153], une prestation « négative », et non dans la prestation objective de fournir ou de faire, prestation « positive » : bien qu'il n'y ait pas de transfert de bien, il y a transfert de valeur, car la renonciation de droit au profit d'une personne – alors donataire –, l'enrichit d'une manière ou d'une autre[154].

β - *Les donations en présence de contrepartie*

36. **De la contrepartie matérielle dans les donations.** Les actes à titre gratuit peuvent garder la qualification de donation même en présence de l'existence d'une contrepartie matérielle de la part du gratifié.

37. **Des donations avec charges.** Il est des donations dans lesquelles le donateur peut imposer une charge au donataire[155]. Néanmoins, dans quelles conditions ces actes peuvent-ils garder la qualification d'actes à titre gratuit ?

M. BOUYSSOU propose un critère de distinction dans la recherche de « l'intérêt matériel ». Ainsi, un acte conclu dans lequel le disposant recherche un avantage matériel doit être qualifié de contrat à titre onéreux : *« les deux obligations*

---

151 Pour l'auteur, la donation authentique, manuelle ou déguisée résulte d'un transfert propriété ou encore économique entre le donateur qui s'appauvrit au profit du donataire, R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte » : *D. 2000*, p. 1409.

152 *Ibid*, p. 1413 ; V. aussi Cass. 1re civ., 25 févr. 2009. Dans cet arrêt, les juges retiennent le caractère de donation indirecte lorsque la donatrice prend à sa charge les frais et émoluments de la donation-partage.

153 S. BENILSI, *op. cit.*, p. 70, n° 118.

154 R. LIBCHABER prend l'exemple dans son exposé d'une situation tripartite : un créancier, son débiteur et un tiers. Le tiers, voulant venir en aide au débiteur va être en charge de payer le créancier. Le débiteur premier, n'ayant pas payé son dû, n'aura donc pas vu son patrimoine s'appauvrir, tandis que le tiers, ayant payé à la place, sera lui, appauvri, *op. cit.,* p. 1413 ; V. également P. MALAURIE., C. BRENNER, *op. cit.,* p. 230, n° 440 et s.

155 V. notamment F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, Dalloz, 2014, 4e éd., p. 325, n° 348.

corrélatives assumées par les parties sont alors dans un rapport d'équivalence »[156]. Il faut comprendre qu'*a contrario*, lorsque le rapport n'a pas d'équivalence, les actes sont qualifiés d'actes à titre gratuit. Cette approche a toutefois été critiquée par le professeur J.-J. DUPEYROUX : en effet, il estime que toute disposition avec charge relève de la gratuité dès lors qu'il y a un intérêt pour le gratifié et qu'il n'y a pas de préjudice. *A contrario*, l'acte est qualifié d'acte à titre onéreux lorsqu'il y a une « *dualité des sacrifices* »[157]. Pourquoi alors ne retenir que le critère du « sacrifice », et non pas celui de « l'équilibre des prestations » ? Il faut, en ce sens, se tourner vers la critique réalisée à ce sujet par le professeur N. PETERKA. Pour cette dernière, le critère retenu par le professeur J.-J. DUPEYROUX revient à qualifier un acte comme étant à titre onéreux dès lors qu'il n'y a aucune contrepartie matérielle[158]. Elle constate néanmoins que lorsque le bénéficiaire se voit imposer un fait et qu'il agira en ce sens, l'acte devra être qualifié comme étant à titre onéreux. *A contrario*, l'acte sera à titre gratuit *« lorsque l'avantage conféré à l'une des parties n'a pas pour fin la compensation d'un sacrifice objectivement ou subjectivement équivalent »*[159]. Ainsi, *seule la contrepartie économique dont bénéficie le tradens et l'absence d'enrichissement exclusif de l'accipiens justifient la disqualification de l'acte juridique »*[160] en tant que donation. C. DUPOUEY arrive à la même conclusion : *« si le gratifié ne conserve aucun avantage parce que le montant de la charge est équivalent ou supérieur à la valeur du bien reçu, le contrat est requalifié en contrat conclu à titre onéreux »*[161]. Ainsi, tout comme le retenait le professeur H. MÉAU-LAUTOUR, *« le critère du gratuit doit se trouver dans la non-équivalence objective et subjective des sacrifices antagonistes »*[162]. En ce sens, et afin de déterminer si une donation avec charge garde sa qualification d'acte à titre gratuit, il suffit de rechercher

---

156 M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, 1947, préf. G. MARTY, p. 179, n° 105.

157 N. PETERKA, *op. cit.*, p. 102, n° 116 ; V. également J.-J. DUPEYROU, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. Toulouse, 1955, p. 154, n° 140 et s.

158 *Ibid.*, p. 102, n° 117.

159 *Ibid.,* p. 103, n° 118.

160 *Ibid.*, p. 104, n° 120.

161 C. DUPOUEY, *Essai sur la notion de contrepartie : contribution à l'étude des rapports entre droit du travail et droit des contrats*, th. Toulouse I, 2007, p. 135, n°197.

162 H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, préf. P. RAYNAUD, p. 52, n° 55-57.

l'existence d'une équivalence des prestations entre le disposant et le gratifié[163]. Dans l'hypothèse où les prestations ne peuvent être évaluées pécuniairement, l'acte gardera sa qualification d'acte à titre gratuit[164].

Le contrat commutatif est défini comme un contrat par lequel *« chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle »*[165]. L'équivalence doit alors être regardée, d'une part, comme un critère objectif – une égalité réelle, objective des prestations[166] –, et comme un critère subjectif – la recherche d'une égalité de valeur par les parties. Ainsi, si l'équivalence subjective suffit à écarter la gratuité en présence d'une prestation réciproque objective, l'équivalence objective permet de conclure à l'onérosité du contrat même en l'absence d'équivalence subjective[167]. Pour qu'un acte soit qualifié comme étant à titre onéreux, *« il suffit que les prestations échangées soient équivalentes, que ce soit objectivement ou subjectivement »*[168]. *A contrario, « la gratuité est possible même en présence d'une contre-prestation, dès lors que cette dernière n'est pas équivalente, objectivement ou subjectivement à la prestation fournie par le gratifiant »*[169]. C'est pourquoi il convient de reconnaitre l'existence d'un acte à titre gratuit dans lequel une contrepartie est décelable, notamment dans les donations avec charges, actes dans lesquels le gratifié peut être tenu de réaliser une prestation objectivement et subjectivement de moindre valeur.

La donation avec charge peut ainsi apparaître comme un contrat synallagmatique à titre gratuit lorsque la charge, consentie au profit du gratifié, n'est pas équivalente à la donation et dans laquelle il reste possible de déterminer un avantage au profit du donataire[170] . Plus précisément, le gratifié ne percevra la

---

163 Ainsi, si la prestation imposée au gratifié s'avère être d'une valeur inférieure à celle réalisée par le disposant, l'acte devra garder sa qualification d'acte à titre gratuit, v. en ce sens, J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil, Les libéralités* : coll. U, Armand Colin, 1982, p. 94, n° 143 ; M. GRIMALDI, *Libéralités partages d'ascendants* : Litec, 2000, p. 135, n° 1197 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *ibid.,* p. 54, n° 57 ; N. PETERKA, *op. cit.*, p. 105, n° 120.

164 J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, t.1, th. Toulouse, 1920, p. 68 ; V. également C. DUPOUEY, *op. cit.,* p. 136, n° 198.

165 C. civ., art. 1104.

166 S. BENILSI, *op. cit.*, p. 230, n° 377.

167 *Ibid.*

168 *Ibid.*

169 S. BENILSI, *op. cit.*, p. 243, n° 398.

170 C. DUPOUEY, *op. cit.*, p. 200, n° 201 et 202 ; V. également en ce sens, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *op. cit.,* p. 253, n° 255.

donation que s'il exécute la charge : par l'acceptation de cette exécution, il percevra l'avantage issu de la donation[171]. Le nouvel article 1168 du Code civil retient ainsi, et en ce sens, que dans les contrats synallagmatiques, *« le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement »*[172].

38. **Des donations rémunératoires**. Les donations rémunératoires sont définies par la doctrine comme *« des libéralités consenties en récompense d'un service rendu : un malade gratifie un médecin pour le remercier de ses soins, un maitre récompense un serviteur de sa fidélité, un rescapé son sauveteur de son intervention (…) »*[173]. Ainsi, les donations rémunératoires sont réalisées en reconnaissance d'un service rendu antérieurement par le donataire, tandis que les donations avec charges sont réalisées en reconnaissance d'un service rendu ultérieurement[174]. Néanmoins, afin de qualifier la donation rémunératoire d'acte à titre gratuit, il est nécessaire d'analyser dans quelle mesure elle peut apparaître comme une prestation réciproque au service rendu[175].

C. DUPOUEY relève à juste titre que *« si les services rendus antérieurement au donateur ont déjà fait l'objet d'une rémunération, il est indubitable que la donation doit être traitée comme une donation ordinaire »*[176]. *A contrario*, il faut distinguer si les services rendus sont pécuniairement appréciables ou non[177]. Néanmoins, cette distinction est contestable[178]. Il faut en effet, non pas évaluer l'équivalence des prestations comme dans l'hypothèse d'une donation avec charge, où la charge apparaît comme la contrepartie de moindre valeur voulue à la libéralité,

---

171 C. DUPOUEY, *op. cit.,* p. 200, n° 202 ; V. également, C. JUBAULT, « Une charge, en droit des libéralités, désigne un devoir ou une obligation que le bénéficiaire de la libéralité devra respecter. L'acceptation de la libéralité emporte l'engagement de respecter la charge qui lui est associée, *op. cit.*, p. 489, n° 705.

172 C. civ., art. 1108.

173 F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *op. cit.,* p. 259, n° 261 ; V. également en ce sens P. MALAURIE., C. BRENNER, *op. cit.,* p. 193, n° 380.

174 C. DUPOUEY, *op. cit.*, p.170, n° 252.

175 V. en ce sens, N. PETERKA, *op. cit.*, p. 108, n° 126 ; C. DUPOUEY, *ibid.,* p. 170, n° 252.

176 C. DUPOUEY, *op. cit.,* p. 170, n° 252 ; N. PETERKA observe en ce sens que si les parties contractualisent leur relation et stipulent un prix au service rendu antérieurement, il s'agira non plus d'une donation rémunératoire mais d'une dation en paiement, *ibid.*, p. 120, n° 135.

177 *Ibid.*

178 P. MALAURIE., C. BRENNER, *op. cit.,* p. 193, n° 380.

mais déterminer ici la présence de l'existence d'une intention libérale, de la conclusion d'un acte issu de la volonté du disposant de procurer un enrichissement au gratifié[179]. La donation rémunératoire sera alors qualifiée d'acte à titre gratuit par la présence de la spontanéité du geste, spontanéité qui ne peut être assimilée à une contrepartie [180] , à une interdépendance des prestations. Ainsi, la donation rémunératoire *« doit conserver sa nature gratuite, dès lors que le disposant ne pouvait être contraint judiciairement, par le prestataire de service, au versement accompli sur un fondement contractuel, quasi-contractuel, délictuel, quasi-délictuel, ni subsidiairement, sur celui de son enrichissement non causé »*[181].

La donation rémunératoire n'apparaît-elle alors pas comme la reconnaissance de l'existence d'un « contre-don » intervenant après la réalisation d'un premier don par le gratifié, mais indépendant de ce dernier ? Il apparaît en effet nécessaire que les deux prestations soient indépendantes l'une de l'autre et qu'il n'existe pas, comme l'a observé le professeur N. PETERKA, de lien juridique entre les parties dès la réalisation du premier service rendu par le gratifié. S. BENILSI observe à ce titre la nécessité de reconnaître la qualification du service rendu comme un acte à titre gratuit et ainsi, de le reconnaître comme étant indépendant de la donation[182].

Si les prestations sont indépendantes entre elles, le mobile du disposant réside néanmoins dans la volonté de récompenser, de remercier la réalisation du service rendu antérieurement, comme cela est décelable dans les sociétés archaïques[183]. La « contrepartie » du service réside dans la volonté de la part du disposant de faire plaisir, de remercier. La « contrepartie » trouve alors son fondement dans un élément moral, subjectif, de *« préférer autrui à soi-même »*[184], aboutissant à la reconnaissance d'un intérêt entre les parties : le don apparaît ainsi comme le remerciement du service rendu antérieurement, comme la volonté d'entretenir une relation privilégiée avec le gratifié.

---

[179] Néanmoins, si la valeur de la donation est en corrélation avec le service rendu, il s'agit du paiement d'une dette antérieure, autrement dit d'un acte dénué d'intention libérale, Cass. 1re civ., 28 février 1984 : *Bull. civ.* I, n° 78 ; V. aussi P. MALAURIE., C. BRENNER, *ibid.,* p. 193, n° 380.

[180] N. PETERKA, *op. cit.*, p. 120, n° 135.

[181] *Ibid., ;* Ainsi, dès lors que le donateur est intervenu « en exécution du principe d'équité fondant la théorie de l'enrichissement sans cause », l'acte doit être exclu de la « sphère de la gratuité », *op. cit.*

[182] S. BENILSI, *op. cit.*, p. 138, n° 231.

[183] V. *infra* n° 63 et s.

[184] V. *infra* n° 54 et s.

2 – La forme des donations en droit d'auteur

39. **La forme des donations.** C'est en répondant à une question concernant la recherche de l'intention libérale de l'auteur que les juges de la cour d'appel de Versailles sont venus apporter une précision quant à la forme requise de la donation en droit d'auteur[185]. Dans cette affaire, un des coauteurs du scénario du film *À bout de souffle* – qui n'était autre que François Truffaut –, avait déclaré renoncer à ses droits patrimoniaux au profit de la société productrice de manière conventionnelle. Souhaitant revenir sur sa décision, François Truffaut a alors demandé la nullité de l'acte sur le fondement de l'article 931 du Code civil pour non-respect des conditions de forme. La société défenderesse, quant à elle, mettait en exergue le fait que la renonciation des droits n'impliquait pas la nécessité de l'existence de l'intention libérale et était donc parfaitement valable. Les juges n'ont alors pas retenu la qualification de donation indirecte. En effet, pour ces derniers, il s'agit en l'espèce d'une donation ostensible qui se devait d'être mue par l'existence de l'intention libérale : ils prononcent la nullité de l'acte. Ce dernier, en tant que donation, aurait dû être passé devant notaire en respectant le formalisme y afférant.

40. **Exclusion de la donation indirecte.** Bien qu'elle soit critiquée, la décision des juges semble somme toute logique[186]. Il est en effet admis que la donation indirecte *« esquive toute transmission de richesse entre les parties »*[187]. S'agissant des droits réels, un usufruitier peut améliorer la situation du nu-propriétaire en renonçant à son usufruit : l'extinction de son droit réel s'analyse en un appauvrissement patrimonial au profit du propriétaire – il n'y a pas de transmission, simplement une renonciation[188]. La renonciation à un droit réel consolide les droits du propriétaire[189] : il faut alors exclure des donations indirectes le droit de propriété et y inclure uniquement ses attributs. Par la renonciation à ses droits d'auteur, François Truffaut

---

185 CA Versailles, 20 janv. 1987 : *D.* 1998, Somm. 207, obs. Colombet ; *RTD civ*. 1988, p. 802, obs. Patarin.

186 Pour certains auteurs, cette jurisprudence va à l'encontre de la donation indirecte, P.-Y GAUTIER, *op. cit.,* p. 571, n° 531.

187 R. LIBCHABER, *op. cit.*, n° 7 ; V. également *supra* n° 35.

188 *Ibid.,* n° 15.

189 *Ibid.*

s'appauvrit en réalisant un transfert de propriété de ses droits, de son patrimoine à celui de la société de production, cette dernière étant alors gratifiée. Il y a ainsi, par la renonciation, un transfert de droit, un acte positif induisant un appauvrissement et non un acte négatif de renonciation à un droit : elle ne peut donc s'analyser comme une donation indirecte. Il est néanmoins possible de considérer, dans le cadre d'une donation indirecte réalisée par un auteur, que ce sont les fruits de l'exploitation de l'œuvre – et non les droits – qui seront cédés au gratifié. *A priori* donc, et uniquement dans ce cas, il faut considérer la donation indirecte comme valable[190].

41. **Exclusion de la donation manuelle.** La cession pure et simple des droits patrimoniaux doit ainsi être soumise au formalisme des donations directes encadrées par l'article 931 du Code civil. En effet, s'il faut exclure la donation indirecte, il faut également exclure la donation manuelle. La question se pose alors de savoir si cette dernière, pouvant être appréhendée comme la dépossession « manuelle » d'un bien, trouve à s'appliquer à l'égard des droits d'auteur.

S'il est possible, dans un premier temps, d'écarter la possibilité de faire un don manuel des droits d'auteur, du fait de leur immatérialité – il serait en effet difficile de remettre matériellement des choses qui sont, par nature, immatérielles –, il faut, dans un second temps, exclure la reconnaissance d'un transfert des droits d'auteur suite à une remise manuelle de l'œuvre. En effet, *« la propriété incorporelle (…) est indépendante de la propriété de l'objet matériel »*[191]. La Cour de cassation l'avait même admis en 1919 en affirmant que, *« en droit, (…) la propriété d'un ouvrage est distincte de celle du manuscrit qui le contient, et n'en forme pas un accessoire (…), cette propriété littéraire, objet incorporel, n'étant pas susceptible de possession matérielle, ne peut être transmise au moyen d'un don manuel »*[192]. La transmission du support de l'œuvre n'emporte ainsi pas transmission des droits de propriété littéraire et artistique[193]. Il faudrait en effet, pour qu'une telle donation soit valable, admettre, et comme le soulève à juste titre le professeur N. PETERKA, que la remise de l'œuvre – entendre par là, son support – réalise un transfert automatique des droits d'auteur, au

[190] S. HOVASSE-BANGET, *op. cit.,* p. 246, n° 246.
[191] CPI, art. L. 111-3.
[192] Cass. 1re civ., 26 févr. 1919, *S.* 1920, I, 203.
[193] V. également en ce sens, S. HOVASSE-BANGET., *op. cit.* p. 249, n° 247.

même titre que la remise d'une chose peut symboliser la transmission de l'usufruit[194]. Or, les droits de propriété intellectuelle constituent une *res* incorporelle dépourvue de tout support[195]. Ils ne sauraient, de fait, faire l'objet d'une donation manuelle.

42. ***Quid* des donations en présence de contrepartie ?** Peut-on envisager une donation et ainsi un acte à titre gratuit en l'absence de contrepartie, en droit d'auteur, dans l'hypothèse de la conclusion d'une donation avec charge ou d'une donation rémunératoire ?

La donation avec charge est juridiquement valable à partir de l'instant où la charge imposée par le gratifiant au gratifié est d'une valeur inférieure, non réciproque, à la donation réalisée au profit de ce dernier[196]. Ainsi, une donation avec charge sera valable à partir de l'instant où la valeur de la charge imposée sera inférieure à la valeur des droits transférés – il sera cependant plus aisé de connaître la valeur des droits transférés s'ils concernent une œuvre déjà exploitée. Cependant, si la charge imposée au gratifié concerne les droits transférés et notamment leur exploitation, la donation est-elle juridiquement valable ? Il convient de rappeler succinctement que l'essence même du droit d'auteur est non seulement de permettre à l'auteur de détenir des droits sur son œuvre mais surtout d'encadrer son exploitation. Ainsi, dans le cadre d'une donation avec charge concernant les droits transférés, l'auteur peut transmettre ses droits au profit d'un donataire tout en lui imposant de les exploiter ou d'en assurer la gestion. La donation se matérialise alors par le transfert des droits et la charge, par leur exploitation. En réalisant une telle donation, l'auteur agit-il véritablement dans le cadre d'une intention libérale ? Celui-ci, en imposant une telle charge, n'envisage-t-il pas une certaine reconnaissance et ainsi une contrepartie morale ?[197] La valeur « commerciale » d'une œuvre n'étant connue qu'après son exploitation – en tant que bien d'expérience[198], son utilité et sa valeur ne sont connues qu'après usage –, l'ensemble des moyens mis en œuvre par le gratifié afin de respecter sa charge ne sera-t-il pas supérieur à la valeur réelle des droits transférés ? C'est en ce sens qu'il n'apparaît pas opportun, en cette hypothèse, de recourir à la conclusion d'une

[194] N. PETERKA, *op. cit.*, p. 161, n° 195.
[195] *Ibid.*, p. 163, n° 198.
[196] V. *supra* n° 37.
[197] V. en ce sens *infra* n° 71.
[198] V. *infra* n° 282.

donation avec charge, mais, plus particulièrement, de conclure un contrat d'exploitation à titre gratuit[199].

S'agissant de la donation rémunératoire, en considérant que l'acte intervient ultérieurement à un service rendu tout en lui étant indépendant et la contrepartie étant uniquement « morale », dans le plaisir de remercier, elle ne semble poser aucune problématique particulière.

43. **La donation des droits d'auteur : une donation directe déduisant l'intention libérale de l'auteur.** Après avoir exclu de la forme des donations la donation indirecte et la donation manuelle, il faut en conclure que la donation pure et simple des droits patrimoniaux de l'auteur est soumise au formalisme de l'article 931 du Code civil de la donation directe lorsqu'il est impossible d'y déceler la présence de contrepartie, notamment matérielle. Il s'agit en effet d'un véritable dépouillement des droits d'auteur au profit d'un gratifié, autrement dit, d'un véritable transfert de droits sans contrepartie[200]. Le lien existant entre un auteur et le prolongement de sa personnalité se doit ainsi d'être préservé.

De plus, le formalisme de la donation directe facilitera la recherche de l'intention libérale. Dans l'hypothèse où la cession à titre gratuit ne revêt pas le formalisme de la donation directe, les juges devront alors rechercher la présence de l'intention libérale de la part de l'auteur. Cela aura pour conséquence, soit de déclarer l'acte de cession nul pour non-respect des formes de la donation en cas de présence d'intention libérale, soit de venir requalifier la libéralité en acte de cession à titre gratuit en cas de présence d'intérêt[201].

---

[199] V. *infra* n° 91.

[200] S. BENILSI., *op. cit.* p. 413, n° 689.

[201] CA Paris, 1er juill. 1998 : *RIDA* 4/1999, p. 390.

B. – Les legs

44. **Droits d'auteur et legs.** Tout comme pour les donations, il est nécessaire, afin de comprendre comment les legs tendent à s'appliquer au droit d'auteur, de déterminer, dans un premier temps, les différents types de legs existants (1) avant d'identifier ceux pouvant s'appliquer à la matière (2).

1 – Détermination des legs

45. **Du testament.** Afin de trouver une définition du legs, il faut se rapprocher de l'article 895 du Code civil définissant le testament. En ce sens, le testament apparaît alors comme *« un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer »*. Il s'agit d'un acte unilatéral donnant la possibilité au testateur de léguer tout ou partie de ses biens à une personne, membre de la famille ou non. Par cet acte, il gratifiera le légataire d'un bien. Le testament, à la différence de la donation, n'est pas aussi strictement encadré quant à sa formation, même s'il faut reconnaître que la rédaction d'une donation ou d'un testament devant notaire permet une meilleure protection de l'acte quant à ses conditions d'exécutions et ses effets. Ainsi, en plus du testament authentique[202], existent le testament olographe[203], le testament mystique[204] ou encore le testament international[205].

Néanmoins, le testament peut être révocable. En effet, la révocabilité peut être expresse[206] – manifestation de la volonté de supprimer une volonté antérieure –,

[202] C. civ., art. 971 à 975 : le testament authentique est le testament par lequel le testateur dicte ses volontés écrites à la main par le notaire ou un collaborateur.
[203] C. civ., art. 970. Le testament olographe est le testament écrit à la main, du testateur lui-même. « Le testament olographe ne sera point valable s'il n'est écrit en entier, daté et signé, de la main du testateur : il n'est assujetti à aucune autre forme ».
[204] Le testament mystique répond à une procédure en deux temps : la rédaction, et ensuite un formalisme venant pallier les lacunes de formes de l'acte initial. Cette forme de testament existe par exemple lorsqu'une personne ne sait pas écrire.
[205] L'avantage de ce testament tient au fait que sa forme soit reconnue dans tous les pays ou le *de cujus* a intérêt. Il a été créé par la Convention de Washington du 26 Octobre 1973.
[206] C. civ., art. 1035 : « les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou partie, que par un testament postérieur ou par un acte devant notaires portant déclaration du changement de volonté ».

tacite[207] – les nouvelles volontés sont contraires aux anciennes –, ou intervenir en cas de destruction du testament lui-même lorsque le testateur en avait possession[208]. Le testament organisant la prestation – alors réalisée à cause de mort – tendant au transfert d'un ou plusieurs biens du patrimoine du *de cujus* à celui de l'*accipiens*, il s'agit d'un acte à titre gratuit, de la réalisation d'une prestation sans contrepartie. Il est même possible d'affirmer que le testament est un acte à titre gratuit par définition car il est difficile d'imaginer l'existence d'une contrepartie au transfert du bien, la personnalité juridique, et *a fortiori*, le patrimoine, disparaissant à cause de mort[209].

Pour que l'acte soit qualifié d'acte à titre gratuit, qu'il s'agisse d'un contrat de bienfaisance ou d'une libéralité, il est nécessaire que la prestation unilatérale se concluant par un enrichissement corrélatif à un appauvrissement ait été voulue. Il faudra ainsi rechercher cette volonté dans l'intention libérale du disposant.

2 – La forme des legs en droit d'auteur

46. **Détermination de la forme du testament.** Les conditions de formes que requiert le testament ne posent pas de véritables difficultés. Défini à l'article 895 du Code civil, « *le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer* ». Par cet acte, le testateur gratifiera, lors de sa mort, un légataire.

La rédaction du testament peut prendre plusieurs formes. Il pourra ainsi être qualifié de testament authentique, olographe, mystique ou encore international[210]. Cependant, et toujours dans une volonté de protéger la volonté de l'auteur dans sa libéralité, il est nécessaire d'admettre que la forme la plus sûre est celle du testament authentique ou celle du testament olographe, à condition que l'auteur ait bien pris soin d'identifier l'ensemble des droits cédés au légataire, dans la limite du respect de la réserve due aux héritiers concernant les dispositions testamentaires des droits

[207] C. civ., art. 1036 : « les testaments postérieurs, qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents, n'annuleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles ou qui seront contraires ».
[208] Ce qui peut être le cas en cas de testament olographe ou mystique.
[209] V. S. BENILSI, *op. cit.*, p. 71, n° 119.
[210] V. *supra* n° 45.

patrimoniaux[211]. Le testateur pourra également désigner au choix une fondation ou une association dans l'exercice *post mortem* de son droit moral.

Néanmoins, H. DUPIN, dans son intervention lors du colloque organisé sur la transmission successorale du droit d'auteur[212], rappelle les règles opportunes à respecter avant de rédiger un testament. Elle insiste notamment sur l'attention particulière à apporter au régime matrimonial de l'auteur afin de respecter les quotes-parts revenant à chacun de ses héritiers[213] ; puis, par la suite, sur la nécessité de respecter la volonté du *de cujus* dans la succession de ses droits d'auteur et ainsi prendre garde à une rédaction claire et précise du testament. Dans la continuité de sa réflexion, H. DUPIN propose, avec A.-S. NARDON, un « clausier » type à insérer dans les testaments d'auteur[214] afin de rendre la rédaction mais également la compréhension de ce dernier clair et précis pour que la volonté de l'auteur soit respectée.

---

211 P.-Y. GAUTIER, *op. cit*. p. 410, n° 389.

212 H. DUPIN, « De l'art de bien rédiger son testament », *in* Actes du colloque, La transmission successorale du droit d'auteur, questions d'actualité et difficultés pratiques, Institut Art et Droit, 9 avr. 2014, p. 41-46.

213 H. DUPIN, « Régime de la séparation de biens : il sera nécessaire d'inventorier le patrimoine du défunt. Mais il y aura des droits concurrents entre les enfants et l'épouse, un démembrement des droits. En application de l'usufruit du conjoint survivant selon le droit commun, les enfants communs ont une option entre le quart en pleine propriété ou la totalité de l'usufruit et les enfants « non communs » n'ont pas d'option et se voit attribuer le quart en pleine propriété. Régime de la communauté réduite aux acquêts : les biens matériels sont en communauté (donc les œuvres et leurs fruits), mais pas le monopole d'exploitation, qui est propre à l'auteur (article L. 121-9 du CPI). On fait d'abord le partage de communauté avant d'appliquer les règles successorales. Régime de la communauté universelle : tous les biens corporels du patrimoine commun demeurent propriété du conjoint survivant seul. C'est le conjoint survivant qui aura tout, donc sa succession est aussi importante pour l'œuvre et il faut penser à un éventuel testament, en termes identiques et parallèles à celui de l'artiste. Au décès du conjoint, une seule dévolution, la sienne (exclusion sauf réserve des enfants non communs) », *ibid*., p. 43.

214 H. DUPIN., A.-S. NARDON, « Proposition de clausier », *in* Actes du colloque, La transmission successorale du droit d'auteur, questions d'actualité et difficultés pratiques, Institut Art et Droit, 9 avr. 2014, p. 47-55.

§ 2. – Identification des droits patrimoniaux dans les libéralités

47. **Un transfert de propriété du patrimoine du disposant à celui du gratifié caractérisé par une « abdication ».** Dans le cadre d'une libéralité, l'appauvrissement se traduira par le transfert de propriété des droits, du patrimoine de l'auteur à celui qu'il a investi de la libéralité, ou autrement dit, par une cession pure et simple des droits, une renonciation au profit d'un donataire, et ce, de façon irrévocable. L'auteur donateur ne sera plus concerné par ce qu'il advient des droits cédés[215] et le donataire n'aura aucune obligation d'exploiter l'œuvre : le caractère désintéressé de l'acte exclut l'obligation qui pèserait sur le cocontractant de l'auteur dans l'hypothèse d'une cession à titre onéreux[216]. Il semble ainsi qu'il faille exclure la donation avec charge des libéralités des droits d'auteur[217].

48. **L'identification des droits patrimoniaux cédés.** L'article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle dispose en ses alinéas 2 et 3 que *« la cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction »* et inversement, *« la cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation »*. Les juges de la Cour de cassation ont eu à rappeler ce principe dans une affaire où un sculpteur avait institué des époux légataires et avait cédé le contenu de ses ateliers au Musée d'art moderne. Les époux ayant réalisé des reproductions des moules de certaines œuvres, le Musée revendiquait les droits de reproduction sur ces dernières. Selon la Cour, *« l'aliénation d'une œuvre d'art n'entraîne pas à moins de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction. L'aliénation doit s'entendre de tout transfert du droit de propriété d'une œuvre d'art que ce soit à titre onéreux ou gratuit, qu'il s'agisse d'une libéralité entre vifs ou à cause de mort »*[218]. Bien que l'affaire supposât de déterminer si le transfert du support de l'œuvre entraînait le

---

[215] C. CARON, *op. cit.* p. 272, n° 300.

[216] S. HOVASSE-BANGET., *op. cit.* p. 250, n° 248.

[217] N. BLANC retient qu'une donation avec charge en droit d'auteur peut avoir comme contrepartie une obligation d'exploitation à l'égard du gratifié. Elle relève toutefois que dans l'affaire Truffaut, les juges auraient dû s'interroger « sur l'incidence de l'obligation d'exploitation sur la qualification de donation ». Cela aurait sans doute amené non pas à une requalification de l'acte en une donation, mais en une cession à titre gratuit avec obligation d'exploitation, autrement dit, en un contrat d'exploitation, *op. cit.*, p. 254, n° 294 ; Sur ce sujet, v. *supra* n° 42.

[218] Cass. civ. 1re, 20 déc. 1966 : *Bull. civ.* 1966, n° 558, p. 423.

transfert des droits d'exploitations, il est possible d'aller plus loin en affirmant que par cette décision, les juges ont implicitement affirmé la nécessité de déterminer les droits cédés dans le cadre des libéralités. Il serait en effet injuste, compte tenu des prérogatives recouvrant les droits d'auteur, que l'auteur soit dépouillé de l'ensemble de ses droits par un acte de donation : les libéralités ne doivent pas dépouiller l'auteur plus que ce que ne l'aurait réellement requis sa volonté[219]. Doit-on alors se conformer aux dispositions de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, disposant en son alinéa 1, que : *« la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée »* ? À cette fin, les juges de la Cour de cassation ont déclaré qu'une cession gracieuse des droits d'auteur était nulle, car elle ne stipulait aucune clause quant à la durée et l'étendue des droits cédés[220]. L'acte relevait alors d'une cession à titre gratuit et non d'une donation.

Il apparaît alors nécessaire de se pencher sur le principe d'irrévocabilité figurant à l'article 894 du Code civil[221] et de se demander, si en matière de droit d'auteur, il serait possible de délimiter, dans le cadre d'une donation, l'étendue et la durée des droits cédés. Dans un tel cas, l'on serait face à la maxime *« Donner et retenir vaut en propriété littéraire et artistique »*[222]. Il faut, de plus, relever que l'article L. 131-3 se situe dans le Titre III du Livre 1 relatif aux droits d'auteur intitulé *« Exploitations des droits »*. Un nouvel indice, donc, pour exclure l'application de cet article quand on sait que les Titres des Codes sont à eux seuls, porteurs de la règle de droit[223]. La donation des droits d'auteur n'ayant pas pour cause l'exploitation de ces derniers, l'article L. 131-3 ne tient donc pas à s'appliquer[224]. Rien n'empêche toutefois le gratifié, s'il le souhaite, d'exploiter les droits qu'il a acquis par la suite.

---

219 Cass. civ. 1re, 20 déc. 1966, *op. cit.*

220 Cass. civ. 1re , 23 janv. 2001 : *Comm. com. électr.*, 2001, comm. 34, obs. C. Caron.

221 C. civ., art. 894 : « La donation entre vif est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte » ; S. BENILSI., *op. cit.* p. 403, n° 672.

222 Il s'agit de l'adage « Donner et retenir ne vaut » de Loysel, modifié par C. CARON lors de sa critique de l'application de l'article L. 131-3 du CPI pour les donations de droits d'auteur, obs. sous Cass. 1re civ., 23 janv. 2001, *op. cit.*

223 Association Henri Capitant, *Linguistique juridique* : Montchrestien, 1990, p. 307.

224 Même dans le cas d'une donation avec charge, cela contreviendrait au principe de l'article L. 131-4 du CPI ; V. également N. BLANC., *op. cit.* , n° 295, p. 255.

Afin d'être complet, il est nécessaire de rappeler que l'article L. 131-3 a pour finalité de protéger l'auteur, notamment lorsqu'il se retrouve face à un exploitant[225], et non dans l'hypothèse d'une libéralité, laquelle peut être réalisée pour gratifier un tiers non-exploitant. Le formalisme de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle ne tient donc pas à s'appliquer à la matière[226]. Or, et malgré cette affirmation, il convient, sans y faire référence, de tenir compte de son esprit afin d'éviter une interprétation de la libéralité qui irait à l'encontre de la volonté de l'auteur[227]. Il est alors regrettable de constater qu'un pareil article ne soit pas de portée plus générale et ne vienne encadrer la cession des droits dans le cadre des libéralités.

49. **L'identification des modes d'exploitation.** L'interprétation faite de la nécessité de déterminer les droits cédés s'applique également pour les différents modes d'exploitation. Ainsi, comme le précise l'alinéa 4 de l'article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle : *« Lorsqu'un contrat emporte cession totale de l'un des deux droits visés au présent article* – à savoir le droit de reproduction et le droit de représentation *–, la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat »*. Il est alors possible de conclure que l'auteur peut opter, dans le cadre d'une libéralité, à la limitation des modes d'exploitation. L'inscription de ces derniers dans l'acte permettrait ainsi d'échapper, une nouvelle fois, à une mauvaise interprétation de la libéralité et d'aller à l'encontre de la volonté de l'auteur.

50. **Les conditions de l' « abdication ».** Il convient toutefois de noter que l'auteur pourra librement transférer ses droits à condition que ces derniers ne fassent pas déjà l'objet d'une cession à un tiers ou à un exploitant. Il n'y a pas de difficulté particulière concernant la donation entre époux des droits d'auteur : ces derniers peuvent faire l'objet d'une clause de préciput dans le contrat de mariage et ainsi être transmis à

---

225 Notamment dans le cas d'une cession avec un exploitant, Cass. 1re civ. 23 janv. 2001, *op. cit.*

226 Même si l'inverse a été admis, V. N. BLANC., *op. cit,* p. 383, n° 438.

227 Il faut néanmoins rappeler que le droit de suite ne peut faire l'objet de dévolution volontaire à un tiers, celui-ci étant inaliénable et ne profitant qu'aux héritiers. En effet, le législateur a ainsi voulu que le droit de suite, « droit alimentaire », reste dans la famille de l'artiste et passe d'un successible à un autre, P.-Y. GAUTIER, *op.cit.* p. 418, n° 395 ; Ce principe a été réaffirmé par le Conseil constitutionnel lors d'une récente décision, C. const, 28 déc.. 2012, n° 2012-276 QPC : JurisData n° 2012-021622. Néanmoins, la loi relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine encadre plus précisément le legs du droit de suite, L. n° 2016-925, 7 juill. 2016, art. 31.

l'époux[228]. Dans le cas où l'auteur souhaiterait gratifier un tiers de ses émoluments, la donation pourra revêtir la forme de la donation indirecte, forme courante dans ce domaine[229].

51. Le transfert de droits dans les actes de libéralités et les droits voisins. L'article L. 212-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose que la fixation de la prestation de l'artiste-interprète est soumise à son accord écrit et, qui plus est, que *« cette autorisation et les rémunérations auxquelles elles donnent lieu sont régies (…) par les dispositions du Code du travail »*[230]. L'artiste-interprète est donc lié par un contrat de travail à son employeur qui, dans la plupart des cas, est un producteur. Ainsi, l'artiste-interprète ne semble pouvoir faire donation de ses droits, et ce pour deux raisons. La première tient au fait que la fixation de l'interprétation de l'artiste est encadrée par les règles du contrat de travail. Établir un contrat de travail sans contrepartie financière relèverait du travail dissimulé prévu à l'article L. 8221-3 du Code du travail ou du bénévolat[231]. De plus, et comme le prévoit l'article L. 212-4 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle[232], les rémunérations des différentes exploitations de l'interprétation doivent être indiquées dans le contrat de cession entre un artiste et le producteur d'une œuvre audiovisuelle, les barèmes de ces rémunérations étant prévus dans les conventions collectives des différents secteurs culturels[233]. La deuxième raison relève simplement du fait que les droits, par la clause de cession inscrite dans le contrat d'artiste, sont cédés au producteur, l'artiste ne pouvant alors en jouir comme il le souhaite. Ainsi, même s'il y a résiliation du contrat d'artiste, il n'y a pas achèvement de la cession des droits d'exploitation des

---

[228] La donation d'œuvre future ne va pas à l'encontre de l'article L. 131-1 du CPI qui ne s'applique uniquement que pour les relations économiques entre auteur et exploitant, P.-Y. GAUTIER, *op.cit.* p. 408, n° 386 ; V. également S. HOVASSE-BANGET., *op. cit.* p. 247, n° 246

[229] S. HOVASSE-BANGET., *ibid.,* p. 246, n° 246 ; V. également *supra* n° 40.

[230] CPI, art. L. 212-2 al. 2 : « Cette autorisation et les rémunérations auxquelles elles donnent lieu sont régies par les dispositions des articles L. 7121-2 à L. 7121-7, et L. 7121-8 du Code du travail, sous réserve des dispositions de l'article L. 212-6 du présent code ».

[231] Si les critères permettant de retenir le bénévolat sont présents, notamment lorsqu'il n'y a pas de lien de subordination juridique entre l'artiste et la personne morale ou physique faisant appel à lui.

[232] CPI, art. L. 212-4 al. 2 : « Ce contrat fixe une rémunération distincte pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre ».

[233] Ce qui est notamment le cas de la production phonographique, V. CPI, art. L. 214-3.

interprétations[234]. La donation des droits de l'artiste-interprète n'est donc pas envisageable.

Il faut néanmoins soulever que l'article L. 212-5 du Code de la propriété intellectuelle reconnaît l'hypothèse dans laquelle le contrat d'artiste ou la convention collective ne prévoient de rémunération spécifique pour un ou plusieurs modes d'exploitation. Ce dernier précise alors que, dans cette hypothèse, il faut se référer aux accords spécifiques conclus dans chaque secteur d'activité[235]. Est-il alors possible d'en déduire que l'absence de rémunération peut être issue de l'intention libérale de l'artiste ? Si tel est le cas, il apparaît difficile d'envisager la cession comme une libéralité car la prestation de l'artiste permettant sa fixation et incluant, de fait, la cession de ses droits patrimoniaux, fait l'objet d'un contrat dans lequel est inscrite la rémunération versée par le producteur pour sa prestation mais également la rémunération proportionnelle versée pour chaque mode d'exploitation de l'enregistrement de sa prestation. Néanmoins, le producteur pouvant avoir l'obligation d'exploiter l'enregistrement, notamment les producteurs audiovisuels[236], il serait alors possible d'admettre que l'obligation d'exploitation de la part du producteur présente dans le contrat d'artiste apparaît comme une contrepartie à la cession à titre gratuit des droits de l'artiste-interprète : le contrat d'artiste gardera alors son caractère onéreux par la présence d'une contrepartie de valeur supérieure à la cession de droits. Toutefois, la forte empreinte du droit du travail dans les contrats d'artiste ne semble pas admettre cette possibilité.

S'agissant des producteurs, eux aussi titulaires de droits voisins, il paraît difficile d'imaginer que ces derniers puissent réaliser des donations. Cela s'explique, d'une part, par le fait que les producteurs sont des sociétés commerciales qui se doivent de réaliser des bénéfices afin de pouvoir continuer à produire et, d'autre part, car le Code de la propriété intellectuelle institue une obligation d'exploitation à l'égard de ces derniers[237]. Il convient toutefois de noter que les producteurs de

---

[234] A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT., *op. cit.*, p. 1137, n° 1475.

[235] CPI, art. L. 121-5 : « Lorsque ni le contrat ni une convention collective ne mentionnent de rémunération pour un ou plusieurs modes d'exploitation, le niveau de celle-ci est fixé par référence à des barèmes établis par voie d'accords spécifiques conclus, dans chaque secteur d'activité, entre les organisations de salariés et d'employeurs représentatives de la profession ».

[236] Notamment pour les producteurs audiovisuels, CPI, art. L. 132-27 al. 1er : « Le producteur est tenu d'assurer à l'œuvre audiovisuelle une exploitation conforme aux usages de la profession ».

[237] V. CPI, art. L. 132-27 al. 1er.

phonogrammes n'ont aucune obligation légale d'exploitation. Celle-ci sera dans la plupart des cas mentionnée dans le contrat d'artiste, le producteur devant alors s'y conformer[238].

Il est cependant possible d'envisager, comme cela a été mis en exergue pour les auteurs, la réalisation d'une donation indirecte concernant les fruits de l'exploitation de l'enregistrement des interprétations, que ce soit de la part de l'artiste ou du producteur.

52. Conclusion de la Section 2. Tout comme l'affirmait la doctrine, la matière des libéralités n'est pas incompatible avec le droit d'auteur – pareille solution n'apparaît toutefois pas envisageable pour les droits voisins[239] – et voit son régime être appliqué. En effet, en tant que propriété, les droits d'auteur doivent pouvoir faire l'objet de la part de son ou de ses titulaires, d'une donation ou d'un legs. En ce sens ce dernier réalisera un acte de transfert de droit à titre gratuit sans contrepartie réciproque : la libéralité organisera le transfert unilatéral d'un bien – les droits d'auteur –, d'un patrimoine à un autre.

Cependant, la spécificité de la matière du droit d'auteur veut qu'il s'avère difficile que l'ensemble des libéralités soit applicable. Cela s'explique notamment par le fait que la matière vise plus particulièrement, dans les actes de transfert ou de mise à disposition, les droits de l'auteur sur son œuvre et non le support de l'œuvre. Néanmoins, et afin de réaliser de tels actes, il adviendra, dans la volonté de conclure une libéralité, non seulement de choisir minutieusement la forme qu'elle revêtira mais également quels droits feront l'objet de la libéralité afin que celle-ci ne soit pas frappée de nullité.

Ce rapport particulier entre libéralités et droit d'auteur se justifie par la spécificité de ces deux matières. En effet, deux idéologies s'opposent : l'une tend à organiser et encadrer l'appauvrissement d'un patrimoine au profit d'autrui alors que l'autre tend, au contraire, à protéger le patrimoine immatériel de l'auteur afin qu'il puisse garder la propriété de ses droits. Malgré cela, l'application des libéralités en droit d'auteur trouve à s'appliquer au prix, cependant, d'un encadrement strict dans

---

[238] P.-M. BOUVERY, *Les contrats de la musique* : IRMA, 2011, p. 104, n° 304 et s.
[239] V. *supra* n° 51.

l'organisation du transfert de droits et ainsi dans l'appauvrissement du patrimoine immatériel au profit d'un autre.

53. Conclusion du Chapitre 1. Dans le cadre de la recherche de l'identification des actes à titre gratuit en l'absence de contrepartie en droit d'auteur, il semble que la matière fait preuve d'indépendance avec le droit commun. En effet, sa particularité fait qu'il s'avère difficile, voire impossible que le droit commun, et plus particulièrement les actes à titre gratuit reconnus dans le Code civil, soit applicable dans son ensemble à la propriété littéraire et artistique.

Le régime des contrats de bienfaisance ne tend pas à s'appliquer à la matière. Cela s'explique par le fait, notamment pour le régime des prêts à usage, que l'usage de la chose prêtée gratuitement – les droits – constitue une véritable contrepartie matérielle au contrat de prêt – alors appelé « licence »[240]. À l'inverse, le régime des libéralités tend, lui, à s'appliquer. L'auteur peut conclure une donation ou un legs qui le dessaisira de ses droits au profit d'un gratifié et ce, sans contrepartie réciproque. Il apparaît ainsi que seul le régime des libéralités, dans le cadre de la conclusion d'un acte à titre gratuit en l'absence de contrepartie, est applicable en la matière.

L'auteur a ainsi la faculté de conclure des actes à titre gratuit sans nécessairement rechercher l'existence d'une contreprestation matérielle à l'« abdication » de ses droits. Cette possibilité est justifiée en ce sens que l'auteur doit pouvoir disposer, comme il le souhaite et de son vivant, de ses droits d'auteur. Néanmoins, une attention particulière devra être portée à la forme de ces actes afin qu'ils puissent être valables : la protection des droits de l'auteur, élément fondamental de la matière, est particulièrement importante dans le cadre d'un transfert de droit à titre gratuit.

C'est pourquoi il est nécessaire, en plus de la condition matérielle de l'absence de contrepartie, que soit présente la volonté du disposant de s'appauvrir, autrement dit, qu'il soit possible d'identifier l'existence d'une intention libérale chez l'auteur.

[240] V. *supra* n° 23 et s.

Chapitre 2. Une absence de contrepartie voulue : de l'intention libérale

54. **Définition de l'intention libérale.** Si l'élément matériel constitue la finalité de la conclusion d'un acte à titre gratuit, l'intention libérale apparaît comme le moteur de l'acte à titre gratuit[241], comme la volonté des deux parties de ne recevoir de « contre-valeur » à la prestation du gratifiant[242]. Encore faut-il, pour le déterminer, rechercher l'existence de *l'animus donandi*[243] : « *c'est au prix d'une investigation dans la pensée même de celui que l'on soupçonne d'être un donateur que la vérité pourra être découverte* »[244]. Il apparaît ainsi nécessaire, pour qu'un acte soit qualifié comme acte à titre gratuit, de rechercher l'existence de l'intention libérale, c'est-à-dire l'intention du disposant de s'appauvrir matériellement au profit d'autrui. En effet, si l'acte à titre gratuit est qualifié comme tel d'un point de vue « matériel », ce dernier ne perdra pas cette qualification en présence d'un intérêt moral à la conclusion d'un tel acte.

C'est en ce sens qu'il apparaît opportun de rechercher, dans un premier temps, ce qu'il faut entendre par « intention libérale » – ou *animus donandi* – (**Section 1**) avant de venir, dans un second temps, identifier l'existence de cette même intention libérale chez l'auteur qui exprimera alors une réelle volonté de s'appauvrir au profit d'un donataire (**Section 2**).

---

241 M. CLOS, *Le rôle de l'intention libérale dans la donation déguisée*, th., Montpellier, 1941, p. 12.
242 N. PETERKA, *Les dons manuels* : LGDJ, 2001, préf. P. CATALA, p. 31, n° 40.
243 M. CLOS, *op. cit.*, p. 13.
244 *Ibid.*

SECTION 1. – L'intention libérale dans les actes à titre gratuit

55. **De l'intention libérale.** L'intention libérale – en plus de l'absence de prestation matérielle réciproque – est l'un des éléments fondamentaux à la validité de l'acte à titre gratuit. Il apparaît en effet nécessaire de justifier l'existence de l'appauvrissement au profit d'un donataire, ou, plus précisément, d'en déterminer la cause.

C'est en ce sens que si la théorie de l'intention libérale à retenir est celle de la théorie abstraite (§2), cela s'explique par le fait que la qualification d'un acte à titre gratuit se recherche dans la volonté du disposant de ne recevoir aucun équivalent à sa prestation ou, plus précisément, en la présence d'une intention libérale suivie d'un transfert de bien sans contrepartie (§1).

§ 1. – Détermination de l'intention libérale

56. **Une acception juridique et sociologique.** Afin de parvenir à retenir une théorie de l'intention libérale convaincante, il apparaît nécessaire de se pencher sur les différentes théories de l'intention libérale existante (A) mais également d'appréhender l'étude sociologique du don, cette dernière reconnaissant l'existence de contrepartie dans tout acte à titre gratuit (B) : la question se posera alors de savoir si l'intention libérale implique nécessairement une absence de contrepartie.

A. – La recherche d'une conception de l'intention libérale

57. **Détermination de l'intention libérale.** La théorie de l'intention libérale a fait l'objet de débats entre défenseurs de deux théories distinctes : l'une retenant l'intention de s'appauvrir comme cause de l'acte, l'autre ne retenant que l'élément matériel, l'appauvrissement du disposant au profit du gratifié (1). Si libéralités et gratuité apparaissent distinctes dans la recherche de la cause des actes à titre gratuit, il faut néanmoins affirmer qu'elles doivent être associées. Il s'agit ainsi de deux concepts juridiques ayant leur place dans la qualification des actes à titre gratuit (2).

1 – Les théories de l'intention libérale

58. **De la conception subjective et objective.** Il existe deux acceptions distinctes de l'intention libérale. La conception subjective, concrète, qui se traduit par la recherche de la volonté du disposant de s'appauvrir au bénéfice du gratifié, et la conception objective, abstraite, qui ne retient que l'élément matériel, le résultat économique recherché par la conclusion de l'acte.

59. **La théorie subjective.** La doctrine évoquant la théorie subjective – ou affective – de l'intention libérale retient l'idée selon laquelle celle-ci consiste à « *préférer autrui à soi-même* »[245]. L'existence de la seule intention libérale serait alors suffisante à caractériser l'acte comme étant à titre gratuit[246]. Tout motif égoïste enlèverait alors le caractère gratuit de l'acte[247] : la recherche d'un intérêt de la part du disposant suffit à écarter la libéralité[248].

Néanmoins, la théorie subjective de l'intention libérale a fait l'œuvre de vives critiques. Ces dernières lui reprochaient entre autres le fait que la gratuité ne pouvait se réduire à l'existence de la seule intention libérale, morale[249]. Pour d'autres, il apparaissait difficile de définir l'ensemble des mobiles poussant une personne à effectuer un acte à titre gratuit, trop nombreux et trop divers[250], ce qui aboutirait à une analyse psychologique alors trop poussée. L'étude faite de cette théorie semble convaincante. En effet, tout acte, même à titre gratuit, peut trouver fondement dans un mobile, quel qu'il soit. Il est du propre de l'Homme – même si cela apparaît

---

[245] Pour reprendre la phrase de J. FLOUR et H. SOULEAU, « Elle est la volonté de préférer autrui à soi-même », J. FLOUR., H. SOULEAU, *Droit civil, Les libéralités* : Armand Colin, coll. U, 1982, p. 24, n° 41. Les auteurs vont même jusqu'à préciser que l'acte se doit d'être « d'un sentiment de pure bienveillance » mais aussi altruiste et désintéressé ; V. aussi AUBRY et RAU : « un acte est à titre gratuit seulement quand il est inspiré par l'unique préoccupation de l'intérêt ou du plaisir d'autrui, la satisfaction qu'il procure au disposant, sans laquelle il n'agirait pas, consistant uniquement dans celle que lui cause la satisfaction d'une personne qui lui est chère », cités par H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français* : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, préf. P. RAYNAUD, p. 56, n° 60.

[246] S. LAMBERT, « Ainsi, Josserand estime que l'*animus donandi* est le seul élément de la gratuité », *L'intention libérale dans les donations* : Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2006, préf. E. PUTMAN, p. 225, n° 141.

[247] N. PETERKA, *Les dons manuels* : LGDJ, 2001, préf. P. CATALA, p. 29, n° 36.

[248] S. BENILSI, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. Montpellier, 2006, p. 114, n° 190.

[249] S. LAMBERT. *op. cit.* p. 225, n° 141.

[250] J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.* p. 24, n° 42.

inconscient – d'effectuer un acte pouvant servir son intérêt, même si ce dernier paraît infime, ne serait-ce que pour éprouver du plaisir à gratifier quelqu'un[251]. Partant de ce constat, il est alors difficile d'imaginer réduire l'intention libérale et la qualification des actes à titre gratuit à la seule exigence de vouloir préférer autrui à soi-même.

60. **La théorie objective.** La théorie objective part du constat que l'intention libérale ne porte pas sur la qualité morale mais sur son résultat matériel, économique[252]. Elle apparaît ainsi comme la conscience de ne pas obtenir d'équivalent[253]. À ce titre, S. LAMBERT observe que *« la donation serait alors constituée dès lors que la prestation fournie par le disposant est dépourvue d'équivalent, de contrepartie »*. Peu importe que le disposant soit mu par une satisfaction morale ou matérielle[254], seul compte le résultat économique, celui d'un appauvrissement du disposant concordant à l'enrichissement du bénéficiaire[255].

2 – Distinction entre intention libérale et gratuité

61. **Une distinction nécessaire entre libéralité et gratuité.** La théorie subjective de l'intention libérale retient l'idée selon laquelle l'élément matériel – la gratuité –, se fond avec l'intention libérale[256]. La théorie objective, quant à elle, nie l'existence de l'intention libérale[257]. La qualification de l'acte à titre gratuit est donc réduite à un élément matériel : celui de la gratuité. Il faut cependant retenir, comme le propose S. LAMBERT, que ces deux éléments, s'ils sont proches, ne doivent pas être confondus. Ils sont juridiquement indépendants mais ne peuvent, à eux seuls, permettre la qualification d'acte de disposition à titre gratuit[258]. Ils doivent alors être réunis.

---

[251] S. LAMBERT, *op. cit.* p. 19, n° 3.
[252] M. CHAMPEAUX, cité par J.-J DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. Toulouse, 1955, p. 172, n° 154.
[253] H.-L. et J. MAZEAUD cité par H. MÉAU-LAUTOUR, *op. cit.* p. 24, n° 42 ; V. également en ce sens J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*
[254] M. GRIMALDI, *Libéralités partages d'ascendants* : Litec, 2000, p. 13, n° 1006.
[255] S. LAMBERT, *op. cit.*, p. 219, n° 136.
[256] *Ibid.,* p. 225, n° 141.
[257] J.-J DUPEYROUX, *op. cit.* p. 80, n° 60.
[258] S. LAMBERT, *op. cit.*, p. 226, n° 143.

62. **Libéralité et gratuité.** *L'animus donandi*, considéré comme la conscience et la recherche de l'élément matériel aboutissant à l'appauvrissement[259] représente alors la volonté de gratifier une personne sans recevoir de contrepartie équivalente. L'intention libérale doit ainsi être perçue comme un élément psychologique : la volonté de s'appauvrir au profit d'autrui, liée à l'existence d'un élément matériel, celui de ne pas obtenir d'équivalent[260]. Si cette approche semble convaincante, elle doit cependant tenir, face à l'étude sociologique du don ainsi qu'à l'appréhension de cette étude par le droit.

B. – L'existence de contrepartie dans les actes à titre gratuit : étude sociologique du don

63. **Actes à titre gratuit et contrepartie.** L'étude sociologique du don a permis de comprendre que l'échange est présent dans l'ensemble des relations, même si celles-ci sont à titre gratuit (1)[261]. Il est alors intéressant, par la suite, d'analyser comment le droit a appréhendé cette existence de contrepartie dans les actes à titre gratuit, actes dans lesquels la condition de validité tient, *a priori*, en l'absence de prestations réciproques (2).

[259] S. LAMBERT, *op. cit.*, p. 226, n° 143.

[260] Pour C. DUPOUEY, « l'acte à titre gratuit revêt deux caractéristiques : un élément matériel ou économique, l'absence de contrepartie à l'avantage procuré au cocontractant, un élément intellectuel ou psychologique, l'intention libérale guidant l'octroi de l'avantage », *Essai sur la notion de contrepartie : contribution à l'étude des rapports entre droit du travail et droit des contrats*, th. Toulouse I, 2007, p. 169, n° 249 ; V. également M. CLOS, *op. cit,* p. 19 ; M. GRIMALDI, *op. cit.,* p. 19, n° 1009.

[261] V. par exemple, S. ZAMAGNI, « Gratuité et action économique », *in* La gratuité, éloge de l'inestimable, Revue du Mauss, premier semestre 2010, n° 35, p. 213-220 ; L. BRUNI, « Eros, Philiae Agapè. Pour une théorie de la réciprocité plurielle et pluraliste », *in* La gratuité, éloge de l'inestimable, Revue du Mauss, premier semestre 2010, n° 35, p. 221-247.

1 – L'étude sociologique du don

64. **L'étude sociologique de la donation.** C'est à M. MAUSS que l'on doit la première grande étude sur le don, l'auteur s'étant intéressé à la *« forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques »*[262]. M. MAUSS a ainsi réalisé un travail sur l'échange gratuit dans les sociétés archaïques et a relevé l'existence de contre-don à la donation. Il apparaît en effet que ce retour fait partie de l'essence même de la donation. Il est nécessaire de rendre ce qui a été donné mais surtout de rendre à la personne qui a donné[263]. Force est de constater que l'idée d'une nécessité de compensation existe dans l'esprit des civilisations dites archaïques, de la nécessité de privilégier une contrepartie à une prestation relevant d'une donation. Peu importe la valeur de l'acte effectué en retour, celui-ci ne sera pas évalué par ce qu'il représente, mais par le nouvel acte réalisé de la part du donataire. Le donataire d'un jour sera le donateur du jour suivant[264]. Le don s'articule ainsi en trois étapes : donner, recevoir et rendre[265].

Plus récemment, un auteur contemporain s'est penché sur *« l'esprit du don »*[266]. Ce dernier, à côté des actes de donation existant dans le cercle privé – pour reprendre le terme utilisé en propriété intellectuelle –, analyse les donations faites aux « étrangers » en revenant sur les travaux de M. MAUSS et en se penchant notamment sur la donation dans le monde marchand, à l'opposé des donations archaïques. Pour J.-T. GODBOUT, ce monde économique institue une obligation de rendre, l'auteur faisant même référence au terme de « dette »[267]. Le monde marchand apparaît ainsi contraire à l'existence du don : celui-ci semble même impossible[268] car il y a dans ce

---

[262] M. MAUSS, « *Essai sur le don : Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques* », originalement publié dans L'année sociologique, seconde série, 1923-1924, éd. électronique réalisée par J.-M. TREMBLAY, 2002.

[263] *Ibid.,* p. 15 : « supposez que vous possédez un article déterminé (…) et que vous me donnez cet article (…). Or je donne cet article à une troisième personne qui, après qu'un certain temps s'est écoulé, décide de rendre quelque chose en paiement (…). Or ce taonga qu'il me donne est l'esprit (…) du taonga que j'ai reçu de vous et que je lui ai donné à lui. (…) Il faut que je vous les rende. Il ne serait pas juste (…) de ma part de garder ces taonga pour moi, qu'ils soient désirables (…) ou désagréables (…) ».

[264] *Ibid.,* p. 29.

[265] *Ibid.,* p. 50.

[266] J.-T. GODBOUT, *L'esprit du don* : La Découverte, 2003.

[267] *Ibid.*, p. 190 et p. 248.

[268] *Ibid.*

dernier la « *nécessité psychologique* [d'obtenir une chose] *d'une valeur égale au bien sacrifié* »[269]. La prestation réciproque équivalente apparaîtrait comme entrainant l'inexistence de la donation, ou, plus précisément, comme entrainant la mort de celle-ci[270]. La force du don se trouverait alors ailleurs. Reconnaissant le travail de M. MAUSS en ce qu'il existe dans l'esprit du donataire le devoir moral de rendre ce qui lui a été donné, l'auteur développe ensuite l'idée selon laquelle l'acte de donation peut, à l'opposé de l'idée du monde économique, être gratuit par le simple plaisir qu'il procure au donateur dans la réalisation de l'acte. La gratuité relèverait alors d'un plaisir personnel, moral, de gratifier le donateur, de lui rendre service.

Les études de M. MAUSS et de J.-T GODBOUT sont particulièrement intéressantes. On apprend ainsi que l'acte de donation entraine à l'égard du donataire une obligation morale de rendre, et donc de fournir une contrepartie. Néanmoins, et juridiquement, celui-ci n'est en rien obligé de le faire – la donation garde ainsi sa qualification d'acte unilatéral. Le disposant donne au gratifié, qui, à son tour, rend à un instant T+1, effectuant une nouvelle donation : il s'agit d'une contrepartie réalisée postérieurement à la donation primaire, de deux actes de donation étant indépendants l'un de l'autre. L'intention de s'appauvrir est présente des deux côtés : d'une part du disposant, et d'autre part du gratifié, devenu à son tour disposant à l'instant T+1.

Le don vient alors créer un rapport bilatéral entre le disposant et le gratifié et vient même créer un certain danger : il faut rendre ce que l'on a reçu[271]. Appliqué à cette théorie, le droit produirait une égalité – de contreprestation – *a posteriori*[272] et ainsi une véritable insécurité juridique des donations. C'est pourquoi il est pertinent d'étudier comment le droit a appréhendé l'étude sociologique du don en admettant l'existence de contrepartie dans un acte à titre gratuit, tout en lui permettant de garder sa qualification d'acte à titre gratuit.

---

[269] Simmel, cité par J.-T. GODBOUT, *op. cit.,* p. 252.
[270] *Ibid.*, p. 252-253.
[271] J.-T. GODBOUT, *op. cit.,* p. 84.
[272] *Ibid.,* p. 189.

2 – L'appréhension de l'étude sociologique du don par le droit

65. **L'appréhension de la donation par le droit.** L'étude sociologique du don a démontré qu'il ne peut réellement exister de gratuité au sens propre du terme : la contrepartie est inhérente à tout acte, même dans les actes à titre gratuit. La question se pose alors de savoir comment le droit vient appréhender cette approche qu'il ne peut nier dans la qualification des actes à titre gratuit.

Pour C. DUPOUEY, *« la cause des libéralités représente un intérêt ou une contrepartie »*[273]. Ainsi, la structure des actes ne sera pas la même en fonction de l'avantage attendu. Celui-ci pourra être moral ou non équivalent pour les actes à titre gratuit, pécuniaire et équivalent pour les actes à titre onéreux[274]. La *summa divisio* se veut alors souple dans la prise en compte de la réalité du don et le fait qu'une contrepartie soit présente dans les actes à titre gratuit[275]. La présence de contrepartie apparaît ainsi comme ne pouvant, à elle seule, être un élément de distinction entre acte à titre gratuit et acte à titre onéreux[276]. La qualification des actes à titre gratuit ou à titre onéreux se fera dans la recherche de l'existence d'une contrepartie matérielle équivalente, contrepartie « matériellement » évaluable, à l'inverse de la contrepartie morale, immatérielle et psychologique – comment évaluer le plaisir de procurer par la réalisation d'un don, ou encore, l'espoir qu'un acte à titre gratuit procure un avantage *a posteriori* ? –, ou de la contrepartie non-équivalente – même si le disposant reçoit une contrepartie, celle-ci sera de valeur inférieur à sa prestation, il y a donc un appauvrissement corrélé à un enrichissement. Compte-tenu de cette approche fondamentale dans les relations contractuelles, et notamment dans les relations liant un disposant et un gratifié, la notion de l'intention libérale comme cause abstraite des actes à titre gratuit doit être retenue dans la recherche d'une volonté, de la part du disposant, d'obtenir un déséquilibre des prestations.

---

[273] C. DUPOUEY, *op. cit.*, p. 183, n° 266.
[274] *Ibid.*
[275] *Ibid.*
[276] *Ibid.*, p. 187, n° 272.

§ 2. – L'intention libérale : cause abstraite des actes à titre gratuit

66. **De la théorie objective de l'intention libérale comme cause des actes à titre gratuit.** Il est admis que, dans les actes à titre gratuit, la cause[277] résidera dans l'intention libérale, dans la recherche de l'*animus donandi* : *« un acte ne peut être qualifié de donation que si l'intention libérale fonde le déséquilibre des prestations réciproques »*[278], et ce, même si un intérêt est recherché à l'acte.

Tel est le cas, par exemple, lors de la recherche d'un intérêt moral à l'acte à titre gratuit. S'il fallait retenir la conception subjective de l'intention libérale, il serait difficile de maintenir la qualification des actes à titre gratuit comme tel, étant admis qu'il est toujours possible de déceler l'existence d'une contrepartie morale à un acte qualifié de gratuit[279].

S'agissant de l'intérêt matériel, comme dans l'hypothèse d'une donation avec charge, la qualification de l'acte en acte à titre gratuit relèvera de la non-équivalence des prestations mais également de cette non-équivalence voulue : *« peu importe les mobiles, seule compte (…) la volonté de ne pas obtenir de contre-prestation »*[280].

---

[277] L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations vient inscrire dans le Code civil trois conditions tenant à la validité du contrat : le consentement des parties, leur capacité à contracter et un contenu licite et certain. Exit la « cause licite » : « l'objet et la cause fusionnent sous une bannière commune : le contenu » (R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme de droit des contrats » : *D.* 2015, p. 335, n° 4). Si certains auteurs ont dénoncé sa disparition (V. notamment R. BOFFA, *op. cit.*, ; D. MAZEAUD, « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! » : *D. P*, oct. 2014, p. 38), d'autres applaudissent l'initiative du législateur (N. MOLFESSIS, « Droit des contrats : l'heure de la réforme » : *JCP* G 2015, doctr. 199 ; Du même auteur, « Droit des contrats : que vive la réforme ! » : *JCP* G 2016, 180 ; V. également, sur les contrats « structurellement déséquilibrés », T. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés » : *D.* 2015, 1217 ; L. AYNES, « La cause, inutile et dangereuse » : *D. P*, oct. 2014, p. 40). Il apparaît néanmoins possible de déceler, dans l'ordonnance, la présence de conditions tenant à la reconnaissance de la cause et d'être moins catégorique sur la suppression de la cause. En effet, le futur article 1167 du Code civil dispose qu'« un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». N'est-ce pas là, comme le relève C. GRIMALDI, la reprise par le législateur de la cause, « autrement nommée » (C. GRIMALDI, « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots » : *D.* 2015. 814) ? Il faut alors en ce sens affirmer, comme le fait D. MAZEAUD, que « c'est moins la disparition de la notion de cause que le projet de réforme emporterait, que la suppression du mot « cause » » (D. MAZEAUD, « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! », *op. cit.*, p. 39).

[278] S. LAMBERT, *op. cit.*, p. 267.

[279] V. *supra* n° 63 et s.

[280] S. BENILSI, *op. cit.*, p. 120, n° 198 ; Néanmoins, dans l'hypothèse où la charge concerne l'exploitation ou la gestion des droits, il sera difficile d'envisager la conclusion d'une donation avec charge, v. *infra* n° 95.

La présence de l'intention libérale, entendue dans son acception objective, conditionne ainsi la qualification des actes à titre gratuit. À défaut, l'acte ne pourra garder cette qualification, ce qui aboutirait alors à un enrichissement sans cause ou à une action en répétition de l'indu.

67. **Conclusion de la Section 1.** L'intention libérale apparaît comme étant la cause des actes à titre gratuit. Néanmoins, la conception subjective n'apparaît pas opportune pour la recherche d'une telle qualification : rechercher l'ensemble des mobiles ayant entrainé la conclusion d'un acte à titre gratuit s'avèrerait fastidieux et de plus, pourrait annihiler l'existence des actes à titre gratuit. La conception objective, quant à elle, ne retient que l'élément matériel : le transfert de valeur. Cette dernière se rapproche le plus des relations pouvant exister entre les parties lors de la conclusion d'un acte à titre gratuit. Il est évident de reconnaître que la gratuité dans sa dimension altruiste apparaît ainsi utopique. En effet, même si matériellement, l'acte peut être qualifié d'acte à titre gratuit, la réalisation de cet acte peut procurer, pour le disposant, une réelle contrepartie : le simple plaisir de donner ou l'attente d'une contrepartie future de la part du gratifié ou d'un tiers[281]. C'est en ce sens que l'approche objective – ou abstraite – de l'intention libérale doit être retenue. L'intention libérale apparaît alors comme précédant l'élément matériel, ce dernier se traduisant par l'appauvrissement du patrimoine du disposant au profit du patrimoine du gratifié, comme la volonté de la part du disposant de ne recevoir une contrepartie équivalente à son acte de disposition[282].

Cette définition retenue de l'intention libérale va se confirmer dans la recherche de l'intention libérale chez l'auteur. En effet, si ce dernier peut avoir la volonté de s'appauvrir au profit d'autrui, cela n'enlève en rien la possible présence d'une contrepartie morale, cette dernière pouvant alors se traduire pour l'auteur par l'attente d'un gain de notoriété.

---

[281] V. également en ce sens, O. DESHAYES, « Gratuité et contrat : l'acte à titre gratuit est-il un contrat ? » : La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit, dir. N. MARTIAL-BRAZ, C. ZOLYNSKI : LGDJ, 2013, p. 134.

[282] V. en ce sens, S. LAMBERT, *op. cit.*, p. 231, n° 147.

SECTION 2. – L'intention libérale de l'auteur

68. **L'intention libérale de l'auteur.** La validité d'un acte à titre gratuit tient non seulement à l'existence d'un appauvrissement du donateur corrélé à un enrichissement du donataire, mais également à la volonté et conscience, de la part du donateur, de s'appauvrir. Cependant, cette volonté alors appréhendée comme l'intention libérale nécessaire à la conclusion d'un acte à titre gratuit ne retient que la volonté du donateur de s'appauvrir matériellement ou immatériellement – par le transfert de droits d'auteur –, et non la recherche des motifs ayant conduit l'auteur à conclure cet acte à titre gratuit. C'est ainsi que la contrepartie morale attendue par l'auteur ne suffit pas à disqualifier un acte comme étant à titre gratuit (§1). Il sera alors possible de rechercher l'existence de l'intention libérale de l'auteur lors de la conclusion, par ce dernier, d'un acte à titre gratuit (§2). L'intention libérale de l'auteur se traduira alors par la volonté de s'appauvrir « patrimonialement », ce dernier pouvant néanmoins prétendre, lors de cet appauvrissement, à une contrepartie morale.

§ 1. – La contrepartie morale de l'auteur : critère insuffisant à la disqualification des actes à titre gratuit

69. **Détermination de la contrepartie morale.** Si la contrepartie matérielle peut se définir comme la réalisation d'une prestation objectivement équivalente[283], il apparaît difficile, à l'inverse, de donner une définition de ce que pourrait être la contrepartie morale. Il apparaît alors utile de s'intéresser à la jurisprudence en la matière, et plus particulièrement à celle retenant la présence de contrepartie morale comme disqualifiant les actes à titre gratuit.

[283] V. *infra* n° 80 et s.

70. **La « contrepartie morale » : élément de disqualification des actes à titre gratuit.** Le 2 février 1875, le tribunal civil de Mamers a eu à se prononcer sur la gratuité de la prise en charge des travaux de réparation d'une église communale par une habitante de la commune[284]. Pour les juges, il n'y avait pas de donation car il eut fallu que « *la demanderesse eût préféré la commune à elle-même* ». Ainsi, même si la donatrice avait financé, à sa charge, les travaux de réparation de l'église, les juges ont retenu que, compte tenu de sa fortune, celle-ci avait agi dans un but égoïste, ne préférant pas la commune à elle-même : il n'y avait alors aucune pensée altruiste. Mais les juges sont revenus sur cette acception qui consacrait comme condition de validité à la libéralité l'inexistence d'un intérêt moral, et par là même, la théorie dite subjective de l'intention libérale. Dans une décision du 24 juillet 1913, les juges de la cour d'appel de Paris ont consacré la validité de l'acte de donation malgré l'existence d'un possible intérêt moral : « *la satisfaction de piété ou d'amour propre que* [le disposant] *a pu éprouver (…) ne saurait être mise en balance avec le service rendu à une fabrique* »[285]. Les juges admettent ainsi que la prise en compte d'un tel intérêt reviendrait à dire qu'« *il n'y aurait jamais de libéralité* »[286]. Malgré cette position de la cour d'appel de Paris, les décisions postérieures ont de nouveau consacré une approche subjective de l'intention libérale. C'est ainsi que la cour d'appel de Lyon a estimé, dans une décision rendue le 8 juin 1971, qu'il y a satisfaction morale du donateur lorsque « *la participation aux buts de l'association* » lui tenait à cœur, constituant alors un « *avantage moral* »[287]. En effet, en « *assurant proportionnellement à son apport la réalisation* [des buts], *l'apporteur reçoit un avantage moral et une considération sociale du milieu duquel il aime à vivre, qui compense pour lui l'abandon provisoire du bien apporté* »[288]. La Cour de cassation a également suivi ce courant en estimant que l'apport d'un immeuble destiné à héberger

---

[284] Trib. civ. Mamers, 2 févr. 1875 : *D.P 1875. 2. 188* ; V. aussi en ce sens Trib. civ. Orléans, 6 juill. 1911 : « cet avantage moral était pour eux l'équivalent du sacrifice pécuniaire qu'ils s'imposaient » ; Orléans, 20 mars 1852, la nature onéreuse de l'opération a été retenue car les disposants avaient demandé au donataire de renoncer à l'ancien article 913 du Code civil relatif à la fixation de la quotité disponible, cités par M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, 1947, préf. G. MARTY, p. 163, n° 99.

[285] CA Paris, 24 juill. 1913 : *D.* 1914. 2. 53, note H. L.

[286] *Ibid.*

[287] CA Lyon, 8 juin 1970 : *D.* 1971. 555, note M. Chavrier, *Rép. Def.* 1972. 201, note Ph. Malaurie.

[288] *Ibid.*

une école *« excluait l'intention libérale »* car le disposant avait voulu rechercher une satisfaction morale et religieuse dans l'acte d'apport[289].

71. **La jurisprudence Picasso.** Plus récemment, la cour d'appel de Paris a retenu qu'une cession à titre gratuit de droits d'auteur ne pouvait être qualifiée de donation car il existait un véritable mobile de la part de l'auteur dans la réalisation de la cession. Dans cette affaire, Pablo Picasso avait explicitement déclaré *« céder »* ses droits à une société d'édition pour la reproduction de dessins de l'ouvrage « Toros »[290]. Suite à cette cession, le cessionnaire a édité en 1961 un ouvrage intitulé « Toros y Toreros », puis a réalisé, en 1993, une réédition du même ouvrage pour une distribution en Allemagne. Les ayants droit de Pablo Picasso ainsi que la Société de la Propriété Artistique des Dessins et Modèles – la SPADEM – ont alors notifié à la société éditrice leur refus de voir apparaître cette réédition. La société Cercle d'Art a alors assigné la SPADEM, la première souhaitant se voir être déclarée investie des droits d'exploitation. Après une décision en première instance rejetant la demande de la société éditrice – il ne figurait aucune mention sur la durée de la cession –, la société Cercle d'Art a interjeté appel, cette dernière souhaitant voir l'acte de cession qualifiée de donation rémunératoire. Les juges ont alors rejeté la demande de la société d'édition, estimant que *« l'édition* (…) *avec les dessins de Picasso apportait à celui-ci non seulement une satisfaction morale, mais lui permettait de faire connaître ses œuvres d'un plus grand public, d'accroître sa notoriété tant en France qu'à l'étranger dans la mesure où l'ouvrage devait faire l'objet de coédition anglaise, allemande et espagnole ; Que même la diffusion internationale d'un tel ouvrage ne pouvait que contribuer à augmenter la côte de l'artiste et la valeur des dessins reproduits ; Qu'il s'ensuit que ces avantages excluaient l'intention libérale de Pablo Picasso »*[291]. Il n'y a ainsi pas *« de libéralité s'il n'y a pas d'intention libérale »*[292].

---

289 Cass. civ. 1re, 8 mars 1988 : *J.C.P G.* 1989. II. 21 373, note Behar-Touchais ; *JCP N 1989*. II. 241.
290 CA Paris, 1er juill. 1998 : *RIDA* 4/1999, p. 390, n° 179.
291 *Ibid.*
292 *Ibid.*

72. **La contrepartie morale comme critère non déterminant à la qualification des actes à titre gratuit.** La contrepartie morale peut alors se définir comme une compensation non palpable, celle qui serait dans l'esprit du donateur. Elle serait même la satisfaction d'un intérêt personnel, d'un intérêt que l'on a en soi, que l'on attend de l'acte de donation. Si l'on se réfère à la définition subjective de l'intention libérale, il est fait le constat que cette dernière prend en compte cet élément moral dans les actes de donation, en édictant comme règle qu'il faille « *préférer autrui à soi-même* », et que l'acte de donation n'est valable que s'il est réalisé dans un but altruiste[293]. Ainsi, s'il existe un intérêt moral à l'acte de donation, celui-ci sera considéré comme nul. Or, il est difficile de retenir qu'il n'existe aucune contrepartie dans un acte de donation : les études sociologiques le prouvent[294].

Le courant jurisprudentiel retenant l'existence d'une contrepartie morale pour disqualifier les actes de donations s'explique alors, pour le professeur N. PETERKA, par le fait que la Cour de cassation abandonne aux juges du fond l'appréciation de l'existence de *l'animus donandi*[295] : *« dans une telle conception, il devient impossible (…) d'accorder des libéralités à des associations cultuelles, car dans ce cas, le disposant a toujours un mobile moral ou religieux »*[296]. Il serait alors utile que la Cour de cassation énonce des directives dans la recherche de l'intention libérale afin de poser la règle selon laquelle la constatation d'une satisfaction morale ou religieuse du gratifiant ne suffit pas à disqualifier la libéralité[297]. La simple satisfaction morale, non subordonnée à une satisfaction objective ne peut apparaître comme un élément déterminant tendant à la disqualification des actes à titre gratuit[298].

C'est en ce sens que la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 3 février 1999[299], que la donation réalisée dans une relation adultère et destinée à entretenir cette relation n'était pas dépourvue de cause. La Cour retient à ce titre que

---

293 V. *supra* n° 59.

294 V. *supra* n° 63 et s.

295 N. PETERKA, *Les dons manuels* : LGDJ, 2001, préf. P. CATALA, p. 99, n° 112.

296 *Ibid.* ; V. également en ce sens, S. BENILSI, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. Montpellier, 2006, p. 118, n° 196.

297 N. PETERKA, *ibid.,* p. 99, n° 112.

298 V. en ce sens M. BOUYSSON, « Lorsque l'offrant ne retire de l'exécution du contrat (…) qu'un profit moral, un avantage non pécuniaire, il y a véritablement donation et non contrat commutatif », *op. cit.*, p. 179, n° 105.

299 Cass. 1re civ., 3 févr. 1999 : *JCP G* 1999. II. 10083, note Biliau et Loiseau ; *D.* 1999, p. 307, note Grimaldi ; *Défrénois* 1999, p. 783, obs. Mazeaud ; *Ibid.,* p. 814, obs. Champenois ; V. pour une position similaire plus récente, Cass. ass. plén. 29 oct. 2004 : *JCP G 2005*. II. 10011, note Chabas.

« n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause d'une libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire ». Elle a alors admis que l'intérêt recherché par le disposant à la réalisation de la libéralité ne pouvait constituer un mobile déterminant à l'acte de donation. Plus récemment, la haute juridiction a également estimé, dans un arrêt du 5 octobre 2004[300], que des offrandes réalisées à une association cultuelle devaient être enregistrées par l'association dans sa comptabilité *« comme des dons manuels dont les auteurs étaient animés à son égard d'une intention libérale que l'exercice d'un culte auquel ceux-ci entendraient contribuer ne pouvait suffire à exclure »*. Il faut alors constater que la jurisprudence rejette l'acception d'une contrepartie morale à l'acte de donation, rejetant de fait la conception subjective de l'intention libérale.

Il est alors possible d'affirmer que la contrepartie morale à laquelle peut prétendre l'auteur ne suffit pas à exclure son intention libérale. Dans l'affaire Pablo Picasso, l'intention libérale est exclue car, en plus de la satisfaction morale, l'auteur savait pertinemment que les œuvres cédées feraient l'objet d'une édition, laquelle allait être diffusée à l'international. En plus de la contrepartie morale, est alors présente une contrepartie matérielle : celle de l'édition et de la diffusion des œuvres. À l'inverse, si Pablo Picasso avait cédé gracieusement ses droits sans savoir que ses œuvres allaient être éditées, les juges auraient alors dû rechercher l'existence de son intention libérale, sa volonté de s'appauvrir au profit de la maison d'édition. Néanmoins, si, dans pareille hypothèse, l'objet de la conclusion d'un acte à titre gratuit n'est pas l'édition et ainsi l'exploitation des droits, l'auteur peut pertinemment se douter que le donataire souhaitera, avec le temps, y procéder. Si cette contrepartie n'est pas l'élément principal attendu par le donateur, elle peut néanmoins être un motif de conclusion de l'acte à titre gratuit.

La particularité de l'intention libérale de l'auteur tient ainsi au fait que ce dernier peut profiter de la conclusion d'un acte à titre gratuit afin d'accroitre sa notoriété et bénéficier de cette dernière pour accroitre son patrimoine *a posteriori*. Cependant, cette attente d'un retour « moral » puis « matériel » n'a pas à être recherchée dans la détermination de l'intention libérale : les motifs aboutissant à la conclusion d'un acte à titre gratuit sont propres à l'auteur même si ce dernier peut y

[300] Cass. com, 5 oct. 2004 : *Défrénois* 2005, p. 132, n° 38086, note Chappert.

percevoir un intérêt. L'appauvrissement du patrimoine immatériel de l'auteur se traduisant par la conclusion d'un acte à titre gratuit organisant le transfert de ses droits d'auteur peut être le point de départ d'un véritable enrichissement : si cet appauvrissement est certes, réel, il peut également se traduire comme une valeur « indirecte » qui peut lui apporter une véritable valeur « directe », et par là même un véritable accroissement de son patrimoine matériel.

§ 2. – Détermination de l'intention libérale de l'auteur dans les actes à titre gratuit

73. **L'existence nécessaire de l'intention libérale de l'auteur.** La détermination de l'existence de l'intention libérale constitue l'élément fondamental afin de pouvoir venir qualifier un acte comme étant à titre gratuit. À ce titre, les juges de la cour d'appel de Versailles ont eu à déterminer si l'intention libérale de l'auteur était présente lors d'une renonciation de droits d'auteur qui rassemblait toutes les caractéristiques d'une donation indirecte[301]. Il s'agissait alors, pour ces derniers, d'une donation ostensible qui se devait d'être mue par l'existence de l'intention libérale : l'acte de donation aurait dû être passé devant notaire en respectant le formalisme y afférant.

La particularité de la matière du droit d'auteur – cette dernière protégeant l'auteur des droits qu'il a sur son œuvre – veut que l'intention libérale soit matérialisée dans un acte authentique, peu importe si l'auteur y voit dans sa conclusion une contrepartie morale. La matérialisation de sa volonté, ou, plus précisément, la recherche de l'intention libérale, se justifie par la gravité que représente l'acte de donation, c'est-à-dire par la renonciation de l'auteur à ses droits patrimoniaux. Ainsi, à défaut d'acte authentique, la présence de l'intention libérale peut être remise en question : l'auteur avait-il réellement conscience de s'appauvrir de ses droits sans contrepartie ? C'est ce qu'il faut retenir de la décision de la cour d'appel de Versailles.

L'intention libérale de l'auteur devra être recherchée dans la conclusion de l'acte, qui doit, afin de protéger l'auteur, revêtir la forme d'un acte authentique. Dans

[301] CA Versailles 20 janv. 1987 : *D.* 198, Somm. 207, obs. Colombet ; *RTD civ.* 1988, p. 802, obs. Patarin ; V. *supra* n° 39.

cette hypothèse, la recherche de l'intention libérale ne doit pas avoir lieu, celle-ci étant considérée comme présumée. À l'inverse, si l'acte conclu n'est pas authentique, l'acte devra perdre sa qualification d'acte à titre gratuit du fait de la « présomption » d'absence de l'intention libérale mais surtout, dans la recherche de la protection des intérêts de l'auteur : l'intention libérale ne pouvant être présumée par la forme de l'acte, il apparaît alors primordial de protéger l'auteur de ses propres faits.

74. **Conclusion de la Section 2.** La contrepartie morale à laquelle peut prétendre l'auteur ne peut venir disqualifier l'acte comme étant à titre gratuit. En effet, seule la contrepartie matérielle anéantissant la gratuité de la prestation peut remettre en cause la qualification de l'acte : c'est en ce sens qu'il faut retenir l'intention libérale de l'auteur, comme la volonté de s'appauvrir patrimonialement au profit d'autrui – par le transfert des droits d'auteur – tout en pouvant retirer de cet appauvrissement un intérêt moral – et non un intérêt matériel résultant de la conclusion de l'acte.

Toutefois, compte tenu de la spécificité du droit d'auteur et afin de garantir une meilleure protection à l'auteur, l'intention libérale devra être nécessairement matérialisée dans un acte authentique : à l'inverse, elle devra être présumée absente.

75. **Conclusion du Chapitre 2.** L'intention libérale apparaît comme condition de fond des actes à titre gratuit. Elle peut ainsi se définir comme la volonté ou conscience de la part du disposant de n'obtenir aucun équivalent à sa prestation, comme constituant la cause des actes à titre gratuit. La présence de contrepartie, même morale, étant inhérente à tout acte – qu'il soit à titre gratuit ou à titre onéreux –, il sera alors nécessaire d'envisager l'intention libérale à l'aune de sa conception objective, cette dernière prenant alors en compte l'élément intentionnel du donateur comme précédant l'appauvrissement. Ainsi, l'intention de l'auteur, matérialisée par la conclusion d'un acte authentique, pourra être entendue comme l'intention de n'obtenir aucune prestation réciproque de la part du gratifié, l'acte de disposition étant alors la renonciation de ses droits.

76. Conclusion du Titre 1. En l'absence de contrepartie, l'acte à titre gratuit en droit d'auteur sera soumis au régime des libéralités et ainsi aux règles issues du droit commun. Cette assimilation prend tout son sens car il apparaît évident que l'auteur puisse disposer de ses droits d'auteur de son vivant afin de gratifier une tierce personne : en tant que propriété incorporelle, les droits d'auteur sont alors soumis aux mêmes règles que les biens corporels dans le cadre des libéralités.

En ce sens, deux conditions cumulatives doivent être réunies : d'une part, l'acte doit organiser l'appauvrissement patrimonial de l'auteur en le dessaisissant de ses droits au profit d'autrui et, d'autre part, il doit être possible de déterminer, lors de sa conclusion, l'intention libérale ayant amené la volonté de se dessaisir de ses droits. L'appauvrissement se recherchera dans l'absence de prestation réciproque – ou de prestation de valeur équivalente dans le cadre d'une donation avec charge même si, en la matière, il semble difficile de conclure de telles libéralités – et dans la volonté et conscience de s'appauvrir à l'égard du gratifié.

Cependant, il apparaît nécessaire de réaliser une distinction entre la contrepartie matérielle et la contrepartie morale : en ce sens, l'intention libérale découlant à la conclusion d'un acte à titre gratuit doit être appréhendée comme la volonté de ne recevoir de contrepartie matérielle et non comme l'absence d'une contrepartie morale : il y a en effet dans tout acte à titre gratuit l'existence d'une satisfaction morale, du plaisir de donner, de gratifier, ou l'attente d'un geste similaire en retour.

Ainsi, l'existence de la gratuité dans la recherche de l'identification des actes à titre gratuit en l'absence de contrepartie se recherche dans la volonté d'une absence de contrepartie matérielle équivalente à la valeur des droits transférés, absence de contrepartie matérielle propre au régime des libéralités. Néanmoins, et à l'opposé de cette faculté reconnue à l'auteur de gratifier une tierce personne de ses droits d'auteur, il apparaît nécessaire d'étudier les actes à titre gratuit dans lesquels il est possible de déterminer l'existence d'une contrepartie : par la conclusion de tels actes, l'auteur ne souhaitera pas gratifier une tierce personne mais recherchera plus particulièrement un intérêt propre en contrepartie d'une gratuité.

TITRE 2

Identification des actes à titre gratuit en droit d'auteur en présence de contrepartie

77. **La présence de « contrepartie ».** À l'opposé des actes à titre gratuit, actes dans lesquels une contrepartie ne peut être décelable au bénéfice du disposant, les actes sont qualifiés d'actes à titre onéreux car deux prestations, se répondant l'une à l'autre, sont présentes. La prestation de l'une des parties constitue la contreprestation attendue par l'autre partie. Ainsi, et afin de pouvoir venir qualifier les actes de droit d'auteur à titre gratuit alors qu'il est possible de déceler une contrepartie **(Chapitre 2)**, il apparaît nécessaire, dans un premier temps, d'appréhender la notion de contrepartie et comment celle-ci est représentée dans les actes de droit d'auteur **(Chapitre 1)**. En effet, la matière du droit d'auteur retient, afin de réaliser une distinction entre acte à titre gratuit et acte à titre onéreux, l'existence d'une contrepartie financière. Néanmoins, cette contrepartie financière ne constitue pas l'unique contrepartie pouvant exister lors de la conclusion d'un acte. L'étude des actes à titre gratuit en présence de contrepartie permettra ainsi de déterminer comment des actes appréhendés par le droit d'auteur comme étant à titre onéreux peuvent se voir être qualifiés d'actes à titre gratuit sans pour autant perdre de leur substance.

Chapitre 1. Détermination de la contrepartie dans les actes de droit d'auteur

78. **La prestation caractéristique du contrat**[302]**.** Pour le professeur M.-E. ANCEL, le contrat apparaît non pas comme un acte générateur d'obligations ou d'une somme d'obligations, mais comme un instrument au service des résultats poursuivis par les parties[303]. Pour cette dernière, le contrat permet aux parties d'organiser un futur commun qui constituera, le plus souvent, des prestations réciproques[304]. Il ne s'agit alors plus d'appréhender l'obligation comme un lien par lequel débiteur et créancier sont unis, composé de deux éléments – un droit pour le créancier et une charge pour le débiteur –[305], mais comme une perspective de l'exécution, et le contrat comme tendant vers sa propre exécution[306].

79. **L'orientation de l'obligation vers son exécution.** À partir du 19e siècle, des auteurs comme ZACHARIAE ou encore AUBRY et RAU ont contribué à rendre l'obligation plus abstraite, plus dynamique et plus fonctionnelle[307], considérant que la prestation est l'objet de l'obligation[308]. En effet, même s'il est obligé, le débiteur ne réalise pas forcément sa prestation : c'est pour cela qu'il est possible de demander la résolution du contrat pour inexécution de l'obligation, ou plus précisément, pour

---

302 Pour reprendre le titre de l'ouvrage de M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat* : Economica, 2002, préf. L. AYNÈS.
303 *Ibid.,* p. 87, n° 119.
304 *Ibid.*, p. 70, n° 94.
305 *Praelectiones iuris civilis*, t. III *Secundum Institutiones et Digesta*, cité par G. Piéri, *ibid.,* p. 75, n° 103.
306 *Ibid.*, p. 87, n° 119.
307 *Ibid.,* p. 76, n° 105.
308 S. BENILSI, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. Montpellier, 2006, p. 61, n° 102 ; V. également M.-E. ANCEL, *op. citt.,* p. 78, n° 109.

inexécution de la prestation. Cependant, à la différence de ces auteurs, le professeur M.-E. ANCEL reconnaît que l'obligation doit être envisagée en tant que processus finalisé : *« l'obligation n'est plus seulement une relation qui doit déclencher l'activité du débiteur, mais un processus censé procurer, par l'activité du débiteur, une utilité au créancier. La prestation, qui demeure l'objet de l'obligation illustre cet enrichissement »*[309]. La prestation n'est alors plus uniquement perçue comme relevant de l'obligation du débiteur, mais comme un avantage attendu par le créancier[310]. La prestation doit ainsi être perçue comme la transformation attendue par les parties puis réalisée grâce au contrat[311].

Partant de ce constat, il est alors possible, dans un premier temps, d'affirmer que la contreprestation se révèle comme une prestation objective réciproque, comme l'exécution attendue de la prestation réalisée **(Section 1)** et dans un second temps, d'identifier l'obligation attendue par l'auteur à l'égard du cessionnaire lorsqu'il cède ou met à disposition ses droits sans contrepartie financière **(Section 2)**.

SECTION 1. – La contrepartie : une prestation objective réciproque

80. **L'échange.** L'échange est défini par le Code civil comme *« un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre »*[312]. Il s'agit d'un concept général englobant toute opération de transfert réciproque[313]. Il est ainsi possible de considérer que l'échange est une prestation réciproque, une *permutatio*[314] étant à l'origine même du contrat : l'échange est *« le contrat naturel par excellence, antérieur à toute idée de droit et de législation, correspondant à l'archétype de la liberté de communication »*[315].

C'est pourquoi il convient d'envisager le contrat comme un instrument d'échange économique, instrument par lequel les parties satisfont leur attente, leur

309 M.-E. ANCEL, *op. cit.,* p. 79.
310 S. BENILSI, *op. cit.*, p. 61, n° 103.
311 M.-E. ANCEL, *op. cit.*, p. 105, n° 151.
312 C. civ., art. 1702.
313 J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange, Librairie générale de droit et de jurisprudence,* 1987, préf. J.-P. Baud, p. 26, n° 52.
314 *Ibid.*
315 *Ibid.,* p. 3, n° 6 ; V. cependant M.-E. ANCEL, pour qui l'évolution de la société a organisé les relations contractuelles sous l'égide d'intérêts généraux, *op. cit.*, p. 97, n° 139.

avantage voulu (§1), avant de constater que cet échange réside dans la réciprocité des prestations, ces dernières pouvant être matérielles ou monétaires (§2).

§ 1. – Le contrat : un instrument d'échange économique

81. **Un instrument au service des parties.** Un échange induit inévitablement un contrat : ce dernier devient alors l'instrument de l'échange (A). Quant à lui, l'échange trouve sa source dans la réciprocité des prestations, dans la contrepartie existante à la prestation réalisée (B).

A. – Le contrat : un instrument d'échange

82. **Un instrument d'échange.** Il est admis que le modèle contractuel classique correspond à l'échange des biens et des services dont le contrat en est l'instrument[316]. Néanmoins, ce ne sont pas les juristes qui ont réhabilité l'acception du contrat en tant que véritable « concept » d'échange, mais les économistes : *« pour eux l'échangiste est moins un être de volonté qu'une personne douée de désirs et de besoins. Chacun échange volontairement, certes, mais surtout pour réaliser ses désirs »*[317], pour acquérir un objet qui soit plus avantageux que celui échangé[318]. L'échange est alors entendu comme la recherche du nécessaire : *« tout échange n'est qu'un transfert réciproque, non d'objets, mais de valeurs »*[319]. Comme le relève le professeur J. GHESTIN, l'objet n'existe plus en tant que tel, mais en tant que valeur d'usage ou d'échange que chaque partie acquiert ou abandonne[320].

Le contrat devient alors une technique de satisfaction des besoins au service des parties par l'échange qu'il implique : la finalité économique est alors garantie par le droit qui donne force obligatoire au contrat volontairement conclu[321]. Il s'agit d'ailleurs du fondement même du contrat, c'est-à-dire un acte né d'une opération

---

316 J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *op. cit.,* p. 83, n° 3.
317 *Ibid.,* p. 84, n° 5.
318 C. DUPOUEY, *Essai sur la notion de contrepartie : contribution à l'étude des rapports entre droit du travail et droit des contrats*, th. Toulouse I, 2007, p. 67, n° 95.
319 J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *op. cit.,* p. 83, n° 3.
320 *Ibid.*
321 C. DUPOUEY, *op. cit.*, p. 66, n° 94.

d'échange qui se caractérise par le transfert d'un bien d'un patrimoine à l'autre[322]. En ce sens, il est alors possible d'affirmer les propos de T. D'AQUIN selon lesquels le contrat de vente est fondé *« sur la réciprocité des besoins de l'acheteur et du vendeur »*, sa réalisation aboutissant alors à *« l'avantage mutuel des parties »*[323] : les parties réalisent un échange dans le but d'obtenir un avantage, il s'agit de la contrepartie à leur prestation.

B. – L'échange : une contrepartie

83. **La contrepartie.** L'échange étant perçu comme la réalisation « respective » de prestation, il est possible d'estimer que la prestation de l'un a pour contrepartie la prestation de l'autre. Étymologiquement, le préfixe « contre » provient du latin « *contra* », généralement associé à un autre terme pour exprimer l'opposition, l'échange, ou encore l'équilibre. Le terme « partie », quant à lui, provient du latin « *partire* », signifiant « partager ». Ainsi, la contrepartie constitue un des termes de l'échange et implique une relation de réciprocité constituant la base de l'échange[324]. La « contrepartie » renvoie alors à la « réciprocité » ou encore au terme « réciproque », ce dernier pouvant même être employé pour caractériser les obligations que chaque partie assume l'une envers l'autre[325]. La contrepartie doit alors être perçue comme un instrument d'échange[326] : il est ainsi possible d'admettre qu'il y a contrepartie lorsqu'il y a réciprocité des prestations.

Il convient de noter également que la réciprocité des prestations, ou plus particulièrement l'échange, permettra de venir qualifier un contrat en contrat à titre onéreux : *« le contrat est à titre onéreux parce qu'il repose sur un mécanisme d'échange (…). Il s'agit d'une prestation promise en échange d'une prestation reçue »*[327]. La contreprestation à la prestation réalisée peut alors revêtir la forme d'une

---

322 V.-M. Villey, cité par J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *op. cit.,* p. 83, n° 3 ; V. également J.-M. POUGHON, *op. cit.*, p. 26, n° 52.
323 T. D'Aquin cité par J.-M. POUGHON, *ibid.,* p. 32, n° 61.
324 C. DUPOUEY, *op. cit.*, p. 71, n° 101.
325 Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant : PUF, 2014, 10ème éd., p. 858 ; Pour J.-M. POUGHON, la réciprocité constitue même « le principe dominant de l'échange », *op. cit.*, p. 1, n° 1.
326 C. DUPOUEY, *op. cit.*, p. 71, n° 102.
327 *Ibid.*

prestation matérielle – qui se traduira alors par une contrepartie matérielle –, mais également la forme d'une prestation financière – qui se traduira, quant à elle, par une contrepartie monétaire.

§ 2. – Une réciprocité des prestations : des actes à titre onéreux

84. **Une réciprocité de prestations.** La prestation réciproque peut être matérielle, mais également être appréhendée sous la forme monétaire (A). C'est en constatant que l'évolution de la société et de l'économie a entrainé une véritable catégorisation des contrats, ces derniers prenant alors en compte la fourniture d'une prestation contre rémunération[328], qu'il faudra se demander si la *summa divisio* entre actes à titre gratuit et actes à titre onéreux ne prend en compte que l'existence d'une contreprestation monétaire, d'une contrepartie « économique », ou si, finalement, il est possible d'admettre que des contrats sont à titre onéreux lorsqu'il y a existence d'une contrepartie matérielle (B).

A. – L'appréhension de la contrepartie matérielle et financière

85. **La contrepartie : critère déterminant de qualification des contrats à titre onéreux.** *« Il est de l'essence du contrat conclu à titre onéreux que les engagements souscrits par les parties aient une contrepartie »*[329]. Ainsi, si une partie s'engage en raison de la fourniture d'une contrepartie par le cocontractant, le contrat aura la qualification de contrat à titre onéreux : la distinction entre acte à titre onéreux et acte à titre gratuit réside alors en la présence – ou l'absence – de contrepartie[330], par la réciprocité des « prestations objectives ».

[328] M.-E. ANCEL, *op. cit.*, p. 106, n° 152.
[329] C. DUPOUEY, *op. cit.*, p. 166, n° 247.
[330] *Ibid.*

86. **De la prestation matérielle…** S'appuyant sur l'analyse du professeur M.-E. ANCEL, S. BENILSI a réalisé une classification des prestations objectives. Ce dernier a ainsi distingué la prestation de fourniture de bien de la prestation de service.

Il est alors possible de considérer, à la suite de l'échange, que la réception de bien dans son patrimoine constitue un avantage[331]. La prestation objective consistera au transfert d'un bien du patrimoine du débiteur à celui du créancier, engendrant de fait un transfert de propriété entre les parties[332] ; transfert qui sera cependant qualifié de « cession » pour les biens immatériels tels que, par exemple, les droits de propriété intellectuelle[333].

La prestation de service peut, quant à elle, être appréhendée de deux manières distinctes : la réalisation d'un travail par le prestataire ou la mise à disposition d'un bien[334]. Ainsi, le service rendu par le débiteur devra être appréhendé comme une simple activité[335], le meilleur exemple résidant dans le contrat d'entreprise[336]. Quant à la mise à disposition d'un bien, celle-ci devra être appréhendée comme une obligation de délivrance – la prestation étant alors la délivrance de la chose –, tel que par exemple les contrats de prêt à usage ou les contrats de louage de chose[337] : il s'agit de la mise à disposition d'une chose à autrui sans qu'il y ait de transfert de propriété. En droit d'auteur, on parle alors de contrat de licence, de la concession des droits patrimoniaux rattachés à l'œuvre[338]. Ainsi, le bénéficiaire peut se servir d'une chose – ou exploiter une œuvre – qui ne lui appartient pas et qu'il ne peut ou ne veut acquérir[339].

---

331 S. BENILSI, *op. cit.*, p. 67, n° 111.

332 À l'exception des biens indisponibles et exclus du commerce ; S. BENILSI observe également qu'il est possible de fournir un bien sans qu'il y ait transfert de propriété, comme la convention d'usufruit, convention par laquelle une partie procure à l'autre l'usufruit sur son bien sans qu'il y ait transfert de propriété, *ibid.,* p. 68, n°113.

333 *Ibid.,* p. 67, n° 111.

334 *Ibid.,* p. 72, n° 120.

335 *Ibid.,* p. 73, n° 121 ; V. cependant, pour la « vente de service », R. SAVATIER, « Les ventes de services » : *D.* 1979, p. 223, l'emploi de ce terme étant exagéré pour S. BENILSI.

336 Le contrat d'entreprise ou encore louage d'ouvrage est un contrat dans lequel « l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles », C. civ., art. 1719.

337 V. *supra* n° 16.

338 V. *supra* n° 23 et s. et *infra* n° 102 et s.

339 S. BENILSI, *op. cit.,* p. 76, n° 127.

Néanmoins, s'il est possible de distinguer ces différentes prestations objectives, force est de constater que, dans la définition du contrat d'entreprise ou du contrat de louage de choses, il est inscrit que la prestation de service ou la mise à disposition du bien ne peut être réalisée qu'à la condition du paiement d'un « prix »[340]. Il faut ainsi reconnaître, comme l'observe le professeur M.-E. ANCEL, que l'époque moderne *« consacre des contrats par lesquels sont fournies des prestations en nature, « réelles », qui portent les particularités de ces contrats, en échange de sommes d'argent »*[341].

87. **… à la prestation réalisée sous forme monétaire.** La « monnaie » doit être perçue comme une unité de valeur mais également comme une unité de paiement. Une unité de valeur car elle renvoie à une prestation réelle, au transfert d'un bien d'un patrimoine à l'autre[342] ; une unité de paiement car elle permet d'éteindre les obligations monétaires qui se mesurent en valeur[343]. Ainsi, *« dans une économie marchande, c'est la monnaie qui est l'élément caractéristique (…). La prestation caractéristique est donc, parmi les prestations propres à une catégorie contractuelle relevant de l'archétype d'une fourniture rémunérée, celle qui est rétribuée »*[344], d'autant plus que, comme l'observe le professeur M.-E. ANCEL, la sanction pour lésion[345] est prévue dans l'hypothèse d'une vente et non dans celle d'un échange d'immeuble[346].

Il est alors possible de considérer que la prestation réalisée sous forme monétaire constitue une véritable prestation matérielle : par le transfert monétaire

---

[340] En effet, le contrat de louage de chose est un contrat selon lequel « l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer » (C. civ., art. 1709), et le contrat de louage d'ouvrage un contrat selon lequel « l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles » (C. civ., art. 1719).

[341] M.-E. ANCEL, *op. cit.*, p. 106, n° 152.

[342] J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *op. cit.,* p. 83, n° 3.

[343] M.-E. ANCEL, *op. cit.*, p. 107, n°153 ; Pour approfondir, v. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé* : LGDJ, 1992.

[344] M.-E. ANCEL*, Ibid.,* p. 111, n° 158.

[345] V. les art. 1674 et s. C. civ.

[346] M.-E. ANCEL, *op. cit.*, p. 108, n° 155 ; Le code civil considère qu'il y a lésion lorsque « le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble » (C. civ., art. 1674). Pour cela il faudra « estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente » (C. civ., art. 1675). Une fois la lésion constatée, « l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total » (C. civ., art. 1681).

existe un transfert de valeur, comme dans le cadre d'une prestation matérielle. Cependant, la prestation réalisée sous forme monétaire, inhérente à la société moderne, constitue généralement, et à elle seule, la condition de qualification des actes à titre gratuit ou à titre onéreux. Sans contrepartie financière à la prestation, il est possible de conclure qu'un acte est réalisé à titre gratuit, ce dernier ne s'étant pas vu « valoriser » par un transfert monétaire. À l'inverse, l'acte sera qualifié d'acte à titre onéreux par la présence d'une valorisation de la prestation sous forme monétaire. Force est ainsi de constater qu'en droit d'auteur, l'absence de rémunération suffit à qualifier un acte comme étant à titre gratuit. Cela peut s'expliquer par le fait qu'il est admis, en la matière, que les droits d'auteur doivent permettre à l'auteur de vivre de son art, ce dernier étant considéré comme un travailleur – en ce sens, il est difficile de concevoir qu'un salarié ne soit pas rémunéré pour un travail effectué, au risque de voir sa prestation être qualifiée de bénévolat. Néanmoins, la contrepartie matérielle, même si celle-ci ne se réalise pas sous forme monétaire, doit permettre de qualifier un acte comme étant à titre onéreux ou même d'appliquer le régime admis pour les actes dans lesquels il est reconnu que la contrepartie ne doit se faire que sous forme monétaire.

B. – La contrepartie comme critère de qualification des actes à titre onéreux

88. **L'existence de contrepartie : critère de qualification des contrats à titre onéreux.** Si l'on se réfère à la définition des contrats spéciaux dans le Code civil, l'on se rend rapidement compte que la prestation réelle du débiteur constitue la contrepartie du paiement d'un prix de la part du créancier : tel est le cas pour le contrat de vente[347], le contrat de louage de chose[348] ou encore le contrat de louage d'ouvrage[349]. Si l'on se porte du côté du Code de la propriété intellectuelle, l'on se rend également compte que la cession des droits de la part de l'auteur dans le cadre

[347] C. civ., art. 1582, al. 1er : « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ».
[348] C. civ., art. 1709 : « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ».
[349] C. civ., art. 1710 : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

d'un contrat d'exploitation – contrat assimilé au contrat de vente[350] –, doit, par principe, comporter une rémunération au profit de l'auteur. Autrement dit, le paiement d'un prix sera dû pour la cession des droits portant sur le transfert de droits du patrimoine de l'auteur à celui de l'exploitant. La prestation existante dans les contrats spéciaux sera alors perçue comme la « prestation caractéristique »[351] du contrat ayant comme contrepartie le paiement d'un prix[352]. L'absence du paiement du prix ou plus particulièrement, de la prestation monétaire, entrainera alors la disqualification du contrat en contrat de vente, en contrat de louage : la prestation de fourniture d'un bien ou la réalisation de la prestation de service ayant comme contrepartie une prestation réalisée sous forme monétaire, la qualification du contrat en contrat à titre onéreux n'a alors plus lieu d'être. Ce dernier devra être perçu comme un contrat à titre gratuit par lequel une seule partie fournit une prestation à l'autre.

Il ne faut également pas perdre de vue que le contrat à titre onéreux est défini par le Code civil comme un contrat dans lequel *« chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure »*[353]. Perçue comme un « avantage », la contrepartie peut alors revêtir la forme d'une prestation matérielle – le créancier pouvant percevoir un avantage dans la réalisation de la prestation du débiteur en contrepartie de sa propre prestation[354] –, mais également la forme d'une prestation monétaire – l'avantage peut porter sur la réception d'une somme d'argent de la part du créancier en contrepartie de la réalisation d'une prestation objective.

---

350 V. *infra* n° 113.

351 « Dans la vente, la prestation caractéristique est l'acquisition de la propriété ; dans le louage de chose, il s'agit de l'octroi de la jouissance temporaire de la chose en question ; dans le louage d'ouvrage, il s'agit dudit ouvrage ou, plus généralement, du service qui est fourni », M.-E. ANCEL, *op.cit.*, p. 112, n° 159.

352 V. en ce sens, S. BENILSI, *op. cit.*, p. 65, n° 109 ; V. également M.-E. ANCEL, *op. cit.*, p. 105, n° 150.

353 C. civ., art 1107.

354 Néanmoins, pour M.-E. ANCEL, lorsqu'il y a échange symétrique de prestation réelle, dans l'hypothèse d'un contrat d'échange, « il est impossible de trancher le point de savoir laquelle est caractéristique du contrat », *op. cit.*, p. 123, n° 173. Cette affirmation est compréhensible quand il est admis que la prestation caractéristique, par exemple, du contrat de vente, est l'acquisition de la propriété. Mais dans l'hypothèse d'un contrat d'échange, ne faut-il pas se placer du côté de chaque partie afin de déterminer quelle est la prestation caractéristique ? L'échange étant défini comme un contrat par lequel « les parties se donnent respectivement une chose pour une autre » (C. civ., art. 1702), pourquoi ne pas reconnaître que la prestation caractéristique est l'acquisition de la propriété ? Acquisition étant alors perçue comme l'avantage voulu par les parties ?

89. **Conclusion de la Section 1.** Véritable instrument d'échange, le contrat permet d'assurer à l'égard des parties que la prestation attendue, constituant alors une contrepartie, institue une obligation qui se doit d'être respectée. Il s'agit ainsi de matérialiser l'échange, de sécuriser la relation entre les parties en vue de la réalisation des prestations réciproques. Ainsi, en s'engageant contractuellement, chacune des parties attend de l'autre la réalisation d'une contreprestation, d'un avantage attendu sans quoi les parties n'auraient pas contracté.

Si les prestations attendues peuvent être matérielles ou revêtir la forme d'une prestation monétaire, il apparaît néanmoins utile d'appréhender l'étendue de ces prestations lorsque l'auteur conclut un acte en l'absence de rémunération.

SECTION 2. – La contrepartie dans les actes de droit d'auteur à titre gratuit

90. **Actes à titre gratuit de droit d'auteur et contrepartie.** Si la jurisprudence et le Code de la propriété intellectuelle admettent la validité des actes de cession de droit à titre gratuit, il est néanmoins possible de déceler, dans ces derniers, la présence d'une contrepartie en réalisant une typologie des actes de transfert de droit à titre gratuit en présence de contrepartie (§1) mais également des actes de mise à disposition de droits d'auteur à titre gratuit (§2). Cette étude permettra de venir qualifier les actes « à titre gratuit » en droit d'auteur lorsqu'une contrepartie est décelable et ainsi le régime qui leur est applicable. Il apparaitra alors que dans le cadre d'une exploitation des droits – que ce soit par une cession ou une mise à disposition –, la gratuité trouve toute sa place et peut même venir justifier la conclusion de tels actes.

§ 1. – Typologie des actes de transfert de droits à titre gratuit en présence de contrepartie

91. **Une reconnaissance issue de la pratique**. Plusieurs contentieux ont amené auteurs et éditeurs devant les juges concernant la validité de clauses de cession à titre gratuit dans le cadre de contrats d'exploitation. C'est ainsi qu'il est possible d'opérer une distinction entre cession de droits à titre partiellement gratuit (A) et cession de droits à titre gratuit dans sa globalité (B).

A. – Les actes de transfert de droit à titre partiellement gratuit

92. **La cession à titre partiellement gratuit.** Que l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle impose la rémunération de l'auteur dans le cadre des contrats d'exploitation ne semble pas venir poser, outre mesure, de réelles difficultés aux éditeurs. Mais que les juges reconnaissent la possibilité pour l'auteur de céder une partie de ses droits gracieusement, paraît étonnant. Il est ainsi retenu que, pour être recevable, la clause de cession de droits d'auteur partiellement gratuite doit être dénuée d'ambiguïté (1). Il sera alors utile, par la suite, de constater que la contrepartie pourra se traduire en une contrepartie matérielle par l'édition de l'œuvre (2).

1- Nécessité d'un consentement libre et éclairé

93. **Clause de cession de gratuité partielle : nullité de l'acte en cas d'ambiguïté.** La clause litigieuse ayant opposé auteurs et éditeurs était ainsi rédigée : *« pour prix de cession du droit d'édition ci-dessus prévue, l'éditeur versera à l'auteur, pour chaque exemplaire vendu correspondant sur le prix fort de vente hors TVA : 0% pour le premier mille, 7% pour les deux mille suivants ; 10% à partir de trois mille »*[355]. Il est clairement indiqué, dans le contrat, que l'auteur devait renoncer à une partie de ses revenus pour les premiers exemplaires vendus. Mécontents que de telles conditions leur soient appliquées, les auteurs ont saisi les juges. Pour leur

[355] TGI Paris, 3ème ch. civ. 30 nov. 1999 : *Comm. com. électr.,* 2001, comm. 87 ; *RIDA* 2000, n° 185, p. 435 ; CA Paris, 4ème ch, 10 déc. 2004 : *Propr. intell.* 2005, n° 15 p. 175, obs. Lucas ; *RIDA* 2005. p. 286.

défense, les éditeurs ont argué qu'ils respectaient la condition de rémunération proportionnelle indiquée à l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle, mais encore que ladite clause n'était pas incompatible avec l'article L. 122-7 du même code. Les juges ont alors « botté en touche ». En effet, ils se sont bornés à déterminer le caractère ambigu de l'acceptation, indiquant que dans le cas où l'auteur cède, dans un contrat d'exploitation, une partie de ses droits gracieusement, la clause encadrant cette cession doit indiquer que l'auteur a pleinement conscience de la réalisation d'une telle cession : *« certes, l'auteur est autorisé à céder ses droits à titre gratuit sur son œuvre mais (…) il convient que cette disposition contractuelle soit consentie sans ambiguïté par celui-ci »*[356]. Les actes ont toutefois été déclarés nuls, la clause concernant la rémunération de l'auteur étant considérée comme substantielle au contrat[357].

94. **Un consentement libre et éclairé.** La position des juges a été entendue par les éditeurs. Ces derniers ont alors demandé aux auteurs de contresigner la clause litigieuse[358], le biffage indiquant que leur consentement était libre, éclairé, et qu'ils avaient pleine conscience de céder gracieusement et partiellement leurs droits[359]. Il était, de plus, fait la distinction, dans l'acte de cession, entre cession gracieuse et onéreuse, ces dernières figurant dans deux clauses distinctes. Cela apportait, en plus de la contre-signature, une certaine clarté[360]. En réponse, les juges ont indiqué que la clause *« n'est donc pas illicite »*, mais qu'il est *« toutefois observé que chaque auteur conserve la liberté d'en demander la nullité s'il estime notamment que son consentement a été vicié »*[361]. La décision est explicite : la contre-signature constitue la reconnaissance d'un consentement libre et éclairé. Néanmoins, l'auteur ne doit pas estimer que son consentement ait été vicié – il faut toutefois reconnaître que la contre-

---

356 TGI Paris, 3ème ch. civ. 30 nov. 1999, *op.cit.* ; CA Paris, 4ème ch, 10 déc. 2004, *op. cit..*

357 V. sur la nullité du contrat de cession prévoyant un prix vil, CA Paris, 14 févr. 1994 : *RIDA* 1994, n° 161, p. 225 ; CA Paris, 9 oct. 1995 : *RIDA* 1996, n° 169, p. 311.

358 CA Paris, 4ème ch. B, 25 nov. 2005 : Com. com. électr. comm. 40, n° 3, mars 2006.

359 L'auteur est « libre, si du moins il a une claire conscience de ce qu'il cède à titre gratuit, de renoncer à percevoir des droits patrimoniaux sur l'exploitation de son œuvre », TGI Paris, 3ème Ch. civ. 30 nov. 1999, *op. cit ;* Cette position s'applique également au monde universitaire, pourtant reconnu comme étant un monde dans lequel les connaissances circulent librement, CA Paris, 4ème ch. B, 18 nov. 2005 : *Propr. intell.* 2006, n° 19, p. 183, obs. A. Lucas ; V. également T. AZZI, « La cession à titre gratuit du droit d'auteur » : *RIDA* 2013, n° 237, n° 15.

360 CA Paris, 4ème ch. B, 25 nov. 2005, *op. cit.*

361 *Ibid.*

signature d'une telle clause par l'auteur indique qu'il a pleinement conscience de son acceptation. La cession partielle des droits à titre gratuit est donc reconnue comme étant recevable.

2- La présence d'une contrepartie matérielle : l'édition de l'œuvre

95. **La reconnaissance d'un risque pris par l'éditeur : l'édition de l'œuvre comme contrepartie.** Le domaine de l'édition, et même de la production, est un domaine où les cessionnaires prennent des risques financiers et où le retour sur investissement n'est pas garanti. Ainsi, dans la décision du 25 novembre 2005 reconnaissant la possibilité pour l'auteur de céder une partie de ses droits à titre gratuit[362], la cour d'appel reconnaît que le contrat d'édition dans lequel est stipulé une cession à titre partiellement gratuit reste qualifié de contrat à titre onéreux – il est préférable de dire « partiellement onéreux ». Néanmoins, la cession à titre gratuit ne concernant que les premiers exemplaires vendus[363], il est possible de se demander s'il s'agit d'une reconnaissance implicite de la part des juges d'une gratuité justifiée par le risque pris par l'éditeur de fabriquer, publier et diffuser l'œuvre. La contrepartie à la cession à titre partiellement gratuit se trouverait-elle, alors, dans cette justification ?

Il convient de se ranger du côté de l'auteur. Ce dernier, faisant face à l'éditeur, peut voir apparaître l'ombre d'un « chantage » lorsque le cessionnaire lui propose de signer un contrat d'édition dans lequel la cession des droits se fera à titre partiellement gratuit. Le risque de ne pas signer le contrat et de refuser une telle gratuité peut engendrer un refus de la part de l'éditeur d'éditer l'œuvre sous prétexte que l'édition et les obligations y découlant ne lui seront profitables qu'après la vente d'un certain nombre d'exemplaires. À l'inverse, s'il consent à la gratuité partielle – son consentement devant être libre et éclairé –, l'acceptation d'une contrepartie non monétaire pour les premiers exemplaires vendus pourra s'interpréter pour l'auteur comme la possibilité de voir son œuvre éditée. La contrepartie à la cession à titre partiellement gratuit sera alors l'édition de l'œuvre.

---

362 En outre, dans la décision rendue par la cour d'appel de Paris le 25 novembre 2005, les juges reconnaissent que l'article L. 132-5 – prévoyant une rémunération proportionnelle ou forfaitaire au profit de l'auteur dans les contrats d'édition - s'applique « dès lors que l'auteur n'a pas consenti à une cession à titre gratuit », *ibid.*

363 V. *supra* n° 93.

96. **Une position critiquable.** La position des juges est critiquable quand on sait que ces derniers ont déclaré que le risque financier *« ne saurait être supporté dans le cadre d'un contrat d'édition par l'auteur »*[364]. En effet, l'acceptation, par l'auteur, de ne recevoir aucune contrepartie monétaire pour les premières ventes de son œuvre trouve sa justification dans le risque financier pris par l'éditeur. Toutefois, l'existence d'un consentement libre et éclairé de la part de l'auteur justifierait-il la reconnaissance d'un tel acte ? Les juges ont admis que *« la renonciation par l'auteur à ses droits patrimoniaux ne peut être acquise que dans la mesure où elle était éclairée, consentie et non équivoque »*[365]. La cession à titre gratuit serait alors licite à partir du moment où il n'y aurait pas vice du consentement[366], et donc lorsque l'auteur agit en pleine conscience de son acte.

B. – Les actes de transfert de droit à titre gratuit dans leur globalité

97. **L'affaire Picasso.** Dans cette célèbre affaire évoquée précédemment[367], mettant en jeu une cession gracieuse des droits de reproduction, les ayants droit de Pablo Picasso ont demandé à une société d'édition de leur verser la rémunération due pour l'exploitation d'œuvres lithographiques cédées gracieusement par l'artiste. N'ayant trouvé de résolution à l'amiable, les parties ont esté en justice. Il a ainsi été reconnu que l'acte pouvait être qualifié d'acte de cession de droit à titre gratuit dénué d'intention libérale (1) et que la contrepartie à la cession pouvait s'analyser comme étant une contrepartie morale se traduisant par le gain de notoriété apporté par l'exploitation des œuvres (2).

---

364 TGI Paris, 3ème ch. civ. 30 nov. 1999, *op. cit.*

365 CA Paris, 4ème ch. B, 18 nov. 2005, *op. cit.* ; T. AZZI, *op. cit.* n° 15.

366 La sanction retenue pourrait alors être l'erreur du consentement prévu à l'article 1110 du Code civil, l'auteur pensant céder onéreusement ses droits s'il voit apparaître le terme « prix » à l'intérieur d'une clause prévoyant la cession gracieuse de ses droits. L'acte tout entier serait alors déclaré nul ; V. également Cass. 1ère civ., 21 nov. 2006, n° 05-15.674 : Bull. civ. I, n° 498 ; *Propr. intell.* 2006, n° 22, p. 94, obs. Bruguière ; *JCP G* 2007. I. .115, n° 3 obs. Ph. Stoffel-Munck.; CA Paris, 22 mars 2006 : *JCP G* 2006, I, 162, obs. Caron : « Que la validité d'une telle cession suppose que l'auteur y ait librement consenti par écrit, par une clause contractuelle dépourvue d'ambiguïté » et enfin en l'espèce, la clause « est parfaitement claire quant à sa portée de sorte que cette clause contractuelle est licite ». Toutefois, le contrat d'édition a été déclaré nul car la rémunération de l'auteur était calculée sur le chiffre d'affaire de la société et non sur le prix de vente au public.

367 V. *supra* n° 71.

1 - Une cession dénuée d'intention libérale

98. **Une cession à titre gratuit dénuée d'intention libérale.** Par un acte du 17 décembre 1960, Pablo Picasso a cédé ses droits de reproduction portant sur des dessins à une société éditrice en ces termes : *« Je soussigné, Pablo Picasso (…), déclare céder mes droits aux Éditions Cercle d'Art, (…) pour la reproduction des dessins de l'ouvrage « Toros » »*[368]. N'ayant fait à aucun moment référence à une possible rémunération, l'acte est considéré comme étant à titre gratuit. Mais s'agit-il d'une donation ou d'une cession ?[369]

La solution des juges de la cour d'appel de Paris sur la demande en nullité de l'acte est particulièrement intéressante, ne serait-ce que dans la reconnaissance de la cession à titre gratuit. En effet, la société éditrice arguait que l'acte de Monsieur Picasso constituait une donation rémunératoire. À cela, les juges répondirent *« qu'en l'espèce, l'édition* (…) *avec les dessins de Picasso apportait à celui-ci non seulement une satisfaction morale, mais lui permettait de faire connaître ses œuvres d'un plus grand public, d'accroître sa notoriété tant en France qu'à l'étranger dans la mesure où l'ouvrage devait faire l'objet de coédition anglaise, allemande et espagnole ; Que même la diffusion internationale d'un tel ouvrage ne pouvait que contribuer à augmenter la côte de l'artiste et la valeur des dessins reproduits ; Qu'il s'ensuit que ces avantages excluaient l'intention libérale de Pablo Picasso »*[370]. Est ainsi balayée la donation par la simple reconnaissance de l'existence d'une contrepartie morale : *« il n'y a pas de libéralité s'il n'y a pas d'intention libérale »*[371]. Ces derniers qualifient alors l'acte *« comme une cession de droit d'auteur à titre gratuit »*[372]. Toutefois, la cession se voit être entachée de nullité car elle ne respectait pas la condition relative à ce que *« chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine de l'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à sa durée »*[373], comme le prévoit l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle.

---

368 CA Paris, 1er juill. 1998 : *RIDA* 4/1999, p. 390, n° 179.
369 V. notamment *supra* n° 71.
370 CA Paris, 1er juill.1998, *op. cit.*
371 *Ibid.*
372 *Ibid.*
373 *Ibid.*

Après un pourvoi de la société Cercle d'Art, les sages répondirent que « *la Cour d'appel a exactement prononcé la nullité de l'acte litigieux qualifié de cession des droits d'auteur, sur le fondement des dispositions impératives de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, en ne retenant qu'il ne stipulait aucune clause quant à la durée et l'étendue des droits cédés (…), indépendamment de ceux, concernant la nature gratuite ou onéreuse* »[374]. N'étant à aucun moment fait mention de la validité du caractère gratuit de la cession, il convient alors de revenir à la solution des juges de la cour d'appel, ces derniers excluant la qualification de donation par l'absence d'intention libérale de la part de Monsieur Picasso.

2 - La présence d'une contrepartie morale : le gain de notoriété

99. **La présence de contrepartie morale.** Picasso déclarait explicitement *« céder »* ses droits à une société d'édition pour *« la reproduction des dessins de l'ouvrage « Toros » »*[375]. Cette cession aurait très bien pu être une donation, mais encore aurait-il fallu que l'acte en recouvre le fond mais également la forme[376]. De plus, en réalisant ce geste, Picasso savait très certainement que ses dessins auraient fait l'objet d'une exploitation. La cession aurait également pu être qualifiée de testament, mais elle a été réalisée entre vif et non à cause de mort. L'acte peut-il alors être qualifié de contrat d'exploitation ? Il est difficile, en premier lieu, de considérer cette cession à titre gratuit comme contrat d'exploitation car il est admis qu'un contrat d'exploitation doit avoir comme contrepartie la rémunération de l'auteur. Cette règle impérative prévue par les articles L. 131-4 et L. 132-5 du Code de la propriété intellectuelle est, en l'espèce, absente. Néanmoins, l'existence d'une contrepartie morale suffirait-elle alors à venir qualifier l'acte de cession « à titre gratuit » – en l'absence de rémunération – en contrat d'exploitation ?

S'il est possible de reconnaître que l'acte doit respecter le formalisme imposé par l'article L. 131-3 relatif aux contrats d'exploitation, la qualification de ladite cession en tant que contrat d'exploitation paraît soulever des difficultés juridiques difficilement contournables. Or, l'acte de cession émanant de Picasso a bien pour

374 Cass. 1re civ. , 23 janv. 2001 : *Bull.* Civ 2001, n° 13, p. 8.
375 CA Paris, 1er juill. 1998, *op. cit.*
376 V. *supra* n° 39 et s.

objectif l'exploitation des dessins afin que celle-ci lui apporte un gain de notoriété. L'avantage moral recherché par l'auteur constitue alors une contrepartie non-palpable, non-évaluable. Néanmoins, pour les juges de la cour d'appel, la contrepartie morale relevait de l'existence d'une notoriété future et de l'évolution de la côte de l'auteur, ce que ce dernier recherchait et ne pouvait ignorer[377]. Cette contrepartie morale, même si elle est décelable, est cependant subordonnée à l'exploitation des droits par le cessionnaire. L'exploitation, ou même l'obligation d'exploitation, contrepartie matérielle, apparaît ainsi être au cœur de la contrepartie à la cession à titre gratuit.

§ 2. – La contrepartie dans les actes de mise à disposition de droits d'auteur à titre gratuit

100. **Contrat de licence et propriété industrielle.** La distinction entre contrat de cession – transfert de droits – et contrat de licence – mise à disposition des droits – est abordée dans la partie du Code de la propriété intellectuelle réglementant la propriété industrielle. En effet, l'article L. 613-8 consacre en son alinéa 1 que les droits attachés à un brevet *« sont transmissibles en totalité ou en partie »*[378], avant de venir préciser, à l'alinéa 2, que ces mêmes droits *« peuvent faire l'objet (…) d'une concession de licence d'exploitation, exclusive ou non exclusive »*. Quant à l'article L. 714-1, il reconnaît que les droits portant sur les marques *« sont transmissibles »*[379], avant de développer que les droits *« attachés à une marque peuvent faire l'objet en tout ou partie d'une concession de licence d'exploitation exclusive ou non exclusive ainsi que d'une mise en gage »*. Est ainsi faite la distinction entre les termes *« transmission »* et *« concession »*. Le premier renvoi au contrat de cession de droits, tandis que le second renvoie au contrat de licence. Une telle distinction permet aux ayants droit titulaires d'une marque ou d'un brevet une meilleure appréhension des différentes alternatives laissées à leur libre choix quant à l'exploitation de leurs droits. En revanche, cela ne semble pas être le cas en propriété littéraire et artistique.

---

377 CA Paris, 1er juill. 1998, *op. cit.*

378 CPI, art. L. 613-8 al. 1 : « Les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transmissibles en totalité ou en partie. ».

379 CPI, art. L. 714-1 al. 1 : « Les droits attachés à une marque sont transmissibles en totalité ou en partie, indépendamment de l'entreprise qui les exploite ou les fait exploiter. La cession, même partielle, ne peut comporter de limitation territoriale. ».

101. **Contrats de licence et droits voisins.** S'agissant des droits voisins, le Code de la propriété intellectuelle aborde la question de la transmission des droits par le terme *« autorisation »* et non par celui de « cession »[380]. Est-il alors possible d'admettre que la licence est expressément reconnue par le législateur ? La réponse est négative. Il s'agit en effet d'une simple transposition des termes de la Convention de Rome indiquant *« le droit d'autoriser »* la reproduction de phonogrammes[381]. Il est toutefois possible de noter qu'en pratique les contrats de licence sont monnaie courante. Il est en effet reconnu que les contrats de licences sont des contrats exclusifs ou non exclusifs dans lesquels un producteur confie à un licencié la tâche de fabriquer, publier, et distribuer l'œuvre ainsi que les prestations artistiques auprès du public[382]. Parle-t-on en l'espèce de cession ou de concession ? Il s'agit en réalité d'un contrat de concession par lequel le producteur confie ses droits à un tiers pour une durée déterminée, durée pendant laquelle le licencié sera autorisé à distribuer et commercialiser l'œuvre[383]. Peut-on également envisager la reconnaissance d'un contrat de licence entre un artiste-interprète et un producteur ? La réponse est moins sûre. Il est préférable, compte tenu de la spécificité des droits des artistes-interprètes, de ne reconnaître que la possibilité d'une cession des droits. En effet, l'aspect économique joue ici un rôle important. Par exemple, comment un producteur peut-il investir dans la production d'un phonogramme ou d'une œuvre audiovisuelle si un artiste lui concède uniquement ses droits pour une durée qui, par définition dans un contrat de licence, est limitée ?

---

[380] L'article L. 212-3 parle de l' « autorisation » de l'artiste-interprète, l'article L. 213-1 de l' « autorisation » du producteur de phonogramme, l'article L. 215-1 de l'« autorisation » du producteur de vidéogramme et l'article L. 216-1 de l'« autorisation » des entreprises de communication audiovisuelle, v. notamment sur ce point A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique* : LexisNexis, 2017, 5ème éd., p. 1134, n° 1473 et s..

[381] Conv. Rome, art. 10 : « Les producteurs de phonogrammes jouissent du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes » ; V. également *ibid.*, p. 1148, n° 1496 et s.

[382] P.-M. BOUVERY, *Les contrats de la musique* : IRMA, 2011, p. 137, n° 403.

[383] *Ibid.,* p. 140, n° 411.

102. **De la difficile approche de la notion de contrat de licence en droit d'auteur.** Il est regrettable de s'apercevoir qu'une approche différente de celle de la propriété industrielle est réalisée en droit d'auteur. En effet, les règles encadrant le droit d'auteur du Livre I du Code de la propriété intellectuelle ne font allusion qu'au terme de « cession »[384], le contrat de licence venant alors s'agiter tel un épouvantail et ne demandant qu'à être définitivement qualifié. Plus qu'un débat, l'enjeu est la reconnaissance d'un droit personnel à l'auteur qui serait lié au contrat[385], droit lui permettant ainsi de mettre son œuvre à disposition d'un tiers, tel un bailleur mettant un bien à disposition d'un locataire. C'est de ce vide juridique qu'est né le débat animant des auteurs prestigieux de la matière tels que le sont les professeurs LUCAS, le professeur M. VIVANT ou encore le professeur P.-Y. GAUTIER. Toutefois, leur approche n'est pas unanime : cela vient démontrer à quel point il est difficile de trancher la question des licences de droit d'auteur.

Pour les premiers, ce sont deux contrats qui participent de la même nature[386]. En effet, tout comme le contrat de licence, le contrat de cession peut être limité dans le temps, à un territoire déterminé, et ne concerner que certains modes d'exploitation[387]. Mais pour ces auteurs, la ressemblance entre les deux notions repose plus particulièrement sur la distinction entre droits réels et droits personnels. Il convient de rappeler à ce titre que le droit réel est un droit portant sur une chose et procurant à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette dernière[388]. En créant l'œuvre, l'auteur sera investi de droits réels sur celle-ci, droits qu'il peut céder dans le cadre d'un contrat de cession à un tiers. Le droit personnel, quant à lui, est un

---

384 A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 608, n° 723 ; A. MAFFRE-BAUGÉ., *Jcl.* PLA, fasc. 1310, Droit d'auteur, Exploitation des droits, 2010, n° 4 : V. également N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés* : Dalloz, 2010, préf. P.-Y GAUTIER, p. 261, n° 304.

385 A. BOISSON., *La licence de droit d'auteur* : LexisNexis, 2013, préf. J. RAYNARD, p. 55, n° 18.

386 A. LUCAS., LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 610, n° 723 ; D'autres auteurs se sont illustrés dans la reconnaissance de la théorie rejetant la distinction entre contrat de licence et contrat de cession. Il est alors possible de citer : G. LYON-CAEN et P. LAVIGNE, *Traité théorique et pratique du droit du cinéma* : LGDJ, 1957 ; B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle* : PUAM, 2006 ; Ph. GAUDRAT, *Répertoire de droit civil Dalloz, Propriété littéraire et artistique*, Partie I ; S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?* th. Montpellier, 1999 ; V.-C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, th. Montpellier, 1999.

387 A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *ibid.*

388 Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique* : PUF, 2014, 10ème éd., p. 766.

droit relatif à une obligation, tel l'emprunteur a un droit sur le prêteur[389], tel l'auteur aurait un droit sur le licencié. L'objet de la cession se trouve alors dans le droit constitué sur l'œuvre et non pas dans l'œuvre elle-même[390]. Même s'il apparaît difficile de remettre en doute leur affirmation, force est de constater que ces derniers se bornent à qualifier les droits cédés, plutôt que l'obligation née du contrat[391]. Il est alors aisé de comprendre pourquoi il est affirmé que *« le licencié ne cherche pas à obtenir l'accès à l'œuvre (…), mais à en tirer lui-même un profit à travers une exploitation auprès du public »*[392]. *« L'exploitation de l'œuvre passe nécessairement par l'exploitation du droit, ce qui brouille la frontière entre droit réel et droit personnel »*[393]. C'est pourquoi *« il ne faut pas s'enfermer dans cette opposition sommaire »*[394]. L'exploitation de l'œuvre étant nécessairement l'exploitation d'un droit, il est difficile de distinguer, d'une part, la mise à disposition de la chose qu'est l'œuvre, et d'autre part, la cession d'un droit. Le contrat de licence ne peut donc être distinct du contrat de cession.

Néanmoins, cette approche paraît inappropriée en la matière. En effet, l'objet de la concession des droits d'auteur n'est pas l'œuvre, mais les droits portant sur cette dernière, ce qui aboutit à la création d'un droit personnel découlant de la conclusion du contrat entre l'auteur et le licencié. Le droit d'auteur doit évoluer en prenant en compte les nouvelles possibilités de partage et permettre ainsi à l'auteur de choisir entre une cession par laquelle il transfère la propriété de ses droits, d'une mise à disposition de ces derniers, qui restent dans son patrimoine, mais dont il en autorise la jouissance. Partant de ce constat, il est alors possible de déterminer la contrepartie existante dans les licences libres (A) et dans les licences stipulées dans les CGU (B).

---

389 Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op . cit.,* p. 667.
390 A. BOISSON., *op. cit.,* p. 54, n° 18 ; A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.,* p. 37, n° 29.
391 A. BOISSON., *Ibid.*
392 A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.,* p. 610, n° 725.
393 *Ibid.*
394 *Ibid.,* p. 609, n° 723.

A. – La contrepartie dans les licences libres

103. **Ambiguïté dans les termes.** Bien que l'article L. 122-7-1 indique que *« l'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public »*[395], l'apparition de la licence libre n'est pas uniquement venue apporter de nouvelles problématiques juridiques. Elle a en effet eu également son lot de questions relatives à l'appréhension des termes anglo-saxons de la licence libre en langue française. C'est ainsi qu'est apparue une ambiguïté dans la définition des mots relatifs à la licence libre, ambiguïté qui a déjà fait l'œuvre d'écrits de la part de la doctrine[396]. Ainsi, le terme « Free », de « Freeware », peut signifier à la fois « libre » et « gratuit ». Le mot « Free » a été assimilé à la gratuité avant d'être employé pour déterminer le caractère « libre » du partage de logiciel[397]. Faut-il alors parler de liberté ou de gratuité quand il s'agit d'aborder la licence libre ? La pratique a mis fin à ce débat en employant le terme de « logiciel libre », renvoyant aux logiciels librement copiables, modifiables et diffusables[398]. Les logiciels « gratuits » quant à eux, renvoient aux logiciels faisant l'objet d'une licence d'utilisation gratuite[399]. Ainsi, liberté ne rime pas avec gratuité, et inversement, la gratuité ne renvoie pas uniquement à la liberté. Il est alors possible de se poser la question de savoir si la licence libre est par définition une licence à titre gratuit. À ce titre, il a été reconnu[400] et affirmé que *« la notion d'œuvre libre suppose la gratuité de l'accès et de la jouissance de l'œuvre »*[401]. La licence libre est-elle alors, par essence, à titre gratuit ? Il faut dès lors constater que cette dernière peut faire l'objet d'une monétisation directe ou indirecte de la part du licencié, monétisation qui constituera alors une contrepartie à la licence (1), mais surtout que la

---

395 CPI, art. L. 122-7-1.

396 T. FUENTES CAMACHO., B. DE BADIRAC., « « Les logiciels libres » : Plus de démocratie ou d'argent dans la société de l'information ? », *in* http://www.unesco.org ; C. CARON., « Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français » : *D.* 2003, p. 1556, n° 2 ; N. BLANC, *op. cit.,* p. 148, n° 162 ; A. BOISSON, *op. cit.*, p. 172, n° 157.

397 Pour une analyse plus complète V. M. CLÉMENT-FONTAINE., *L'œuvre libre* : Larcier, 2014, préf. M. VIVANT, p. 52, n° 65.

398 *Ibid.*

399 *Ibid.*

400 Notamment par N. BLANC qui considère que la licence libre se caractérise notamment par la gratuité, N. BLANC, *op. cit.,* p. 150, n° 163.

401 M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il créer un statut légal de l'œuvre libre ? » : *Propr. intell.* Janvier 2008, n° 26, p. 75.

contrepartie morale se déduisant de l'utilisation de l'œuvre et de l'acceptation des charges par le licencié peut constituer une véritable contrepartie (2).

1 - Une commercialité indirecte

104. **Le principe : une contrepartie indirecte liée aux services.** L'article 4 de la licence GNU GPL stipule que l'adhérent à la licence peut demander un prix pour la fourniture d'une copie du logiciel ou de l'œuvre ainsi que pour la garantie de leur protection[402]. Le bien sous licence peut en effet faire l'objet d'une exploitation commerciale qui ne se traduira pas par la monétisation de la mise à disposition de l'œuvre ou du logiciel – celle-ci étant prohibée[403] –, mais par la mise en place de services pouvant y être associés, notamment pour les utilisateurs de logiciels.

Il sera ainsi possible de voir apparaître différents modèles économiques de la licence libre reposant sur la monétisation de services, que ce soit par la fourniture de documents ou de manuels d'utilisation[404], par la garantie, la fourniture d'un support de l'œuvre ou du logiciel ou encore par la participation à des formations[405] : *« la logique des logiciels libres pousse certains développeurs bénévoles à se convertir en société de support technique dont les services sont payants »*[406].

La contrepartie monétaire demandée ne pourra donc concerner la concession de droit, qui, comme le rappelle la licence Creative Commons, ne pourra se faire qu'à titre gratuit[407]. La monétisation ne concernera alors que les services annexes ayant comme point de mire les entreprises souhaitant utiliser les logiciels : ils seront ainsi

---

[402] Licence Art Libre v. 1.3, art. 4 al. 2, « You may charge any price or no price for each copy that you convey, and you may offer support or warranty protection for a fee. », *op. cit.*

[403] Licence Art Libre c. 1.3, art.10, al. 3, « You may not impose a license fee, royalty, or other charge for exercise of rights granted under this License », *op. cit.*

[404] M.-A. DARCHE., L. SEGUIN., S. FERMIGIER., F. ELIE., R DI COSMO., G. MEISTER., *Modèles économiques liés aux logiciels libres* : Association Francophone des utilisateurs de Linux et des logiciels libres, 2007.

[405] À nuancer tout de même car la stipulation du prix pour la fourniture d'une copie de l'œuvre ou du logiciel ne doit pas venir empêcher la libre circulation du bien, il ne doit pas être dissuasif, M. CLEMENT-FONTAINE., *Jcl. PLA*, fasc. 1975, *L'œuvre libre*, 2014, n° 25 ; V. M.-A, DARCHE., L. SEGUIN., S. FERMIGIER., F. ELIE., R DI COSMO., G. MEISTER., *ibid.,* ; M. CLÉMENT-FONTAINE., *L'œuvre libre*, *op. cit.*, p. 54, n° 67 ; V. également N. BLANC, *op. cit.,* p. 150, n° 163 et A. BOISSON, *op. cit.*, p. 172, n° 157.

[406] T. FUENTES CAMACHO., B. DE BADIRAC., *op. cit.*

[407] En effet, les licences Creative Commons stipulent en leur article 3 que le concédant autorise le concessionnaire à exercer les droits « à titre gratuit ».

garantis du bon fonctionnement du logiciel et pourront permettre à leurs salariés de suivre des formations afin de mieux se familiariser avec les outils mis à leur disposition. La monétisation ne sera pas inhérente à la licence à laquelle le logiciel ou l'œuvre est attaché mais au contrat conclu entre le licencié et un tiers.

105. **Une contrepartie directe liée à la rémunération de l'auteur.** La clause non commerciale ne s'appliquant que pour les utilisateurs[408], il a été admis que l'auteur pouvait accorder une autorisation d'usage commercial parallèlement à la licence libre, et ce, moyennant rémunération[409]. Il est donc reconnu que l'auteur puisse percevoir, conformément aux règles du droit d'auteur, une rémunération pour l'exploitation de son œuvre même si celle-ci est encadrée par une licence libre. Toutefois, la possibilité laissée à l'auteur d'interdire l'exploitation commerciale de son œuvre peut-elle venir porter atteinte au principe même de la licence libre – et donc au principe tendant au partage et à la jouissance de l'œuvre par tous – en écartant, de fait, les auteurs de l'œuvre « modifiée » d'une possible rémunération ?

106. **Commercialité de l'œuvre libre : de l'opportunité de la clause non commerciale – NC –.** Prévue à l'article 4 de la licence Creative Commons, la clause « NC » indique que *« l'Acceptant ne peut exercer aucun des droits qui lui ont été accordés à l'article 3 d'une manière telle qu'il aurait l'intention première ou l'objectif d'obtenir un avantage commercial ou une compensation financière privée. L'échange de l'Œuvre avec d'autres œuvres soumises au droit de la propriété littéraire et artistique par voie de partage de fichiers numériques ou autrement ne sera pas considérée comme ayant l'intention première ou l'objectif d'obtenir un avantage commercial ou une compensation financière privée, à condition qu'il n'y ait aucun paiement d'une compensation financière en connexion avec l'échange des œuvres soumises au droit de la propriété littéraire et artistique »*[410]. Si cette clause constitue

[408] La mention NC « pas d'utilisation commerciale », s'adresse aux personnes qui utiliseront votre œuvre, pas au titulaire des droits », http://creativecommons.fr/faqs/.

[409] « Un contrat classique peut succéder à une licence CC. Par exemple, l'utilisation commerciale d'une œuvre sous NC nécessite une autorisation et pourra donner suite à un contrat complémentaire à la licence CC prévoyant une rémunération », *ibid.* ; V. également M. CLÉMENT-FONTAINE., « La clause « non commerciale » dans les contrats ouverts », *in* Les contrats de la propriété intellectuelle, dir. J.-M. BRUGUIÈRE : Dalloz, 2013, p. 90.

[410] Licence Creative Commons BY-NC-SA 3.0, art. 4, c, https://creativecommons.org/.

l'essence même de l'idéologie du libre – il apparaît en effet difficile de prôner le libre partage quand celui-ci se voit confronter à une réservation commerciale –, il a toutefois été admis que *« la clause non commerciale s'oppose aux finalités des licences libres »*[411]. Le professeur M. CLÉMENT-FONTAINE s'est arrêté sur cette problématique en démontrant que la question de l'opportunité d'une telle clause n'est pas tranchée : *« l'idée selon laquelle la collaboration à une œuvre évolutive se limite à la sphère non marchande peut s'avérer à la fois contre-productive et dangereuse pour les auteurs »*[412]. Pour étayer ses propos, elle considère d'une part que l'œuvre première étant la seule à pouvoir entrer dans la sphère marchande, une telle clause viendrait *« éteindre la motivation des utilisateurs à participer à son développement »*[413]. *« Comment justifier que le monopole d'exploitation soit réservé à l'auteur initial et qu'il soit interdit à tous les autres auteurs une activité économique liée à cette œuvre alors qu'ils auraient contribué à sa création ? »*[414]. D'autre part, elle retient que *« la clause non commerciale crée une exclusivité au profit d'un seul, qui, s'il cède cette exclusivité, perd in fine non seulement le lien économique, mais aussi une partie substantielle du lien moral avec son œuvre »*[415].

Il est difficile de concevoir l'idée selon laquelle l'existence d'une telle clause pourrait s'avérer contre-productive. En effet, l'utilisateur a toujours le choix d'accepter ou non les termes et conditions du contrat de licence. De plus, s'il souhaite tout de même jouir de l'œuvre et y percevoir un avantage commercial qui irait à l'encontre du contrat de licence, il lui reste la possibilité de prendre directement contact avec l'auteur de l'œuvre première afin de convenir avec lui d'un accord sur une possible commercialisation de l'œuvre modifiée. Il apparaît ainsi nécessaire de garder l'exercice et l'esprit d'une telle clause pour l'auteur de l'œuvre première et ce pour les mêmes raisons que celles évoquées par le professeur M. CLEMENT-FONTAINE : *« la clause non commerciale crée une exclusivité au profit d'un seul, qui, s'il cède cette exclusivité, perd in fine non seulement le lien économique, mais*

411 M. CLÉMENT-FONTAINE., « La clause « non commerciale » dans les contrats ouverts », *op. cit.*
412 *Ibid.* p. 95.
413 *Ibid.* p. 93.
414 *Ibid.,* p. 95.
415 *Ibid.*

aussi une partie substantielle du lien moral avec son œuvre »[416]. Ainsi, *« aucun auteur ne doit pouvoir se prévaloir d'une exclusivité sur cette œuvre, (…) ce qui exclut la possibilité de conserver l'exclusivité de la commercialisation de l'œuvre »*[417]. Malgré une évolution non négligeable des œuvres « collaboratives » tendant à faire évoluer l'approche de l'art mais également des œuvres dites « scientifiques », il apparaît nécessaire de maintenir les prérogatives attribuées à l'auteur de l'œuvre première.

La contrepartie à la licence libre peut ainsi se caractériser par la présence d'une contrepartie financière. Néanmoins, cette contrepartie n'étant pas présumée, la gratuité de la licence devra être recherchée dans l'existence d'un échange monétaire entre l'auteur et le licencié.

2 - Une contrepartie morale par l'usage de l'œuvre

107. La reconnaissance d'un gain de notoriété par l'adhésion à la licence libre. L'adhérent à la licence libre peut-il être mû par une véritable intention libérale destinée à partager son œuvre pour en faire profiter le plus grand nombre ? Même s'il est possible d'objecter qu'il puisse y avoir des auteurs mus par une véritable intention libérale, il est également possible d'admettre que l'auteur adhérent à la licence libre puisse y voir une occasion à ce que son œuvre ou sa contribution soit reconnue et lui apporte un gain de notoriété. La question de la reconnaissance de l'existence d'une contrepartie, qu'elle soit morale ou, plus particulièrement, matérielle, peut être de nature à venir qualifier un acte comme étant à titre onéreux[418]. Il a ainsi été admis, dans le cadre de la licence libre, que cette dernière pouvait constituer un acte intéressé pour l'auteur dans le simple fait de voir son œuvre être largement diffusée[419], diffusion – partage – garantie par les charges auxquelles doivent se conformer les licenciés. Néanmoins, par cette mise à disposition à titre gratuit, l'auteur bénéficie également d'une contrepartie : celle de voir son œuvre être améliorée par la

[416] M. CLÉMENT-FONTAINE., « La clause « non commerciale » dans les contrats ouverts », *op. cit.*, p. 95

[417] M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il créer un statut légal de l'œuvre libre ? », *op. cit.*, p. 72.

[418] V. *supra* n° 80.

[419] S. DUSOLLIER, « Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître » : Propr. intell, janvier 2006, n° 18, p. 14 ; V. également A. BOISSON, *op. cit.*, p. 173, n° 158.

communauté. Ainsi, tout comme l'auteur peut choisir de réaliser un acte de cession à titre gratuit en sachant pertinemment que l'exploitation lui apportera un gain de notoriété[420], un auteur ou contributeur d'une œuvre peut pleinement participer au partage et à la modification de celle-ci en sachant que son partage pourra permettre la reconnaissance de la qualité de son travail ou lui apporter une réputation qu'il pourra par la suite monétiser.

De plus, l'adhésion à la licence libre de la part de l'auteur implique nécessairement, et même si celle-ci est conclue sous le sceau du « libre » et de la « gratuité », de véritables contreparties cachées sous l'obligation, pour le licencié, de se conformer aux conditions de la licence. Ainsi, la licence libre, si elle se veut être gratuite, renferme de véritables contreparties attendues de la part du licencié. Est-il alors toujours possible de considérer celle-ci comme étant à titre gratuit ?

B. – La contrepartie dans les licences non exclusives des CGU : le droit d'user du service

108. **Licence et réseaux sociaux.** L'évolution du numérique, et plus particulièrement l'apparition et le développement du Web 2.0, a permis l'émergence des réseaux sociaux appelés « réseaux socionumériques »[421]. C'est ainsi que sont nés dans les années 2000 divers réseaux sociaux[422], les plus populaires étant sans aucun doute Twitter, Instagram, et bien évidemment le réseau créé par Mark Zuckerberg en 2004[423] : Facebook. Gratuit[424], l'usage de ces réseaux sociaux est soumis à l'approbation par l'internaute d'un contrat liant le réseau social et ce dernier appelé « conditions générales d'utilisation ». Si la majorité des utilisateurs ne prend pas le

[420] V. *infra* n° 128.

[421] D. TCHUENTE., N. BAPTISTE-JESSEL., M.-F. CANUT., « Accès à l'information dans les réseaux socionumériques » : Hermès, La revue, 2011/1 n° 59, p. 59 ; V. également P.-J. BENGHOZI., « Économie du numérique et industries de contenu : un nouveau paradigme pour les réseaux » : Hermès, La revue, 2011/1 n° 59, p. 31-37, A. KIYINDU., « Réseaux socionumériques et solidarité » : Hermès, La revue, 2011/1 n° 59, p. 117.

[422] Tels que notamment « Les copains d'avant » fondé en 2001, Myspace et LinkedIn en 2003, Viadeo en 2004, ou encore Instagram en 2010.

[423] E. MALIN., T. PÉNARD., *Économie du numérique et de l'Internet* : Vuibert, 2014, p. 28.

[424] Les réseaux sociaux fonctionnent sur le modèle de gratuité marchande d'audience permettant la rencontre de ses membres et des annonceurs. Il est ainsi inscrit sur la page d'accueil que « c'est gratuit (et ça le restera toujours) », www.facebook.com.

temps de prendre connaissance de ces conditions lors de l'inscription[425], les internautes concluent sans le savoir des licences concernant leurs contenus – créations – à l'égard de ces réseaux sociaux[426]. Néanmoins, l'acceptation de ces conditions générales est nécessaire afin de pouvoir utiliser le réseau social. L'attribution de la licence apparaît alors comme une condition impérative à l'utilisation du réseau social dont la contrepartie peut se définir par le droit, pour l'internaute, d'utiliser les services du réseau social.

109. **L'utilisation des services du réseau social comme contrepartie à l'attribution de la licence à titre gratuit.** Tout comme il est possible de considérer, dans l'hypothèse d'une transmission de droits à titre gratuit, que la contrepartie est l'obligation, pour l'éditeur, d'exploiter l'œuvre – ce qui justifie l'existence d'une contrepartie matérielle[427] –, il est également possible d'admettre que l'attribution d'une licence à titre gratuit dans le cadre des CGU des réseaux sociaux a comme contrepartie le droit, pour l'internaute, d'utiliser les services desdits réseaux.

En effet, la conclusion de la licence figurant au sein des CGU et l'utilisation des services étant subordonnés à l'acceptation des conditions générales, le droit d'utiliser le réseau social est alors subordonné à l'attribution de la licence de droits d'auteur à titre gratuit. Le droit, pour l'internaute, d'utiliser le réseau social apparaît ainsi comme étant la contrepartie – contrepartie matérielle qui se traduit par l'utilisation des services – à la licence. De son côté, la conclusion de telles licences permet alors au réseau social d'assurer le fonctionnement du site : « *elles entendent* [les licences] *rendre licites la mise en ligne du contenu, son éventuelle modification pour son adaptation numérique ou encore, notamment, le partage de ce contenu avec les autres membres du réseau* »[428].

---

[425] Les conditions générales étant très, voire même, trop longues pour un utilisateur « lambda » ; En 2005, le site « PC Pitstop » a mené une expérience, inscrivant ainsi, dans les CGU, la promesse d'un versement de la somme de 1000 dollars à la première personne les réclamant. Cela a pris 4 mois avant qu'un internaute se fasse connaître, « It pays to read license agreements (7 years later) », *in* techtalk.pcpitstop.com.

[426] V. également sur ce sujet, C. ZOLYNSKI, « Réseaux sociaux et droit de propriété intellectuelle : quelle efficacité face aux géants de l'Internet ? », *in* L'efficacité du droit face aux géants de l'internet, dir. M. Behar-Touchais, IRJS, éd., Tome II, 2016, , p. 113.

[427] V. *supra* n° 95 et *infra* n° 124.

[428] C. ZOLYNSKI, *op. cit.*, p. 114.

De plus, cette contrepartie tenant à la mise à disposition des droits par l'utilisateur sert le fonctionnement « économique » du réseau social. En effet, la mise à disposition, par les internautes, de contenus créés au profit du réseau social permet à ce dernier de les réutiliser – pour attirer des annonceurs ou d'autres utilisateurs – afin de bénéficier de l'effet dit de « réseau »[429] et ainsi accroitre sa popularité et de là, ses revenus et ses bénéfices. Bien que la licence puisse paraître accessoire lors de la conclusion des CGU, il n'en est rien. La mise à disposition de contenus au profit du réseau social constitue en réalité une mise à disposition d'informations créées par les internautes – informations ayant, qui plus est, une certaine valeur – qui seront par la suite réutilisées au profit des réseaux.

La contrepartie est ainsi omniprésente dans l'usage de la gratuité, servant même cette dernière : sans contrepartie, il ne peut y avoir de gratuité. Cependant, cette contrepartie, si elle n'apparaît financière, réside, notamment en la matière, dans l'apport des droits de propriétés intellectuelles. Néanmoins, et le Code de la propriété intellectuelle encadrant strictement les conditions d'usage de ces droits, il apparaît nécessaire et opportun, dans le cadre d'une mise à disposition à titre gratuit, de venir l'encadrer afin d'assurer, pour l'auteur-utilisateur du réseau social, une meilleure garantie dans le respect de ses droits.

110. Conclusion de la Section 2. Que l'acte encadre une cession ou une mise à disposition des droits à titre gratuit – en dehors d'un acte conclu sous le régime des libéralités –, il apparaît toujours possible d'y déceler une contrepartie non monétaire. Celle-ci peut ainsi revêtir la forme d'une contrepartie matérielle – l'obligation d'éditer l'œuvre, de respecter les termes de la licence ou encore, dans le cadre de la licence stipulée dans les CGU, d'utiliser le service proposé – ou morale – par le gain de notoriété issue de l'exploitation des droits cédés ou mis à disposition gratuitement.

[429] V. *infra* n° 262.

111. Conclusion du Chapitre 1. L'existence d'une contrepartie équivalente permet de venir qualifier un contrat comme étant à titre onéreux. Cependant, la société moderne instituant comme contrepartie à une prestation, la réalisation d'une prestation financière tend à s'égarer dans les critères de qualification des actes à titre gratuit ou à titre onéreux. En effet, un acte garde sa qualification d'acte à titre onéreux même en l'absence de prestation monétaire, à partir de l'instant où une contrepartie équivalente à la prestation réalisée existe.

Toujours dans cette hypothèse tendant à considérer que la distinction entre acte à titre gratuit et acte à titre onéreux doit se faire par la détermination de la présence ou l'absence d'une prestation financière en contrepartie d'une prestation, le droit d'auteur admet qu'en l'absence de prestation monétaire de la part du cessionnaire, le contrat doit être qualifié comme étant à titre gratuit. Cependant, et malgré cette approche, il est possible de réaliser une autre qualification de ces actes qualifiés d'actes à titre gratuit par le Code de la propriété intellectuelle mais également par la jurisprudence. En effet, ces « actes à titre gratuit », dans lesquels sont présents une contrepartie ne se verront appliquer le régime propre aux actes à titre gratuit – libéralités – mais celui propre aux actes à titre onéreux en droit d'auteur.

Chapitre 2. Qualification des actes à titre gratuit de droit d'auteur en présence de contrepartie

112. **Le droit d'auteur : un monopole réservé à l'auteur.** Si l'on devait résumer le monopole accordé à l'auteur, il serait possible d'affirmer que ce dernier reste maître de la destinée de ses droits. Ainsi, l'exploitation ou l'usage de l'œuvre par sa reproduction et/ou sa représentation ne pourra se faire qu'avec son consentement. Il sera alors possible de déterminer les droits cédés, leur étendue et leur destination, mais plus particulièrement encore la nature du contrat et ainsi le régime juridique applicable[430].

113. **Les contrats d'exploitation : des contrats de vente.** Le contrat de vente est un contrat par lequel une partie *« s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer »*[431]. En droit d'auteur, elle se traduira par le transfert de propriété de l'un ou de plusieurs droits patrimoniaux moyennant contrepartie[432]. Ainsi, *« les contrats de cession du droit d'auteur sont à titre onéreux, parce qu'ils comportent les éléments essentiels et caractéristiques du contrat de vente – transfert de propriété et contrepartie monétaire »*[433]. Toutefois, la question se pose de savoir si la gratuité a sa place dans les contrats de vente et de là, dans les contrats d'exploitation.

---

[430] Ainsi, et comme il a été développé, les actes de droits d'auteur relevant d'une abdication de l'auteur à ses droits pourront revêtir la qualification des libéralités, v. *supra* n° 27 et s.
[431] C. civ., art. 1582 al. 1er.
[432] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés* : Dalloz, 2010, préf. P.-Y GAUTIER, p. 255, n° 296.
[433] *Ibid.*, p. 259, n° 300.

114. ***Specialia generalibus derogant.*** La question de la gratuité dans les contrats ayant pour finalité l'exploitation des droits n'est pas nouvelle[434]. Cette dernière vient toutefois se heurter au principe posé par la loi de 1957 sur le droit d'auteur[435] selon lequel l'auteur doit être rémunéré dans le cadre de l'exploitation de son œuvre. Ainsi, et à côté de la règle générale permettant à l'auteur de céder son droit de reproduction et de représentation à titre gratuit ou à titre onéreux[436] se trouve la règle spéciale encadrant la cession des droits dans les contrats d'exploitation. Cette règle prévoit que la cession par l'auteur des droits sur son œuvre doit comporter à son profit la participation aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation de cette dernière[437]. La rémunération de l'auteur peut ainsi se traduire par une participation aux bénéfices de l'exploitation dans le cadre d'une rémunération proportionnelle calculée sur le prix de vente au public – l'auteur est ainsi associé au succès ou à l'insuccès de son œuvre[438] – ou par le versement unique d'une somme forfaitaire dans des cas limitativement fixés par la loi [439] . Cette rémunération, qualifiée « d'alimentaire »[440], trouve sa justification dans le fait que l'auteur doit être rémunéré pour les fruits de son travail, tout comme le salarié est rémunéré par son employeur dans le cadre de son contrat de travail[441]. La doctrine est unanime : l'un des principes régissant les contrats d'exploitation est l'existence d'une contrepartie onéreuse à la

---

[434] V. notamment TGI Paris, 3ème ch. civ. 30 nov. 1999 : *Comm. com. électr.*, 2001, comm. 87 ; *RIDA* 2000, n° 185, p. 435.

[435] L. n° 57-298, 11 mars 1957, sur la propriété littéraire et artistique.

[436] CPI, art. L. 122-7 al. 1.

[437] CPI, art. L. 131-4 : « La cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation.
Toutefois, la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans les cas suivants :
1° La base de calcul de la rémunération proportionnelle ne peut être déterminée ;
2° Les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ;
3° Les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre ;
4° La nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ;
5° En cas de cession des droits portant sur un logiciel ;
6° Dans les autres cas prévus au présent code ».

[438] V. également F. POLLAUD-DULIAN., *Le droit d'auteur*, : Economica, Coll. Corpus Droit Privé, 2005, p. 595, n° 979.

[439] CPI, art. L. 131-4.

[440] P.-Y. GAUTIER., *Propriété Littéraire et artistique* : PUF Droit, 2016, 10ème éd., p. 517, n° 482.

[441] *Ibid.*

cession des droits d'auteur[442] – tout comme le paiement d'un prix l'est pour le contrat de vente. Cette règle d'ordre public venant instaurer un certain rejet de la gratuité[443] s'explique par la volonté de protéger l'auteur dans ses relations contractuelles, étant considéré que ce dernier n'apparaît pas en position de force face à un exploitant pouvant renoncer à l'édition d'une œuvre si l'auteur refuse de se conformer aux conditions financières proposées[444]. À ce titre, A. FRANÇON reconnaissait que la loi de 1957 est venue apporter une sécurité aux auteurs dans leur relation contractuelle, ces derniers étant alors *« souvent exposés à conclure des marchés de dupes »*[445]. La loi a ainsi érigé en règles d'ordre public *« les devoirs et obligations des exploitants du droit d'auteur »*[446], et notamment, l'obligation de rémunération[447].

115. La contrepartie monétaire : *criterium* de qualification des actes à titre gratuit et à titre onéreux en propriété littéraire et artistique. Si l'article L. 122-7 du Code de propriété intellectuelle, dans la partie relative à la propriété littéraire et artistique dispose que *« le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux »*, et l'article L. 122-7-1 que *« l'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public »*, l'article L. 131-4, en son alinéa 1, dispose quant à lui que la cession des droits dans le cadre d'une exploitation de l'œuvre *« doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation »*.

---

[442] P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, p. 517, n° 482. ; Ainsi, lorsque l'auteur cède ses droits à un exploitant (ou éditeur), ce dernier « est obligé d'exploiter l'œuvre, mais aussi de payer l'auteur. », C. CARON., *Droit d'auteur et droits voisins* : LexisNexis, 2017, 5ème éd., p. 407, n° 426 ; A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique* : Lexis Nexis, 2017, 5ème éd., p. 649, n° 774 ; « Les contrats de cession de droits d'auteur sont des contrats onéreux », A. MAFFRE-BAUGÉ., *Jcl.* PLA, fasc. 1310, *Droit d'auteur, Exploitation des droits*, 2010, n° 71 ; F. POLLAUD-DULIAN., *op. cit.* p. 594, n° 977 et s.

[443] S. BENILSI., *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. Montpellier, 2006, p. 405, n° 674.

[444] *Ibid.,* p. 405, n° 674.; V. également CA Paris, 4ème ch. B, 25 nov. 2005 : *Comm. com. électr.*, 2006, comm. 40 ; V. *supra* n° 95.

[445] A. FRANÇON., « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur » : *D.* 1976, p. 55.

[446] A. HUGUET., « L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur. Études sur la loi du 11 mars 1957 » : *RIDC,* vol. 14, n° 4, octobre-décembre 1962, p. 813-814.

[447] Il est ainsi inscrit à l'article L. 132-5 du Code de la propriété intellectuelle consacrant le contrat d'édition que « le contrat peut prévoir soit une rémunération proportionnelle aux produits d'exploitation, soit, dans les cas prévus aux articles L. 131-4 et L. 132-6, une rémunération forfaitaire », à l'alinéa 1 de l'article L. 132-25 que « la rémunération des auteurs est due pour chaque mode d'exploitation » s'agissant des contrats de production audiovisuelle et à l'article L. 132-21 que l'entrepreneur « doit fournir un état justifié de ses recettes » et qu'il doit « acquitter aux échéances prévues, entre les mains de l'auteur ou de ses représentants, le montant des redevances stipulées » pour les contrats de représentation.

La rémunération de l'auteur sera ainsi due dans l'hypothèse d'un contrat d'édition, contrat dans lequel l'éditeur doit *« prévoir soit une rémunération proportionnelle aux produits d'exploitation, soit (…) une rémunération forfaitaire »*[448] ; d'un contrat de production audiovisuelle, contrat dans lequel *« la rémunération des auteurs est due pour chaque mode d'exploitation »*[449] ; d'un contrat de commande pour la publicité, contrat valable *« dès lors que ce contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre »*[450] ; ou enfin, de l'exploitation des œuvres des journalistes, exploitation ayant pour contrepartie un salaire ou une rémunération sous forme de droits d'auteur[451].

Le Code de la propriété intellectuelle prévoit également une rémunération pour les titulaires de droits voisins. Tel est notamment le cas pour les artistes-interprètes[452], les producteurs de phonogrammes devant prévoir une rémunération forfaitaire ou proportionnelle à l'exploitation de l'enregistrement[453], et les producteurs audiovisuels une rémunération pour chaque mode d'exploitation[454].

Il faut alors constater que les rémunérations prévues à l'égard des auteurs et des titulaires de droits voisins se font par la réalisation de l'instrument contractuel. La prestation monétaire constitue ainsi la contrepartie à la prestation caractéristique de l'ensemble de ces contrats : la cession des droits d'auteur ou des droits voisins.

Si ces dispositions particulières et d'ordre public trouvent à s'appliquer, il ne faut néanmoins pas perdre de vue que l'article L. 122-7 prévoit la faculté, pour l'auteur, de céder ses droits à titre gratuit. À l'inverse, le Code de la propriété intellectuelle ne vient pas apporter de précisions quant à la faculté, pour les titulaires de droits voisins, et notamment, des artistes-interprètes, de réaliser une telle cession.

C'est en ce sens, en essayant de surpasser cette règle d'ordre public, mais également sans oublier que le contrat est à titre onéreux lorsque *« chacune des parties*

---

448 CPI, art. L. 132-5.

449 CPI, art. L. 132-25, al. 1er.

450 CPI, art. L. 132-31.

451 L'article L. 132-35 du CPI dispose que l'exploitation des œuvres du journaliste dans le cadre des titres de presse donne lieu à rémunération. Néanmoins, l'exploitation de la même œuvre dans le titre de presse après écoulement du délai déterminé entre les parties peut avoir lieu sous forme de salaire ou de droits d'auteur (art. L. 132-38), et l'exploitation de l'œuvre en dehors du cadre du titre de presse donne lieu à rémunération sous forme de droits d'auteur (art. L. 132-40).

452 L'article L. 212-3 du CPI indique que les artistes-interprètes doivent être rémunérés sous forme de salaire pour la réalisation de leur prestation.

453 CPI, art. L. 212-3-3 et L. 212-3-4.

454 CPI, art. L. 212-4.

reçoit chacune de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure »[455], qu'il est opportun d'étudier les actes en droit d'auteur sous l'égide des articles L. 122-7 et L. 122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle, en prenant notamment en considération la notion de « contrepartie » comme élément de qualification des actes à titre gratuit. Il s'agira ainsi, dans un premier temps, d'étudier les actes à titre gratuit entrainant un transfert de droits **(Section 1)** et dans un second temps, les actes à titre gratuit mettant à disposition les droits d'auteur **(Section 2)**.

SECTION 1. – Application du régime spécial des contrats d'exploitation dans les actes de transfert de droit à titre gratuit

116. **Des contrats d'exploitation.** L'absence de rémunération, lors de la conclusion d'un acte entrainant un transfert de droits d'auteur dans le cadre d'une exploitation de ces derniers, doit-elle exclure l'application du régime des contrats d'exploitation prévu par le Code de la propriété intellectuelle ou vient-elle appliquer un autre régime contractuel ?

117. **Exclusion de la fiducie.** La fiducie[456] est *« l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »*[457]. Autrement dit, il s'agit d'une opération par laquelle le fiduciaire – le bénéficiaire – se voit transmettre par le constituant – le cédant – des droits, à charge pour ce dernier, à l'issue du terme de la fiducie, de les transférer de nouveau[458]. Il serait ainsi possible d'imaginer, dans le cadre d'une fiducie, que l'auteur cède ses droits à un exploitant à charge pour ce dernier de les

---

[455] C. civ., art. 1107 ; V. également *supra* n° 80 et s.

[456] La notion de « fiducie » a été consacrée en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007.

[457] C. civ., art. 2011.

[458] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés* : Dalloz, 2010, préf. P.-Y GAUTIER, p. 245, n° 283 ; Sur la fiducie, v. également R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 » : *Defrénois*, 2007, art. 38631 et 38639.

exploiter au profit d'un tiers[459]. Mais, la comparaison s'arrête là. En effet, *« seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire »*[460]. Sont donc exclues les sociétés d'exploitation de droits d'auteur.

118. **La reconnaissance des contrats d'exploitation en l'absence de contrepartie monétaire.** Se pose alors la question de savoir si les actes de cession à titre partiellement gratuit ou gratuit dans leur globalité peuvent alors être qualifiés de contrats d'exploitation, mais également la question de savoir si la présence d'une contrepartie non monétaire vient disqualifier la qualification de ces actes en tant que contrats d'exploitation. Force toutefois est de constater que l'existence d'une contrepartie matérielle (§1) permet de qualifier l'acte en tant que contrat d'exploitation (§2).

§ 1. – L'absence de contrepartie monétaire comme critère non déterminant de la qualification de contrat d'exploitation

119. **Un critère non déterminant.** L'absence de contrepartie monétaire ne suffit pas à disqualifier un acte de cession à titre gratuit comme contrat d'exploitation (A). Il s'agit ainsi de replacer la liberté contractuelle au cœur de la matière, laissant alors la possibilité aux auteurs de réaliser une cession à titre gratuit de leurs droits en vue d'une exploitation (B).

---

[459] Il est reconnu que les cessions de droits d'auteur sont par essence fiduciaire, P.-Y. GAUTIER, *Propriété Littéraire et artistique* : PUF Droit, 2016, 10ème éd., p. 490, n° 473 ; V. toutefois A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER. C. BERNAULT, pour qui la cession des droits aux sociétés de gestion collective relève du caractère fiduciaire : « celle-ci représente un caractère fiduciaire », *Traité de la propriété littéraire et artistique* : Lexis Nexis, 2017, 5ème éd., p. 828, n° 1049.

[460] C. civ., art. 2015.

A. – La présence d'une contrepartie non monétaire

120. **Une contrepartie autre que monétaire.** Les professeurs P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD considèrent que de nombreuses conventions réalisent un transfert de propriété moyennant une contrepartie autre que monétaire et qu'une distinction de ces dernières avec le contrat de vente ne doit pas être exagérée. En effet, la présence d'un transfert de propriété moyennant contrepartie implique l'application des règles du contrat de vente[461]. Il a également été précédemment admis, en ce sens, qu'un acte peut avoir un caractère onéreux en l'absence de contrepartie monétaire, à condition qu'il y ait, dans l'échange des prestations, la recherche d'un équivalent voulu[462]. Or, le Code de propriété intellectuelle, pour qualifier un acte comme étant à titre gratuit ou à titre onéreux, utilise le *criterium* de la contrepartie monétaire. Ainsi, à défaut de prestation monétaire en contrepartie de la cession des droits, l'acte ne pourrait revêtir la qualification de contrat d'exploitation. Ne serait-ce pas toutefois omettre la faculté, pour les auteurs, de céder leurs droits à titre gratuit en présence d'une contrepartie matérielle ? Quelle serait alors la qualification du contrat dans une telle hypothèse ?

Dans le cadre d'un transfert de droit à titre gratuit, il apparait possible de déterminer l'existence d'une contrepartie matérielle par l'obligation, pour le cessionnaire, d'exploiter l'œuvre[463]. Néanmoins, le professeur N. BLANC retient que les contrats d'exploitation doivent être assimilés à des contrats translatifs à titre onéreux innommés[464]. Il faut cependant retenir que tout comme il est admis que des conventions organisant un transfert de propriété moyennant une contrepartie autre que monétaire peuvent être rapprochées du régime appliqué aux contrats de vente, les contrats de cession de droits moyennant une contrepartie autre que monétaire peuvent être rapprochés du régime appliqué aux contrats d'exploitation.

---

461 P.-H., ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil Contrats spéciaux* : LexisNexis, 2013, 7e éd., p. 80, n° 82.
462 V. *supra* n° 80 et s.
463 V. *supra* n° 95.
464 N. BLANC, *op. cit.*, p. 253, n° 293

121. Application de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. À ce titre, et dans l'hypothèse d'une cession à titre gratuit, la position de la cour d'appel est limpide : *« considérant que l'article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle relatif à la cession du droit de reproduction d'une œuvre prévoit qu'une telle cession peut être gratuite ; qu'il n'est nullement précisé que dans ce cas, le cessionnaire s'interdirait d'exploiter commercialement une telle œuvre ; qu'il doit néanmoins, en application de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle délimiter l'étendue des droits cédés »*[465]. Pareille position avait déjà été tenue par la cour d'appel de Paris, laquelle considérait que *« chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine de l'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à sa durée »* dans le cadre d'une cession de droit à titre gratuit[466].

Il convient de rappeler que l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle figure au sein du Titre III du Livre I[er] de la Première partie intitulé : *« Exploitation des droits »*. Il doit ainsi être considéré qu'à partir du moment où l'auteur cède ses droits gracieusement dans un acte dénué d'intention libérale, dans lequel il n'interdit pas l'exploitation – à partir du moment où une contrepartie matérielle est décelable –, il accepte que son œuvre soit exploitée et que les règles spéciales relatives aux contrats d'exploitation soient appliquées[467]. Il ne s'agit en l'occurrence pas de règles adaptées[468] à la cession à titre gratuit, mais de l'application des règles du contrat d'exploitation à ce type de cession. En effet, si la rigueur juridique conduisait à exclure cette qualification de contrat d'exploitation en retenant que la cession à titre gratuit dans laquelle est présente une contrepartie relève d'un contrat translatif à titre onéreux innommé[469], il convient de se placer, en l'absence de règles impératives, sous le régime spécial des contrats d'exploitation, ce dernier permettant un encadrement de la cession et une protection reconnue de l'auteur, protection ô combien importante dans l'hypothèse d'une cession à titre gratuit.

---

[465] CA Paris, 4ème ch. B, 25 nov. 2005 : *Comm. com. électr.,* 2006, comm. 40.

[466] CA Paris, 1er juill. 1998 : *RIDA* 4/1999, p. 390.

[467] Il convient de rappeler qu'il est admis que les Titres des Codes « sont parfois porteurs, à eux seuls, de la règle de droit », Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique* : PUF, 2014, 10ème éd., p. 307.

[468] Comme l'ont soulevé P.-H., ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, p. 80, n° 82.

[469] V. N. BLANC, *op. cit.*, p. 253, n° 293.

Néanmoins, compte tenu du caractère particulier de l'acte à titre gratuit, il ne s'agit pas d'appliquer ce principe à l'ensemble des cessions mais de réaliser une analyse au cas par cas[470]. Il s'agit ainsi, en reconnaissant cette possibilité, de replacer le principe de liberté contractuelle au cœur du droit d'auteur.

B. – La liberté contractuelle replacée au cœur du droit d'auteur

122. **Droit d'auteur et liberté contractuelle.** N'est-il pas remis en lumière, finalement, le principe de liberté contractuelle de l'auteur, liberté « surveillée »[471] par le Code de la propriété intellectuelle, et de là, le principe même du droit d'auteur moderne tendant à protéger les auteurs ?

A. FRANÇON reconnaissait que la loi de 1957 était venue apporter une sécurité aux auteurs dans leur relation contractuelle[472] : il faut donc se réjouir d'une telle prise de position de la part du législateur. Toutefois, cette sécurité encadrée semble se confronter au principe de liberté contractuelle, principe selon lequel les parties sont libres de contracter ou non[473], mais également de déterminer le contenu du contrat[474]. Néanmoins, un principe ne vaut que s'il n'y a pas d'exception pour le limiter dans une moindre mesure : tel est le cas, en droit d'auteur, où l'exception trouve sa justification dans la protection de la partie la plus faible. La « liberté surveillée » semble ici venir éviter un déséquilibre contractuel entre les parties. Mais, si cette cession gracieuse est acceptée de manière non équivoque par l'auteur, est-il alors justifié que ce dernier subisse la règle du Code de la propriété intellectuelle ? Il est à noter, comme le soulève le professeur T. AZZI, que dans les contentieux opposant auteurs et éditeurs, les auteurs n'ignoraient pas la portée de leur acte en signant un tel contrat[475] : faut-il alors respecter la volonté des auteurs ? Les juges y ont répondu par la positive en remettant le principe de la liberté contractuelle entre les

---

[470] M. VIVANT., « Pareille gratuité, possible, ne peut être érigée en politique et doit au cas par cas être justifiée », « La pratique de la gratuité en droit d'auteur » : *RLDI* 2010/60, n° 1993, spéc. n° 7.
[471] A. FRANÇON, « La liberté contractuelle en matière de droit d'auteur apparaît donc, en quelque sorte aujourd'hui, comme une liberté surveillée », *op. cit.*, p. 55.
[472] *Ibid.,* p. 55.
[473] J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, dir. J. GHESTIN : LGDJ, 4ème éd., 2013, p. 182, n° 241.
[474] *Ibid.,* p. 185, n° 247.
[475] T. AZZI., « La cession à titre gratuit du droit d'auteur » : *RIDA* 2013, n° 19.

mains de l'auteur : gratuité oui, mais gratuité consciente. Il apparaît alors possible d'imaginer des contrats d'exploitation dans lesquels figure une cession de droit sans contrepartie monétaire, mais avec l'obligation, pour le cessionnaire, d'exploiter l'œuvre. L'exploitation de l'œuvre apparaît ainsi comme une contrepartie matérielle, comme la recherche de « l'équivalent voulu » par les parties.

§ 2. – L'obligation d'exploitation comme contrepartie au contrat d'exploitation

123. **Détermination de la contrepartie**. Qu'il s'agisse de l'existence d'une contrepartie morale ou matérielle, celle-ci prend la forme d'une obligation d'exploitation à l'égard du cessionnaire (A) qui permettra à l'auteur d'espérer l'obtention d'un gain futur (B).

A. – L'obligation d'exploitation

124. **De l'obligation d'exploitation.** Il est admis que l'obligation d'exploitation fait partie de l'essence même des contrats de cession de droits d'auteur[476]. Toutefois, certains auteurs admettent que cette obligation, uniquement reconnue par le Code de la propriété intellectuelle dans le cadre des contrats d'édition[477] et de production audiovisuelle[478], n'est pas générale[479]. D'autres ont une position plus neutre. Ainsi, le professeur N. BLANC considère que *« l'obligation d'exploitation ne s'impose aux parties que dans certains cas en dehors desquels elles sont libres de la stipuler ou non »*[480]. Une telle position est à retenir dans la volonté de reconnaître une certaine liberté contractuelle à l'égard de l'auteur. Néanmoins, il ne s'agit pas, à l'instar de la

[476] P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, p. 511, n° 473

[477] CPI, art. L. 132-1 : « Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre ou de la réaliser ou faire réaliser sous une forme numérique, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion ».

[478] CPI, art. L. 132-27, al. 1er : « Le producteur est tenu d'assurer à l'œuvre audiovisuelle une exploitation conforme aux usages de la profession.

[479] A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, « L'œuvre n'a pas vocation à être diffusée » et de là, à être exploitée, *op. cit.*, p. 706, n° 860.

[480] N. BLANC, *op. cit.*, p. 114, n° 121 et p. 246, n° 285 et s.

reconnaissance de la possibilité de réaliser une cession à titre gratuit, de généraliser cette pratique et ainsi permettre d'alléger la responsabilité des cessionnaires de droits. L'auteur reconnaît alors qu'une telle obligation a lieu de s'imposer lorsqu'une rémunération proportionnelle est stipulée[481]. En allant plus loin, il est également possible de prétendre à une telle obligation dans le cadre d'une cession à titre gratuit dans laquelle est présente une contrepartie non monétaire tendant à l'espoir d'un gain futur – et donc, d'un profit monétaire futur – à l'égard de l'auteur.

125. **L'obligation d'exploitation dans l'hypothèse d'une cession à titre partiellement gratuit.** L'obligation d'exploitation à l'égard du cessionnaire n'est pas difficile à déceler lorsqu'il est possible de déterminer la présence d'une cession de droit à titre partiellement gratuit. En effet, le contrat de cession recouvrant les caractéristiques du contrat d'édition, le cessionnaire est alors obligé d'exploiter l'œuvre, il en a même la charge[482]. Il faut alors en déduire que la contrepartie à la cession à titre gratuit est l'obligation d'éditer l'œuvre et de là, de l'exploiter.

126. **L'obligation d'exploitation dans l'hypothèse d'une cession à titre gratuit dans sa globalité.** Pareille solution est, en revanche, plus difficile à cerner dans le cadre d'une cession à titre gratuit dans sa globalité. Néanmoins, la cour d'appel rappelle que si le Code de la propriété intellectuelle n'empêche pas la cession à titre gratuit, cette dernière doit recouvrir la forme de l'article L. 131-3 du même Code[483], c'est-à-dire des conditions requises en cas d'une cession ayant pour finalité l'exploitation commerciale de l'œuvre. Cependant, dans leur décision, les juges, rejetant la qualification de libéralité à l'acte de cession réalisé par Picasso, par le simple fait que celui-ci recherchait un intérêt moral par un accroissement de sa notoriété et de sa côte, ont recherché les mobiles de l'auteur et ont appliqué la conception subjective de l'intention libérale. Or, il a été admis que retenir cette conception, notamment dans les actes à titre gratuit, reviendrait à annihiler la reconnaissance des libéralités : tout acte à titre gratuit peut avoir un intérêt

---

481 N. BLANC, *op. cit.*, p. 114, n° 121 et p. 246, n° 285 et s.
482 CPI, art. L. 132-1, *op. cit.*
483 CA Paris, 1er juill. 1998, *op. cit. ;* CA Paris, 4ème ch. B, 25 nov. 2005, *op. cit.*

quelconque pour le disposant[484]. Il aurait été plus aisé, de la part des juges, de considérer l'acte comme nul car ne revêtant pas la forme de la donation directe requise par l'article 931 du Code civil.

Si l'on suit la position de la cour d'appel qualifiant l'acte de cession comme un acte à titre gratuit, il est alors possible d'affirmer que le cessionnaire, bénéficiant des droits d'exploitation de l'auteur, est libre de les exploiter, à condition néanmoins que l'auteur ne lui ait pas interdit[485]. Il apparaît néanmoins plus judicieux, si l'auteur ne souhaite pas que ses droits soient exploités commercialement par un tiers, de conclure un contrat de licence dans lequel il interdit le concessionnaire d'exploiter l'œuvre. L'auteur, ne perdant pas la propriété de ses droits, en garde ainsi le contrôle et peut, dans le cas où l'œuvre rencontrerait du succès, céder par la suite ses droits moyennant rémunération. C'est pourquoi il est difficile d'imaginer, dans le cadre d'une cession à titre gratuit, que l'auteur ait refusé l'exploitation commerciale de son œuvre à partir de l'instant où son acceptation n'est pas viciée.

Ainsi, dès lors qu'une cession à titre gratuit peut avoir un intérêt moral au profit de l'auteur, intérêt qu'il trouvera dans l'exploitation de son œuvre, cette même exploitation pouvant, par la suite, lui apporter une certaine notoriété et augmenter sa côte, il est alors possible d'affirmer que la contrepartie à la cession sera l'exploitation de l'œuvre par le cessionnaire. L'exploitation de l'œuvre pourra être appréhendée comme une prestation matérielle, prestation réalisée par le cessionnaire en contrepartie de la cession des droits d'auteur. La charge de l'exploitation devra néanmoins être inscrite dans l'acte de cession en contrepartie de la cession des droits afin que l'acte ne soit pas déclaré nul ou ne soit pas requalifié en donation : la différence entre les deux actes résidera dans la présence d'une contrepartie à la cession des droits d'auteur.

127. **Exclusion de la donation avec charge.** Est-il néanmoins possible d'admettre que l'existence d'une contrepartie dans un acte à titre gratuit peut revêtir la forme des donations avec charge ? Il convient de rappeler qu'une donation avec charge est qualifiée d'acte à titre gratuit quand il existe une *« non-équivalence objective et*

---

[484] V. *supra* n° 59 et 66.

[485] CA Paris, 4ème ch. B, 25 nov. 2005, *op. cit.*

subjective des sacrifices antagonistes »[486]. Ainsi, pour qu'il y ait donation avec charge, il faut rechercher l'existence d'une non-équivalence des prestations entre le disposant et le gratifié[487]. Peut-on alors considérer que dans le cadre d'une cession à titre gratuit avec comme charges, pour le cessionnaire, d'exploiter l'œuvre, il y a une non-équivalence des prestations ?

La réponse semble négative. En effet, l'auteur souhaitant céder ses droits en vue d'une exploitation ne les cèdera qu'à une société d'édition ou un producteur audiovisuel. Il convient de rappeler que ces derniers peuvent être définis comme des sociétés ayant la charge et la responsabilité de fabriquer ou réaliser l'œuvre et de l'exploiter[488]. Ils vont ainsi assurer la charge financière tenant à la fabrication et à la réalisation de l'œuvre mais également à sa diffusion. Il semble alors difficile d'affirmer que la charge de ces sociétés soit de moindre valeur que celle des droits cédés : il est difficile d'envisager, à l'avance, le succès ou l'insuccès d'une œuvre. De plus, dans l'hypothèse d'un tel contrat, il est possible d'admettre que les parties ont recherché une prestation réciproque équivalente : la prestation réciproque sera ainsi, pour l'auteur, l'exploitation de son œuvre et, pour le cessionnaire, la cession des droits.

Il convient alors d'affirmer que la cession des droits à titre gratuit – entendre par là, sans contrepartie monétaire – a un caractère onéreux – par l'équivalence des prestations –, revêtant alors la forme et la qualification des contrats d'exploitation. Cette cession à titre gratuit, de la part de l'auteur, résidera néanmoins dans l'espoir de gains futurs : cela constituera même le mobile de l'auteur.

---

[486] H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français* : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, préf. P. RAYNAUD, p. 52, n° 55-57.

[487] Ainsi, si la prestation imposée au gratifié s'avère être d'une valeur inférieure à celle réalisée par le disposant, l'acte devra garder sa qualification d'acte à titre gratuit, v. en ce sens, J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.,* p. 94, n°143 ; M. GRIMALDI, *Libéralités partages d'ascendants* : Litec, 2000, p. 135, n° 1197 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *Droit civil, Les libéralités* : coll. U, Armand Colin, 1982, p. 54, n° 57 ; N. PETERKA, *Les dons manuels* : LGDJ, 2001, préf. P. CATALA, p. 105, n° 120.

[488] V. CPI, art. L. 132-1, L. 132-23 et L. 132-27.

B. – L'espoir de gains futurs

128. **Espoir de gains.** En droit, l'espoir de gains est associé aux jeux de loterie : *« quelle est la cause d'une promesse ou d'une obligation contractée au jeu ? L'incertitude du gain ou de la perte »*[489]. Même s'il n'est question ici de jeux de chance, il convient néanmoins d'affirmer qu'il s'agit, par l'acceptation d'une cession de droits à titre gratuit, d'une prise de risque, d'un pari sur l'avenir qui peut autant se solder par un succès que par un échec. Ainsi, dans le cadre d'une cession de droits à titre partiellement gratuit, l'auteur espère, par l'édition de son œuvre, que celle-ci se vende suffisamment afin de pouvoir bénéficier de la rémunération plancher – édition de l'œuvre qui n'aurait sûrement pas pu se faire en cas de refus de la part de l'auteur de conclure le contrat d'édition. Dans le cadre d'une cession de droits à titre gratuit dans sa globalité, l'auteur espère l'augmentation de sa notoriété et de là, la conclusion de contrats futurs dans lesquels il pourra négocier des revenus conséquents[490]. Toutefois, cette espérance doit se matérialiser par l'obligation à l'égard du cessionnaire d'exploiter l'œuvre. À l'inverse, si la cession à titre gratuit de la part de l'auteur n'a que, comme mobile et ainsi, comme contrepartie, l'attente d'un bénéfice futur, l'acte relèvera des libéralités et plus particulièrement des donations, la contrepartie morale attendue ne pouvant constituer l'élément déterminant dans la qualification de l'acte. Néanmoins, cette attente pourra être justifiée lorsque l'obligation d'exploitation constitue la contrepartie à la cession à titre gratuit : *« on contracte pour l'avantage de chacun, et ce n'est pas le mérite de la gratuité, mais l'espoir du gain que l'on recherche »*[491].

Cependant, si des gains futurs peuvent être espérés par des auteurs ayant déjà une certaine renommée – cela peut être aussi une façon de tester leur popularité –, il est évident que des auteurs débutants pratiquant une telle cession dans l'espoir de gains futurs réaliseront une prise de risque considérable. C'est pourquoi il est

[489] J. RONDONNEAU, *Corps de droit français, civil, commercial et criminel*, t II, Garnery, 1811, p. 257 ; L'ensemble des recherches sur « l'espoir de gains » amène à la réglementation des jeux de loterie.

[490] V. en ce sens N. BLANC, *op. cit.*, p. 251, n° 292.

[491] J.-M. POUGHON, « Une constante doctrinale, l'approche économique du contrat », *in* Le contrat, Droits, Revue français de théorie juridique, n° 12, p. 50.

nécessaire d'affirmer une nouvelle fois qu'une telle cession ne puisse être généralisée mais doive être analysée au cas par cas.

129. **De la responsabilité du cessionnaire en cas de non-respect de son obligation d'exploitation.** Il est admis que la perte de chance causée par un préjudice subi est indemnisable. La condition résultera néanmoins de la définition de la perte de chance. Est ainsi retenu que la perte des chances de gains constitue le préjudice, qui ne doit cependant pas se confondre avec la perte de l'avantage espéré dont l'incertitude interdit toute indemnisation[492] : *« la perte d'une chance ne constitue un préjudice indemnisable que si la chance perdue est sérieuse (…). L'événement purement hypothétique n'a pas ce caractère, de sorte que si sa survenance devient clairement impossible (…) : son préjudice n'est qu'éventuel »*[493].

Est-il alors possible de considérer le non-respect de l'obligation d'exploitation de la part du cessionnaire comme un préjudice tendant à la perte d'une chance ? Dans une affaire où un entrepreneur de spectacles avait réclamé la réparation du préjudice subi par la perte de chance de succès de son opérette à cause du remplacement du chanteur principal, ce dernier ayant été victime d'un accident, la Cour de cassation a décidé que *« l'échec d'une œuvre théâtrale est un risque inhérent à la profession d'entrepreneur de spectacles et peut dépendre de multiples circonstances »*[494]. *A contrario*, le succès de l'œuvre dépend lui aussi de multiples circonstances. La décision de la Cour est alors compréhensible. En effet, l'exploitation d'une œuvre ne permet pas de dire si celle-ci connaitra un succès certain. Les cessionnaires sont des sociétés commerciales, ou, plus simplement, des « entrepreneurs de l'art », pariant – sans mauvais jeux de mots – sur des auteurs et artistes et de fait, sur leur succès futur. C'est également pour cela qu'existe, afin de garantir aux auteurs et artistes une rémunération certaine, l'avance non récupérable ou encore le minimum garanti[495].

---

[492] P. JOURDAIN, « Sur la perte d'une chance » : *RTD civ.* 1992, p. 109 ; V. également Cass. 1ère civ., 21 nov. 2006, n° 05-15.674 : Bull. civ. I, n° 498 ; *Propr. intell.* 2006, n° 22, p. 94, obs. Bruguière ; *JCP G* 2007. I. .115, n° 3 obs. Ph. Stoffel-Munck.

[493] C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI, M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, dir. P. LE TOURNEAU : Dalloz, 10e éd., 2014, p. 1419, n° 1418 ; V. également sur le sujet, A. BÉNABENT, *La chance et le droit* : LGDJ, 2013, préf. J. CARBONNIER ; *La perte de chance*, Colloque Orléans : LPA, 2013.

[494] Cass. 1re civ., 14 nov. 1958 : Gaz. Pal. 1959, I. p. 31.

[495] L'avance non récupérable est une somme forfaitaire versée par le cessionnaire au cédant. Cette somme sera récupérable par le cessionnaire sur la vente de l'œuvre, mais non récupérable

130. Conclusion de la Section 1. Les actes de transfert de droit à titre gratuit peuvent avoir une contrepartie autre que monétaire. S'il a été admis par la jurisprudence que l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle tient à s'appliquer dans l'hypothèse d'une cession à titre gratuit, l'application de cet article à une telle cession apparaît encore plus justifiée lorsque celle-ci a comme contrepartie une prestation matérielle résultant pour le cessionnaire d'une obligation d'exploitation. En effet, le Code de la propriété intellectuelle restant silencieux sur l'encadrement d'une pareille cession, il apparaît nécessaire de se soumettre aux règles spéciales des contrats d'exploitation, la contrepartie onéreuse – impérative – étant remplacée par l'existence d'une contrepartie matérielle : celle de l'obligation d'exploitation. Il s'agit néanmoins d'analyser la validité de ces actes au cas par cas afin de déterminer si l'auteur a agi en pleine conscience et en pleine connaissance de cause.

SECTION 2. – Les actes à titre gratuit de mise à disposition des droits d'auteur : des contrats innommés à titre gratuit

131. Des contrats innommés. La particularité des licences à titre gratuit dans lesquelles sont décelables des contreparties réside dans le fait qu'il est difficile d'appliquer un régime juridique de droit commun[496] ou même les règles définies par le Code de la propriété intellectuelle. De plus, leur particularité est qu'elles sont non-exclusives : l'exploitation de l'œuvre par un tiers n'empêche par l'exploitation de l'œuvre par un autre tiers. Il est alors possible de déterminer deux types de licences : les licences libres (§1) et les licences présentes dans les CGU (§2).

---

auprès de l'auteur si le montant de la vente est inférieur à la somme versée. Il s'agit en quelque sorte d'une garantie à l'égard du cédant.

[496] V. *supra* n° 23 et s.

§ 1. – La licence libre : un contrat d'exploitation non exclusif

132. **Les logiciels comme précurseurs.** Des idéaux américains « Liberté, communauté et coopération », à la pensée d'Abraham Lincoln prônant la supériorité de la liberté sur la propriété, telles sont les sources, ou plutôt les idéologies auxquelles les artisans de la licence libre ont souhaité se rapprocher[497] en créant la licence GNU GPL[498]. Cette licence a vu le jour dans le but de permettre aux programmateurs et aux utilisateurs de logiciels d'avoir accès au code source[499] protégé par le droit d'auteur. La licence libre vient alors ouvrir ce cadenas de protection permettant aux informaticiens professionnels ou amateurs de modifier le code source et partager de nouvelles versions de logiciels, versions plus performantes ou simplement plus adaptées à certaines utilisations[500]. Le logiciel n'apparaît alors plus comme l'œuvre d'une personne ou d'un groupe de personnes restreint, mais comme la « création » issue d'une communauté partageant son savoir et ses compétences. Le modèle libre est ainsi venu à l'encontre du modèle dit « propriétaire »[501].

S'il est à retenir une définition du logiciel libre, il serait alors possible de dire qu'il peut être *« exécuté, copié, distribué, étudié, modifié et amélioré, sous une condition essentielle (…) : la rediffusion du code, modifié ou non, doit elle-même être libre, afin de protéger les travaux effectués par l'ensemble des programmeurs contre*

---

497 G. AZZARIA, « Les logiciels libres à l'assaut du droit d'auteur », Les Cahiers de Propriété intellectuelle, 2004, vol. 16, n° 2, p. 410. L'auteur cite même R. STALLMAN, définissant les motivations de la licence libre : « (…) vous avez la liberté d'étudier, de modifier ou de redistribuer les logiciels que vous utilisez. Ces libertés permettent aux citoyens de s'aider eux-mêmes, de s'aider les uns les autres et de participer ainsi à une communauté. Cette manière de procéder contraste avec celle du logiciel propriétaire, plus répandu, qui maintient les utilisateurs impuissants et divisés : l'architecture d'un programme est secrète et on vous interdit de la partager avec votre voisin » ; V. également en ce sens I. RENARD., « Licences « open source » : la fin des redevances ? » : Petites Affiches, 13 oct. 2000, n° 205, p. 18.

498 La licence GNU GPL a été la première licence libre. Il s'agit de l'acronyme de « GNU it's not Unix » et « General Public License » ; V. également A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique* : Lexis Nexis, 2012, 4ème éd., p. 787, n° 992.

499 Le code source peut être défini comme un ensemble d'instructions écrites dans un langage de programmation permettant d'obtenir la création d'un logiciel.

500 C. CARON., « Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français » : *D.* 2003, p.1556.

501 Les licences propriétaires correspondent à une volonté des éditeurs de valoriser leurs droits de propriété intellectuelle, L. MUSELLI., « Les licences informatiques, un instrument stratégique des éditeurs de logiciels » : Réseaux 2004/3, n° 125, p. 151.

l'appropriation par autrui »[502]. De par ses idéaux prônés, la licence libre s'est largement répandue jusqu'à encadrer logiciels et systèmes d'exploitation connus à travers le monde, tels que Linux, Firefox, Open Office, VLC ou encore Bit Torrent.

133. **Distinction avec la licence d'utilisation de logiciel.** La licence libre se distingue du contrat de licence d'utilisation du logiciel en ce sens que ce dernier autorise uniquement l'utilisateur à se servir du logiciel sans pour autant lui donner le droit de le modifier et le partager[503]. La différence est ainsi fondamentale car la licence libre tend à autoriser l'utilisateur à apporter des modifications mais aussi à partager le logiciel.

134. **L'adaptation aux œuvres littéraires et artistiques.** Propre à l'univers numérique, la licence libre n'a pas tardé à s'étendre aux œuvres dématérialisées dans le but de permettre un meilleur partage de l'art, partage facilité par l'expansion des réseaux numériques à travers le monde. C'est en ce sens que le législateur s'est emparé de ce phénomène en insérant l'article L. 122-7-1 au Code de la propriété intellectuelle, lequel reconnaît à l'auteur la liberté *« de mettre ses œuvres gratuitement à disposition du public »*[504]. Bégaiement législatif[505], répétition dans la loi[506] ou redondance[507] pour les uns, clarification pour les autres[508], il faut reconnaître au législateur l'effort d'être venu apporter une certaine reconnaissance législative à la pratique issue de la licence libre. En effet, bien qu'il soit possible de penser que la cession gratuite soit déjà prévue par l'article L. 122-7, et compte tenu de la distinction entre cession et concession, il pouvait apparaître nécessaire – même si cela ressortait de la logique –, de venir apporter cette précision concernant la mise à disposition à titre gratuit de l'œuvre. Toutefois, cette initiative reste tout de même timide : elle ne

---

[502] I. RENARD., *op. cit.*, p.17 ; Pour une même approche, v. M. CLÉMENT-FONTAINE., *L'œuvre libre* : Larcier, 2014, préf. M. VIVANT, p. 42, n° 46.
[503] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés* : Dalloz, 2010, préf p. 152, n° 167 ; G. AZZARIA, *op. cit.,* p. 415.
[504] CPI, art. L. 122-7-1, inséré dans le Code par la loi n° 2006-961, 1er août 2006.
[505] M. VIVANT, « La pratique de la gratuité en droit d'auteur » : *RLDI* 2010/60, n° 1993, spéc. n° 1.
[506] T. AZZI, « La cession à titre gratuit du droit d'auteur » : *RIDA* 2013, n° 237, n° 7.
[507] N.BLANC, *op. cit.*, p. 147, n° 159.
[508] M. CLÉMENT-FONTAINE., *Jcl. PLA, op. cit.,* n° 23.

prévoit que la mise à disposition « au public », qui plus est, sans en apporter le cadre et les conditions.

Ce flou législatif a ainsi contribué à l'autorégulation de la licence libre, celle-ci s'étant emparée du partage du savoir[509] ou encore de celui des œuvres[510]. Il est ainsi estimé à plus de 500 millions le nombre d'œuvres diverses sous licence libre[511]. Cette dernière apparaît alors être à la frontière de la liberté et du droit d'auteur.

135. **Liberté et droit d'auteur.** La généralisation des licences libres apporte des problématiques pour le moins intéressantes. En effet, le terme de « libre »[512] vient non seulement se confronter au droit d'auteur – *« concilier la consécration du libre et le droit d'auteur semble impossible »*[513] – mais également apporter une assimilation erronée qu'il est fait du libre et du gratuit[514]. Loin de garantir la propriété des droits, le droit d'auteur devient simple garant de la libre utilisation de l'œuvre[515]. Il s'agit d'un détournement de la matière pour le moins original mais qui a le mérite, pour reprendre les termes de S. DUSOLLIER, de remettre *« l'auteur au centre du droit d'auteur »*[516]. N'est-ce pas là finalement que le droit d'auteur moderne faiblit ? Il ne s'agit plus du « protectionnisme » du droit d'auteur, mais de la liberté s'autorégulant par elle-même, garantie par le droit d'auteur. Face à cette autorégulation et liberté de partage, il apparaît nécessaire de venir qualifier les licences libres. Il faudra ainsi se rendre compte que ces dernières sont des contrats à titre non exclusif (A) pouvant revêtir plusieurs formes (B).

---

509 Notamment par l'encyclopédie en ligne Wikipédia (https://fr.wikipedia.org).

510 Que ce soit la licence Art Libre (http://artlibre.org) ou la licence Creative Commons (http://fr.creativecommons.org).

511 L. MAUREL., « Droit d'auteur et création dans l'environnement numérique. Des conditions d'émancipations à repenser d'urgence » : Mouvements, 2014/3, n° 79, p. 106.

512 Ou « Free » en anglais.

513 M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il créer un statut légal de l'œuvre libre ? » : *Propr. intell.* Janvier 2008, n° 26, p. 71.

514 Du terme anglo-saxon « free » voulant dire textuellement « gratuit », à la notion de libre, la notion de « gratuit » ne s'entend pas de la même manière en droit d'auteur, v. *supra* n° 103.

515 G. AZZARIA, *op. cit.*, p.410.

516 S. DUSOLLIER, « Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître » : Propr. intell, janvier 2006, n° 18, p. 16 ; V. également L. MAUREL., *op. cit.,* p. 106.

A. – Un contrat non exclusif

136. ***« Nul ne se soustrait à la loi du seul fait qu'il ne partage pas ses préceptes »***[517]. Bien qu'elle se veuille être à la marge du droit d'auteur, la licence libre se doit de respecter les règles propres à la matière (1). De plus, et de par sa nature « libre », la licence libre est par principe non exclusive (2).

1 - La licence libre : un contrat

137. **Une licence, un contrat.** La licence libre représente, pour A. BOISSON, un cas particulier de licence gratuite[518], voire même, pour le professeur M. CLÉMENT-FONTAINE, une dérogation [519] . Toutefois, la reconnaissance de sa nature contractuelle n'est pas évidente. En effet, émanant de la volonté de l'auteur, il aurait été possible d'admettre que cette mise à disposition était constitutive d'un acte unilatéral[520]. Mais celle-ci établissant une offre faite à personne indéterminée[521], elle est suspendue à l'acceptation par le licencié. Il s'agit ainsi d'un acte positif, si ce n'est volontaire[522] de la part de l'auteur, permettant au licencié de copier, modifier et partager l'œuvre ; et non un acte négatif qui relèverait alors d'une renonciation[523]. La licence tend ainsi à organiser la mise à disposition « ouverte »[524] de l'œuvre de la part de l'auteur. Elle sera définie comme étant un contrat *« à titre gratuit par lequel l'auteur donne l'autorisation non exclusive, à tout acceptant, d'utiliser et d'exploiter son œuvre de la manière la plus absolue en toute liberté »*[525].

---

[517] G. AZZARIA, *op. cit.*, p. 421.
[518] A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, *op. cit.,* p. 167, n° 150.
[519] M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il créer un statut légal de l'œuvre libre ? », *op. cit*, p. 71.
[520] Pour un rejet de la qualification de la licence libre en donation, v. M. CLÉMENT-FONTAINE., *L'œuvre libre*, *op. cit.*, p. 57, n° 74.
[521] A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 790, n° 997.
[522] M. CLÉMENT-FONTAINE., *Jcl. PLA, op. cit.,* n° 17 : V. également pour la reconnaissance de la licence en un contrat, S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p. 14.
[523] M. CLÉMENT-FONTAINE., *ibid.,* n° 16 et également du même auteur, *L'œuvre libre*, *op. cit.*, p. 57, n° 74.
[524] A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 787, n° 992.
[525] N. BLANC, *op. cit.*, p. 150, n° 164 ; V. également P.-Y GAUTIER, *Propriété Littéraire et artistique* : PUF Droit, 2016, 10ème éd., p. 573, n° 532.

138. **Un contrat d'exploitation.** *« Qu'on l'appelle cession ou licence, l'opération doit respecter le lourd formalisme imposé par l'article L. 131-3 »*[526]. Cette affirmation a de quoi lever les incertitudes pouvant exister quant à l'encadrement du contrat de licence[527]. Il devra ainsi, en tout état de cause, autoriser le public à copier, modifier et diffuser l'œuvre existante – la conclusion de licence libre sur les œuvres futures étant interdites[528] – selon les conditions inscrites dans l'acte de licence[529]. Ce dernier devra être écrit[530], dans le meilleur des cas en français[531], mais devra également mentionner l'ensemble des droits faisant l'objet de la concession. À ce sujet, il a toutefois été nuancé que la rédaction pouvait tendre vers une autorisation plus large afin d'englober l'ensemble des supports connus pour les modes d'exploitation visés dans le Code de la propriété intellectuelle[532], tout en pouvant également prévoir l'exploitation sur support non encore connu, clause que permet l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle[533]. Enfin, l'acceptation du licencié sera considérée comme tacite par le simple fait d'utiliser l'œuvre selon la volonté de l'auteur : le contrat de licence libre sera alors conclu entre l'auteur et le licencié[534].

---

526 A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 795, n° 1008 ; V. également M. CLÉMENT-FONTAINE., *L'œuvre libre*, *op. cit.*, p. 57, n° 73.

527 N. BLANC, *op. cit.*, p. 152, n° 167.

528 Il est ainsi considéré que la licence libre ne peut porter sur des œuvres futures, mais uniquement sur des œuvres préexistantes, V. sur ce point M. CLÉMENT-FONTAINE., *L'œuvre libre, op. cit.,* p. 129, n° 200.

529 M. CLÉMENT-FONTAINE., *Jcl. PLA, op. cit.,* n° 14.

530 Ce qui ne pose en soi pas de problème particulier quand on sait que les licences libres font dans la plupart des cas l'œuvre d'un écrit, M. CLÉMENT-FONTAINE., *L'œuvre libre, op. cit.,* p. 126, n° 193 et s.

531 En effet, et depuis la loi n° 94-665 du 4 août 1994 dite « loi Toubon », dès lors que des contrats sont conclus en France, ils se doivent d'être écrits en langue française afin d'éviter tout malentendu et ainsi permettre l'intégrité du consentement. Cette règle s'applique également aux licences libres qui sont pour la majorité d'origine anglo-saxonne. Toutefois, la licence libre étant le reflet d'une volonté de partage à travers le monde, il est admis qu'elle puisse être écrite en anglais afin que l'ensemble des auteurs et licenciés puissent appréhender les autorisations consenties mais également les obligations existantes, *ibid*., p. 128, n° 198 et s.

532 M. CLÉMENT-FONTAINE., *L'œuvre libre, op. cit.,* p. 131, n° 202.

533 CPI, art. L. 131-6, « La clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation. ».

534 M. CLÉMENT-FONTAINE., *Jcl. PLA, op. cit.,* n° 14.

2 - La licence libre : un contrat non exclusif

139. **Un contrat non exclusif par nature.** Le caractère exclusif laissé au libre choix de l'auteur lors de la cession ou de la concession de droits est-il envisageable dans le cadre d'une licence libre ? L'exclusivité viendrait-elle à l'encontre du principe de partage ? La réponse ne fait pas de doute : une licence libre ne peut être exclusive. En effet, les juges reconnaissent explicitement que *« le principe de licence libre fondé sur un partage de connaissances s'avère incompatible avec la notion d'exclusivité »*, en ajoutant que l'auteur d'un logiciel *« décidant de soumettre sa création à la GPL, (…) a précisément renoncé à cette faculté »*[535] de céder ses droits à titre exclusifs. Plus récemment, les juges du Conseil d'État ont reconnu que le caractère non exclusif des licences libres contribue au respect du principe de libre concurrence imposé dans le cadre de la passation de marché public[536]. Il faut donc conclure que l'exclusivité n'est pas compatible avec le caractère libre de la licence et que le simple fait de vouloir attribuer l'exclusivité dans le cadre d'une licence libre contribuerait à sa requalification. Le partage est donc par définition non exclusif.

B. – Des licences libres

140. **Le choix de la licence libre.** La création de la licence GNU GPL a permis à d'autres licences, plus ou moins variées, mais ayant toujours le souci de permettre le partage « libre », de voir le jour. Parmi celles-ci, il est possible de citer la licence Creative Commons ou encore la Licence Art Libre, ces dernières constituant les licences les plus répandues dans le partage des œuvres littéraires et artistiques sur le réseau[537]. Il apparaît nécessaire d'analyser chacune de ces licences et de se rendre compte que l'esprit du « libre » a été retranscrit dans chacune d'entre elles. La licence

---

535 TGI Chambéry, 15 novembre 2007, inédit ; M. CLÉMENT-FONTAINE., *L'œuvre libre, op. cit.,* p. 50, n° 62 et *Jcl. PLA, op. cit.,* n° 18.

536 CE 30 septembre 2011, JurisData n° 2011-020388 : « En raison du caractère de logiciel libre que celui-ci présente et qui le rend librement et gratuitement modifiable et adaptable aux besoins de la collectivité, par toute entreprise spécialisée dans l'installation de logiciels supports d'espaces numériques de travail, ne peut être regardé ni comme ayant pour effet de favoriser la société (…) qui a participé à sa conception et en est copropriétaire ni comme ayant pour effet d'éliminer des entreprises telle que la société requérante ».

537 Pour un aperçu exhaustif des licences libres existantes, v. J. FARCHY, M. DE LA TAILLADE, *Les licences libres dans le secteur culturel, Rapport de mission pour le CSPLA*, déc. 2017, p. 7.

GNU GPL, première du nom, permet ainsi le partage des œuvres, mais surtout des logiciels (1), tandis que la licence Creative Commons (2) et Art Libre (3) tendent à s'appliquer aux œuvres artistiques. Toutefois, cette liberté n'est pas sans conséquence sur les obligations existantes au profit des licenciés.

1 - La licence GNU GPL

141. **Une licence pionnière en la matière.** La licence GNU pour « GNU's not UNIX », ou encore GPL – General Public License –, est l'œuvre de R. STALLMAN en 1984[538]. Publiée pour la première fois en 1989 par la Free Software Foundation[539], son but était de venir à contre-courant du « modèle propriétaire », alors cadenassé par des droits d'auteur considérés comme trop protecteurs. Dans un premier temps réservée aux logiciels[540], la dernière version de la licence GNU publiée en 2007 s'adresse à toutes sortes de travail – traduction littérale[541] –, autrement dit, à toutes œuvres, bien qu'il soit encore fait largement référence au code source du logiciel[542].

142. **Les conditions d'utilisation.** La version 3 de la licence GPL indique plusieurs conditions quant à l'adhésion des auteurs et utilisateurs. Ainsi, cette dernière indique que les droits portant sur un programme – il faut entendre par là, un logiciel –, sont concédés pour toute la durée reconnue par la loi[543] – soit jusqu'à 70 années après la mort de l'auteur[544]. Mais surtout, et c'est l'essence même de la licence libre, il est indiqué que les licenciés reçoivent des concédants le droit d'exécuter, modifier et partager le logiciel, et ce, à titre gratuit[545]. De plus, la licence indique que le

---

538 V. notamment J. FARCHY, M. DE LA TAILLADE, *op. cit.,* p. 4.

539 M. CLÉMENT-FONTAINE., *Jcl. PLA, op. cit.,* n° 54.

540 *Ibid.,* n° 55.

541 Le préambule de la licence GNU stipule ainsi : « The GNU General Public License is a free, copyleft license for software and other kinds of works. », Licence GNU GPL, v3, http://www.gnu.org/licenses/gpl.html.

542 V. l'article 1 de la licence intitulé : « Source Code », *ibid.*

543 Art. 2, « All rights granted under this License are granted for the term of copyright on the Program, and are irrevocable provided the stated conditions are met. », Licence GNU GPL, v3.

544 CPI, art. L. 123-1 al. 2 : « Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent. ».

545 Art. 10, al. 1 et 3, Licence GNU GPL, v3, « Each time you convey a covered work, the recipient automatically receives a license from the original licensors, to run, modify and propagate that work, subject to this License. » et « For example, you may not impose a license fee, royalty, or

programme ne peut faire l'objet de mesures techniques de protection[546] et qu'il est nécessaire, afin de permettre le partage, d'indiquer que ce dernier a été modifié selon le respect de la licence GPL[547]. La notion de « libre » apparaît ainsi omniprésente. Toutefois, la liberté de partage est soumise à la charge, pour les licenciés, de respecter les termes de la licence, faute de quoi ils pourraient être reconnus comme contrefacteurs.

2 - La licence Creative Commons

143. **Une licence artistique.** La licence Creative Commons suit le modèle mis en place par la licence GNU GPL. Créée en 2001 par L. LESSIG selon les mêmes idéaux que R. STALLMAN, la licence Creative Commons a pour objectif d'autoriser largement la réutilisation des œuvres et leur partage tout en autorisant la création d'œuvres dérivées[548]. Ainsi, mais à l'inverse de la licence GNU GPL tendant à s'appliquer aux logiciels, la licence Creative Commons est destinée aux œuvres artistiques *« afin de transformer de nombreuses créations en commons ou bien communs, c'est-à-dire en ressource librement accessible à tous »*[549], qu'elles soient protégées par le droit d'auteur, les droits voisins ou encore par les droits des producteurs de base de données[550]. Nul besoin de constater une nouvelle fois que l'esprit de la licence est de venir prendre à contre-pied le droit d'auteur dans son

---

other charge for exercise of rights granted under this License, and you may not initiate litigation (including a cross-claim or counterclaim in a lawsuit) alleging that any patent claim is infringed by making, using, selling, offering for sale, or importing the Program or any portion of it. », *op. cit.*

[546] Art. 3, licence GNU GPL, v3, « No covered work shall be deemed part of an effective technological measure under any applicable law fulfilling obligations under article 11 of the WIPO copyright treaty adopted on 20 December 1996, or similar laws prohibiting or restricting circumvention of such measures. », *op. cit.*

[547] Art. 5, a) et b), Licence GNU GPL, v3, « You may convey a work based on the Program, or the modifications to produce it from the Program, in the form of source code under the terms of section 4, provided that you also meet all of these conditions: a) The work must carry prominent notices stating that you modified it, and giving a relevant date ; b) The work must carry prominent notices stating that it is released under this License and any conditions added under section 7. This requirement modifies the requirement in section 4 to "keep intact all notices". », *op. cit.*

[548] S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p. 11 : V. également C. CARON., *Droit d'auteur et droits voisins* : LexisNexis, 2017, 5ème éd., p. 464, n° 481.

[549] S. DUSOLLIER, *ibid.,* p. 10.

[550] M. CLÉMENT-FONTAINE., *Jcl. PLA, op. cit.,* n° 81.

essence « d'interdiction », en contribuant à autoriser largement la reproduction et la communication[551] des œuvres.

144. **Une licence déclinable.** La particularité de la licence Creative Commons, et sûrement ce qui en fait son succès, est qu'elle est déclinable en six licences distinctes, chacune ayant sa propre particularité[552].

La première est ainsi dénommée « Attribution », connue sous l'acronyme « BY ». Elle permet au titulaire de droit d'autoriser toute exploitation de l'œuvre – que l'on comprend comme reproduction, représentation, distribution et communication –, que ce soit à titre gratuit ou commercial, le tout sous le respect du droit de paternité : le licencié devra obligatoirement citer le nom de l'auteur originel[553].

Vient ensuite la licence « Attribution + Pas de modification » ou encore « BY ND », dans laquelle les conditions d'exploitation sont identiques à la licence « Paternité », mais dans laquelle l'auteur interdit la création d'œuvres dérivées[554].

La licence « Attribution + Pas d'utilisation commerciale + Pas de modification » ou encore « BY NC ND », considérée comme étant la déclinaison la plus restrictive[555], interdit l'exploitation commerciale et la modification de l'œuvre, tout en obligeant le licencié à citer le nom de l'auteur[556] : le licencié ne pourra que partager l'œuvre.

La déclinaison « Attribution + Pas d'utilisation commerciale » ou « BY NC » autorise le licencié à exploiter et réaliser des œuvres dérivées mais est interdit de l'exploiter à des fins commerciales, sauf s'il obtient préalablement l'autorisation du ou des ayants droit[557].

L' « Attribution + Pas d'utilisation commerciale + Partage dans les mêmes conditions » ou « BY NC SA », permet au licencié d'exploiter l'œuvre originale

---

551 S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p. 10.
552 V. J. FARCHY, M. DE LA TAILLADE, *op. cit.,* p. 9.
553 http://creativecommons.fr/licences/ ; Comprendre les licences CC 4.0 en français, p. 106 ; V. également M. CLÉMENT-FONTAINE., *Jcl. PLA, op. cit.,* n° 80 et S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p. 12.
554 *Ibid.* ; Comprendre les licences CC 4.0 en français, p. 139.
555 *Ibid.,* ; Comprendre les licences CC 4.0 en français, p. 190.
556 *Ibid.*
557 *Ibid.,* ; Comprendre les licences CC 4.0 en français, p. 155.

uniquement à des fins non commerciales et de réaliser des œuvres dérivées en les partageant selon les mêmes conditions que l'œuvre originelle[558].

Enfin, la licence « Attribution + Partage dans les mêmes conditions » ou « BY SA », licence utilisée par le site de partage de connaissance communautaire Wikipédia[559], autorise l'exploitation de l'œuvre originale à titre commercial tout en autorisant la création d'œuvres dérivées, à condition qu'elles soient partagées sous les mêmes conditions[560].

Les acronymes ou symboles liés à la licence Creative Commons permettent ainsi aux spécialistes de déterminer les autorisations attribuées aux licenciés sans pour autant prendre connaissance de l'acte en lui-même. L'intelligence est également d'avoir divisé en quatre parties les autorisations ou interdictions pouvant faire l'objet de l'autorisation, donnant ainsi lieu à six déclinaisons possibles, le droit de paternité étant quant à lui obligatoire et toujours présent.

145. **Les conditions d'utilisation.** Les conditions d'utilisation diffèreront selon la déclinaison choisie par l'auteur originaire. Le licencié pourra ainsi se voir confier l'usage de certains droits – créations d'œuvres dérivées, distribution, communication – tout en pouvant être confronté à leurs interdictions – notamment l'interdiction liée à la création d'œuvres dérivées –, ou l'interdiction d'exploiter l'œuvre commercialement[561]. De son côté, le licencié aura également l'obligation, pour chaque partage, d'inclure une copie de la licence, de mentionner le nom du ou des auteurs contributeurs et enfin de ne pas venir à l'encontre des termes encadrant l'œuvre telle qu'il l'a reçue[562]. Il est à noter toutefois que certaines déclinaisons ne sont pas pour autant « libres » et peuvent avoir un effet néfaste sur la diffusion de l'œuvre. La

---

[558] http://creativecommons.fr/licences/ ; Comprendre les licences CC 4.0 en français, p. 172 ; V. également M. CLÉMENT-FONTAINE., *Jcl. PLA, op. cit.,* n° 80 et S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p. 12.

[559] La page d'accueil Wikipédia indique que « les textes sont disponibles sous licence Creative Commons paternité partage à l'identique », https://fr.wikipedia.org/.

[560] http://creativecommons.fr/licences/ ; Comprendre les licences CC 4.0 en français, p. 122 ; V. également M. CLÉMENT-FONTAINE., *Jcl. PLA, op. cit.,* n° 80 et S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p. 12.

[561] Un accord entre la SACEM et Creative commons France détermine la notion de « non commercialité » notamment en ce que l'œuvre ne doit pas être utilisée par une entité à but lucratif ou à des fins de promotion, ne doit donner lieu à une contrepartie financière ou autre, V. J. FARCHY, M. DE LA TAILLADE, *op. cit.,* p. 13 et 36.

[562] S. DUSOLLIER., *op. cit.,* p. 13.

licence n'apparaît ainsi pas comme étant réellement libre et peut se voir être soumise à des conditions restrictives.

3 - La licence Art Libre

146. **Une licence Française.** La licence Art Libre a été le fruit des rencontres Copyleft Attitude qui ont eu lieu à Paris en 2000, à l'initiative d'artistes français[563]. L'idée était de retranscrire la licence GNU GPL aux œuvres littéraires et artistiques[564]. Après deux versions qui se sont succédées, la dernière a été publiée en 2007[565].

147. **Les conditions d'utilisation.** Tout comme sa cousine Creative Commons, la Licence Art Libre tend à permettre de copier, diffuser et transformer librement les œuvres dans le respect des droits de l'auteur[566], ou plutôt, dans le respect des droits conférés dans la licence. Enfin, rien d'original dans les autorisations ou les interdictions : le licencié a la liberté de diffuser l'œuvre de façon gratuite ou onéreuse en indiquant toutefois le nom du ou des auteurs[567]. Il peut également modifier l'œuvre à condition de la partager sous la même licence[568] et enfin, l'auteur ou les auteurs cèdent leurs droits pendant la durée des droits attribués à l'œuvre[569].

---

563 http://artlibre.org/category/textes/ ; V. également M. CLÉMENT-FONTAINE., *Jcl. PLA, op. cit.,* n° 86.

564 *Ibid.*

565 *Ibid.*

566 Préambule, Licence Art Libre, v1.3, http://artlibre.org, « Avec la Licence Art Libre, l'autorisation est donnée de copier, de diffuser et de transformer librement les œuvres dans le respect des droits de l'auteur ».

567 Art. 2, 1. et 2., Licence Art Libre, v1.3, « Vous pouvez diffuser librement les copies de ces œuvres, modifiées ou non, quel que soit le support, quel que soit le lieu, à titre onéreux ou gratuit, si vous respectez toutes les conditions suivantes : 1. joindre aux copies cette licence à l'identique ou indiquer précisément où se trouve la licence ; 2. indiquer au destinataire le nom de chaque auteur des originaux, y compris le vôtre si vous avez modifié l'œuvre », *op. cit.*

568 Art. 3, 3, « Vous avez la liberté de modifier les copies des originaux (initiaux et conséquents) dans le respect des conditions suivantes : □□□diffuser cette œuvre conséquente avec la même licence ou avec toute licence compatible », Licence Art Libre, v1.3.

569 Art. 8 al.2, « Cette licence a pour durée, la durée des droits d'auteur attachés à l'œuvre. Si vous ne respectez pas les termes de cette licence, vous perdez automatiquement les droits qu'elle vous confère. », *Ibid.*

148. **Une condition d'utilisation avec « charges ».** Les conditions d'utilisation des licences libres peuvent alors être appréhendées comme des charges à l'égard du licencié. Ce dernier ne pourra être partie prenante à la licence qu'à la condition de respecter ces conditions. C'est notamment pourquoi la licence libre ne peut être qualifiée de prêt à usage, mais d'acte à titre gratuit avec charges, de contrat à titre gratuit avec charges innommées. En effet, les charges à l'égard du licencié étant de moindres valeurs que la mise à disposition des droits – ces dernières se traduisant comme des conditions d'utilisation de l'œuvre mise à disposition –, l'acte sera de fait, à titre gratuit.

§ 2. – La licence dans les conditions générales d'utilisation : une licence non-exclusive

149. **Une adhésion abusive.** Les licences de mise à disposition de droits sont intégrées dans les CGU des réseaux sociaux (A). Il apparaît cependant que cette intégration, tendant à noyer la licence parmi les autres conditions d'utilisation du réseau, ne respecte pas ou peu les règles du droit d'auteur. De là, elle peut être considérée comme abusive (B).

A. – La licence présente dans les CGU

150. **Les conditions générales d'utilisation.** Les conditions générales d'utilisation apparaissent comme un contrat d'adhésion dont l'acceptation est obligatoire afin de pouvoir bénéficier des services proposés (1). Il convient cependant de constater que ces dernières contiennent une clause stipulant l'attribution d'une licence non-exclusive et à titre gratuit à l'égard du prestataire de service – plus particulièrement, du réseau social (2).

1 – Les conditions générales d'utilisation : un contrat d'adhésion

151. **Définition des « conditions générales d'utilisation ».** Il n'existe pas de définition légale des CGU ou même des « conditions générales de ventes » – CGV. Néanmoins, il est admis qu'elles *« ont pour objet de déterminer les conditions dans lesquelles une entreprise, qu'elle soit producteur, prestataire, grossiste ou importateur, accepte de vendre ses produits ou services »*[570]. Il est ainsi possible de considérer que les CGV vont déterminer la relation commerciale entre le professionnel et le client alors que les CGU vont permettre de régir les modalités d'utilisation d'un site Internet – ou plus précisément, des services fournis par ce dernier[571].

152. **Un contrat d'adhésion.** Les CGU sont donc des contrats, et, de par leur particularité, il est envisageable de les qualifier comme étant des contrats d'adhésion[572]. En effet, l'acceptation du contrat par l'internaute signifie qu'il y adhère afin de pouvoir utiliser le réseau social selon les conditions stipulées. Par cet acte, l'utilisateur scelle un accord sur un ensemble de stipulations qui sert plus particulièrement les intérêts du média social plutôt qu'il ne le protège[573]. Les CGU étant des contrats « types », l'utilisateur, ne peut les négocier[574]. Il est en effet admis que les contrats d'adhésion sont des contrats dans lesquels l'une des parties se plie aux exigences de l'autre, non seulement parce que cette dernière est en position de

---

570 C. ARONICA., L. OSTOJSKI., « Les conditions générales de vente, un incontournable des relations commerciales » : AJ Contrats d'affaires, Concurrence et Distribution, 2014, p. 165.

571 L'article L. 441-6 du Code de commerce vient encadrer l'application des CGV à l'égard des producteurs, grossistes, ou prestataires de service. Il différencie néanmoins les acheteurs ou utilisateurs professionnels des particuliers : « I. Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. », «Les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services. Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa porte sur les conditions générales de vente applicables aux acheteurs de produits ou aux demandeurs de prestation de services d'une même catégorie. » : V. également G. LOISEAU, « La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux » : *Comm. com. électr.*, 2012, comm. 78.

572 V. SÉDALLIAN, « Les conditions générales d'utilisation ont-elles une valeur juridique ? » : La Revue documentaliste – science de l'information, vol. 49, mars 2012.

573 G. LOISEAU, « La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux », *op. cit.*

574 V. SÉDALLIAN, *op. cit.*

force mais également parce que l'utilisateur est dans un besoin : celui d'utiliser le service proposé[575]. L'internaute ne peut alors que constater que son acceptation emporte également l'attribution d'une licence de droits d'auteur à titre gratuit à l'égard du prestataire.

2 – La licence stipulée dans les conditions générales d'utilisation : une licence non-exclusive à titre gratuit

153. **L'attribution de la licence.** L'ensemble des CGU des divers réseaux sociaux appréhende la question de la mise à disposition des droits par les utilisateurs. Ainsi, l'article 2.1 des CGU de Facebook stipule que l'internaute accorde *« une licence non exclusive, transférable, sous-licenciable, sans redevance et mondiale pour l'utilisation des contenus de propriété intellectuelle que vous publiez sur Facebook ou en relation avec Facebook (licence de propriété intellectuelle) »*[576]. Twitter, au sein de l'alinéa 1 de l'article 5 de ses CGU prévoit également que l'internaute accorde *« une licence mondiale, non exclusive, gratuite, incluant le droit d'accorder une sous licence, d'utiliser, de copier, de reproduire, de traiter, d'adapter, de modifier, de publier, de transmettre, d'afficher et de distribuer ces Contenus sur tout support par toute méthode de distribution connue ou amenée à exister »*[577]. Il en est de même pour Instagram[578], Pinterest[579] ou encore EyeEM[580].

---

[575] G. RAYMOND, *Jcl. Concurrence-Consommation*, fasc. 820, *Clauses abusives*, 2015, n° 5.

[576] Art. 2.1 des CGU : « Pour le contenu protégé par les droits de propriété intellectuelle, comme les photos ou vidéos, vous nous donnez spécifiquement la permission suivante, conformément à vos paramètres de confidentialité et des applications : vous nous accordez une licence non exclusive, transférable, sous-licenciable, sans redevance et mondiale pour l'utilisation des contenus de propriété intellectuelle que vous publiez sur Facebook ou en relation avec Facebook (licence de propriété intellectuelle). Cette licence de propriété intellectuelle se termine lorsque vous supprimez vos contenus de propriété intellectuelle ou votre compte, sauf si votre compte est partagé avec d'autres personnes qui ne l'ont pas supprimé. », https://www.facebook.com/legal/terms?locale=fr_FR.

[577] Art. 5.1 des CGU : « Vous conservez vos droits sur tous les Contenus que vous soumettez, postez ou publiez sur ou par l'intermédiaire des Services. En soumettant, publiant ou affichant des Contenus sur ou par le biais des Services, vous nous accordez une licence mondiale, non exclusive, gratuite, incluant le droit d'accorder une sous-licence, d'utiliser, de copier, de reproduire, de traiter, d'adapter, de modifier, de publier, de transmettre, d'afficher et de distribuer ces Contenus sur tout support par toute méthode de distribution connue ou amenée à exister », https://twitter.com/tos?lang=fr#yourrights.

[578] Clause « Rights », 1° des CGU : « Instagram does not claim ownership of any Content that you post on or through the Service. Instead, you hereby grant to Instagram a non-exclusive, fully paid and royalty-free, transferable, sub-licensable, worldwide license to use the Content that you post

154. **L'identification des droits cédés.** La lecture des clauses stipulant l'existence d'une licence permet de déterminer l'étendue des droits cédés. Il est ainsi possible d'apprendre que l'internaute, en acceptant les CGU et de là, la clause stipulant l'existence d'une licence à l'égard du prestataire de service, autorise ce dernier à « *utiliser, (…) copier, (…) reproduire, (…) traiter, (…) adapter, (…) modifier, (…) publier, (…) transmettre, (…) afficher et (….) distribuer* »[581] le contenu – ou autrement dit, l'œuvre mise à disposition. Néanmoins, cette précision ne figure pas dans l'ensemble des CGU[582].

155. **L'attribution d'une licence mondiale transférable, non exclusive et à titre gratuit.** Il est également possible, en lisant les CGU, de connaître les modalités selon lesquelles la licence est attribuée. Il faut alors constater que la licence est mondiale[583], non exclusive[584], transférable[585] et enfin, à titre gratuit[586] – les termes « sans

---

on or through the Service, subject to the Service's Privacy Policy, available here http://instagram.com/legal/privacy/, including but not limited to sections 3 ("Sharing of Your Information"), 4 ("How We Store Your Information"), and 5 ("Your Choices About Your Information"). You can choose who can view your Content and activities, including your photos, as described in the Privacy Policy. », https://www.instagram.com/about/legal/terms/.

[579] Article 2.b des CGU : « You grant Pinterest and its users a non-exclusive, royalty-free, transferable, sublicensable, worldwide license to use, store, display, reproduce, re-pin, modify, create derivative works, perform, and distribute your User Content on Pinterest solely for the purposes of operating, developing, providing, and using the Pinterest Products. Nothing in these Terms shall restrict other legal rights Pinterest may have to User Content, for example under other licenses. We reserve the right to remove or modify User Content for any reason, including User Content that we believe violates these Terms or our policies », https://about.pinterest.com/en/terms-service.

[580] Article 5.2 des CGU : « However, by uploading or otherwise publishing any Content through the Community, User grants EyeEm the non-exclusive, worldwide, royalty-free, sub-licensable right to use the respective Content for the purposes of the Community. This includes the right to integrate the Content on the Website and in EyeEm's and its affiliated companies' other websites (hereinafter the "Websites") and advertising material (e.g. for the EyeEm Community as well as the EyeEm Market). In particular, User grants EyeEm the following rights of use. », https://www.eyeem.com/en/tos/community.

[581] Art. 5.1 des CGU de Twitter, *op. cit.*

[582] L'identification des droits cédés lors de l'attribution de la licence figurant au sein des CGU est uniquement encadrée par Twitter et Pinterest.

[583] Les CGU de Facebook et Twitter stipulent que la licence conférée est « mondiale », quand les CGU d'Instagram, Pinterest et EyeEM emploient le terme « worldwide license ».

[584] Le terme « non-exclusive » est employé par l'ensemble des CGU.

[585] Facebook stipule que la licence est « sous-licenciable » et Twitter qu'il a le droit de réaliser une « sous-licence ».

[586] Il est possible de constater que les clauses emploient le terme « royalty-free ».

redevance »[587] ou même « gratuit »[588] sont employés[589]. Il convient ici de rappeler que si une telle licence est conclue dans le cadre de l'acceptation des CGU, c'est pour permettre le fonctionnement du réseau social : sans cette attribution, la reproduction et ainsi le partage des contenus créés par l'utilisateur – qui sont au cœur même de l'économie du réseau social et, pour les utilisateurs comme pour les annonceurs, au cœur même de l'intérêt de rejoindre ce réseau social – seraient illicites[590].

Néanmoins, l'étendue et les conditions de conclusion de cette licence font débat : *« les droits ainsi concédés pour toutes sortes d'utilisation, pour le monde entier, par le média social lui-même ou par d'autres sociétés, notamment des sous-licenciés, vont bien au-delà de l'objet des conditions générales d'utilisation qui se destinent, normalement, à préciser les droits et les obligations des utilisateurs du réseau social »*[591].

B. – La clause attributive de licence non-exclusive à titre gratuit : une clause abusive

156. **Des clauses abusives au sein des CGU des réseaux sociaux.** L'article L. 132-1 du Code de la consommation considère que *« dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »*[592]. L'article 1171 du Code civil disposant même que *« dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite »*[593]. Les CGU des réseaux

[587] Art. 2.1 des CGU de Facebook, *op. cit.*
[588] Art. 5.1 des CGU de Twitter, *op. cit.*
[589] V. également C. ZOLYNSKI, « Réseaux sociaux et droit de propriété intellectuelle : quelle efficacité face aux géants de l'Internet ? », *in* L'efficacité du droit face aux géants de l'internet, dir. M. Behar-Touchais, IRJS, éd., Tome II, 2016, p. 133.
[590] V. notamment *ibid.*
[591] G. LOISEAU, « La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux », *op. cit.*
[592] Code de la consommation, art. L. 132-1, al. 1er.
[593] Chapitre Ier du Titre Ier de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

sociaux n'échappent donc pas à cette règle[594]. Ainsi, un avis de la Commission des clauses abusives concernant les contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux[595] a mis en lumière l'existence d'un fort déséquilibre contractuel entre ces fournisseurs de services et les internautes[596]. Plus récemment, un communiqué de la DGCCRF[597] indiquait que les CGU de Facebook contenaient des clauses qualifiées d'« abusives »[598]. Néanmoins, la Commission des clauses abusives s'est particulièrement intéressée à la question de l'attribution de licence de droits d'auteur à titre gratuit. Celle-ci a alors soulevé des problématiques concernant le flou entourant l'existence d'un consentement libre et éclairé de la part de l'internaute (1) et le respect de la clause attributive de licence par rapport aux règles du droit d'auteur (2) : *« ce document, a priori annexe à l'acte principal (…), est mis à profit par le média social pour se faire consentir des droits sur les contenus diffusés par les utilisateurs au moyen de ses services, droits dont on peut douter que les utilisateurs aient pris réellement la mesure »*[599].

---

[594] G. LOISEAU, « Le lien entre l'utilisateur et le média social est bel et bien un lien contractuel susceptible de relever du droit de la consommation », « Les maîtres du monde numérique coupables d'abus » : *Comm. com. électr.,* 2015, comm. 4.

[595] Commissions des clauses abusives, *Recommandation n°2014-02 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux* : http://www.clauses-abusives.fr.

[596] Le rapport se divise en cinq grandes parties : I - Lisibilité et rédaction du contrat, II – Formation du contrat, III – Contenu du contrat, IV – Clauses relatives à l'exécution du contrat, V – Litiges ; Il a notamment été reconnu par le TGI de Paris que la clause attributive de compétence au profit des juridictions californiennes est abusive : « La clause attributive de compétence prévue dans les conditions générales de la société Facebook qui oblige l'utilisateur, en cas de conflit avec la société, à saisir une juridiction particulièrement lointaine, située dans le comté de Santa Clara en Californie, et à engager des frais sans aucune proportion avec l'enjeu économique du contrat souscrit pour des besoins personnels ou familiaux présente un caractère abusif en ce qu'elle est de nature à dissuader le consommateur d'exercer toute action devant les juridictions concernant l'application du contrat et à le priver de tout recours à l'encontre du fournisseur de réseau social », TGI Paris, ord., 5 mars 2015 : *Comm. com. électr.*, 2015, comm. 51, note Loiseau. La position du TGI a été affirmée par la CA de Paris qui s'est déclarée compétente pour connaître d'une affaire concernant Facebook, CA Paris, 12 févr. 2016.

[597] Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la répression des Fraudes.

[598] La DGCCRF a ainsi jugé abusives les clauses des CGU permettant à Facebook de retirer du contenu publié par l'utilisateur du réseau, de modifier unilatéralement les conditions générales d'utilisation sans en informer préalablement l'internaute, et également les clauses des CGU du service de paiement de Facebook permettant de modifier les conditions générales sans en informer l'internaute et enfin de modifier ou résilier le service de paiement sans information préalable, DGCCRF, *Injonction – Facebook Ireland LTD et Facebook Payments International LTD*, Févr. 2016 : http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/injonctions-clauses-abusives.

[599] G. LOISEAU, « La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux », *op. cit.*

1 – Le défaut d'un consentement libre et éclairé

157. **L'inexistence d'un consentement libre et éclairé.** Dans l'hypothèse d'une cession de droits à titre gratuit, il a été admis que le consentement de l'auteur – de par la gravité que représente l'acte à titre gratuit –, doit être libre et éclairé, à défaut de quoi la cession est déclarée nulle pour vice du consentement[600]. Pareille condition doit-elle s'appliquer dans le cadre de l'attribution d'une licence à titre gratuit stipulée dans des CGU ?

La Commission des clauses abusives a, à ce titre, considéré que les clauses attribuant une licence de droit à titre gratuit « sont noyées » dans les conditions générales d'utilisation du service sans que l'attention de l'internaute ne soit attiré sur la portée de son engagement »[601]. Il est alors possible de douter d'un réel consentement ou même d'une réelle conscience de la part de l'utilisateur du réseau social d'un tel engagement au moment de son inscription : *« ce défaut de lisibilité est de nature à créer un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel »*[602].

158. **La gravité et les enjeux d'une telle mise à disposition nécessitent l'existence du consentement de l'internaute.** Il est difficile de nier l'avantage procuré au réseau social par l'internaute au moment de son inscription et de là, de l'attribution d'une licence de droits à titre gratuit. L'ensemble des données fournies – données personnelles et contenus – sont utilisées et monétisées par le réseau social et ce, sans que l'utilisateur en ait véritablement conscience[603]. Ainsi, *a contrario* de la

---

600 V. *supra* n° 93 et s.

601 Considérant 26, Commission des clauses abusives, *op. cit.*

602 Considérant 26, *ibid.* ; V. également C. ZOLYNSKI, *op. cit.*, qui propose de s'inspirer des règles applicables pour le crédit à la consommation ou pour les contrats de *cloud computing* afin de mieux informer l'utilisateur des enjeux relatifs à la conclusion de telles licences.

603 Considérant 14, *ibid.* : « Considérant que de nombreux contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient des clauses affirmant que les services proposés sont gratuits ; que ces clauses laissent croire à l'utilisateur consommateur ou non-professionnel que le service est dépourvu de toute contrepartie de sa part, alors que, si toute contrepartie monétaire à sa charge est exclue, les données, informations et contenus qu'il dépose, consciemment ou non, à l'occasion de l'utilisation du réseau social, constituent une contrepartie qui s'analyse en une rémunération ou un prix, potentiellement valorisable par le professionnel ; que cette ambiguïté de la clause de rémunération autorise son examen par une interprétation a contrario de l'article L. 132-1, alinéa 7, du code de la consommation, selon lequel l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte pas sur l'adéquation de la rémunération au service offert « pour autant que les clauses

contrepartie à l'attribution de la licence libre constituant le droit, pour l'internaute, d'utiliser le réseau social[604], la contrepartie à la mise à disposition de services gratuits constitue, pour le réseau social, la fourniture d'informations et de contenus par les utilisateurs.

L'internaute, lors de l'adhésion aux CGU, compte tenu de la gravité que peut représenter une telle mise à disposition à titre gratuit mais également de l'utilisation faite de ses données, doit avoir non seulement connaissance de l'existence de l'attribution d'une licence de droit à titre gratuit mais également connaissance du but poursuivi par le professionnel : *« ces clauses qui privent le non-professionnel ou le consommateur d'une information claire sur la portée de son engagement sont contraires à l'article L. 133-2, alinéa 1er, du code de la consommation »*[605].

Il n'est, en outre, pas remis en question l'existence d'une probable contrepartie morale pouvant bénéficier à l'internaute lors de la mise à disposition de contenus sur le réseau social – certaines œuvres connaissent un effet de « buzz », augmentant ainsi la côte de popularité de l'auteur et de l'artiste. L'internaute utilise les services mis gratuitement à sa disposition pour partager du contenu et ainsi augmenter sa visibilité facilitée par les effets de réseau[606]. C'est pourquoi il n'apparaît pas choquant que le réseau social envisage l'attribution de tels droits de la part de l'utilisateur : il s'agit de l'application du principe du « donnant-donnant ». Néanmoins, cela ne donne pas le droit au professionnel de déroger aux conditions requises à l'attribution d'une licence. Il apparaît ainsi obligatoire de porter à la connaissance de l'internaute l'ensemble des

---

soient rédigées de façon claire et compréhensible » ; que ces clauses sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel en ce qu'elles lui laissent croire qu'il ne fournit aucune contrepartie, alors que celle-ci réside dans l'ensemble des traitements de ses données à caractère personnel, des informations et des contenus déposés sur le réseau », *ibid.*

604 V. *supra* n° 108.

605 Considérant 26, Commission des clauses abusives, *op. cit.*

606 Sur la définition des effets de réseau : O. BOMSEL, « Il existe un lien entre gratuit et numérique (…) fondé sur un mécanisme central appelé « effets de réseau » », *Gratuit ! Du déploiement de l'économie numérique* : Folio actuel, 2009, p. 29 ; E. MALIN., T. PÉNARD, « un bien ou service en réseau a plus de valeur pour un consommateur si de nombreux utilisateurs adoptent le même bien ou service ou un bien ou service compatible *», Économie du numérique et de l'Internet*, Vuibert, 2014, p. 14. ; Ainsi, chaque fois qu'un individu intègrera un réseau, il créera des effets qui se répercuteront sur les autres usagers, qu'ils soient positifs (plus la communauté sera importante plus les membres bénéficieront d'avantages) ou négatifs (une communauté trop importante peut arriver à saturation et créer des castes sociales). Tel est le mécanisme des effets de réseau, pierre angulaire de la gratuité dans l'univers du numérique, v. *infra* n° 262.

enjeux existants à l'attribution d'une licence à titre gratuit[607]. Encore faut-il toutefois que la mise à disposition respecte les règles du droit d'auteur.

2 – Le non-respect des règles du droit d'auteur

159. Obligation du respect des règles du Code de la propriété intellectuelle. Il est admis que, dans le cadre d'une mise à disposition des droits encadrée par une licence, cette dernière doit respecter les règles imposées par le droit d'auteur[608]. Néanmoins, les conditions sont-elles remplies s'agissant des licences stipulées dans les CGU ? La réponse est négative.

160. Sur l'identification, l'étendue et la destination des droits cédés. Lorsque l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle énonce que *« la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination »* [609], les clauses attributives de licence stipulent que la licence est *« non exclusive, transférable, sous-licenciable, sans redevance et mondiale pour l'utilisation des contenus de propriété intellectuelle que vous publiez sur Facebook ou en relation avec Facebook (licence de propriété intellectuelle) »*[610]. Force donc est de constater que ne figurent, à aucun moment, l'identification, l'étendue et la destination des droits cédés. Néanmoins, les clauses attributives de licence de Twitter et Pinterest font l'effort de préciser que l'autorisation concerne les droits d'« *utiliser, (…) copier, (…) reproduire, (…) traiter, (…) adapter, (…) modifier, (…) publier, (…) transmettre, (…) afficher et (….) distribuer (…) sur tout support par toute méthode de distribution*

---

607 G. LOISEAU : « Et c'est précisément parce que ces éléments, susceptibles d'être valorisés auprès de tiers, ont été obtenus gratuitement dans le cadre de services dont la gratuité affichée est le moyen de décupler leur captation que les clauses du contrat qui favorisent cette opération à double ressort - collecte à titre gratuit de données valorisables, commercialisation à titre onéreux de données valorisées - doivent être considérées comme abusives. », « Les maîtres du monde numérique coupables d'abus », *op. cit.*

608 V. *supra* n° 138.

609 CPI, art. L. 131-3, al. 1.

610 Art. 2.1 des CGU de Facebook, *op. cit.,* ; V. également la clause « Rights », 1° des CGU d'Instagram et l'article 5.2 des CGU d'EyEM.

connue ou amenée à exister »[611], sans pour autant apporter plus de précisions sur la destination des droits.

La plupart des clauses attributives de licence ne respectent ainsi pas les règles du Code de la propriété intellectuelle concernant l'identification, l'étendue et la destination des droits cédés. Elles doivent alors être déclarées abusives et de fait, illicites.

161. **Sur le lieu et la durée des droits cédés.** *« La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition (…) que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité (…) quant au lieu et quant à la durée »*[612].

Si certaines clauses limitent la durée de l'attribution de la licence à celle de l'inscription de l'utilisateur au réseau social[613], d'autres ne viennent aucunement stipuler de durée précise. Il est reconnu que dans le cadre de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, le contrat doit prévoir une durée déterminée[614]. Néanmoins, il n'apparaît pas choquant d'envisager que la durée soit limitée à celle de l'inscription de l'internaute sur le réseau social. Le problème, en réalité, vient du fait que la durée de l'inscription est aléatoire et ne peut donc par définition être déterminée. L'internaute peut très bien rester six mois comme six ans sur le réseau. La durée d'attribution aléatoire étant prohibée, il est difficile de concevoir ces clauses comme licites, même si l'on comprend l'objectif poursuivi par les réseaux sociaux qui, en l'occurrence, tend à limiter la durée des droits concédés. Peut-être serait-il possible d'imaginer une mise à disposition limitée dans le temps avec reconduction expresse validée par l'internaute après une information indiquant une mise à jour des CGU ? Cette acceptation, alors limitée dans le temps, ne contreviendrait pas aux droits de l'auteur : en effet, si ce dernier vient à quitter le réseau avant le terme de la licence, la mise à disposition des œuvres continuera alors pendant la durée consentie.

---

611 Art. 5.1 des CGU de Twitter, *op. cit.,* ; Article 2.b des CGU de Pinterest, *op. cit.*

612 CPI, art. L. 131-3, al.1.

613 V. notamment l'article 2.1 des CGU de Facebook qui stipule que la licence « se termine lorsque (l'internaute supprime ses contenus de) propriété intellectuelle ou (son) compte, sauf si (le) compte est partagé avec d'autres personnes qui ne l'ont pas supprimé. », *op. cit.*

614 M. VIVANT., J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins* : Précis Dalloz, 3ème éd., 2015, p. 664, n° 729 ; Sur la question, v. également C. ZOLYNSKI, *op. cit.,* p. 114.

S'agissant du lieu, il est stipulé, dans l'ensemble des clauses, que les licences sont « mondiales »[615]. Si le lieu de l'exploitation est déterminé, il s'agit une nouvelle fois, compte tenu de sa portée qui n'est pas limitée mais globale – au monde entier –, de porter une attention toute particulière à l'information et à l'existence du consentement de l'utilisateur sur l'étendue du territoire autorisé[616].

Les clauses apparaissent donc comme étant abusives s'agissant du lieu et de la durée stipulés dans les CGU.

162. **Sur l'autorisation de conclure une sous-licence.** Il existe, dans un contrat de licence, une forte relation entre le concédant et le concessionnaire. En effet, la licence, tout comme la cession, a un fort *intuitu personae*. Ainsi, la conclusion d'une sous licence de la part du licencié est soumise à l'acceptation du concédant. Or, si toutes les clauses attributives de licence stipulent que l'utilisateur accorde le droit au professionnel de transférer la licence à un sous-licencié[617], il est possible de douter qu'en acceptant les CGU, l'utilisateur ait pleinement conscience d'une telle autorisation à l'égard du réseau social. Ainsi, et comme le soulève la Commission des clauses abusives, *« ce défaut de lisibilité est de nature à créer un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel »*[618]. Le consentement de l'internaute concernant une telle autorisation doit être libre et éclairé. La clause s'avère donc abusive.

163. ***Quid* de l'exploitation commerciale des droits concédés par le réseau social ?** La licence non exclusive attribuée par l'usager au réseau social englobe-t-elle l'autorisation, de la part de ce même réseau social, d'exploiter les droits concédés commercialement ? Force est de constater qu'aucune clause des CGU ne vient prévoir une telle situation.

Une exploitation commerciale des droits concédés de la part du réseau social apparaîtrait préjudiciable aux usagers. En effet, pourquoi ces derniers, ayant concédé leurs droits à titre gratuit, verraient leurs droits être exploités commercialement ? Tout

---

615 V. *supra* n° 155.
616 V. *supra* n° 157 et s.
617 V. *supra* n° 155.
618 Considérant 14, Commission des clauses abusives, *op. cit.*

comme dans le cadre d'une cession à titre gratuit avec obligation d'exploitation, il ne faut pas oublier qu'une telle autorisation peut être attendue de la part des usagers. Néanmoins, l'autorisation donnée par ces derniers dans une telle hypothèse, tout comme dans le cadre d'une cession à titre gratuit avec obligation d'exploitation, doit être claire et non équivoque. En son absence, l'exploitation commerciale de la part du réseau social ne peut être possible, sauf si ce dernier prend directement contact avec l'usager afin d'obtenir son accord express.

S'agissant de la commercialité de la sous-licence, la licence non exclusive étant concédée à titre gratuit, il en serait nécessairement de même pour la sous-licence. Néanmoins, tout comme le réseau social peut prendre contact avec l'usager et obtenir son autorisation express pour commercialiser ses droits concédés, le réseau social pourrait également demander à l'usager son accord afin de conclure une sous-licence commerciale.

164. **Sur la mise à disposition des œuvres futures.** La règle est limpide : *« la cession globale des œuvres futures est nulle »*[619]. Néanmoins, si celle-ci concerne la « cession », tient-elle à s'appliquer à la « concession » ? Il faut y apporter une réponse positive. En effet, et afin de garantir une meilleure protection à l'égard de l'auteur, mais surtout afin de lui permettre une meilleure maîtrise de ses droits, la concession globale des œuvres futures doit être considérée comme « nulle ».

En acceptant les CGU des réseaux sociaux, l'internaute accepte que ces « contenus » fassent l'objet d'une licence à l'égard du prestataire de service. Or, s'il faut comprendre que le terme « contenu » englobe les créations de l'internaute, il n'est aucunement précisé si ces « contenus » concernent les créations existantes ou futures. Sans cette précision, il est alors possible d'imaginer que l'attribution de la licence concerne les œuvres existantes que l'internaute va mettre à disposition sur le réseau, mais également les œuvres futures.

S'il est admis que la concession globale des œuvres futures est prohibée, il est néanmoins reconnu que celle-ci peut viser un nombre d'œuvres limité[620]. Or, les

---

[619] CPI, art. L. 131-1.

[620] CPI, art. L. 132-4, al. 2 : « Ce droit est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour ».

clauses attributives de licence ne viennent en aucun cas limiter la concession des « contenus » futurs. Ces dernières doivent donc être déclarées abusives et contraires aux règles du droit d'auteur sur l'autorisation d'exploitation des œuvres futures, même si certains auteurs appellent à une certaine souplesse[621]. Peut-être serait-il alors possible d'envisager, après la mise en ligne – et ainsi la mise à disposition –, d'un nombre de contenus préalablement déterminé par la licence, un avenant, apparaissant de façon automatique et organisant la concession de droit pour X œuvres futures ?

165. **Sur le respect du droit moral.** Inaliénable, le droit moral de l'auteur est l'une des prérogatives, si ce n'est la prérogative la plus importante du droit d'auteur[622]. En effet, nul ne peut porter atteinte au droit moral de l'auteur et à l'intégrité de son œuvre. Ainsi, la clause attributive de licence qui se borne à autoriser le licencié à *« traiter, (…) adapter, (…) modifier »*[623] le contenu mis à disposition sur le réseau sans se soucier du respect du droit moral de l'auteur doit être déclarée abusive.

166. **Sur l'acceptation de la licence et le respect du formalisme.** Sur l'acceptation et le respect du formalisme, il faut se ranger du côté de G. LOISEAU qui considère que *« la licence que le média social se fait accorder est (…) exorbitante par rapport à l'acte principal ouvrant l'accès au réseau social (…). Il est dès lors contestable qu'elle soit incidemment contractualisée à l'occasion de l'intégration dans le champ contractuel des conditions générales d'utilisation, sans qu'il soit besoin d'établir son acceptation non équivoque à partir du moment où l'utilisateur a été mis en mesure d'en prendre connaissance. Cela ne remet pas en cause, sur le principe, la faculté du média social de se faire consentir une telle licence. Mais il nous semble que cette concession de droit, qui confère au média social une mainmise sur les contenus diffusés par les utilisateurs, devrait faire l'objet d'un consentement certain, donné en connaissance de cause. Celui-ci pourrait par exemple être recueilli en obligeant l'utilisateur, au moment de son enregistrement, à cliquer spécifiquement à la suite de*

---

621 V. C. ZOLYNSKI, *op. cit.*, p. 116.

622 Pour une confirmation allant en ce sens, v. Cass. 1re civ., 16 nov. 2016 : *Dalloz IP/IT 2017*, p. 172, obs. J. Daleau.

623 Art. 5.1 des CGU de Twitter, *op. cit.*, ; Article 2.b des CGU de Pinterest, *op. cit.*

la clause stipulant la licence afin de manifester son acceptation de celle-ci »[624]. Mais surtout par une meilleure information, de la part du réseau social, des tenants et aboutissants d'une telle concession afin que l'internaute ait conscience de ce que revêt un tel acte à l'égard du média social. Ainsi, l'acceptation des CGU, dans un premier temps, et d'une licence non-exclusive, dans un second temps, serait à prévoir afin que les utilisateurs des réseaux sociaux aient pleinement conscience de ce qu'engendre la mise à disposition des contenus créés.

167. Conclusion de la Section 2. L'expansion des réseaux est venue démocratiser le recours aux contrats de licence et plus particulièrement des licences libres. Ces dernières permettent en effet d'organiser la mise à disposition des droits à titre gratuit dont la contrepartie, matérielle, se situera dans l'obligation de l'utilisateur de respecter les conditions soumises par l'auteur originel. Elles font même dorénavant partie intégrante du monde du numérique, particulièrement quand il est admis que plus d'un demi-milliard d'œuvres sont sous licence libre et que la plus grande encyclopédie collaborative est elle-même sous licence Creative Commons. Toutefois, il est à noter que la licence libre ne tend pas à remettre en cause le droit d'auteur, mais à replacer celui-ci là où il devrait être : entre les mains de l'auteur. En effet, la volonté de ce dernier constitue l'élément majeur dans les conditions de partage de son œuvre.

De leur côté, les internautes-consommateurs de réseaux sociaux n'échappent pas aux licences. En effet, ces derniers concluent sans le savoir des licences non exclusives à titre gratuit au profit des prestataires de services. Ces clauses attributives de licence, pouvant être considérées comme étant abusives, doivent faire l'objet d'une véritable refonte afin de permettre une meilleure appréhension des internautes de l'étendue de leur engagement, d'autant plus qu'il est possible de considérer que l'attribution d'une telle licence est la contrepartie à l'autorisation d'accéder au service du réseau social.

---

[624] G. LOISEAU, « La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux », *op. cit.*

168. Conclusion du Chapitre 2. Le Code de la propriété intellectuelle n'appréhende la distinction entre acte à titre gratuit et acte à titre onéreux qu'en présence ou en l'absence de rémunération à l'égard de l'auteur.

Ainsi, la contrepartie financière à la cession de droits doit s'analyser comme un contrat d'exploitation. Or, quelle qualification revêt le même acte, dès l'instant où la contrepartie n'est pas financière mais matérielle ? Si le Code de la propriété intellectuelle n'envisage pas cette hypothèse, il apparaît opportun de garder la qualification de contrat d'exploitation. En effet, les règles encadrant la conclusion d'un tel contrat tend à protéger l'auteur et cette protection est d'autant plus importante en l'absence de rémunération. C'est pourquoi il apparaît opportun, dans le cadre d'une cession à titre gratuit en vue de l'exploitation des droits, que cette dernière soit conclue sous l'égide de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, quand bien même l'obligation de rémunération soit absente.

Il en est de même pour les licences. En effet, si ces dernières encadrent la concession de droits d'auteur, il est également possible d'y déterminer l'absence de rémunération, mais l'existence d'une contrepartie matérielle. Celle-ci pourra prendre la forme d'un partage de l'œuvre par les utilisateurs, du respect des conditions d'utilisation ou encore, de l'autorisation d'utiliser un service. N'entrant pas dans le champ du Code de la propriété intellectuelle, ces licences, véritables contrats d'exploitation, revêtiront alors la qualification de contrats innommés à titre gratuit.

169. Conclusion du Titre 2. Les règles du Code de la propriété intellectuelle sont strictes concernant la cession des droits de la part de l'auteur dans le cadre de l'exploitation de ses droits : celle-ci ne peut se faire qu'à titre onéreux. Mais que faut-il entendre par « onérosité » ? Dans son sens premier – c'est-à-dire par l'opération économique de transfert ou de mise à disposition sans contrepartie monétaire –, la « gratuité » n'apparaît plus comme seul critère déterminant à la qualification des actes à titre gratuit. L'assouplissement de cette règle est l'œuvre de la jurisprudence, cette dernière replaçant la liberté contractuelle de l'auteur au centre de la cession de ses droits[625]. En effet, même s'il est nécessaire que l'auteur soit protégé par le droit d'auteur, pourquoi ne pas lui laisser le choix quant à la destinée de ses droits ? C'est

[625] V. *supra* n° 122.

pourquoi il peut être envisageable que l'auteur, dans le cadre d'une cession à titre gratuit dans laquelle il est possible d'identifier une contrepartie – notamment par l'exploitation de ses droits –, puisse conclure un « contrat d'exploitation à titre gratuit » soumis au régime des contrats d'exploitation prévus par le Code de la propriété intellectuelle afin de lui assurer une meilleure protection juridique. Cette volonté de replacer la liberté contractuelle entre les mains de l'auteur est également venue animer les créateurs de la licence libre qui remettent ainsi *« l'auteur au centre du droit d'auteur »* [626] et leur permettent de mettre leurs droits à disposition gratuitement tout en encadrant leur usage.

La contrepartie présente dans les actes de droits d'auteur pouvant revêtir une forme autre que monétaire, ne serait-ce pas également, dans cette hypothèse, et plus à la marge du droit d'auteur, un choix purement « stratégique » ou « marketing » de la part de l'auteur de donner une chance à son œuvre d'être exploitée et ainsi appréciée par le public ? Il ne s'agit pas de remettre en question le principe du droit d'auteur dans la nécessité d'une rémunération de l'auteur, mais plus particulièrement, à l'heure de la société numérique où les consommateurs ont l'habitude de consommer des informations gratuitement, de laisser le choix aux auteurs entre cession et mise à disposition à titre gratuit ou à titre onéreux et de là, permettre une plus grande liberté contractuelle entre l'auteur et le cessionnaire ou concessionnaire afin de faire connaître un travail artistique et d'envisager, peut-être, un espoir de gain futur en cas de succès ?

170. Conclusion de la Partie 1. La contrepartie peut être perçue comme une prestation réciproque qui permettra de venir qualifier un acte comme étant à titre gratuit ou à titre onéreux. La prestation réciproque peut ainsi être inexistante ou non-équivalente – il s'agira alors d'un acte à titre gratuit – ou équivalente – il s'agira d'un acte à titre onéreux. Néanmoins, son inexistence, non-équivalence ou équivalence doit être voulue. Dans l'hypothèse d'un acte à titre gratuit, elle sera recherchée dans l'intention libérale, et dans celle d'un acte à titre onéreux, dans l'équivalence recherchée par les parties. Cette recherche d'équivalence ou de non-équivalence permettra ainsi de venir qualifier les actes relatifs au droit d'auteur. Néanmoins, le Code de la propriété

[626] S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p. 16.

intellectuelle fonde le *criterium* entre acte à titre onéreux et acte à titre gratuit sur la présence d'une prestation monétaire. Or, un acte peut être à titre onéreux sans présence de contrepartie monétaire : il suffit alors qu'il y ait une prestation matérielle réciproque. De plus, restreindre le *criterium* à l'existence d'une contrepartie financière revient à limiter la liberté contractuelle de l'auteur : en venant encadrer l'exploitation des droits et protéger l'auteur, le Code de la propriété intellectuelle vient également limiter le libre exercice et ainsi la libre destinée de ces droits voulus par l'auteur. C'est ainsi qu'il faudra réaliser une distinction entre les libéralités du droit d'auteur – actes dans lesquels il n'existe pas de contrepartie – et les contrats d'exploitation sans contrepartie monétaire. Si ces derniers peuvent être qualifiés d'actes à titre gratuit en l'absence de contrepartie monétaire à la cession des droits par le cessionnaire, il faut néanmoins admettre que l'auteur peut choisir de céder ses droits en obligeant le cessionnaire à les exploiter. Cette charge sera assimilée à une réelle contrepartie, à une prestation équivalente voulue. L'acte revêtira nécessairement la forme d'un contrat d'exploitation – la jurisprudence admettant que l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle tient à s'appliquer dans le cadre d'une cession à titre gratuit. S'agissant de la mise à disposition à titre gratuit, l'acte sera qualifié de licence libre ou de licence non-exclusive – des contrats innommés dont la contrepartie se détermine dans le respect des conditions d'usage ou de l'autorisation d'user d'un service.

Le Code de la propriété intellectuelle encadre strictement la cession des droits d'auteur dans le cadre d'une exploitation de ces derniers et tend, à ce titre, à écarter la possibilité de réaliser une cession à titre gratuit dont l'objectif poursuivi est l'exploitation des droits. Il suffit alors de se fonder sur le principe même du fondement du droit d'auteur pour comprendre cette position : celle de garantir aux titulaires un droit de propriété sur son œuvre et ainsi un droit à rémunération pour son exploitation. Cependant, la matière dispose de l'ensemble des règles afin de venir encadrer et d'assurer une protection juridique à l'auteur dans l'hypothèse d'une cession à titre gratuit à des fins d'exploitation. La frontière entre la contrepartie financière à la cession, règle en la matière, et l'absence de contrepartie financière voulue dans laquelle une contrepartie réciproque est présente – celle de l'obligation d'exploitation – est fine et mérite qu'une attention particulière lui soit portée dans une

société en évolution où un simple « buzz » peut augmenter la notoriété d'un auteur mais également la notoriété de ses œuvres. En effet, le monde numérique est venu redistribuer les cartes dans la distribution des œuvres et plus particulièrement dans leur exploitation. À cet égard, il apparaît opportun de laisser le libre choix à l'auteur de céder ses droits onéreusement ou gracieusement, et, dans la dernière hypothèse, de prendre le risque de céder ses droits mais d'avoir, en contrepartie de cette cession à titre gratuit, la garantie d'une réelle exploitation de son œuvre. Cette exploitation pourra ainsi apporter à l'auteur une certaine reconnaissance de la part du public, ce qui lui permettra, *a posteriori*, la possibilité de négocier ses droits onéreusement avec un éditeur, chose qu'il n'aurait pas eu la chance de réaliser s'il n'avait pas eu la possibilité de prendre ce « risque » initial.

Néanmoins, la « gratuité » n'est pas inhérente à l'auteur et peut également s'imposer à lui ou faire l'objet d'un véritable schéma juridico-économique fondé sur un usage à titre gratuit.

Seconde Partie

L'USAGE À TITRE GRATUIT : L'USAGE COMME SOURCE DE GRATUITÉ

171. **L'usage comme source de gratuité.** Le deuxième versant de la gratuité déterminable en droit d'auteur est celui découlant de l'usage. En effet, la gratuité peut être issue d'un usage reconnu, que ce soit par le bénéfice des exceptions, par l'accès libre et gratuit des œuvres du domaine public ou encore par la gratuité organisée économiquement dans l'environnement numérique. Néanmoins, cet usage gratuit va venir se confronter à certaines conditions venant l'encadrer mais également, et plus particulièrement, à la notion de commercialité. Il apparaît ainsi intéressant de comprendre comment ces deux notions s'articulent entre elles afin d'encadrer l'usage à titre gratuit et même le servir.

Se distinguent alors l'usage à titre gratuit dans lequel la notion de « commercialité » se voit être confrontée à la gratuité de l'usage – l'usage à titre gratuit d'une œuvre donne-t-elle le droit de réaliser un usage commercial de cette même œuvre ? **(Titre 1)**, et l'usage à titre gratuit appréhendée comme fondement de la commercialité ou, autrement dit, de l'économie numérique **(Titre 2)**.

TITRE 1
L’usage à titre gratuit confronté à la commercialité

172. **De l’usage à titre gratuit et de sa commercialité.** Bien que gratuité et commercialité peuvent cohabiter et même se servir mutuellement, l’usage à titre gratuit peut s’opposer à tout aspect commercial. Il s’agit alors de la gratuité abordée dans sa définition première : celle reconnaissant un usage gratuit sans contrepartie financière ou sans recherche de bénéfice commercial. Cet aspect de la gratuité se retrouve en droit d’auteur, notamment dans les critères d’attribution du bénéfice des exceptions d’usage **(Chapitre 1)** mais également dans la question de l’usage des œuvres alors qualifiées de « biens communs », biens dont l’usage est reconnu comme étant libre mais surtout, comme devant être à titre gratuit **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1. Les exceptions au droit d'auteur : un usage à titre gratuit non commercial

173. **« Limitations » et « exceptions » : de la terminologie employée.** Les actes entrant dans la catégorie des exceptions ne recouvrent pas le même champ sémantique selon le pays. Ainsi, comme le relève le professeur P. SIRINELLI, il sera question de « limite » en Allemagne ou en Espagne, de « limitation » aux États-Unis ou encore d'« actes autorisés » au Royaume-Uni[627]. Il est également possible de retrouver les termes *« limitations et exceptions »*[628] ou encore *« exceptions et limitations »*[629] respectivement dans le traité de l'OMPI et dans la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Cependant, ces deux termes renvoient à deux appréhensions différentes. En effet, si la « limitation » vient « borner » un droit exclusif en ce qu'elle vient le limiter, l'« exception » vient exclure l'exercice de ce même droit[630]. C'est pourquoi il est

---

[627] P. SIRINELLI, *Exceptions et limites aux droits d'auteur et droits voisins*, Atelier sur la mise en œuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, décembre 1999, p. 2 ; V. également S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres* : Larcier, 2007, p. 426, n° 545 et s. ; A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique* : Lexis Nexis, 2017, 5ème éd., p. 348
, n° 342.

[628] L'article 10 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 traite des « Limitations et exceptions ».

[629] L'article 5 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins de la société de l'information traite des « Exceptions et limitations ».

[630] M. VIVANT., J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins* : Précis Dalloz, 2015, p. 520, n° 590 ; V. également CJUE, 27 juin 2013, aff. jointes C-457/11 à C-460/11, dites « VG Wort », pt. 33, où la Cour fait la distinction entre « limitations » et « exceptions » : dans la première hypothèse, l'exercice des titulaires des droits d'auteur du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction de

opportun, dans le cadre de l'étude suivante, de se référer à la notion d' « exceptions » au droit d'auteur plutôt qu'à celle de « limitation », les premières venant ainsi exclure l'exercice des droits exclusifs dévolus aux auteurs, exclusion étant notamment justifiée par une conciliation entre droit d'auteur et valeurs fondamentales[631].

174. **Une source législative mise à mal.** En France, la reconnaissance des exceptions aux droits d'auteur a récemment été réservée au législateur[632] : ce dernier les a reconnus dès 1957[633]. Toutefois, le droit d'auteur moderne a vu ces exceptions évoluer et être harmonisées à l'échelle européenne[634]. C'est ainsi que l'article 5 de la

---

leurs œuvres peut être limité, dans la deuxième hypothèse, il peut être exclu, ce qui est notamment le cas des « exceptions » au droit d'auteur. Ainsi, dans le cadre d'une limitation au droit d'auteur (et non d'une exception), les ayants droit ne peuvent prétendre bénéficier des dispositions relatives à la compensation équitable ; C. ALLEAUME, « La contractualisation des exceptions » : *Propr. intell*. 2007, n° 25, p. 436.

631 M. VIVANT., J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.,* p. 520, n° 590.

632 En effet, dans le courant du 19e s., si quelques exceptions étaient reconnues par la jurisprudence, notamment les exceptions de reproductions (copie privée) et de citation, ce n'est que début du 20e s. qu'il a été émis l'idée d'inscrire les exceptions aux droits d'auteur dans les textes afin de venir limiter leur interprétation par les juges, D. PIATEK, *La crise des exceptions en droit d'auteur* : Institut universitaire Varenne, coll. des Thèses, 2017, p. 86, n° 121 et également p. 125, n° 188.

633 L'article 41 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété intellectuelle est venue indiquer que « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : 1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ; 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 des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée ; 3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source : Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ; Les revues de presse ; La diffusion, même intégrale, par la voie de la presse ou de la télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles ; 4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre ».

634 V. le considérant 31 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : « Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés. Les exceptions et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les États membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique. Les disparités qui existent au niveau des exceptions et des limitations à certains actes soumis à restrictions ont une incidence négative directe sur le fonctionnement du marché intérieur dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. Ces disparités pourraient s'accentuer avec le développement de l'exploitation des œuvres par-delà les frontières et des activités transfrontalières. Pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, ces exceptions et limitations doivent être définies de façon plus harmonieuse. Le degré d'harmonisation de ces exceptions doit être fonction de leur

directive 2001/29/CE est venu dresser un *numerus clausus*[635] des exceptions, une partie ayant été transposée dans le droit national par la loi DADVSI[636] à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle[637].

Il a même été admis que cette reconnaissance ne pouvait qu'incomber au législateur[638]. Mais, force est de constater que les juges sont venus s'emparer de la question et se sont notamment positionnés, en France, pour la reconnaissance d'une exception non évoquée dans le Code de la propriété intellectuelle : celle de la représentation accessoire – ou inclusion fortuite[639]. Enfin, si ce ne sont pas les juges, c'est la pratique qui demande si elle doit, ou non, être entendue comme une exception – notamment dans le cadre de la « pratique amateur »[640]. Il existe ainsi un certain désordre[641] dans les sources des exceptions, étant même considéré que ces dernières sont « en crise »[642]. Leur application n'apparaît plus comme étant stricte, mais laissée à la libre appréciation des juges, à la manière des pays anglo-saxons avec le « *Fair use* ».

Néanmoins, il apparaît nécessaire d'appréhender les exceptions comme une source impérative d'ordre public, tout comme le pense le professeur C. CARON. Pour

---

incidence sur le bon fonctionnement du marché intérieur. » ; Il convient également de noter que le traité de l'OMPI indique en son article 10, 2), intitulé « Limitations et exceptions », que « 2) En appliquant la Convention de Berne, les Parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans ladite convention à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ».

635 C. CARON., *Droit d'auteur et droits voisins* : LexisNexis, 2017, 5ème éd., p. 338, n° 356 ; V. également A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 358, n° 356.

636 L. n° 2006-961, 1er août 2006, relative au Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, dite « DADVSI ».

637 Lequel vient dresser une liste exhaustive des différentes exceptions aux droits d'auteur.

638 C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, p. 338, n° 356.

639 V. *infra* n° 189 ; V. not., pour une étude sur la reconnaissance, par la jurisprudence, de la représentation accessoire, V.-L. BENABOU, « Un contre-exemple : bref aperçu sur le rôle créateur de la jurisprudence », Actes du colloque « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation » : RLDI 2013, supplément au n° 94, p. 22 et s. ; V. également sur l'appréhension la perte de contrôle du législateur sur les exceptions, D. PIATEK, *op. cit.*, p. 153, n° 221 et s.

640 V. *infra* n° 196.

641 C. MARÉCHAL., « Les exceptions au droit d'auteur sur les œuvres d'art » : *Comm. com. électr.*, 2015, étude 18, n° 1.

642 V. D. PIATEK, *op. cit.*

ce dernier, les exceptions ne doivent pas être considérées comme une tolérance[643], mais comme une obligation à l'encontre de l'auteur. Venir reconnaître des exceptions non impératives pourrait conduire à leur contractualisation[644], ce qui apparaitrait comme une hérésie venant à l'encontre des fondements même de ce qui les anime : l'intérêt du public[645].

175. **Les conditions de l'usage des exceptions.** Cette limitation dans l'exercice du monopole de l'auteur au profit du public place l'œuvre en dehors de tout circuit commercial : le public va ainsi pouvoir jouir de l'œuvre à titre gratuit. C'est en ce sens qu'il apparait opportun, dans le cadre de l'étude de la gratuité en droit d'auteur, de s'intéresser à l'usage à titre gratuit des exceptions et plus particulièrement aux conditions de cet usage à titre gratuit. En effet, si ce dernier est imposé par le législateur à l'égard des titulaires de droit, il reste néanmoins strictement encadré (**Section 1**). Cependant, la reconnaissance de nouvelles exceptions et les débats existant autour des nouveaux usages tendent à instaurer de nouvelles conditions à l'usage à titre gratuit. Ainsi, l'usage à titre gratuit « non compensé », instaurant alors une réelle gratuité d'usage, semble s'imposer avec, comme seule limitation, le critère de « non-commercialité » de l'usage (**Section 2**).

---

643 C. CARON, « Les exceptions au regard du fondement du droit d'auteur en droit français », *in* Les exceptions au droit d'auteur, État des lieux et perspectives dans l'Union européenne, dir. A. LUCAS, P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN : Dalloz, 2012, p. 23.

644 V. sur cette question, J. PASSA, « Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ? », Actes du colloque « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulatioin » : RLDI 2013, supplément au n° 94, p. 13-17.

645 Pour un essai sur la contractualisation des exceptions, V. C. ALLEAUME, « La contractualisation des exceptions » : *Propr. intell.* 2007, n° 25, p. 436 ; Pour une mise en balance d'une contractualisation des exceptions et du respect des droits fondamentaux, C. COLLIN, « La contractualisation des exceptions en droit d'auteur : oxymore ou pléonasme ? » : *Comm. com. électr.* 2010, étude 3 ; V. sur ce point 28, CJUE, Aff. C-117/13, 11 sept. 2014, Technische Universität Darmstadt / Eugen Ulmer KG, selon lequel une licence ne peut priver le bénéficiaire du bénéfice de l'exception ; V. également D. PIATEK, *op. cit.*, p. 202, n° 303.

SECTION 1. – Détermination de l'usage à titre gratuit des exceptions : des exceptions compensées et non compensées

176. **Usage à titre gratuit et contrepartie : de l'usage à titre gratuit compensé et non compensé des exceptions.** Dans le cadre des exceptions, l'usage à titre gratuit peut donner lieu à une contrepartie à l'égard des titulaires de droit en cas de préjudice subi par ces derniers[646]. En effet, la directive 2001/29/CE prévoit, d'une part, l'obligation, pour les législateurs nationaux, de prévoir un système de compensation lors de l'instauration de certaines exceptions et, d'autre part, la possibilité de prévoir un système de compensation s'ils estiment que l'instauration d'une exception justifie la mise en place d'un tel système – alors accessoire. Cependant, l'instauration d'une compensation en contrepartie de l'usage à titre gratuit semble rester marginale, mais également obsolète à l'égard de certaines exceptions (§1). C'est pourquoi l'usage à titre gratuit non compensé, justifié notamment par la recherche d'un équilibre entre droit d'auteur et liberté fondamentale tend à s'appliquer plus largement et semble de plus en plus s'imposer, notamment avec la reconnaissance et les débats autour des nouvelles exceptions (§2).

[646] V. notamment CJUE, 21 oct. 2012, aff. C-467/08, dite « Padawan », pt. 41 : « En outre, les termes « indemniser » et « dédommager » figurant dans les trente-cinquième et trente-huitième considérants de la directive 2001/29 traduisent la volonté du législateur de l'Union d'établir un système particulier de compensation dont la mise en œuvre est déclenchée par l'existence, au détriment des titulaires de droits, d'un préjudice, lequel génère, en principe, l'obligation d' « indemniser » ou de «dédommager» ces derniers », et pt. 42 : « Il s'ensuit que la compensation équitable doit nécessairement être calculée sur la base du critère du préjudice causé aux auteurs des œuvres protégées par l'introduction de l'exception de copie privée ». – V. également CJUE, 12 nov. 2015, aff. C-572/13, dit « Reprobel », pt. 36 : « La Cour a également jugé que la compensation équitable doit nécessairement être calculée sur la base du critère du préjudice causé aux auteurs d'œuvres protégées. En effet, il ressort des considérants 35 et 38 de la directive 2001/29 que la conception et le niveau de la compensation équitable sont liés au préjudice résultant pour l'auteur de la reproduction de son œuvre protégée effectuée sans son autorisation. Dans cette perspective, la compensation équitable doit être regardée comme la contrepartie du préjudice subi par cet auteur et pt. 48 : « Dès lors, d'une part, que la compensation équitable, qui est due au titre de l'exception de reprographie ainsi que de l'exception de copie privée, est destinée, ainsi qu'il ressort du point 36 du présent arrêt, à réparer le préjudice subi par les titulaires de droits du fait de la reproduction de leurs œuvres sans leur autorisation ».

§ 1. – Les exceptions compensées : un usage à titre gratuit compensé justifié par l'existence d'un préjudice

177. **De la compensation des exceptions.** La gratuité n'exclut pas la contrepartie[647]. Ainsi, dans le cadre du bénéfice des exceptions, le législateur peut instaurer un système de compensation lorsqu'il existe un préjudice à l'égard des titulaires de droit (A). Néanmoins, l'instauration d'une telle compensation s'avère marginale en droit d'auteur français et tend à disparaître (B).

A. – La compensation : une réparation du préjudice subi

178. **Les exceptions compensées.** La reconnaissance d'une compensation à l'égard des titulaires de droits dans le cadre de l'exercice d'une exception est intervenue, en droit interne, lors de la reconnaissance de l'exception de copie privée par la loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle[648]. En effet, et pour des raisons pratiques, il apparaissait nécessaire d'instaurer l'exception de copie privée : cette dernière se voit justifiée par une impossibilité pratique de contrôler les reproductions d'œuvres tout en négociant une rémunération à l'égard des ayants droit[649] . Cependant, si la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information considère que la transposition de l'exception de copie privée est facultative – tout comme l'exception de reprographie ou les reproductions faites par des institutions sociales sans but lucratif –, elle impose néanmoins aux États membres d'instaurer un système de compensation dans l'hypothèse d'une telle

---

647 V. en ce sens les développements de la Partie 1.

648 L. n° 85-660 du 3 juillet 1985, art. 31.

649 A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique* : Lexis Nexis, 2017, 5ème éd., p. 385, n° 393 ; L'appréhension du « préjudice » en tant que « manque à gagner » existant lors de la reproduction privée des œuvres est apparue au milieu du 20e s., D. PIATEK, *La crise des exceptions en droit d'auteur* : Institut universitaire Varenne, coll. des Thèses, 2017, p. 59, n° 75.

transposition[650]. Cette dernière précise également que les États sont libres, lors de la transposition d'exceptions ne prévoyant pas de compensation, d'en instaurer une[651].

179. **Les exceptions compensées en droit interne.** Si le législateur semble réticent à l'égard des exceptions compensées[652], ce dernier a néanmoins admis qu'en plus de l'exception de copie privée, l'exception de pédagogie et l'exception à des fins d'information par voie de presse se devaient de prévoir une compensation à l'égard des titulaires de droit[653]. Ce dernier va alors déterminer s'il y a ou non existence d'un préjudice injustifié du fait du bénéfice de l'exception, nécessitant l'instauration d'une compensation à l'égard des ayants droit.

À cet effet, le considérant 35 de la directive 2001/29/CE indique que pour évaluer les circonstances de la mise en place d'une compensation, *« un critère utile serait le préjudice subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en question »*. Le même terme de « préjudice » est repris en droit interne au sein de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, ce dernier disposant que les exceptions *« ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »*. Il s'agit là, en réalité, de l'application, par le législateur français, du test en trois étapes ou encore du « triple test ».

180. **Le « triple test ».** Le « triple test » est venu mettre en avant la nécessité d'envisager les exceptions à condition que celles-ci passent ce « test en trois étapes » avec succès. C'est dans la Convention de Berne que l'on retrouve pour la première fois le triple test[654]. Cette dernière prévoit que les pays de l'Union ont *« la faculté de*

---

650 En effet, si la transposition est facultative, le contenu de l'article de la directive s'impose, C. ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires, Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, préf. P-Y. GAUTIER : Dalloz, 2007, p. 144, n° 197-199 et p. 326, n° 439 ; V. également, sur la reconnaissance d'une compensation équitable reconnue en contrepartie de l'exception pour copie privée, J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique* : Dalloz, 2009, préf. P.-Y. GAUTIER, p. 136, n° 325 et s ; Et sur les différents débats lors de la discussion dd la transposition de l'exception en droit interne, *ibid.*, p. 145, n° 343 et s.

651 Considérant 36 de la directive 2001/29/CE.

652 V. B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur* : Lexis Nexis, coll. IRPI, 2012, p. 207, n° 279.

653 Ces exceptions sont issues de la loi dite « DADVSI » : L. n° 2006-961, 3 août 2006.

654 Pour un rappel historique de l'apparition du Triple test, V. S. DUSOLLIER, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes » : IRDI (Intellectuele Rechten – Droits Intellectuels), 2005, p. 213-223.

permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »[655]. Par la suite, l'accord ADPIC est venu indiquer que *« les membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur de droit »*[656], et le traité de l'OMPI l'a consacré à son article 10, 1)[657]. Enfin, la directive 2001/29/CE l'a repris au sein de l'article 5.5 : *« 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 de droit »*. Ainsi, l'exception qui passe ce test avec succès doit avoir un caractère spécial[658], ne doit pas priver les ayants droit d'une source majeure de revenus, actuelle ou potentielle[659], et enfin, ne doit pas causer un dommage injustifié, dans le sens où une recherche de proportionnalité entre l'octroi de l'exception et la préservation des intérêts de l'auteur doit être recherchée[660].

Le dernier critère du triple test, celui retenant qu'une exception ne peut porter de préjudice aux intérêts de l'auteur, vient alors justifier la mise en place d'un système de compensation : *« en présence d'un préjudice injustifié, les États doivent ou bien supprimer l'exception (…), ou bien s'engager dans la voie (…) d'un droit à*

---

655 Convention de Berne, 9 sept. 1886, art. 9, 2).

656 ADPIC, art. 13.

657 « Les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du présent traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ».

658 La question ne se pose pas pour les exceptions énumérées par l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, V. en ce sens M. CLÉMENT-FONTAINE, obs. ss. Cass. 1re civ., 28 févr. 2006, *in* Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, dir. M. VIVANT : Dalloz, 2015, 2e ed., p. 339 ; V. également B. GALOPIN, *op. cit.*, p. 52, n° 71.

659 S. DUSOLLIER, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *op. cit.* ; V. également M. CLÉMENT-FONTAINE, *ibid.*, p. 340 ; B. GALOPIN, *ibid.*, p. 52, n° 72.

660 S. DUSOLLIER, *ibid.* ; V. également M. CLÉMENT-FONTAINE, *ibid.* ; B. GALOPIN, *op. cit.*, p. 52, n° 72.

rémunération »[661]. Ainsi, afin de « réparer » le préjudice subi et d'être en accord avec le triple test, le législateur peut instaurer un système de compensation[662].

181. **Une compensation justifiée par l'existence d'un préjudice subi.** Ainsi, la compensation issue de l'exception de copie privée semble justifiée par l'existence d'un préjudice subi par les titulaires de droit du fait de la faculté reconnue au public[663] de réaliser des copies « privées » des œuvres acquises licitement[664] : les copies réalisées, même dans un cadre restreint, portent préjudice au droit de reproduction des titulaires de droit, d'autant plus qu'il est possible d'affirmer qu'une copie correspond à une œuvre invendue. Ce « manque à gagner », alors préjudiciable à l'auteur, justifie la mise en place d'une compensation[665]. Il en est de même pour l'exception de pédagogie. Si cette exception prévoit que l'auteur ne peut interdire *« la représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques et des partitions de musique, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche »*, il est néanmoins admis que son exercice donne lieu à *« une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie »*[666]. Comme dans le cadre de

---

[661] A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 374, n° 375.

[662] Le parallèle est alors possible avec la responsabilité civile et notamment l'existence d'une réparation suite à un préjudice subi, B. Galopin, *op. cit.*, p. 209, n° 285.

[663] Il a récemment été rappelé que le bénéfice de l'exception de « copie privée » ne concerne que les personnes privées, V. CJUE, 9 juin 2016, aff. C-470/14 et notamment CJUE, 22 sept. 2016, aff. C-110/15, Microsoft Mobile Sales International Oy c/ MIBAC et SIAE, pt. 28 : *Propr. Intell. 2017*, n° 62, p. 27, C. Bernault.

[664] CPI, art. L. 122-5, 2° : « Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre 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 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électroniques ».

[665] Néanmoins, la CJUE est venue préciser son application. Pour cette dernière, « l'application sans distinction de la redevance pour copie privée, notamment à l'égard d'équipements, d'appareils ainsi que de supports de reproduction numérique non mis à la disposition d'utilisateurs privés et manifestement réservés à des usages autres que la réalisation de copies à usage privé, ne s'avère pas conforme à la directive 2001/29 », CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-467/08, dit « Padawan ». – V. également CJUE 5 mars 2015, aff. C-463/12, Copydan Båndkopi c/ Nokia Danmark A/S ; C'est ainsi qu'il a été admis que les professionnels sont exonérés, *a posteriori*, de la redevance « copie privée » ; Il convient de noter qu'à l'origine, le bénéfice de de la rémunération pour copie privée ne bénéficiait qu'aux auteurs et aux artistes-interprètes, avant de se voir étendue aux auteurs et éditeurs d'œuvres littéraires, J. LAPOUSTERLE, *op. cit.,* p. 179, n° 411 et s.,

[666] V. CPI, art. L. 122-5, 3°, e) ; Sur la consécration de l'exception de pédagogie, v. J. LAPOUSTERLE, *ibid*., p. 117, n° 273 et s.

l'exception de copie privée, le préjudice subi est l'atteinte au droit de reproduction par la possibilité laissée aux bénéficiaires de l'exception de réaliser des copies.

La compensation est ainsi justifiée par l'existence d'un préjudice à l'égard de l'auteur et plus particulièrement par l'existence d'un manque à gagner du fait de l'exclusion du droit exclusif de l'auteur. Dans ces conditions, l'usage à titre gratuit comporte alors une contrepartie : le bénéfice de ces exceptions – et donc l'usage de l'œuvre – n'est possible qu'à la condition de s'acquitter d'une compensation financière, que ce soit directement par le public – dans le cadre de l'exception pour copie privée –, ou par des personnes morales publiques ou privées – dans le cadre de l'exception de pédagogie.

182. **Un usage pérenne ?** Se pose néanmoins la question de savoir si le maintien d'un système de compensation est encore justifié. En ce sens, il convient d'écarter de cette réflexion l'exception de copie privée. En effet, s'il est possible de remettre en question son caractère privé et ainsi les conditions d'usage issu de ce critère[667], il semble opportun, au regard du test en trois étapes et de la possibilité laissée aux utilisateurs de réaliser des copies « parfaites » des œuvres, de maintenir un système de compensation à l'égard des titulaires de droit.

Toutefois, la question se pose lorsqu'il est possible d'opposer à l'instauration d'un système de compensation l'exercice d'un droit fondamental[668]. À ce titre, il suffit de s'arrêter sur l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose, dans le cadre de l'exception d'information par voie de presse, qu'en cas de non-respect des conditions de reproduction ou représentation des œuvres, une contrepartie financière, alors calculée « *sur la base des accords ou tarifs en vigueur dans les secteurs professionnels concernés* »[669] devra être due. Si cette compensation est inscrite dans le texte et fait ainsi office d'un usage à titre gratuit compensé, il ne s'agit uniquement que d'une compensation due en cas de non-respect des conditions d'usage. Il est en effet possible d'envisager cette exception comme fondée sur l'exercice d'une liberté fondamentale dont le non-respect des conditions édictées par le Code de la propriété intellectuelle entrainerait une rémunération à l'égard des

667 V. notamment *infra* n° 208.
668 V. *infra* n° 184 et s.
669 CPI, art. L. 122-5, al. 3.

titulaires de droit – et donc un préjudice injustifié. Néanmoins, cet article fait référence aux conditions de rémunération fixées par des accords ou tarifs en vigueur, tout comme cela est le cas pour l'exception de pédagogie[670], cette dernière pouvant également être rapprochée des exceptions fondées sur l'exercice d'une liberté fondamentale[671]. Si un tel système de compensation existe, cela peut s'expliquer par les pressions exercées par les sociétés de gestion collectives : tel est le cas notamment pour l'exception d'information par voie de presse, pour laquelle l'Association pour la diffusion des arts graphiques a demandé à ce qu'une telle précision soit inscrite dans le texte afin de ne pas remettre en cause les accords précédemment signés[672] ; ou pour l'exception de pédagogie, pour laquelle des accords ont été conclus entre les représentants des ayants droit et le ministère de l'Éducation nationale ainsi que le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche[673]. Même s'il peut être considéré que de telles reproductions ou représentations, dans le cadre de ces exceptions, peuvent créer un préjudice aux auteurs, l'instauration d'un tel système de compensation face à l'exercice de libertés fondamentales ne semble pas justifiée, qui plus est dans le cadre de l'exception de pédagogie où les œuvres sont utilisées à des fins d'éducation et de transmission de la culture[674]. Dans ces conditions, la compensation ne devrait pas s'appliquer, et l'usage à titre gratuit, alors non compensé, pourrait être envisagé en respectant le champ des conditions d'usage[675].

---

[670] L'exception de pédagogie prévoit en effet une « rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article », CPI, art. L. 122-5, e).

[671] Notamment la liberté d'enseignement, dont le Conseil constitutionnel en fait un principe fondamental reconnu par les lois de la République, V. en ce sens, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.,* p. 587, n° 655.

[672] V. à ce sujet, B. GALOPIN, *op. cit.*, p. 214, n° 293.

[673] Il faut faire la distinction entre l'accord sur l'utilisation des œuvres cinématographiques et audiovisuelles à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche signé le 4 décembre 2009 et reconductible tacitement tous les trois ans (BO n° 5 du 4 février 2010), et le protocole d'accord sur l'utilisation des livres, des œuvres musicales éditées, des publications périodiques et des œuvres des arts visuels à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche signé le 6 novembre 2014 pour les années civiles 2014-2015, les sociétés de gestion collectives ayant également pris part à l'accord signé le 6 novembre 2014 pour les années civiles 2014-2015 (BO n° 1 du 1er janvier 2015). Sont ainsi parties prenantes aux accords, d'une part, la société des Producteur de Cinéma et de Télévision (PROCIREP), la Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM), et d'autre part, le Centre français du droit de copie (CFC), la société des Arts Visuels Associés (AVA), la Société des Éditeurs et Auteurs de Musique (SEAM) et la Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD).

[674] Dans cette hypothèse, le préjudice ne semble pas « injustifié ».

[675] V. *infra* n° 203.

Si l'existence d'un préjudice subi doit motiver le législateur à instaurer un système de compensation, pourquoi, par exemple, n'existe-t-il pas un tel système pour l'exception de handicap ? En effet, cette dernière autorisant *« la reproduction et la représentation »* d'œuvres, même si son bénéfice ne profite qu'à l'égard « *des personnes morales et par les établissements ouverts au public, tel que bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédias, en vue d'une consultation strictement personnelle de l'œuvre par des personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques »*[676], il est possible d'affirmer que son bénéfice porte préjudice aux titulaires de droit. L'absence de compensation est-il dû au caractère social de cette exception, qui prévaudrait alors – le préjudice étant alors justifié –, ou est-il dû au fait que les représentants des titulaires de droit n'ont pas exercé de pression pour l'instauration d'une telle compensation dans le cadre de cette exception ?

Cette réflexion sur la pérennité des systèmes de compensation en contrepartie de l'usage à titre gratuit des exceptions se trouve renforcée par l'inscription dans la loi de nouvelles exceptions pour lesquelles il est possible de déterminer l'existence de préjudices à l'égard des titulaires de droit mais pour lesquelles aucun système de compensation n'a été instauré.

B. – Les exceptions compensées : une espèce en voie d'extinction

183. **Les exceptions de panorama, d'exploration et de fouille de texte confrontés à la compensation.** Figurant dorénavant au 11° de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, l'exception de panorama autorise *« les reproductions et représentations d'œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l'exclusion de tout usage à caractère commercial »*. S'agissant de l'exception d'exploration et de fouille de texte, l'article L. 122-5, 10° du Code de la propriété intellectuelle, reconnaît la possibilité de réaliser des « *copies ou reproductions numériques »* à partir d'une source licite et pour les besoins de la recherche publique.

[676] CPI, art. L. 122-5, 7°.

Ces deux nouvelles exceptions, reconnues par le législateur, ne prévoient pas de compensation à l'égard des titulaires de droit. Or, si un tel système n'a pas été mis en place, il reste néanmoins possible d'affirmer, plus particulièrement pour l'exception de panorama, que la reproduction et représentation de sculptures et d'œuvres architecturales sans autorisation de la part des titulaires de droit peut porter un réel préjudice aux auteurs : si cette exception passe sous le crible du triple test, il semblerait que son bénéfice prive les ayants droit d'une source majeure de revenus, mais surtout, qu'elle cause un dommage injustifié aux titulaires de droit. En effet, la loi venant reconnaître la possibilité, pour le public, de reproduire et représenter ces œuvres placées sur la voie publique, aboutit à un véritable préjudice injustifié à l'égard des titulaires de droits, l'exercice de leurs droits patrimoniaux se trouvant alors foncièrement limité. Il aurait en effet été possible d'imaginer l'instauration d'un système de compensation perçu directement des usagers, lors de l'achat d'un appareil photographique ou lors de l'achat d'un *smartphone* – tout comme la taxe copie privée acquittée par les usagers lors de l'achat d'un bien incluant un disque dur ou une possibilité de stockage de données.

Cependant, l'absence de compensation semble due au fondement de ces exceptions – et à la destination de ces œuvres. En effet, l'exercice des libertés fondamentales, et plus particulièrement celui de la liberté d'expression, exclut l'instauration d'une compensation en contrepartie de l'usage à titre gratuit. Cela ressort de la nécessité de la recherche d'un équilibre entre deux intérêts fondamentaux : le droit d'auteur et la liberté d'expression.

§ 2. – Les exceptions non compensées : un usage à titre gratuit non compensé justifié par une balance des intérêts

184. **Des exceptions fondées sur les libertés fondamentales**. Il suffit de s'arrêter sur l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle pour s'apercevoir que les exceptions admises en droit d'auteur ont plusieurs fondements. Afin d'étudier ces derniers, certains auteurs se sont essayés à la réalisation d'une classification.

D'une part, B. HUGENHOLTZ a réalisé, dans ses travaux, une classification des exceptions au moyen d'une analogie animalière[677]. Il dégage de ses conclusions trois types d'exceptions : les exceptions établies en vue de la sauvegarde des droits fondamentaux, les exceptions fondées sur l'intérêt public et enfin celles fondées sur un échec du marché.

D'autre part, le professeur S. DUSOLLIER distingue, dans sa thèse, les exceptions fondées sur une approche philosophique, économique ou sociologique[678].

Si ces deux classifications semblent distinctes dans leur analyse, il est néanmoins possible d'affirmer que leurs auteurs ont réuni, sous la catégorie des exceptions établies en vue de la sauvegarde des droits fondamentaux et sous la catégorie des exceptions fondées sur une approche philosophique, les exceptions fondées sur les libertés fondamentales[679]. Cependant, une seule liberté fondamentale semble se dégager dans le fondement de ces exceptions : celle de la liberté d'expression.

185. **Liberté d'expression et droit d'auteur.** Inscrite dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948[680] ou encore dans la Convention européenne des droits de l'Homme de 1950, la liberté d'expression est l'« *un des droits les plus précieux de l'Homme* »[681]. Elle reconnaît la faculté à tout citoyen de « *parler, écrire, imprimer librement* »[682]. Plus précisément, cette liberté comprend la possibilité de « *recevoir ou de communiquer des informations ou des idées* »[683]. En ce sens, la liberté d'expression trouve toute son application en droit d'auteur. La création, l'œuvre, représente une forme d'expression qui peut, par la suite, être communiquée au public, celui-ci ayant ainsi la liberté de la recevoir. C'est pourquoi, dans la confrontation entre droit

---

677 B. HUGENHOLTZ, « Fierce creatures. Copyright exemptions : Toward extinction », *in Rights, limitations and exceptions : striking a proper balance*, Conférence AFLA/IMPRIMATUR, Amsterdam, 30-31 oct. 1997, www.ivir.nl.

678 S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres* ; Larcier, 2007, p. 465, n° 598 et s.

679 V. notamment B. HUGENHOLTZ, *op. cit.*, p. 12 et S. DUSOLLIER, *ibid.*, p. 466, n° 600.

680 DUDH, art. 19.

681 DDHC, art. 11.

682 *Ibid.*

683 Conv. EDH, art. 10.

d'auteur et liberté fondamentale, la liberté d'expression prend une place importante, notamment dans la justification de certaines exceptions au droit d'auteur.

Le bénéfice et ainsi l'usage de ces exceptions s'organisera autour de la recherche d'un équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression, équilibre qui, par ailleurs, justifiera la non compensation de ces dernières (A). Cependant, force sera de constater que la reconnaissance par le législateur de nouvelles exceptions alliées au nouveaux usages numériques tendent à déséquilibrer le rapport de force au profit de la liberté d'expression et, ainsi, au profit de l'usage à titre gratuit non compensé (B).

A. – Un usage à titre gratuit non compensé résultant de l'équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression

186. **Un équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression.** La nécessité de la recherche d'un équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression se retrouve dans l'encadrement du bénéfice des exceptions fondées sur ladite liberté (1). C'est dans la recherche de cet équilibre, alors justifié par l'exercice d'une liberté fondamentale, qu'il sera possible de déterminer le champ d'application de l'usage à titre gratuit non compensé (2).

1 – Un équilibre recherché dans l'usage des exceptions fondées sur la liberté d'expression

187. **Un équilibre imposant des limites.** C'est en étudiant les exceptions fondées sur les différentes composantes de la liberté d'expression, que sont notamment la liberté de création (α) et la liberté d'information (β)[684], qu'il sera possible de déterminer quel équilibre se profile entre le droit d'auteur et la liberté d'expression. Il apparaît également possible de rattacher à cette dernière les exceptions fondées sur la liberté de recherche (γ) mais également celles fondées sur la technique, notamment lorsqu'elles sont au service de l'exercice de la liberté d'expression (δ).

[684] V. notamment F. DUBUISSON, « Quand le "droit" du public à l'information rencontre les "droits" sur l'information : vrai ou faux débat ? », *in* A. STROWEL, F. TULKENS (ss dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression, Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs* : Larcier, 2006, p. 91 ; B. GALOPIN, *op. cit.,* p. 188, n° 153 ; N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux* : L'Harmattan, 2007, p. 28.

α – Les exceptions fondées sur la liberté de création

188. **La liberté de création.** Le législateur français a consacré la notion de « liberté de création » dans la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine. Ainsi, en son article 1er, il est inscrit que *« la liberté de création est libre »* [685]. Longtemps oubliée par les textes nationaux ou supranationaux[686] et la jurisprudence y faisant de multiples références[687], une partie de la doctrine souhaitait que soit reconnue une certaine autonomie à la notion[688]. Il est en effet avancé, à ce titre, que la liberté de création doit être distincte de la liberté d'expression : toute liberté d'expression n'est pas une liberté de création et inversement, toute liberté de création n'est pas une liberté d'expression[689] – la liberté de création n'a pas nécessairement besoin de diffusion pour exister alors que cette diffusion est le propre de la liberté d'expression[690]. Néanmoins, si cette distinction ne tend pas à être remise en cause et a le mérite d'apporter un champ d'application distinct de la liberté de création à la liberté d'expression, il ne faut cependant pas perdre de vue que la liberté de création se voit être confrontée aux droits existants – droits préexistants sur une œuvre ou atteinte à un droit ou à une liberté fondamentale

---

685 L. n° 2016-925, 7 juill. 2016.

686 Si ce n'est en faisant une large interprétation de l'article 19, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lequel dispose que « toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix » ; V. également sur ce point, *Note sur la liberté de création artistique :* Sénat, janv. 2016.

687 V. Cass. 1re civ., 20 oct. 1992 : *D.* 1992, p. 72, obs. T. Hassler : la liberté d'expression, et de là la liberté de création, doit être respectée « notamment en matière de création artistique ». – V. également Cass. 1re civ., 30 janv. 2007 : *D.* 2007, p. 497, note J. Daleau et p. 920, note S. Choisy ; *Comm. com. électr.* 2007, comm. 34, note C. Caron ; *Propr. intell.* 2007, n° 23, p. 207, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2007, p. 354, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RLDI* 2007/25, n° 831, obs. A. Bensamoun ; *RLDI* 2007/26, n° 871 et s., obs. C. Geiger. – V. plus récemment, Cass. 1re civ., 15 mai 2015 : *Comm. com. électr.* 2015, comm. 55, C. Caron ; *RTD com.* 2015, p. 515, note F. Pollaud-Dulian ; *Propr. intell.* 2015, p. 281, note A. Lucas ; *Propr. intell.* 2016, n° 58, p. 89, note M. Vivant et Ch. Geiger ; RLDI 2015, n° 116, obs. J.-M. Guilloux. – V. aussi, M. Vivant, La balance des intérêts... enfin : *Comm. com. électr.* 2015, étude 17.

688 Si ce n'est en faisant une large interprétation de l'article 19, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politique, lequel dispose que « toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix » ; V. également sur ce point, *Note sur la liberté de création artistique : Sénat, janv. 2016.*

689 J-M. PONTIER, « Liberté de création, architecture et patrimoine » : AJDA 2016 p. 2027.

690 B. GALOPIN, *op. cit.,* p. 120, n° 158 ; V. également N. BRONZO, *op. cit.*, p. 33.

– uniquement à la suite de la diffusion de la création de l'œuvre. En d'autres termes, et si l'inscription dans la loi de la liberté de création tend à lui reconnaître une certaine autonomie, la liberté de création n'a de valeur qu'en usant de la liberté d'expression. C'est en ce sens qu'il apparaît nécessaire d'admettre que la liberté de création – en tant que notion – figure comme une composante de la liberté d'expression[691].

189. **Liberté de création et exceptions.** Une partie de la doctrine estimant que la reconnaissance de la liberté de création dans la loi a une valeur plus symbolique que normative[692], sa consécration vient toutefois rappeler l'importance de l'exercice de cette liberté pour le droit d'auteur. L'inspiration et la création peuvent provenir d'expériences culturelles passées. Il est en effet possible, en analysant l'ensemble des œuvres, de trouver une source d'inspiration provenant d'œuvres antérieures. La création s'inspire du passé, de ce qui a déjà été créé. En outre, le droit d'auteur fait corps avec la liberté de création, étant possible d'affirmer que cette dernière est même à l'origine du droit d'auteur : sans création, il ne peut y avoir d'œuvres ; sans œuvres, il ne peut y avoir de droit d'auteur[693]. Il est même admis que la liberté de création constitue un des piliers de la démocratie, un baromètre du respect des droits fondamentaux[694]. C'est en ce sens que le droit d'auteur doit s'effacer dans certaines hypothèses.

Il en est ainsi de l'exception d'analyse et de citations, exception qui peut être justifiée par « *le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées* »[695]. L'analyse devant être appréhendée comme un emprunt des éléments essentiels d'une œuvre protégée[696] et la

---

[691] La création, sans diffusion, ne vient pas se confronter aux autres droits existants. Une œuvre laissée dans un tiroir ou dans un atelier est bien issue de la seule liberté de création. Néanmoins, lorsque celle-ci sort de ce cadre privé et est diffusée au public, il y a alors diffusion et exercice de la liberté d'expression, V. en ce sens, C. CARON, « Loi "liberté de création" et propriété intellectuelle : généralités » : *Comm. com. élect.* 2016, comm. 98.

[692] D. VELARDOCCHIO, « Juillet 2015 - Juillet 2016 : Un départ et des rapprochements » : Droit et patrimoine 2016, n° 262 ; V. également, sur ce point, F. POLLAUD-DULIAN, « Dispositions intéressant la propriété intellectuelle de la loi "liberté de la création, architecture et patrimoine" » : *RTD Com.* 2016, p. 481.

[693] V. en ce sens, C. GEIGER, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur. Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux » : *Propr. intell.* 2004, n° 13, p. 883 et s.

[694] N. BRONZO, *op. cit.,* p. 27.

[695] V. CPI, art. L. 122-5, 3° a).

[696] V. M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 570, n° 639.

citation comme la représentation identique d'un extrait d'une œuvre protégée[697]. D'autre part, l'exception dite de parodie, pastiche et caricature, reconnaît un droit à l'humour[698]. Il s'agit de laisser la possibilité aux auteurs de parodier, pasticher ou caricaturer des œuvres préexistantes. Plus précisément, l'exception consiste à « *se moquer* »[699] d'une œuvre, de son auteur, ou d'utiliser ladite œuvre comme moyen de réflexion ironique. Pour la Cour de justice de l'union européenne, la parodie « *a pour caractéristiques essentielles (…) de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie* »[700]. D'autre part, la jurisprudence reconnaît la possibilité, pour un auteur, d'inclure, et ce, de façon fortuite et accessoire, une œuvre préexistante dans une œuvre nouvelle. Ainsi, la Cour de cassation considère par exemple que la représentation d'une œuvre préexistante dans une œuvre nouvelle *« était accessoire au sujet traité, résidant dans la représentation de la place, de sorte qu'elle ne réalisait pas la communication de cette œuvre au public »*[701] et ne portait ainsi pas atteinte aux droits de l'auteur de l'œuvre première. Une décision similaire a été rendue postérieurement, la Cour réaffirmant, dans le cadre d'un film où certains plans représentaient des illustrations mettant en avant une méthode pédagogique, que ces dernières *« ne sont que balayées par la caméra et vues de manière fugitive, que plus fréquemment elles sont à l'arrière-plan, les personnages des élèves et du maître étant seuls mis en valeur, qu'elles ne sont à aucun moment présentées dans leur utilisation par le maître et font corps au décor dont elles constituent un élément habituel, apparaissant par brèves séquences, mais n'étant jamais représentées pour elles-*

---

697 *Ibid.,* p. 570, n° 639 ; Il doit par ailleurs s'agir d'un extrait qui doit être accessoire, CJUE, Aff. C-145/10, 1er décembre 2011, « Eva-Maria Painer / Standard Verlag » ; Il ne doit ainsi pas y avoir de reproduction intégrale de l'œuvre, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, Coll. Corpus Droit Privé, 2005, p.855, n° 1213. – P.-Y. GAUTIER, *Propriété Littéraire et artistique*, PUF Droit, 2016, 10ème éd., p. 376, n° 353 ; Sur l'étude de l'exception de citation littéraire et « artistique », v. D. PIATEK, *op. cit.*, p. 69, n° 93 et s.

698 C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins* : LexisNexis, 2017, 5ème éd., p. 378, n° 391. – Dir. 2001/29/CE, art. 5, 3, k) et CPI, art. L. 122-5, 4°.

699 F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.,* p. 863, n° 1225.

700 CJUE, 3 sept. 2014, aff. C-201/13, Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds c/ Helena Vandersteen, pt. 20 : *RIDA* 4/2014, p. 387, obs. P. Sirinelli ; *Comm. com.* électr. 2014, comm. 82, obs. C. Caron ; *D.* 2014, p. 2097, note B. Galopin ; *Légipresse* 2014, p. 604, note N. Blanc ; *Propr. intell.* 2014, p. 393, obs. J.-M. Bruguière ; *RTD com.* 2014, p. 815, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP E* 2015, 1389, n° 7, obs. A. Zollinger ; *RLDI* août-sept. 2014, n° 3583, obs. C. Castets-Renard.

701 Cass. 1ère civ., 15 mars 2005 : *Propr. intell.*, avril 2005, p. 165, obs. P. Sirinelli ; *Comm. com. électr.* mai 2005, n° 78, obs. Caron ; V. également sur la même affaire, TGI Lyon, 4 avril 2001 : *JCP G*, 2001, II, 10563, obs. Pollaud-Dulian ; *RIDA*, 4/2001, p.421, obs. Choisy.

mêmes »[702]. Dans le cadre de ces exceptions, il est alors admis que l'auteur d'une œuvre nouvelle peut utiliser une œuvre antérieure pour les besoins de sa création, que ce soit dans le cadre d'une citation, d'une analyse ou d'une inclusion involontaire et accessoire[703].

Néanmoins, l'article 2, I, de la loi relative à la liberté de création, dispose que la liberté de création doit s'exercer *« conformément à la première partie du Code de la propriété intellectuelle »*. Par ce texte, le législateur vient affirmer que la liberté de création ne doit pas porter atteinte au droit d'auteur. Il ne faut en effet pas oublier que la liberté de création des uns peut se confronter au monopole des autres : si la création est libre, elle se doit toutefois de respecter les droits existant sur une œuvre[704]. Ainsi, et afin de bénéficier de l'exception d'analyse et de citations, il ne doit pas être porté atteinte au droit moral de l'auteur de l'œuvre analysée ou citée. À ce titre, le bénéficiaire de l'exception doit indiquer la source de l'analyse ou de la citation afin d'éviter tout risque de confusion dans l'esprit du public[705]. Il ne doit pas également dénaturer l'œuvre dans sa forme ni dans son esprit en venant, par exemple, la modifier[706]. Enfin, l'auteur de l'œuvre nouvelle doit respecter un « principe de proportionnalité »[707]. La jurisprudence considère par exemple que la reproduction d'un extrait important d'un livre[708] ou de treize vers d'une chanson qui en comporte trente-cinq[709] ne constitue pas une citation et est donc soumise à l'autorisation préalable des auteurs. S'agissant de l'exception de parodie, cette dernière doit notamment « *évoquer une œuvre existante, tout en présentant des différences*

---

[702] Cass. 1ère civ., 2 mai 2011, *Bull. civ*. I, n° 87 ; V. également pour une décision similaire, l'arrêt « Auféminin.com », Cass. 1ère civ., 12 juillet 2012, *RTD. Com*, 2012, p.775, obs. Pollaud-Dulian ; *RIDA* 4/2012, p.547, obs. Sirinelli.

[703] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.,* p. 867, n° 1231 ; Cette reconnaissance, si elle ne permet pas la création proprement dite, vient faciliter son exercice : l'auteur n'a pas à se soucier de la reproduction ou représentation d'une œuvre préexistante dans son œuvre nouvelle.

[704] Même si, pour certains, « le principe (…) est celui de la liberté d'expression et l'exception est le respect des droits d'autrui dont (…) le droit d'auteur, obs. ss. TGI, Paris, 9 mars 2017 : *Propr. Intell.* 2017, n° 64, p. 69, J.-M. Bruguière.

[705] En distinguant par exemple le texte cité, du texte citant par l'emploi de guillemets ou d'italique », V. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.,* p. 854, n° 1211.

[706] *Ibid.*

[707] Il faut même que l'on puisse distinguer l'œuvre citée de l'œuvre citante, de telle sorte que l'on puisse considérer l'œuvre citante comme une œuvre à part entière, V. en ce sens, TGI Paris, 20 février 1981 : *RTD Com*, 1981, p. 83, obs. Françon.

[708] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.,* p. 856, n° 1214.

[709] Cour de Paris, 17 mars 1970, *RIDA* 1/1970, p.179.

perceptibles par rapport »[710] à l'œuvre nouvelle tout en ayant une destinée humoristique[711]. La limite de l'exercice de la liberté de création se trouve alors dans l'atteinte au monopole de l'auteur sur son œuvre, que ce soit sous l'aspect du droit moral ou du droit patrimonial.

β – Les exceptions fondées sur la liberté d'information

190. **La liberté d'information dans les exceptions.** Liberté d'information rime avec liberté de communication et, plus particulièrement, avec la *« libre communication des pensées et des opinions »*[712]. Cette liberté d'information a plus particulièrement été admise, en droit interne, par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et plus récemment, afin de prendre en compte les évolutions technologiques, par la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication[713]. Néanmoins, s'il est possible de différencier un « droit du public à l'information » du « droit à l'information du public »[714], il est nécessaire de prendre en compte le « droit à l'information du public » afin de reconnaître que le droit d'auteur vient limiter les prérogatives de l'auteur à partir de l'instant où il existe un droit à l'information du public.

Tel est le cas, notamment, de la diffusion de discours public. En effet, ces derniers sont, de par leur nature, destinés à un public aussi large que possible, à un public composé de l'ensemble de la population. Il était donc inconcevable d'imaginer que la presse écrite, radiophonique ou audiovisuelle ne puisse bénéficier de cette exception[715]. Tel est le cas, également, de l'exception de revue de presse[716], cette dernière constituant *« la présentation conjointe et par voie comparative de divers commentaires émanant de journalistes différents et concernant un même thème ou un*

---

[710] CJUE, aff. C-201/13, *op. cit.*, pt. 20.

[711] F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur, op. cit.,* p.864, n° 1226 ; V. également en ce sens A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.,* p. 444, n° 480 ; et notamment F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.,* p.864, n° 1227 et p.865, n° 1228.

[712] DDHC, art. 11 ; V. également CEDH, art. 10.

[713] L. n° 86-1067, 30 sept. 1986.

[714] Pour une telle analyse, V. B. GALOPIN, *op. cit.*, p. 131, n° 173 et s.

[715] Inscrite à l'article L. 122-5, 3°, c) du Code de la propriété intellectuelle, elle concerne les « discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles ».

[716] CPI, art. L. 122-5, 3°, b).

même événement »[717]. Par ailleurs, la question de la confrontation entre droit d'auteur et liberté d'information se retrouve dans les discussions relatives à la reconnaissance d'un droit voisin à l'égard des éditeurs de publication de presse. En effet, la proposition de directive du parlement européen et du conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique prévoit, en ses articles 11[718] et 12[719], que les éditeurs de presse puissent bénéficier de la protection des droits voisins pour l'utilisation numérique de leurs publications de presse mais également qu'ils puissent, selon le bon vouloir des États membres, bénéficier d'une partie de la compensation pour les utilisations faites de leurs publications dans le cadre du bénéfice d'une exception[720]. Il semble que cette démarche s'aligne dans une volonté de permettre aux producteurs de contenus – ici les éditeurs de publications de presse – d'avoir un meilleur contrôle sur la diffusion de leurs écrits[721], mais surtout de percevoir une compensation financière issu de cet usage lorsque celle-ci entre dans le cadre du bénéfice d'une exception[722].

---

[717] Cass. crim., 30 janv. 1978 : *D.* 1979, p. 583, note Le Calvez ; *RTD com.* 1979, 456, obs. Françon.

[718] Proposition de directive du parlement européen et du conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, art. 11 : « Protection des publications de presse en ce qui concerne les utilisations numériques : 1. Les États membres confèrent aux éditeurs de publications de presse les droits prévus à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE pour l'utilisation numérique de leurs publications de presse ; 2. Les droits visés au paragraphe 1 laissent intacts et n'affectent en aucune façon les droits conférés par le droit de l'Union aux auteurs et autres titulaires de droits, à l'égard des œuvres et autres objets protégés inclus dans une publication de presse. Ces droits sont inopposables aux auteurs et autres titulaires de droits et, en particulier, ne sauraient les priver de leur droit d'exploiter leurs œuvres et autres objets protégés indépendamment de la publication de presse dans laquelle ils sont inclus ; 3. Les articles 5 à 8 de la directive 2001/29/CE et de la directive 2012/28/UE s'appliquent mutatis mutandis aux droits mentionnés au paragraphe 1 ; 4. Les droits mentionnés au paragraphe 1 expirent 20 ans après la publication de la publication de presse. Cette durée est calculée à partir du 1er janvier de l'année suivant la date de publication ».

[719] *Ibid.*, art. 12 : « Demande de compensation équitable : Les États membres peuvent prévoir que lorsqu'un auteur a cédé ou concédé sous licence un droit à un éditeur, cette cession ou licence constitue un fondement juridique suffisant pour que l'éditeur puisse revendiquer une part de la compensation versée pour les utilisations de l'œuvre faites en vertu d'une exception ou limitation audit droit ».

[720] Sur le plan national, une proposition de loi prévoit qu'à défaut d'accord entre les éditeurs de presse et les plateformes, les conditions de rémunération soient fixées par une commission présidée par un représentant de l'État : il n'est alors pas question ici d'un usage probablement fait dans le cadre du bénéfice d'une exception, Assemblée nationale, proposition de loi n° 849, 4 avr. 2018.

[721] Bien que cela puisse être nuancé, v. notamment CSPLA, *Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse*, janv. 2018, p. 28.

[722] Les États membres de l'Union européenne ont entériné, le 25 mai 2018, la création d'un droit voisins pour les éditeurs de presse, à la condition que ces derniers soient établis dans l'Union européenne. Les États membres seront cependant libres de définir les critères définissant la mise en œuvre de ce droit ; À noter que la loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019 est venue créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse.

Est notamment visé ici l'affichage, sur une page Internet, du résumé d'un article de presse illustré par une photographie – il est possible de parler de « *snippets* ». Pratique devenue courante compte tenu des nouveaux usages du numérique, notamment dans le cadre de l'information au public, cette dernière constitue plus particulièrement un avantage économique[723] pour les éditeurs de ces *snippets*, au détriment des éditeurs de presse. Le droit à l'information au public, bien que fondamental, semble alors devoir légèrement s'incliner face à la protection du droit d'auteur[724]. Néanmoins, cette reconnaissance paraît être issue d'une réelle problématique économique et plus particulièrement de celle du partage de la valeur dans l'économie numérique plutôt que d'une véritable « injustice » juridique : il suffit pour cela de se pencher sur le titre de la proposition de directive qui fait référence au « marché unique numérique ».

Néanmoins, la reconnaissance d'un droit au public à l'information « s'affirmant » face au droit d'auteur n'a pas été aisée. En effet, dans l'affaire dite *Utrillo*, les juges du premier ressort – à la suite d'un contentieux opposant une chaîne de télévision et les héritiers du peintre – avaient admis que l'annonce de l'exposition reproduisant les œuvres était une information diffusée de « *manière appropriée* », le droit d'auteur devant alors céder[725]. Cette position n'a pas été tenue par la cour d'appel de Paris[726] et la Cour de cassation, cette dernière confirmant la solution de la première, estimant ainsi que « *le monopole légal de l'auteur sur son œuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens* »[727]. La problématique réside dans le rapport de force

---

[723] Grâce aux revenus publicitaires issus des visites : les snippets permettant d'avoir un résumé et un aperçu de l'article, les internautes peuvent ne pas cliquer et ainsi visiter le site « source » de l'article, ne générant alors pas de revenus à ce dernier.

[724] Il est également nécessaire de soulever qu'après l'adoption de la loi venant reconnaître un droit voisin aux éditeurs de presse leur permettant ainsi de percevoir une rémunération pour l'usage fait des « *snippets* », Google (éditeur des *snippets*) a refusé de rétribuer les éditeurs de presse. En ce sens, une action a été intentée par le Syndicat de la presse nationale contre Google, accusé d'abus de position dominante.

[725] TGI Paris, 23 févr. 1999 : *D.* 1999, jur. 580, note Kamina ; *RIDA* 2000, n° 184, p. 374, note Kéréver.

[726] CA Paris, 4e ch., 30 mai 2001 : *D.* 2001, jur. 2504, note Caron ; *JCP E* 2003, chron. 278, obs. Zollinger ; *Propr. intell.* 2001, n° 1, p. 66, obs. A. Lucas ; *Légipresse* 2001, n° 184, III, p. 137, note Varet.

[727] Cass. 1re civ., 13 nov. 2003 : *D.* 2004, jur. 200, note Bouche ; *JCP G* 2004, II, 10080, note Geiger ; *JCP E* 2004, chron. 1898, obs. Zollinger ; *Propr. intell.* 2004, n° 10, p. 549, obs. A. Lucas ; *RIDA* 2004, n° 200, p. 291, obs. A. Kéréver ; *Propr. ind.* 2004, comm. 8, note Kamina ; *RLDA* 2004, n° 4249, obs. Costes ; *Légipresse* 2004, n° 209, III, 23, note Varet ; *Comm. com. électr.* 2004, comm. n° 2, note Caron.

qu'il peut y avoir entre droit de propriété – incorporel ici – et liberté d'information[728]. Un équilibre se devait d'être trouvé entre ces deux notions sans pour autant que l'une ne prenne l'ascendant sur l'autre : cela a été chose faite lors de la transposition partielle de la directive 2001/29/CE[729]. Celle-ci, si elle remet en question la jurisprudence *Utrillo*, permet ainsi de garantir un certain équilibre entre ces deux notions.

Il apparaît en effet essentiel que le droit d'auteur sache s'incliner lorsque le droit à l'information représente un intérêt supérieur. Cependant, le législateur a notamment instauré une limite temporelle[730]. Ainsi, les exceptions trouvant leur justification dans la liberté d'information se doivent d'être d'actualité, le droit d'auteur reprenant alors « *toutes ses forces* » par l'écoulement du temps[731]. La liberté d'information en tant que liberté fondamentale trouve ainsi sa pleine application à un instant T – défini par l'actualité –, application qui laissera place, par l'écoulement du temps et par l'éloignement de l'actualité, à l'exercice des droits dévolus à l'auteur[732].

---

[728] Pour certains, la jurisprudence Utrillo, par la reconnaissance de la supériorité du droit de propriété intellectuelle, est louable, même si un point d'équilibre peut –et doit – être trouvé, V. B. GALOPIN, op. cit., p. 137, n° 181. Cependant, d'autres auteurs ont vivement critiqué cette position, V. notamment C. GEIGER, « Liberté de l'image et droit d'auteur » : *Légicom* 2005/2, n° 34, p. 65 et *Légipresse* 2005, n° 223, II, p. 84

[729] L'article 5, 3, c) de la directive 2001/29/CE indique que « Les États membres ont la faculté de prévoir des limitations aux droits visés à l'article 5 dans les cas suivants : (...) c) lorsqu'il s'agit de la reproduction par la presse, de la communication au public ou de la mise à disposition d'articles publiés sur des thèmes d'actualité à caractère économique, politique ou religieux ou d'œuvres radiodiffusées ou d'autres objets protégés présentant le même caractère, dans les cas où cette utilisation n'est pas expressément réservée et pour autant que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée, ou lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'œuvres ou d'autres objets protégés afin de rendre compte d'événements d'actualité, dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi et sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur ». L'article vise l'ensemble des œuvres, alors que le législateur français ne prévoit l'exception à des fins d'information par voie de presse uniquement pour les œuvres d'art graphique, plastique ou architectural », V. CPI, art. L. 122-5, 9°.

[730] En dehors des conditions de la limitation, pour l'exception de revues de presse, aux seuls organes de presse, et pour les discours destinés au public, à la réserve de la diffusion par voie de presse.

[731] M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 579, n° 647.

[732] Néanmoins, et comme le relève à juste titre M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, l'application d'une limite temporelle est relative, *ibid.*

γ – Les exceptions fondées sur la liberté de recherche

191. **Liberté de recherche et exceptions.** Si la recherche apparaît comme fondamentale à toute société, le principe d'une « liberté de recherche » comme liberté fondamentale n'est pas reconnu en tant que tel par les textes nationaux. Cependant, c'est au nom du « pluralisme » et de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen que la liberté de recherche peut être rattachée à la liberté d'expression[733]. Néanmoins, les prérogatives attribuées à l'auteur peuvent venir limiter cette liberté de recherche : en effet, la recherche nécessite la reproduction et/ou la représentation de certaines œuvres. Le Code de la propriété intellectuelle vient ainsi encadrer le libre exercice de cette liberté notamment à l'heure où il est possible de réaliser des explorations massives des données[734], que cela concerne les recherches à des fins « privées » ou « publiques ».

C'est ainsi que, d'une part, l'article L. 122-5, 8° du Code de la propriété intellectuelle[735] reprend l'ensemble des conditions inscrites à l'article 5, 2, c) de la directive 2001/29/CE[736], l'auteur ne pouvant alors interdire *« la reproduction d'une œuvre et sa représentation effectuées à des fins de conservation ou destinées à préserver les conditions de sa consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers »*[737]. Cette exception bénéficie aux établissements tels que les musées, bibliothèques ou archives et à destination du public venant consulter le fonds documentaire[738].

D'autre part, et afin de faciliter les travaux de recherche, qu'ils soient publics ou privés, le législateur a, par la loi pour une République numérique, instauré à

---

733 V. J.-M. BRUGUIÈRE, *in* « Autre regard… » : *Propr. intell.* 2005, n° 15, p. 229.

734 T. AZZI, « *Open data* et propriété intellectuelle » : *D.* 2017, p. 583.

735 La notion d'exception à des fins de conservations concerne également les organismes dépositaires, art. L. 132-4 du Code du patrimoine, « L'auteur ne peut interdire aux organismes dépositaires, pour l'application du présent titre : 1° La consultation de l'œuvre sur place par des chercheurs dûment accrédités par chaque organisme dépositaire sur des postes individuels de consultation dont l'usage est exclusivement réservé à ces chercheurs ; 2° La reproduction d'une œuvre, sur tout support et par tout procédé, lorsque cette reproduction est nécessaire à la collecte, à la conservation et à la consultation sur place dans les conditions prévues au 1° ».

736 V. Dir. 2001/29/CE, art. 5, 2, c).

737 V. CPI, art. L. 122-5-8°.

738 Sur la consécration des exceptions bénéficiant aux bibliothèques, v. J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique* : Dalloz, 2009, préf. P.-Y. GAUTIER, p. 113, n° 262 et s.

l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle un 10° reconnaissant que l'auteur ne peut interdire « *les copies ou reproductions numériques réalisées à partir d'une source licite, en vue de l'exploration de textes et de données incluses ou associées aux écrits scientifiques pour les besoins de la recherche publique, à l'exclusion de toute finalité commerciale* ». L'exception « d'exploration et de fouille de texte », ou encore l'exception de « *data mining* »[739], permet ainsi à des chercheurs de reproduire des données disponibles dans des écrits scientifiques afin d'autoriser la réalisation de diverses études[740].

Enfin, la loi pour une République numérique est également venue instaurer une limitation dans le Code de la recherche. Ainsi, *« lorsqu'un écrit scientifique issu d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'État, des collectivités territoriales ou des établissements publics, par des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne est publié dans un périodique paraissant au moins une fois par an, son auteur dispose, même après avoir accordé des droits exclusifs à un éditeur, du droit de mettre à disposition gratuitement dans un format ouvert, par voie numérique, sous réserve de l'accord des éventuels coauteurs, la version finale de son manuscrit acceptée pour publication, dès lors que l'éditeur met lui-même celle-ci gratuitement à disposition par voie numérique ou, à défaut, à l'expiration d'un délai courant à compter de la date de la première publication. Ce délai est au maximum de six mois pour une publication dans le domaine des sciences, de la technique et de la médecine et de douze mois dans celui des sciences humaines et sociales* »[741]. Trois conditions doivent alors être réunies. Dans un premier temps, il est nécessaire qu'il y ait l'existence d'un écrit scientifique issu d'une recherche scientifique financée au moins pour moitié par des fonds publics et un écrit scientifique publié dans un périodique paraissant au moins une fois par an – *exit* donc les ouvrages. S'ajoute également une condition de temps pour rendre ces écrits en *open access* : avoir été publiés depuis au moins 6 mois

[739] Exception également reconnue par la Directive (UE) 2019/790 du parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, en son article 3.

[740] V. J.-M. BRUGUIÈRE, *in* Propr. intell. 2017, n° 62, p. 23 ; T. AZZI, *op. cit.* ; Il est à noter toutefois que si le texte prévoit qu'un décret d'application vient « fixer les conditions dans lesquelles l'exploration des textes et des données est mise en œuvre », celui-ci n'a pas encore été adopté, le Conseil d'État ayant même rejeté un premier décret.

[741] C. rech., art. L. 533-4.

pour les écrits relevant des sciences, de la technique et de la médecine, et au moins 12 mois pour les écrits relevant des sciences humaines et sociales – dont notamment les écrits juridiques. Il convient néanmoins de soulever une interrogation[742]. En effet, l'article L. 533-4 du Code de la recherche reconnaît la possibilité à l'auteur de mettre à disposition, en libre accès et à titre gratuit, ses écrits scientifiques. Sachant cependant que l'auteur a préalablement cédé ses droits à l'éditeur du périodique – généralement de manière exclusive –, cette possibilité laissée à l'auteur de mettre à disposition ses écrits scientifiques n'interfère-t-elle pas les droits de l'éditeur ? Ce dernier, cessionnaire des droits sur les écrits, peut-il refuser une telle mise à disposition ? Si cela peut laisser perplexe, force est de constater que l'article, d'ordre public, prévoit, afin de ne pas contrevenir à l'exploitation des écrits, une période durant laquelle l'auteur ne peut mettre ses écrits à disposition – devrait-on alors parler de licence d'exploitation ? Quoiqu'il en soit, et comme le dit le proverbe populaire, *« il faut rendre à César ce qui est à César »* : ainsi, la recherche financée au moins par moitié par des fonds publics doivent revenir… au public, même si cela vient limiter les droits des éditeurs scientifiques.

δ – La technique au service de la liberté d'expression

192. **Technique et liberté d'expression.** La technique ne représente pas, en tant que telle, une liberté fondamentale, et elle n'a pas vocation à l'être. Cependant, la technique peut se mettre à son service et plus particulièrement à celui de la liberté d'expression. Effectivement, cette dernière représentant l'« *un des droits les plus précieux de l'Homme* », reconnaît la faculté à tout citoyen de « *parler, écrire, imprimer librement* »[743]. Plus précisément, la liberté d'expression comprend la possibilité de « *recevoir ou de communiquer des informations ou des idées* »[744]. Cette précision mérite toute attention. En effet, la liberté d'expression réside dans la faculté de « *recevoir* » ou de « *communiquer* » des informations, des œuvres, ou de simples idées. Or, cette communication – que ce soit dans le fait de communiquer ou de recevoir – n'est possible qu'à l'aide de la technique : cette dernière apparaît être au

[742] V. également T. AZZI, *op. cit.*
[743] DDHC, art. 11.
[744] CEDH, art. 10.

service de la liberté d'expression, qui plus est avec l'avènement du numérique et des réseaux. La technique va ainsi permettre la communication et la réception des œuvres dans le réseau : en usant de celle-ci, il sera alors possible de jouir de sa liberté d'expression.

C'est en ce sens qu'il est nécessaire d'admettre que l'exception venant autoriser les reproductions provisoires permettant « *l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire* »[745] se met au service de la liberté d'expression. Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une exception bénéficiant « directement » au public, mais d'autoriser les intermédiaires à reproduire les œuvres et ce, de façon provisoire afin de permettre une utilisation licite de ces dernières dans le réseau[746]. Il est ainsi opportun, en admettant que la technique facilite la liberté d'expression en permettant notamment la communication des œuvres sur le réseau, de considérer que cette dernière peut être justifiée par l'exercice d'une liberté fondamentale. Cette affirmation se justifie également dans la limitation de son bénéfice : la reproduction doit nécessairement être transitoire, elle doit garder son caractère technique. Il faut entendre par là que la reproduction doit uniquement permettre le transport de l'œuvre dans le réseau[747]. Le caractère transitoire a été précisé par la Cour de justice de l'union européenne dans l'arrêt *Infopaq*, cette dernière indiquant qu'*« il convient de constater qu'un acte ne peut être qualifié de « transitoire » (…) que si sa durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné, étant entendu que ce procédé doit être automatisé de sorte qu'il supprime cet acte d'une manière automatique, sans intervention humaine, dès que sa fonction visant à permettre la réalisation d'un tel procédé est achevée »*[748]. Tel n'est pas le cas du *caching* – ou de la « copie cache ». En effet, il a été retenu par la cour d'appel de Bruxelles que les pages web visitées et copiées dans la « mémoire cache » du serveur ne constituaient pas une copie transitoire, mais de véritables copies accessibles tant que le site

[745] CPI, art. L. 122-5, 6°.
[746] M. VIVANT, J.-M. BRUIGUIÈRE, *op. cit.*, p. 563, n° 630.
[747] La notion de « transport » de l'information est utilisée dans la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, notamment dans les considérants 43, 44 ou encore à l'article 12.
[748] CJUE, aff. C-5/08, 16 juill. 2009 dit « Infopaq »., pt. 43.

hébergeant les articles les conservait[749]. Le caractère transitoire de la copie est donc un des éléments fondamentaux permettant de se prévaloir de cette exception : est ainsi transitoire la copie réalisée uniquement dans un but de « transport » résultant d'un procédé technique, et non une copie ayant vocation à remplacer l'originale[750].

2 – Un usage à titre gratuit non compensé justifié par une balance des intérêts fondamentaux

193. **Un équilibre justifié par la présence d'intérêts fondamentaux.** La justification des exceptions fondées sur la liberté d'expression repose sur l'articulation entre droit d'auteur – alors reconnu en tant que droit à la propriété – et libertés fondamentales[751]. Si la reconnaissance de la propriété intellectuelle en tant que droit fondamental est consacrée par la Déclaration universelle des droits de l'Homme[752] et par le Pacte international de New York relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[753], la Convention européenne des droits de l'Homme dispose que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* »[754] et la Charte des droits fondamentaux que « *la propriété intellectuelle est protégée* »[755]. Cette reconnaissance se déduit également de la jurisprudence nationale et européenne[756]. C'est ainsi que le droit de la propriété intellectuelle – et de là, la propriété littéraire et

[749] CA Bruxelles, 9ème ch. 5 mai 2011, *op. cit.*

[750] A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 379, n° 386 et s. ; V. également TGI Paris, 3ème ch. 25 nov. 2008, dit « Wizzgo », décision dans laquelle n'a pas été reconnu comme pouvant se prévaloir de la « copie transitoire » un service de magnétoscope en ligne permettant aux internautes de procéder à l'enregistrement d'émissions de télévisions et d'y accéder à leur demande : *RLDI* 2008/4, 1449 ; *RTD Com.* 2009, p. 312, obs. Pollaud-Dulian ; *RIDA* 1/2009, p. 388 et p. 219, obs. Sirinelli.

[751] Bien qu'il soit admis que les premiers priment naturellement, et sauf exception, sur les libertés fondamentales, D. PIATEK, *op. cit.*, p. 348, n° 528.

[752] DUDH, art. 27, 2 : « Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

[753] Art. 15-1 : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit (…) de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

[754] Conv. EDH, Protocole n° 1, art. 1.

[755] Charte des droits fondamentaux, art. 17.2.

[756] V. en ce sens, Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540. – CEDH, 29 janv. 2008, n° 19247/03 : *Comm. com. électr.* 2008, comm. 76, note Caron ; *Propr. intell.* 2008, p. 338, obs. Benabou ; *JCP E* 2008, 1934, obs. Zollinger. – CJCE, 12 sept. 2006, aff. C-479/04 : *Propr. intell.* 2007, p. 211, obs. A. Lucas ; *JCP E* 2008, 1144, n° 13, obs. Zollinger.

artistique – est reconnu en tant que droit fondamental au titre du droit à la propriété[757]. Cependant, ce droit à la propriété – de par ses spécificités incorporelles – se voit confronter à l'exercice de certaines libertés fondamentales, dont notamment la liberté d'expression.

Un juste équilibre, garantissant la pérennité de ces droits et libertés fondamentales se devait ainsi d'être trouvé. C'est en ce sens que le législateur est venu limiter le monopole garanti à l'auteur en instaurant des exceptions fondées sur la liberté d'expression. Cependant, leur exercice reste strictement encadré, étant même possible d'affirmer qu'il est « proportionné ». L'usage de l'œuvre « primaire » se fait ainsi sous conditions : il ne doit pas porter une atteinte injustifiée à l'œuvre ou à son exploitation. Ainsi, et d'une part, le droit d'auteur vient limiter une partie du monopole accordé à l'auteur afin que la liberté d'expression puisse s'exercer, que ce soit au profit d'un nouvel auteur ou du public, et d'autre part, la liberté d'expression trouve une limite à son exercice afin de protéger les intérêts de l'auteur.

194. Un usage à titre gratuit non compensé justifié par l'équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression. C'est dans cet équilibre trouvé et justifié que vient se glisser l'usage à titre gratuit non compensé des exceptions fondées sur la liberté d'expression. Cette véritable gratuité – par l'absence de contrepartie – au profit des bénéficiaires tend à s'imposer d'elle-même par le simple fait de la présence d'une liberté fondamentale. En effet, si l'usage à titre gratuit des exceptions peut être compensé[758], la non-compensation et ainsi la pleine gratuité trouve son fondement dans l'exercice de la liberté d'expression dans le cadre de ces dernières. À ce titre, l'auteur ne peut prétendre obtenir une compensation en contrepartie de l'usage à titre gratuit.

Cependant, l'usage à titre gratuit non compensé reste limité : son champ d'application respectera celui de l'exercice de la liberté d'expression. Cette gratuité n'aura plus vocation à s'appliquer si les conditions de l'exercice de la liberté d'expression dans le cadre du bénéfice des exceptions ne sont pas respectées. Dans cette hypothèse, le droit d'auteur, et plus particulièrement le monopole de l'auteur

[757] V. pour une étude approfondie, N. BRONZO, *op. cit.*
[758] V. *supra* n° 177.

pourra alors être opposé aux utilisateurs et une contrepartie financière mettant alors un terme à l'usage à titre gratuit pourra être réclamée – contrepartie financière pouvant également découler d'une condamnation pour contrefaçon. Cette hypothèse se retrouve notamment dans le cadre de l'exception par voie de presse, l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle disposant à cet effet que « *les reproductions ou représentations qui, notamment par leur nombre ou leur format, ne seraient pas en stricte proportion avec le but exclusif d'information immédiate poursuivie ou qui ne seraient pas en relation directe avec cette dernière donnent lieu à rémunération des auteurs sur la base des accords ou tarifs en vigueur dans les secteurs professionnels concernés* ». L'usage à titre gratuit non compensé, justifié par la présence de la liberté d'expression, dispose ainsi d'une fenêtre d'application strictement encadrée. Il est alors possible d'affirmer que la contrepartie non financière – et donc non compensée – résidera dans le respect des conditions du bénéfice de l'exception : l'usage à titre gratuit non compensé ne sera possible qu'en contrepartie du respect des conditions de l'exception. La contrepartie, alors non monétaire, résidera dans le respect des conditions imposées par le Code de la propriété intellectuelle et explicitées par la jurisprudence.

Néanmoins, l'évolution des usages – notamment numériques – tend à favoriser la liberté de création aux dépens du droit d'auteur.

B. – Nouvelles exceptions et nouveaux usages : extension du champ d'application de l'usage à titre gratuit non compensé

195. Vers une évolution du rapport entre liberté de création et droit d'auteur. La reconnaissance par le législateur de nouvelles exceptions et les nouveaux usages permis par la démocratisation du numérique et des réseaux – bien qu'ils ne soient pas encore juridiquement reconnus – viennent alimenter le débat existant autour de la place de la liberté de création au sein du droit d'auteur (1). Cependant, force est de constater que ces derniers créent un déséquilibre au profit de la liberté de création, élargissent de fait le champ de l'usage à titre gratuit non compensé (2).

1 – L'exception de panorama et la pratique amateur

196. L'exception de panorama : un droit d'auteur restreint au profit des usages. L'inscription de l'exception de panorama dans la loi par le législateur est issue, entre autres, de l'évolution des usages numériques. En effet, s'ils ont largement modifié les pratiques culturelles, ils ont également modifié les règles encadrant la création et sa diffusion. Tout utilisateur peut devenir créateur et jouir de sa liberté de création et d'expression en diffusant ses œuvres sur les réseaux sociaux. Ces derniers, alors auteurs, ont-ils le droit de diffuser leurs œuvres sans obtenir l'autorisation préalable des auteurs des œuvres reproduites ou représentées ? Le législateur y répond par l'affirmative.

Cependant, et comme le précise le texte, l'exception ne concerne que les œuvres architecturales et sculpturales uniquement placées en permanence sur la voie publique – ne sont alors pas concernées les peintures ou fresques relevant du *street art*[759] ou même les sculptures privées –, à condition qu'elles soient reproduites ou représentées par une personne physique – un auteur – et exploitées uniquement à des fins non commerciales[760]. La limite de cette exception tient ainsi au genre de l'œuvre, à son auteur – une personne physique et non une personne morale –, et à son exploitation. Il s'agit alors de reconnaître – et ainsi autoriser – la pratique consistant, pour les internautes, à partager leurs photographies sur les réseaux sociaux sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une autorisation préalable à l'auteur de l'œuvre architecturale ou sculpturale reproduite ou représentée. Précisée par le texte du Code de la propriété intellectuelle, cette limitation au monopole des titulaires de droit semble également admise par la destination de ces œuvres : placées en permanence sur la voie publique, il semble difficile de venir limiter le public de se les approprier. Par la destination, un contrat est ainsi conclu entre l'auteur et le public : l'œuvre étant exposée sur la voie publique, l'auteur ne peut interdire à ce dernier de se l'approprier et ainsi jouir de sa liberté d'expression.

---

[759] V. en ce sens C. CARON, « République numérique rime avec exceptions et limitations au droit d'auteur » : *Comm. com. électr.* 2016, comm. 96, p. 29.

[760] V. également, J.-M. BRUGUIÈRE, *in* Propr. intell. 2017, n° 62, p. 22, et « Exploitation des images d'œuvres d'art plastiques et photographiques : les nouvelles dispositions des lois "créations" et "République numérique" » : *Légipresse* 2017, n° 345, p. 19.

197. **La pratique amateur ou la reconnaissance d'une supériorité de la liberté d'expression.** Il est largement admis que l'internaute n'apparaît plus comme un simple « utilisateur », mais comme un « créateur » de contenu[761]. Pour s'en rendre compte, il suffit de naviguer quelques instants sur des plateformes de partage comme YouTube ou Dailymotion afin de constater que les utilisateurs créent du contenu en transformant des œuvres préexistantes [762] : il s'agit alors de « création transformative »[763]. Si l'appréhension de cette notion dans l'univers numérique a d'abord fait l'objet d'une étude de la part de l'OCDE[764], elle a également été reprise par la Commission européenne[765], le Rapport Lescure[766] et enfin, par le professeur V.-L. BENABOU[767]. Si aucun texte – que ce soit la directive 2001/29/CE ou l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle – ne fait référence à une possible exception relative aux « créations transformatives » issues de la pratique amateur, celle-ci fait l'objet de débat et même d'une proposition de reconnaissance dans la législation européenne[768]. Afin de mieux appréhender ce que recouvre la notion de « pratique amateur », il apparaît opportun de s'arrêter sur la notion d'« amateur » et de ce que recouvre cette pratique.

Pour le Larousse, l'amateur *« est une personne qui s'adonne à une activité artistique, sportive (…), pour son plaisir et sans en faire profession, par opposition au professionnel »* [769]. Sociologiquement, l'amateur, dans le domaine artistique et culturel, peut être considéré comme un individu exerçant une activité de loisir en n'ayant aucune prétention artistique. Il peut également être envisagé comme un individu exerçant une pratique culturelle dans le simple but de se ressourcer,

---

761 Il est alors fait référence à la notion de UCC (« user-created contents ») ou encore d'UGC (« user-generated contents ») ; V. notamment en ce sens, OCDE, *Internet participatif : contenu créé par l'utilisateur*, 2007, p. 9 ; CCCE (Commission des Communautés Européennes), *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, Livre Vert, COM (2008) 466/3, p. 19 ; Rapport Lescure, *Contribution aux politiques culturelles à l'ère du numérique*, t.1, 2013, p. 36 ; V.-L. BENABOU, *Rapport de la mission du CSPLA sur « les œuvres transformatives »*, déc. 2014, p. 7.

762 Si cette pratique s'est largement démocratisée avec l'avènement d'Internet et des réseaux, il faut néanmoins constater qu'elle existait déjà avant le numérique, v. sur ce point V.-L. BENABOU, *Rapport de la mission du CSPLA sur « les œuvres transformatives », ibid.,* p. 2 et s.

763 V.-L. BENABOU, *op. cit.,* p. 17 ; Ou « œuvre transformative », pour une étude complète du sujet, V. la thèse de P. Leger, *Les œuvres transformatrices*, th. Paris-Sud, 2015.

764 OCDE, *Internet participatif : contenu créé par l'utilisateur*, *op. cit.,* p. 9 et s.

765 CE, *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, op. cit.,* p. 19 et s.

766 Rapport Lescure, *op. cit.* p. 36 et s. et p. 425 et s.

767 V.-L. BENABOU, *op. cit.*

768 V. Rapport REDA, 24 juin 2015, proposition n° 12.

769 Définition du Larousse.

uniquement pour lui-même[770]. Néanmoins, pour P. FLICHY, il existe une catégorie particulière d'amateur : celle du fan. Pour l'auteur, le fan n'est pas qu'un passionné, il s'approprie différemment les œuvres[771]. Pour l'OCDE, l'amateur *« ne s'inscrit pas dans un cadre institutionnel ou commercial »*. Il peut même s'agir de *« personnes non professionnelles ne cherchant pas à retirer de profit ou de rémunération »* car elles *« sont motivées par des désirs tels que celui d'entrer en contact avec des pairs, d'accéder à un certain niveau de célébrité, de notoriété ou de prestige, ou de s'exprimer »*[772]. Ainsi, s'il faut retenir une définition de « l'amateur », il est possible de considérer que celui-ci se distingue du « professionnel » en ce sens que l'amateur exerce son art pour son propre plaisir – plaisir de partage, de recueillir des avis ou des critiques –, mais surtout, à des fins non commerciales, non marchandes. L'amateur, en tant que passionné de culture et de réalisation – musicale, audiovisuelle ou autre –, créera une œuvre nouvelle à partir d'une œuvre préexistante, à condition, néanmoins, qu'il ne perçoive aucune rémunération à cet égard – en tant que salarié par exemple – mais surtout, à condition que l'œuvre créée ne fasse l'objet d'une exploitation commerciale. C'est ce qui fait ainsi la différence avec le professionnel considéré comme un individu qui exerce régulièrement un métier tout en étant rémunéré. Néanmoins, dans l'hypothèse où un auteur professionnel souhaite réaliser une œuvre « transformative » en la partageant gratuitement, il faudra retenir que le caractère « amateur » ne tient pas à s'appliquer, dans le sens où l'auteur, déjà reconnu en tant que « professionnel », ne peut que bénéficier d'une telle pratique pour accroitre sa notoriété[773]. En l'espèce, le caractère « commercial », même s'il est absent, peut prendre son sens par le partage « gratuit » de l'œuvre composite, lui permettant ainsi une plus grande exposition et une plus grande chance de conclure des contrats à titre onéreux. Cette pratique pouvant bénéficier à l'auteur « professionnel », les droits exclusifs de l'auteur de l'œuvre originelle tiennent donc à s'appliquer[774].

---

[770] P. FLICHY, *Le sacre de l'amateur, Sociologie des passions ordinaires à l'ère numérique* : Seuil, 2010, p. 12.

[771] *Ibid.* ,p.12.

[772] OCDE, *Internet participatif : contenu créé par l'utilisateur*, *op. cit.,* p. 10.

[773] Il faut retenir, en ce sens, qu'un auteur professionnel est un auteur ayant reçu une formation adaptée à la création ou ayant déjà conclu des contrats d'auteur, justifiant l'existence d'une certaine expérience et compétence en la matière.

[774] Telle a notamment été la position de la cour d'appel de Versailles dans une décision du 16 mars 2018. En effet, et après un renvoi de la Cour de cassation, la cour d'appel a estimé qu'une

Employé à tort[775], le terme de « créations transformatives » ou d' « œuvres transformatives » fait en réalité référence à la notion d'« œuvre composite »[776], cette dernière étant considérée comme une œuvre nouvelle *« à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière »*[777]. Appliqué à l'univers numérique, il est possible de les assimiler au *mash-up*[778], *fanvids*[779], ou encore aux *fan-fictions*[780]. Néanmoins, la réalisation d'une œuvre composite nécessite d'obtenir l'autorisation préalable de l'auteur de l'œuvre faisant l'objet de la « transformation »[781], étant même admis que l'autorisation peut intervenir alors même que l'œuvre a déjà été réalisée et qu'elle ne fait pas encore l'objet d'une communication au public[782]. Il apparaît donc possible d'affirmer que la création transformative est susceptible de porter préjudice aux droits de l'œuvre première à partir de l'instant où il y a exploitation, autrement dit, dès lors que l'œuvre nouvelle

---

reproduction de photographies par un peintre sans l'autorisation de l'auteur de ces photographies correspond à une atteinte aux droits d'auteur. Cette position vient ainsi créer des limites au courant « appropriationniste » qui, s'il peut être confondu avec la « pratique amateur », ne concerne en majorité que les auteurs professionnels, CA Versailles ,16 mars 2018, n° 15-06029.

775 V. pour une analyse du terme « œuvre transformative », V.-L. BENABOU, *op. cit.*, p. 13.

776 Pour les prochains développements, et dans le cadre du Chapitre consacré aux « exceptions » (c'est-à-dire l'autorisation d'utiliser une œuvre à titre gratuit et sans demander préalablement d'autorisation aux ayants droit), on partira de l'hypothèse que l'œuvre faisant l'objet d'une « transformation » est considérée comme une œuvre originale attribuant un monopole d'exploitation à l'égard de son ou de ses auteurs et dont l'usage peut être soumis au versement de redevances et doit être soumis à autorisation préalable.

777 CPI, art. L. 113-2, al. 2 ; V. également F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* p. 401, n° 525

778 Le « mash-up » peut être défini comme « un assemblage, au moyen d'outils numériques, d'éléments visuels ou sonores provenant de différentes sources » : BO n° 43, 25 novembre 2010 ; V. également, V.-L. BENABOU, *op. cit.*, p. 13.

779 Les « fanvids » sont des vidéos étant « le résultat d'une opération de montage d'images animées tirées d'une source cinématographique ou télévisuelle et d'assemblement de ces images à une nouvelle bande-son », V.-L. BENABOU, *ibid.*, p. 10.

780 Les « fan-fictions » consistent « à construire des histoires narratives reprenant des personnages, des décors ou des acteurs présents dans la culture populaire, le plus souvent dans les sagas romanesques, les séries télévisées et les films à succès », *ibid.*, p.11 ; V. également P. FLICHY, *op. cit.,* p. 36 et s.

781 F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* p. 405, n° 530 ; A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 248, n° 228 et s.

782 Cass. 1ère civ., 17 nov. 1981 : *D.* 1983, obs. Colombet. Les juges retenant que « la cour d'appel a relevé que [l'auteur] n'avait réalisé qu'un projet et que s'il avait fait entendre l'enregistrement, c'était pour solliciter des avis techniques ; que, dès lors, elle a pu estimer que [l'auteur], qui pouvait ne pas poursuivre la réalisation de ce projet, n'était pas tenu d'obtenir le consentement de l'auteur de la chanson ».

reproduit ou représente l'œuvre originelle à destination du public[783]. Toutefois, et même si l'auteur de l'œuvre première a donné son autorisation pour la réalisation d'une œuvre dérivée, une autre problématique doit être soulevée : celle du respect de l'œuvre première[784].

Il est ainsi possible, comme le propose le professeur V.-L. BENABOU, de rapprocher cet usage consistant à transformer une œuvre des exceptions encadrées par le Code de la propriété intellectuelle. Néanmoins, l'étude démontre que la référence à l'exception de citations et d'analyses s'avère désuète[785], mais également qu'un rapprochement avec l'exception de parodie n'est pas opportun. En effet, une condition fait défaut : celle du caractère nécessairement humoristique de la parodie[786]. S'il est possible de classer certaines créations transformatives dans la catégorie « humour », ce n'est pas le cas de toutes. Pour P. LEGER, les limitations existantes dans l'exercice de ces deux exceptions – que sont l'exception de citations et d'analyses ainsi que l'exception de parodie –, et bien que fondées sur l'exercice de la liberté d'expression[787], font que ces dernières n'ont pas de véritable vocation « créatrice »[788]. C'est ainsi que l'application de l'exception de citations et d'analyses ainsi que l'exception de parodie montre des insuffisances et ne peuvent venir s'appliquer aux créations transformatives « dans leur ensemble ».

L'inspiration viendrait-elle du côté du « *fair use* » ? En effet, le système américain des exceptions reconnaît la faculté, pour le juge, d'appliquer le *fair use* à

---

783 V.-L. BENABOU, *op. cit.*, p. 33.

784 V. en ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* p. 408, n° 535. – Cass. soc., 8 févr. 2006, affaire dite « Jean Ferrat » : *Comm. com. élect.* 2006, étude M. Bourdarot. – Cass. 1re civ., 5 déc. 2006 : *RIDA* 1/2007, p. 359 ; *Comm. com. électr .* 2007, comm. 18, note Caron ; Prop. intell. 2007, p. 205, obs. Bruguière. – Cass. 1ère civ., 6 juill. 1965, Bernard Buffet : *JCP G* 1965, II, 14339, conclusion Lindon ; *A contrario*, V. V.-L. BENABOU, *op. cit.*, p. 44.

785 V.-L. BENABOU, *op. cit..,* p. 49 et s. ; Il a de plus été relevé, suite à l'affaire Eva Maria Painer (CJUE, 1er déc. 2011, aff. C-145/10), que la notion de brièveté doit désormais également s'inscrire dans la dynamique de la rédaction de l'exception par la directive. Il ne s'agit plus d'envisager cette dimension à travers un ratio œuvres citées/œuvres citantes puisque la condition d'œuvre citante n'est plus exigée ; il convient de réaliser une pesée de la proportionnalité de la citation au vu de la finalité poursuivie. La question des finalités poursuivies par la citation – explicatives ou informationnelles plutôt que créatives – devrait faire l'objet d'une précision au plan européen ».

786 V. *supra* n° 89 ; V. également en ce sens, V.-L. BENABOU, *op. cit.*, p. 54.

787 V. en ce sens *supra* n° 189 et s.

788 P. LEGER, *La recherche d'un statut de l'œuvre transformatrice. Contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, th. 2015, Paris-Sud, p. 316, n° 364.

des utilisations qui n'auraient pas été envisagées par les textes[789]. Il s'agit d'un système d'exceptions dit « ouvert », à l'inverse du système d'exceptions connu en France, dit « fermé », où les exceptions au droit d'auteur sont limitativement énumérées par le législateur[790]. Synonyme d'insécurité juridique, le système « ouvert » des exceptions facilite néanmoins la reconnaissance de nouvelles pratiques et ainsi de nouveaux usages comme exception au droit d'auteur. C'est ainsi qu'il est admis que les œuvres « transformatives » peuvent se voir appliquer l'exception de *fair use*. En effet, le juge américain a reconnu, d'abord en limitant l'application du *fair use* au respect de certains critères[791], puis au seul fait qu'il faille que la création transformative apporte quelque chose de nouveau[792], que la réalisation de ces créations – et donc, de la réalisation d'œuvres composites – entrait dans le champ d'application du *fair use* : *« À l'origine, c'est la création d'une œuvre nouvelle poursuivant une finalité particulière qui légitimait que l'exigence d'une autorisation de l'auteur de l'œuvre utilisée soit contournée. Demain (…), le fair use s'élargira à tout usage nouveau de l'œuvre d'autrui, même non créatif, dès lors qu'il présente une utilité pour le public »*[793]. Néanmoins, l'approche du *fair use* est difficilement transposable dans notre droit national. En effet, d'une part, une telle application du droit soulèverait de réelles problématiques à l'égard du droit d'auteur français – principe de l'œuvre composite et de la réutilisation d'une œuvre préexistante, respect

[789] L'exception de *« fair use »* figure dans le US copyright law, § 107 : « 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 ».

[790] V. *supra* n° 174.

[791] V. notamment les affaires Campbell v. Acuff Rose Music Inc., 510 U.S. 569 (1994) et Blanch v. Koons 467 F.3d244 (2d Cir. 2006), dans lesquelles les juges ont relevé que l'œuvre nouvelle doit poursuivre un intérêt particulier et doit modifier l'œuvre originelle en adressant un nouveau message,

[792] V. notamment Cariou v. Prince, 714 F. 3D 694 (2d cir. 2013) – 25 avr. 2013, Cour fédérale d'appel du 2e circuit – : 127 Harv. L. Rev., 1228, Feb. 2014, dans laquelle les juges ont estimé que la simple transformation des œuvres originelles justifiait le bénéfice de l'exception de *fair use* car il existait un apport nouveau, mais également que les œuvres nouvelles n'étaient pas destinées au même public.

[793] P. LEGER, *op. cit.,* p. 445, n° 509.

du droit moral de l'auteur de l'œuvre première –, mais surtout, et d'autre part, il serait difficile, d'un point de vue économique, de justifier qu'une œuvre composite soit légale à partir de l'instant où elle a été utilisée à d'autres fins que celles de son utilisation première : cela priverait l'auteur de l'œuvre première du monopole commercial qu'il a sur son œuvre. La justification d'une reconnaissance légale de l'œuvre composite ne peut ainsi trouver de réponse dans le *fair use*. C'est en ce sens qu'il apparaît alors nécessaire de réfléchir à la délimitation d'une nouvelle exception encadrant les usages transformatifs issus de la pratique « amateur » : *« avant d'instaurer une exception éventuelle pour les œuvres transformatives, il faut déterminer avec précision les conditions dans lesquelles une utilisation transformative pourrait être autorisée, de manière à éviter toute atteinte aux intérêts économiques des titulaires de droits sur l'œuvre originale »*[794].

La liberté de création et ainsi la liberté d'expression trouvent leur pleine application dans les créations transformatives. En effet, par ces usages, les « transformateurs » – les auteurs des créations transformatives – usent de leur entière liberté de création et d'expression : ils créent des œuvres nouvelles en reprenant ou en s'inspirant largement des œuvres préexistantes. Confrontée à une affaire opposant deux auteurs, l'un reprochant à l'autre d'avoir reproduit ses photographies pour produire de nouvelles œuvres sans son autorisation[795], la Cour de cassation a cassé la décision de la cour d'appel qui avait retenu que les droits détenus sur des œuvres arguées de contrefaçon ne sauraient, faute d'intérêt supérieur, l'emporter sur des œuvres dont celles-ci sont dérivées. En effet, pour la Cour de cassation, la cour d'appel, « *sans expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait* »[796] a privé sa décision de base légale. La Cour remettrait-elle en cause le rapport de force existant entre droit d'auteur et liberté d'expression, qui, jusqu'à présent, bénéficiait au droit d'auteur ?[797]

---

[794] CE, *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, op. cit.,* p. 18.
[795] Cass. 1re civ., 15 mai 2015, *op. cit.*
[796] *Ibid.*
[797] V. également D. PIATEK, *op. cit.*, p. 384, n° 598.

2 – Un déséquilibre naissant au profit de la liberté de création

198. **Vers un déséquilibre au profit de la liberté de création et d'un élargissement de l'usage à titre gratuit non compensé.** Il apparaît nécessaire d'admettre que l'évolution des usages reconnus en droit d'auteur – exception de panorama – ou faisant l'objet de débats – pratique amateur et créations et usages transformatifs – tend à faire basculer le rapport de force existant entre liberté de création et droit d'auteur. S'il est nécessaire de protéger la liberté de création, celle-ci ne doit cependant pas oublier qu'elle doit elle-même protéger le droit d'auteur : ces deux notions apparaissent indissociables. En effet, il ne peut y avoir de droit d'auteur sans liberté de création, et il ne peut y avoir liberté de création sans droit d'auteur[798]. Cependant, avec la reconnaissance de ces nouveaux usages, l'exercice de la liberté d'expression, et de là le bénéfice d'un usage à titre gratuit non compensé, ne trouve plus de limite dans les conditions de l'usage de l'œuvre mais plus particulièrement dans les conditions de son exploitation. Cette évolution se retrouve notamment dans le cadre de l'exception de panorama. En effet, le législateur a instauré comme seule limite à la reproduction et à la représentation des œuvres architecturales et sculpturales – en plus du genre des œuvres –, une condition de non exploitation commerciale, alors qu'il est possible d'affirmer, qu'en pratique, il existe un préjudice à l'égard des titulaires de droit[799]. Une pareille condition peut se retrouver dans le cadre de la pratique amateur : le terme amateur faisant référence à une pratique non professionnelle et ainsi non commerciale, la reconnaissance d'une « exception transformative » se limiterait – outre la possible atteinte au droit moral des ayants droit – à la condition de l'exploitation de l'usage.

Les conditions de l'usage, notamment dans le caractère proportionnel ou accessoire, dans la justification technique ou d'actualité, laissent place à l'unique condition d'exploitation. La voie semble donc ouverte à la possibilité, pour les bénéficiaires des exceptions, de reproduire ou représenter gratuitement une œuvre, sans contrepartie, peu importe la manière ou la destination, à l'unique condition qu'ils

[798] Il faut notamment reconnaître, dans cette affirmation, que le droit d'auteur incite à la création et ainsi, à faire sienne la liberté de création.
[799] V. *supra* n° 196.

ne retirent aucun bénéfice de cet usage. Serait-ce, finalement, et à l'avenir, l'unique limite dans le bénéfice d'une exception ?

199. Conclusion de la Section 1. L'usage à titre gratuit des exceptions peut ainsi être à titre gratuit compensé – par l'instauration d'un système de compensation afin de réparer un préjudice subi du fait du bénéfice de l'exception par le public – ou à titre gratuit non compensé – justifié alors par la recherche d'une balance des intérêts fondamentaux que sont le droit d'auteur et la liberté d'expression. Néanmoins, il semblerait que l'usage à titre gratuit compensé tend à disparaître au profit de l'usage à titre gratuit non compensé, le législateur semblant même abandonner l'idée d'une telle compensation lors de l'inscription dans le Code de la propriété intellectuelle de nouvelles exceptions. De plus, l'usage à titre gratuit compensé semble également s'éloigner de l'idée d'une recherche dans la limitation du monopole de l'auteur. En effet, l'œuvre étant, dans l'hypothèse du bénéfice des exceptions, en dehors du circuit commercial, il semble nécessaire que l'usage soit à titre gratuit non compensé – usage dans lequel il existe une réelle gratuité. Cependant, l'instauration d'une compensation semble justifiée dans une seule hypothèse, celle de la copie privée. Cette exception, permettant au public de réaliser des copies « parfaites » d'œuvres, crée un véritable préjudice à l'égard de l'auteur qui se doit d'être compensé. En dehors de cette hypothèse, l'usage à titre gratuit, s'il n'est pas déjà non compensé, devrait le devenir.

L'usage à titre gratuit non compensé est ainsi largement répandu dans le cadre du bénéfice des exceptions. Ce dernier, issu de la recherche d'un équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression semble plus particulièrement provenir de l'exercice de ladite liberté et épouse son périmètre strictement encadré. En dehors de celui-ci, il y a empiètement sur le droit d'auteur, l'usage à titre gratuit non compensé se transformant alors en usage à titre onéreux. Cependant, le périmètre de la liberté d'expression prend de plus en plus le pas sur celui du droit d'auteur, avec, comme conséquence, l'élargissement de l'usage à titre gratuit : celui-ci n'est alors plus conditionné par des règles strictes d'usage, mais conditionné par une condition d'exploitation. Ainsi, l'usage à titre gratuit non compensé se voit être limité par une seule condition, celle d'une exploitation à titre non commercial de l'œuvre issu du bénéfice de l'exception.

SECTION 2. – La limite de l'usage à titre gratuit : l'usage à titre non commercial

200. **Usage des exceptions et critère de non-commercialité.** L'étude du critère de « non-commercialité » est importante car il apparaît comme l'une des conditions du bénéfice des exceptions. En effet, le public ne pourra bénéficier d'une exception que si son usage reste strictement non commercial : il représente ainsi une limite à l'usage à titre gratuit. Cependant, si ce dernier peut coexister avec d'autres conditions encadrant le bénéfice des exceptions, en étant cumulatif, il tend à devenir l'une des conditions prédominantes dans le cadre du bénéfice des exceptions (§1). Restant néanmoins imprécis, il apparaît opportun de tenter de délimiter ses contours afin de définir dans quelles hypothèses le critère de « non-commercialité » tiendrait à s'appliquer (§2).

§ 1. – L'usage à titre « non-commercial » dans le cadre du bénéfice des exceptions

201. **Un critère omniprésent.** La condition d'un usage à titre non commercial de l'œuvre peut apparaître comme un critère cumulatif (A). Il tend cependant, notamment dans le cadre des nouvelles exceptions, à s'imposer comme un critère prédominant, voire devenir le critère essentiel permettant de conditionner le bénéfice des exceptions (B).

A. – L'usage à titre non commercial : un critère cumulatif

202. **Usage à titre non commercial et usage privé.** Dans le cadre du bénéfice de l'exception de représentation dans le cercle de famille, la représentation, en plus d'être nécessairement « privée », doit également être « gratuite ». Ainsi, et afin que cette représentation ait un caractère gratuit, il apparaît nécessaire, par exemple, que les participants ne contribuent aux frais engagés pour la représentation. Dans le cas

contraire, il y a acte de contrefaçon et les droits exclusifs tiennent à s'appliquer[800]. Ainsi, à partir de l'instant où l'accès à la représentation privée se fait en contrepartie d'un prix, ou si le groupe participe financièrement à l'organisation de la représentation, l'exception de représentation privée ne tient pas à s'appliquer[801]. Il semble néanmoins difficile d'imaginer que l'acte pourrait être qualifié de contrefaçon si la participation financière se fait uniquement par les proches entrant dans la notion de « cercle de famille »[802]. La représentation gardant son caractère « privé », il ne semble pas que l'auteur ou ses ayants droit subissent de véritables préjudices[803].

De manière plus subtile, la cour d'appel de Paris a admis que la représentation d'œuvres au cours d'une soirée d'anniversaire d'une société, dont l'entrée était gratuite pour les invités, revêtait un caractère lucratif. En effet, si le critère de « cercle de famille » a rapidement été balayé par la Cour[804], cette dernière considère que la société qui organise une soirée d'anniversaire en présence d'invités ne peut *« raisonnablement soutenir qu'elle poursuivait, même indirectement, aucun but lucratif en invitant dans ses locaux des personnalités connues »* et qu' *« il n'est pas réellement contestable que la notoriété des invités était susceptible de servir l'image de la société (…) et ainsi contribuer à la promotion de ses produits, contrepartie à un investissement non négligeable à une telle soirée »*[805]. Il s'agit là de la reconnaissance

---

800 P.-Y. GAUTIER, *Propriété Littéraire et artistique* : PUF Droit, 2016, 10ème éd., p. 357, n° 336.

801 F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur* : Economica, coll. Corpus Droit Privé, 2005, p. 824, n° 1153.

802 Le « cercle de famille » constitue « l'intimité du cercle familial ou d'amis constituée par la réunion de parents, d'alliés ou de personnes ayant des relations habituelles », CA Grenoble, 28 févr. 1968 : *RIDA* 1968, n° 57, p. 166, note Desbois ; *RTD Com.* 1968, p. 349, obs. Desbois. ; Plus récemment, la cour d'appel a considéré que l'usage privé est un usage « dans un cercle familial restreint, CA Paris, 4ème ch. 22 avr. 2005 : *RIDA* 1/2006, p. 374 ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 98, note C. Caron ; *Propr. intell.* 2005, p. 340, obs. Lucas et Sirinelli ; V. également CA Aix, 5 sept. 2007 : *RIDA* 4/2007, p. 346 ; *Comm. com. électr.* 2007, comm. 130, note C. Caron ; *Propr. intell.* 2008, p. 110, obs. A. Lucas ; Et qu'il « ne saurait être réduit à un usage strictement solitaire de sorte qu'il doit bénéficier au cercle de proches, entendu comme un groupe restreint de personnes qui ont entre elles des liens de famille ou d'amitié », CA Paris, 4ème ch. 4 avr. 2007 : *D.* 2007, p. 1209. Pareille appréhension de la notion a été faite par le tribunal correctionnel de Paris, ce dernier estimant que le « cercle de famille » doit s'entendre comme des « personnes parentes ou amis très proches qui sont unies de façon habituelle par des liens familiaux ou d'intimité », Trib. Corr, 24 janv. 1984 : *Gaz. Pal.* 1984, 1, p. 240, note Marchi ; Le « cercle de famille » englobe ainsi la famille et les amis, ces derniers représentant un nombre d'individus restreint ayant nécessairement un lien familial ou affectif.

803 P.-Y. GAUTIER, *op. cit.,* p. 357, n° 336.

804 Considérant, bien entendu, que les membres de la société et les invités ne font pas partie du « cercle de famille », CA Paris, 8 février 2012 : *RTD Com.* 2012, p. 332, obs. F. Pollaud-Dulian.

805 CA Paris, 8 févr. 2012, *op. cit.*

de l'existence d'une contrepartie morale[806] à l'égard de la société due à la représentation d'œuvres. Par l'organisation de la soirée, des invités conviés et de la publicité réalisée *a posteriori*[807], l'image de la société à l'égard du public ne pouvait qu'être améliorée, faisant indirectement la promotion de ses produits et créant, ainsi, un certain avantage commercial.

Il faut alors retenir que le critère de « non-commercialité » de l'usage de l'œuvre dans le cadre de l'exception de représentation privée ne s'entend pas au sens strict du terme, c'est-à-dire, par une participation financière des participants, mais au sens large, notamment par la détermination de l'existence d'une contrepartie financière « indirecte », ou encore, par l'existence d'une contrepartie morale. La représentation doit ainsi se faire uniquement dans un cadre purement « altruiste » où l'on ne peut déceler l'existence d'une contrepartie financière directe ou indirecte.

203. **Usage à titre non commercial et usage dans le cadre de l'enseignement.** Si l'exception de pédagogie autorise *« la représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques et des partitions de musique, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche »*[808], donc que cette représentation ou reproduction soit réalisée à des fins « pédagogiques », il faut également que son usage soit « non commercial ». Cette précision est apportée par la directive 2001/29/CE ainsi que par l'article L. 122-5, 3°, e) du Code de la propriété intellectuelle, ces deux textes reconnaissant que l'exception pédagogique est licite dans la mesure où il n'y a *« aucun but commercial poursuivi »*[809] ou que la représentation ou la reproduction *« ne donne lieu à aucune exploitation commerciale »*[810]. S'agissant des établissements privés, dont le principe est le paiement de l'inscription, et donc du financement de l'enseignement, le 42ème considérant de la directive 2001/29/CE indique expressément que *« la structure organisationnelle et les moyens de financement de l'établissement concerné ne sont*

806 V. *supra* n° 69.
807 Il est précisé que la société avait autorisé que soit réalisé un compte-rendu de la soirée afin d'être publié dans la presse et sur son propre site Internet, CA Paris, 8 févr. 2012, *op. cit.*
808 CPI, art. L. 122-5, 3°, e).
809 Dir. 2001/29/CE, 22 mai 2001, art. 5, 3, a).
810 V. CPI, art. L. 122-5, 3°, e).

pas des éléments déterminants à cet égard »[811]. Il faut ainsi comprendre que le financement indirect de la représentation ou reproduction des œuvres – notamment par le paiement de l'inscription – n'est pas à prendre en considération dans la détermination de l'usage commercial de l'illustration[812].

204. **Usage à titre non commercial et handicap.** En plus de sa destination aux *« personnes affectées d'un handicap »*[813], les bénéficiaires de l'exception de handicap ne peuvent l'exercer de manière commerciale. Ce critère apparaît dans la directive 2001/29/CE[814] ainsi qu'à l'article L. 122-5, 7° du Code de la propriété intellectuelle. Il faut ainsi conclure que les personnes morales ou les établissements publics ne peuvent en aucun cas prétendre à percevoir des bénéfices de la réalisation de représentations ou de reproductions adaptées aux personnes souffrant de handicap.

205. **Usage à titre non commercial et recherche.** Destinée à l'égard des bibliothèques, musées ou archives, l'exception de conservation impose à ces personnes morales de ne pas rechercher d'avantages économiques ou commerciaux du fait de la reproduction et de la représentation d'œuvres effectuées à des fins de conservation[815]. À ce sujet, le professeur C. ALLEAUME considère qu'il faut particulièrement retenir le critère « d'avantage commercial » plutôt que celui « d'avantage économique ». En effet, le premier implique *« un certain état d'esprit (recherche de bénéfice) »*, alors que le second *« est beaucoup trop large pour pouvoir être utilisé(e) »*[816]. *Quid* cependant des bibliothèques privées ? Si la loi ne fait aucune distinction entre bibliothèques « publiques » et « privées », il faut se référer à la notion du texte excluant « tout avantage commercial ». Il faut en effet considérer que l'adhésion à une bibliothèque privée mettant en valeur son fonds documentaire tend à

---

[811] Considérant 42 de la directive 2001/29/CE, « Lors de l'application de l'exception ou de la limitation prévue pour les utilisations à des fins éducatives et de recherche non commerciales, y compris l'enseignement à distance, la nature non commerciale de l'activité en question doit être déterminée par cette activité en tant que telle. La structure organisationnelle et les moyens de financement de l'établissement concerné ne sont pas des éléments déterminants à cet égard ».

[812] Néanmoins, pour C. ALLEAUME, il faut distinguer « les centres de formations des entreprises qui emploient, « Les exceptions de pédagogie et de recherche » : *Comm. com. électr.* 2006, étude 27, n° 20.

[813] CPI, art. L. 122-5, 7°.

[814] Art. 5, 3, b) de la directive 2001/29/CE.

[815] CPI, art. L. 122-5, 8°.

[816] C. ALLEAUME, « Les exceptions de pédagogie et de recherche », *op. cit.*, n° 29.

favoriser la recherche d'un avantage commercial : le bénéfice de l'exception devrait ainsi être exclu[817].

Nouvelle exception admise par le Code de la propriété intellectuelle, l'exception d'exploration et de fouille de texte a été insérée dans la loi, dans l'objectif de soutenir la recherche afin qu'elle ne soit pas confrontée, lorsqu'elle souhaite récupérer des données, à des barrières mises en place par certains éditeurs[818]. Cependant, certaines conditions doivent être réunies afin de pouvoir bénéficier de l'exception d'exploration et de fouille de texte : les reproductions doivent être réalisées à partir de sources licites, dans un but d'exploration et de fouille de texte et de données associées aux écrits scientifiques pour la recherche publique, mais également, être faites à des fins non commerciales[819]. Le critère de « non-commercialité » apparaît donc cumulatif, venant s'ajouter aux autres conditions délimitant les contours de l'exception. L'instauration d'un tel critère de « non-commercialité » semble s'inscrire dans une volonté que cette exception bénéficie à la recherche et à l'intérêt général, et non à des intérêts particuliers[820]. C'est ainsi que la reproduction faite pour la recherche dans un texte ou dans des données ne doit pas donner lieu à une exploitation commerciale. Il s'agira cependant d'attendre la naissance d'une jurisprudence relative à l'usage de cette exception afin de dessiner un contour concernant le respect de ce critère.

206. **La condition de l'usage à titre « non-commercial », une condition prédominante ?** Ainsi, les conditions du bénéfice des exceptions sont, de par leurs particularités, cumulatives. En plus des personnes physiques ou morales visées par ces exceptions et des conditions d'exercice, la condition de l'usage à titre « non commercial » se cumule au but poursuivi par ces dernières. À ce titre, l'usage à titre « non commercial » représente un critère cumulatif. Cependant, la question se pose de son importance dans les conditions du bénéfice. En effet, si les exceptions sont reconnues dans des cas spéciaux – alors énumérés par le Code de la propriété intellectuelle –, pourquoi ne pas conditionner leur usage à une simple « non-

817 C. ALLEAUME, « Les exceptions de pédagogie et de recherche », *op. cit.*, n° 30.
818 V. notamment AN, Session ordinaire 2015-2016, 1re séance du 21 janv. 2016.
819 CPI, art. L. 122-5, 10° ; V. également *supra* n° 191.
820 AN, Session ordinaire 2015-2016, 1re séance du 21 janv. 2016.

commercialité » ? Cela irait dans le sens de la recherche d'une certaine liberté d'accès et d'usage des œuvres sans pour autant que cela ne vienne créer un préjudice à l'égard des auteurs, uniquement, bien entendu, si l'usage entre dans le cadre du but poursuivi par l'exception. Peu importe les conditions d'exercice, à partir de l'instant où l'exception a pour fin l'enseignement ou la recherche, par exemple – une finalité – l'unique condition du bénéfice de l'exception pourrait être l'usage « non commercial ».

L'exemple le plus frappant de l'ampleur que peut prendre la condition de « non-commercialité » de l'usage provient de l'instauration de la nouvelle exception de panorama. En effet, l'auteur ne peut interdire la reproduction ou la représentation, par une personne physique, de son œuvre architecturale ou sculpturale placée en permanence sur la voie publique, à condition que l'usage soit « non-commercial ». Cette condition semble ainsi prédominante : placées en permanence sur la voie publique, il est difficile de venir limiter l'appropriation du public – des personnes physiques et non des personnes morales, la limitation aux personnes physiques étant compréhensible afin que les personnes morales ne puissent profiter des œuvres en en tirant un quelconque profit – si ce dernier a librement accès à ces œuvres. Par la limitation à un usage « non-commercial », l'exception ne porte ainsi pas atteinte aux intérêts de l'auteur et ne vient pas le priver d'une source majeure de revenus. Pourquoi, alors, ne pas avoir étendu cette exception au *street-art* par exemple ou à l'ensemble des œuvres placées sur la voie publique ? En effet, la finalité de l'exception est d'autoriser les personnes physiques à reproduire et représenter – dessiner, photographier notamment – des œuvres placées sur la voie publique – immeuble, sculptures –, la condition étant que cette reproduction ou représentation soit exercée à des fins « non commerciales ». L'exception a ainsi une finalité – permettre au public de s'approprier les œuvres placées en permanence sur la voie publique – et une condition – un usage « non commercial ».

Afin de continuer dans cette réflexion, il apparaît utile de rappeler qu'une fois l'œuvre communiquée, l'auteur en perd le contrôle, étant, de plus, difficile de venir en limiter l'accès. Par le numérique et l'expansion des réseaux, le public accède librement – que ce soit de manière légale ou illégale, certes – à une quantité innombrable d'œuvres. Ainsi, les notions d'accès « privé » ou « public », ou même

d'usage « privé » ou « public », qui pourraient justifier certaines exceptions – représentation dans le cercle de famille, copie privée ou encore l'exception de panorama – sont de plus en plus floues. Les conditions du bénéfice des exceptions tendent ainsi à être prises largement et non plus strictement. Les nouveaux usages – qui feront peut-être l'objet d'une définition légale et d'une inscription au sein de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle – prennent en compte l'usage à proprement parler, à condition néanmoins qu'il n'y ait aucun bénéfice ou aucune exploitation commerciale de l'œuvre. L'usage à titre « non commercial » tend ainsi à devenir prédominant.

B. – Vers une prédominance de l'usage à titre non commercial

207. **Un critère apparaissant comme prédominant.** Il est des exceptions pour lesquelles le critère de « non commercialité » d'usage apparaît comme prédominant. Il s'agit notamment de certaines exceptions encadrées par le Code de la propriété intellectuelle, mais également de la reconnaissance d'un usage de plus en plus répandu, celui de la pratique amateur.

208. **Des copies « privées » et de l'usage non commercial : l'usage à titre « non commercial » lié au caractère « public » de l'usage.** Transposée aux nouveaux usages, la condition « privée » de l'utilisation de la copie peut paraître désuète. Il est en effet possible d'imaginer qu'une copie puisse être transmise par mail ou par l'utilisation de service de téléchargement direct dont l'accès est volontairement restreint à quelques personnes[821] et de là, profiter à des membres de la famille du

[821] Sur l'application de la copie privée aux services de type « Cloud », v. à ce titre, la CJUE qui a admis que la redevance pour « copie privée » pouvait s'appliquer, non pas aux utilisateurs de service de « Cloud », mais aux prestataires, CJUE, 5 mars 2015, aff. C-463/12, Copydan Båndkopi c/ Nokia Danmark A/S, consid. 23 : « compte tenu des difficultés pratiques pour identifier les utilisateurs privés ainsi que pour les obliger à indemniser les titulaires du droit exclusif de reproduction du préjudice qu'ils leur causent, il est loisible aux États membres d'instaurer, aux fins du financement de la compensation équitable, une redevance pour copie privée à la charge non pas des personnes privées concernées, mais de celles qui disposent des équipements, appareils et supports de reproduction numérique et qui, à ce titre, en droit ou en fait, mettent ceux-ci à la disposition de personnes privées ou rendent à ces dernières un service de reproduction » ; Par ailleurs, la même Cour a récemment considéré qu'un service permettant à un utilisateur de copier dans le « Cloud » un programme télévisé constituait une communication au

copiste ou à quelques-uns de ses amis – la condition de « cercle familial » est alors respectée[822]. Cependant, et même si la transmission se réalise de bonne foi entre les membres d'un groupe restreint, elle peut facilement atteindre, avec les copies numériques, un nombre important d'individus. Cela rendrait alors la transmission de la copie, ou plus particulièrement son partage, illicite, car privant l'auteur d'une source majeure de revenus[823]. Le copiste « primaire » peut ainsi avoir partagé une simple copie numérique avec un public entier et être alors coupable de contrefaçon[824]. La difficulté de contrôle des copies, même par l'intermédiaire des mesures techniques de protection[825], alliée à la facilité engendrée par le numérique de réaliser des copies et de les transmettre amène à se poser indubitablement la question de savoir si la notion d'usage « privé » de la copie ne semble pas atteindre ses limites. Faut-il envisager, par la force des choses, de revenir sur la condition de l'« usage privé », et se pencher plus particulièrement sur le caractère « non commercial » de l'usage ?

Si la directive 2001/29/CE reconnaît explicitement que l'usage de la copie ne peut être réalisé qu'à *« des fins non directement ou indirectement commerciales »*[826], l'article L. 122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle reste silencieux à ce sujet[827]. Néanmoins, le critère reconnu de « l'usage privé » constitue la

---

public et non une copie privée, CJUE, 29 nov. 2017, aff. C-265/16, VCAST Limited c/ RTI SpA : *Dalloz IP/IT 2018*, p. 188, obs. S. Dormont ; *Comm. com. électr. 2018*, comm. 1, C. Caron.

[822] Sur cette notion, v. *supra* n° 202.

[823] Il faut ainsi rappeler, qu'à ce titre, l'instauration d'une compensation est justifiée, v. *supra* n° 178 et s.

[824] Il est cependant difficile de considérer que l'usage de la copie est « privé » si le copiste ou le destinataire de la copie la met à disposition de tous les internautes grâce au P2P ou un serveur ouvert. Cette mise à disposition, sans l'accord préalable des ayants droit, constitue un acte de contrefaçon, V. en ce sens P.-Y. GAUTIER, *op. cit.,* p. 360, n° 338 ; A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique* : Lexis Nexis, 2017, 5ème éd., p. 394, n° 407 et s. ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins* : LexisNexis, 2017, 5ème éd., p. 349 n° 365 et s. : La question se pose également de savoir si l'exception de copie privée doit s'étendre au *cloud computing*, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins* : Précis Dalloz, 2015, p. 559, n° 629, V. plus particulièrement à ce sujet, CSPLA, *Rapport de la commission spécialisée « Informatique dans les nuages »,* 2012.

[825] Si les mesures de protection techniques ont été reconnues comme légales, il faut néanmoins reconnaître que ces dernières semblent peu efficaces pour lutter contre la reproduction des œuvres et le partage de ces dernières.

[826] V. Dir. 2001/29/CE, art 5, 2, b).

[827] Le législateur national a uniquement invoqué le critère de licéité de la source et d'usage privé, CPI, art. L. 122-5, 2°.

reconnaissance implicite de la nécessité d'un usage non commercial de la copie[828]. En effet, un usage privé n'engendre pas d'usage commercial. Si l'usage s'avère être commercial en atteignant un public plus large que le « cercle restreint », le caractère privé de la copie n'a plus lieu d'être. Néanmoins, la notion de copie « privée » s'avérant dépassée par les usages numériques, le législateur ne doit-il pas reconnaître explicitement, comme critère unique, le caractère « non commercial » d'une telle copie ? Si ce dernier reste silencieux à ce sujet, la réponse se trouve du côté de la jurisprudence. En effet, la cour d'appel d'Aix, dans une décision du 13 février 2008, a reconnu qu'un copiste, propriétaire d'un restaurant et ex-DJ vendant des copies d'œuvres à ses clients, ne peut bénéficier de l'exception de copie privée, non seulement car les copies sont commercialisées, mais également car l'usage n'a plus de caractère privé puisqu'il atteint, par la vente, un public plus large que le « cercle de famille »[829]. Le critère de « non commercialité » semble donc lié à celui de l'absence de caractère « privé » de la copie.

S'agissant de la notion de « commercialité », le TGI de Paris, en rendant la célèbre décision *Wizzgo*, a estimé que des copies réalisées par un magnétoscope numérique avaient un caractère commercial car elles constituaient *« l'assise de l'activité commerciale (…) laquelle repose sur la création et le développement d'un groupe d'utilisateurs de ce service d'enregistrement en ligne, réceptifs à des annonces publicitaires »*[830]. Ainsi, et selon la jurisprudence, à partir de l'instant où il est possible de déceler l'existence d'une rémunération, même indirecte, l'exception de copie privée ne peut s'appliquer. En l'absence de caractère « privé » de la copie – qui semble se dessiner de plus en plus –, son caractère « non commercial » s'impose de lui-même. Peut-être serait-il opportun de reconnaître que la notion de copie « privée » s'avère archaïque, et de réfléchir plus particulièrement à une notion de « copie non commerciale ».

---

828 A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 396, n° 409.

829 CA Aix, 5ème ch. 13 févr. 2008 ; V. également dans le même sens, CA Toulouse, 30 mars 2005 : *Comm. com. électr.* 2005, comm. 155, obs. C. Caron. – CA Nancy, 4e ch. corr., 20 mai 2003 : *Comm. com. électr.* 2004, comm. 73, obs. C. Caron.

830 TGI Paris, 3ème ch., 25 nov. 2008 : *RLDI* 2008/4, 1449 ; *RTD Com*. 2009, p. 312, obs. Pollaud-Dulian ; *RIDA* 1/2009, p. 388 et p. 219, obs. Sirinelli.

209. **L'usage à titre « non commercial » comme critère « essentiel ».** Le critère d'absence de *« valeur économique propre »* de la copie provisoire figure au sein de la directive 2001/29/CE et a été repris mot pour mot par le législateur national[831]. Ce critère apparaît même comme étant essentiel[832]. Il faut ainsi considérer, selon la jurisprudence, qu'une copie provisoire a une valeur propre lorsqu'il existe des revenus publicitaires liés au nombre d'utilisateurs et au nombre de copies réalisées[833]. Néanmoins, à partir de l'instant où il n'existe aucun revenu direct ou indirect, tout en sachant que la société se rémunère grâce à l'ensemble de ses services, la copie provisoire est dénuée de valeur propre[834]. Il doit ainsi exister un lien entre la rémunération – directe ou indirecte – et la réalisation de la copie. Plus explicitement, la copie provisoire ne doit pas aller *« au-delà de l'avantage économique tiré de la simple réception d'une émission d'œuvres protégées »*[835]. S'il est admis qu'il puisse y avoir un « avantage économique » regroupant un certain nombre de services, il ne doit cependant pas y avoir « d'avantage commercial » propre à la copie. Il apparaît alors nécessaire de considérer que *« l'état de la technique change tellement vite qu'il est vain (…) d'espérer tracer une frontière nette entre le licite et l'illicite sur base des critères proposés »*[836]. Rejoignant ainsi l'affirmation concernant la remise en question du caractère « privé » ou « licite » de la copie privée et de l'existence de plus en plus floue des conditions juridiques requises à l'égard de la technique[837], il serait souhaitable de tenir compte, afin de pouvoir bénéficier de l'exception de copie provisoire, ou de copie « privée », de l'absence de « valeur économique propre ».

Le critère de « non commercialité », comme critère essentiel, se retrouve également dans le cadre de la pratique amateur. En effet, l'une des conditions fondamentales tenant à la reconnaissance de la pratique amateur se trouve dans le

---

831 CPI, art. L. 122-5, 6°.

832 A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 383, n° 391.

833 V. en ce sens, TGI Paris, 3ème ch., 25 nov. 2008, *op. cit.*

834 La cour d'appel de Bruxelles considère ainsi que la gratuité des copies réalisées par Google est justifiée par le fait que « cette gratuité n'est possible qu'en raison des recettes très importantes que Google engrange par l'attractivité de tous ses services », CA Bruxelles, 9ème ch, 5 mai 2011, *op. cit.*

835 CJUE, aff. C-403/08, 4 oct. 2011, Football Association Premier League / QC Leisure, dit « Football Association Premier League ».

836 A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 385, n° 393.

837 V. *supra* n° 208.

caractère non commercial de l'exploitation de l'œuvre « transformée »[838]. Il serait en effet tentant, pour l'auteur amateur ayant réalisé une œuvre composite, de commercialiser cette dernière. Le Code de la propriété intellectuelle reconnaît en effet que *« l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante »*[839]. À cet égard, l'auteur – ou les auteurs – de l'œuvre composite *« possède(nt) les droits tant pécuniaires que moraux sur l'œuvre dérivée »*[840]. Eux seuls peuvent choisir la méthode d'exploitation de l'œuvre, en respectant, néanmoins, dans l'hypothèse où l'autorisation a été accordée par l'auteur de l'œuvre originelle, l'accord conclu entre ces derniers. L'auteur amateur détenant ainsi des droits sur l'œuvre composite, peut décider de l'exploiter. C'est dans ce choix d'exploitation qu'existera la limite entre, d'une part, « la pratique amateur », et, d'autre part, « la pratique professionnelle », mais surtout, la détermination du bénéfice d'une possible exception de « pratique amateur ». Ainsi, à partir de l'instant où l'œuvre composite issue de la création d'un auteur amateur est destinée à être exploitée commercialement, les droits exclusifs de l'auteur de l'œuvre originelle doivent s'appliquer, avec ce que cela engendre – demande d'autorisation, négociation tenant à la rémunération de l'auteur de l'œuvre première, pourcentage sur les recettes d'exploitations, etc…[841]. Si, dans l'univers numérique, la gratuité d'usage peut en réalité cacher un réel schéma économique et marchand[842], une grande attention devra être portée sur l'existence, en aval, d'une chaine contractuelle prévoyant une rémunération à l'égard de l'auteur amateur – qui ne devra ainsi plus être considéré comme « amateur ». Il faut alors considérer que le partage « non commercial » de l'œuvre composite ne venant créer aucun avantage économique à l'auteur amateur, il ne crée, de fait, pas de préjudice à l'auteur de l'œuvre originelle dans « l'exploitation normale de son œuvre ». Ainsi, et compte tenu de la démocratisation de cette pratique, il serait bienvenu, de la part du législateur, de venir créer un régime juridique propre aux usages et aux œuvres transformatives, en tenant compte, comme élément

838 Pour une tentative de définition de la pratique amateur, v. *supra* n° 196.
839 CPI, art. L. 113-4.
840 F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* p. 413, n° 541.
841 Il faut néanmoins noter que si l'œuvre originelle est une œuvre sous licence libre, dont l'auteur a autorisé la modification de celle-ci, aucune autorisation préalable n'est nécessaire.
842 V. *infra* n° 260 et s.

déterminant, du caractère commercial ou marchand de l'œuvre transformative, comme cela est déjà le cas au Canada[843].

§ 2. – Délimitation et évolution du critère de « non commercialité »

210. **Le critère de non commercialité à l'aune des nouveaux usages.** Pour le professeur C. ALLEAUME, il faut retenir que la « commercialité » doit s'entendre comme un « avantage commercial », et, plus particulièrement, comme la recherche d'un bénéfice[844]. *A contrario*, donc, le critère de non-commercialité doit s'entendre comme l'absence de la recherche d'un bénéfice. Or, est-il toujours possible d'affirmer, lors de l'utilisation d'une œuvre dans le cadre du bénéfice d'une exception, qu'il y a toujours une absence d'avantage commercial et de là, une absence de la recherche d'un bénéfice ?

Si l'application du critère de « non-commercialité » ne semble pas poser de difficultés majeures s'agissant de l'usage des exceptions historiques reconnues par le Code de la propriété intellectuelle, il convient toutefois de s'interroger sur la délimitation du critère de « non-commercialité » s'agissant de l'usage de l'œuvre dans le cadre du bénéfice des nouvelles exceptions. En effet, s'il peut être aisé de déterminer l'existence de la recherche d'un bénéfice et de là, un usage contrefaisant dans le cadre d'une représentation dans le cercle de famille[845], du bénéfice de l'exception pédagogique[846] ou encore de l'exception de handicap[847], la frontière entre

---

[843] L'article 29. 21, introduit en 2012 dans la loi sur le droit d'auteur canadien, et intitulé très clairement « Contenu non commercial généré par l'utilisateur », dispose que : « Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, d'utiliser une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur ou une copie de ceux-ci — déjà publiés ou mis à la disposition du public — pour créer une autre œuvre ou un autre objet du droit d'auteur protégés et, pour cette personne de même que, si elle les y autorise, celles qui résident habituellement avec elle, d'utiliser la nouvelle œuvre ou le nouvel objet ou d'autoriser un intermédiaire à le diffuser, si les conditions suivantes sont réunies : a) la nouvelle œuvre ou le nouvel objet n'est utilisé qu'à des fins non commerciales, ou l'autorisation de le diffuser n'est donnée qu'à de telles fins (…) ; d) l'utilisation de la nouvelle œuvre ou du nouvel objet, ou l'autorisation de le diffuser, n'a aucun effet négatif important, pécuniaire ou autre, sur l'exploitation — actuelle ou éventuelle — de l'œuvre ou autre objet ou de la copie de ceux-ci ayant servi à la création ou sur tout marché actuel ou éventuel à son égard, notamment parce que l'œuvre ou l'objet nouvellement créé ne peut s'y substituer ».

[844] C. ALLEAUME, « Les exceptions de pédagogie et de recherche », *op. cit.*, n° 29.

[845] V. *supra* n° 202.

[846] V. *supra* n° 203.

[847] V. *supra* n° 204.

« commercialité » et « non-commercialité » reste floue s'agissant du bénéfice de l'exception de copie privée, et plus encore de l'exception de panorama et de la pratique amateur.

211. **Des bénéficiaires « directs » et « indirects ».** Il est opportun, dans un premier temps, de distinguer les bénéficiaires « directs » des bénéficiaires « indirects ».

Peuvent ainsi être considérés comme bénéficiaires « directs » les usagers usant de l'œuvre dans le cadre du bénéfice d'une exception. Il s'agit de la personne physique à l'initiative de la représentation dans le cercle de famille, à l'initiative de la reproduction et représentation d'une œuvre architecturale dans le cadre de l'exception de panorama ou encore de l'amateur réalisant une œuvre transformative. Il s'agit également de la personne citante ou parodiant une œuvre préexistante, du copiste dans le cadre de l'exception de copie privée ou encore des personnes morales dans le cadre du bénéfice de l'exception pédagogique, de l'exception de handicap ou de l'exception de conservation. Il faut ainsi considérer, dans cette hypothèse, que le critère de « non-commercialité » s'applique directement. À ce titre, ces usagers ne doivent, en aucun cas, et dans le cadre du bénéfice des exceptions, ne percevoir d'avantage commercial et ainsi ne rechercher aucun bénéfice. Il est alors aisé de déterminer si l'usage de l'œuvre respecte le critère de « non-commercialité ». Dans l'hypothèse où cet usage serait commercial, il appartiendrait alors aux bénéficiaires directs de négocier directement avec les titulaires de droits de l'œuvre primaire afin de déterminer les conditions financières de cet usage « transformatif ». Il peut également être envisagé, en cas de monétisation de l'œuvre sur les plateformes de partage, que des accords soient conclus entre ces intermédiaires et les représentants des ayants droit afin de rétribuer les auteurs de l'œuvre première du fait de l'usage commercial.

Néanmoins, la complexité existante autour de l'usage « non commercial » de l'œuvre dans le cadre du bénéfice d'une exception est présente s'agissant des bénéficiaires « indirects ». Il s'agit, entre autres, des prestataires du numérique mettant à disposition, au profit du public, des services permettant le partage de l'information. Ainsi, même si le bénéficiaire direct use de l'œuvre sans rechercher de bénéfice, il met à disposition du bénéficiaire « indirect » une information que ce dernier peut valoriser : sans être à l'origine de la démarche créative, l'intermédiaire

capte cependant l'essentiel des revenus issus de la consommation de biens culturels sur Internet[848]. Peut-on alors considérer, dans cette hypothèse, que le critère de « non-commercialité » est respecté ? La réponse doit être positive. En effet, il faut considérer qu'à partir de l'instant où le bénéficiaire direct ne recherche aucun avantage commercial du fait de l'usage de l'œuvre, l'usage est « non commercial ». Cependant, s'il est admis que l'utilisation de l'œuvre alors mise à disposition sur les plateformes de partage leur apporte une certaine plus-value, et de là un certain avantage commercial, il ne faut pas, afin de préserver l'existence et le bénéfice des exceptions, et plus largement le droit du public d'user d'œuvres existantes sans recueillir l'autorisation préalable de l'auteur dans des conditions encadrées, considérer que le critère de « non-commercialité » n'est pas respecté. Ayant conscience, néanmoins, du bénéfice apporté par l'usage de ces exceptions sur les réseaux numériques à ces bénéficiaires « indirects », il peut être envisageable d'imaginer la mise en place d'une compensation à l'égard de ces derniers, compensation due par les plateformes de partage et destinée aux titulaires de droits pour l'existence d'un préjudice subi et d'une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre du fait, non seulement de la mise à disposition d'un tel service à l'égard du public, mais également de l'existence d'un avantage commercial à leur profit.

La frontière entre la notion de « commercialité » et de « non-commercialité » restant néanmoins confuse, il s'avère nécessaire, afin de garantir une certaine sécurité juridique à l'égard des bénéficiaires directs des exceptions, de venir apporter une définition moderne et adaptée à l'usage du numérique, du critère de « non-commercialité » de l'usage.

212. Conclusion de la Section 2. Le critère d'un usage « non-commercial », dans le cadre du bénéfice des exceptions, tend à devenir prédominant et tend même à devenir l'unique limite à l'usage à titre gratuit. Ce dernier, déjà présent pour certaines exceptions – en étant cependant cumulatif –, semble s'imposer de lui-même, que ce soit dans le cadre des nouvelles exceptions inscrites dans le Code de la propriété intellectuelle ou dans le cadre des nouveaux usages. En effet, la condition du bénéfice

[848] V.-L. BENABOU, *Rapport de la mission du CSPLA sur « les œuvres transformatives »*, déc. 2014, p. 17.

des exceptions, si elle doit avoir une finalité précise, entr'aperçoit une limite : celui de l'usage « non-commercial ».

Ainsi, le public pouvant user à titre gratuit d'œuvres protégées sans obtenir d'autorisation préalable des titulaires de droit ne peut tirer de cet usage un avantage commercial. Cela se justifie par le fait que les titulaires de droits ont et gardent le monopole de l'exploitation de l'œuvre – or dans l'hypothèse de l'usage d'une œuvre dans le cadre d'une exception, il n'y a pas d'exploitation, mais seulement un droit du public d'user d'une œuvre – et qu'un usage commercial reconnu à l'égard du public porterait atteinte à ce monopole d'exploitation. Le public, même s'il agit dans son droit, ne doit pas interférer dans l'exploitation commerciale de l'œuvre.

Il semblerait alors plus judicieux, afin d'adapter les règles en la matière aux nouveaux usages du numérique, sans pour autant venir diminuer les droits d'auteur, de reconnaître le critère de « non-commercialité » comme un des critères unique et prépondérant dans le bénéfice des exceptions. Il est en effet de plus en plus difficile de contrôler les reproductions et représentations d'œuvres dans l'univers numérique.

213. Conclusion du Chapitre 1. Si deux usages à titre gratuit peuvent être déterminés dans le cadre du bénéfice des exceptions, l'usage à titre gratuit non compensé tend à s'imposer face à l'usage à titre gratuit compensé. Cela se justifie, d'une part, par le caractère même des exceptions – instaurer une limite au monopole de l'auteur – mais également par le changement de rapport de force existant entre droit d'auteur et liberté d'expression. Cependant, l'usage à titre gratuit non compensé reste et doit rester strictement encadré afin de ne pas court-circuiter l'exploitation de l'œuvre. Si son contour tend également à s'élargir, l'unique condition à son bénéfice serait que celui-ci soit à titre « non-commercial ».

Les conditions du bénéfice des exceptions, qu'elles soient inscrites dans le Code de la propriété intellectuelle ou qu'ils s'agissent d'usages reconnus mais non encadrés, tendent ainsi à respecter trois conditions : avoir une finalité propre – enseignement, recherche ou encore handicap –, être d'usage à titre gratuit non compensé, et surtout, être d'usage « non-commercial ». En effet, pourquoi ne pas admettre qu'à partir de l'instant où l'usage à titre gratuit d'une œuvre, dans le cadre du bénéfice d'une exception, respecte le droit moral de l'auteur – notamment dans

l'hypothèse d'un usage réalisé dans le cadre d'une pratique amateur » – et est effectué à titre « non-commercial » – ne portant ainsi pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou, *a contrario*, de prévoir, à l'égard des « bénéficiaires indirects », un système de compensation – est légitime et légal ?

Chapitre 2. Usage à titre gratuit et commercialité de « l'œuvre commune »

214. **« Œuvre commune » et gratuité.** Étudier l'œuvre en tant qu'« œuvre commune » intéresse le sujet de la gratuité en droit d'auteur car l'appréhension de l'œuvre en tant que « bien commun » et ce qui en résulte pose nécessairement la question de l'usage à titre gratuit mais surtout de son appropriation, de sa réservation, mais également de son usage à titre commercial. Qu'elle soit tombée dans le domaine public ou qu'elle soit issue d'une renonciation de la part de l'auteur, l'« œuvre commune » intrigue : que faut-il entendre par « œuvre commune » et surtout, son usage est-il nécessairement libre et à titre gratuit ?

215. **Les « biens communs ».** Il apparaît opportun, afin de rechercher une définition des « biens communs », de se pencher sur les travaux d'E. OSTROM[849] repris par l'ensemble des auteurs s'intéressant à la notion de « biens communs », dont notamment B. CORIAT[850].

Dans un premier temps, il apparaît nécessaire de réaliser une distinction entre « biens collectifs » et « biens privatifs ». Si les premiers sont « non excluables »[851] et

---

[849] E. OSTROM s'est vu attribuer le prix Nobel d'économie en 2009 pour ses travaux sur les « biens communs ».

[850] B. CORIAT, « Communs fonciers, communs intellectuels. Comment définir un commun ? », *in* Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire : LLL, 2015, p. 29-50 ; V. également en ce sens O. WEINSTEIN, « Comment se construisent les communs : question à partir d'Ostrom », *in* Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire : éd. LLL, 2015, p. 69-86 ; C. PAUL., C. FÉRAL-SCHUHL, *Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique*, Rapport n° 3119, p. 230 ; J. MARTIN, C. BEAUFILS, *Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine public informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique*, oct. 2015, p. 2.

[851] O. WEINSTEIN., « Un bien non excluable est un bien qui est mis à la disposition de tous », *ibid.,* p. 71 ; V. également B. CORIAT, *op. cit.,* p. 30.

« non-rivaux »[852] – tel(le) que l'air ou l'eau –, les seconds seront à l'inverse « excluables » et « rivaux » – tels que les biens de consommation.

À la frontière de ces deux notions, les « biens communs » vont apparaître comme une troisième voie[853], c'est-à-dire comme des biens « non excluables » – le bien n'appartient pas à un individu mais à une communauté – et « rivaux » – l'usage du bien par un individu vient limiter l'usage du même bien par les autres individus[854].

Ainsi, *« les « biens communs » sont généralement sans titulaires précis : ils appartiennent à tous et à personne, dans le sens où tous doivent pouvoir y accéder mais personne ne peut émettre des prétentions exclusives. Dans la majorité des cas, les bénéficiaires des « biens communs » sont une pluralité de sujets non déterminés »*[855].

216. **L'appréhension des « biens communs » par le droit commun.** Le Code civil fait référence non pas aux « biens communs », mais aux « choses communes ». Ainsi, au sein de son article 714, le Code civil reconnaît qu'*« il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous »*, avant de préciser que *« des lois de polices règlent la manière d'en jouir »*. Ayant d'abord considéré que l'article tenait à s'appliquer *« aux choses qui n'auraient jamais été appropriées »*[856], le champ d'application s'est élargi[857], ne prenant plus en considération la liste traditionnelle des choses communes, élargissement qui peut s'expliquer par *« une*

---

[852] O. WEINSTEIN., Un bien sera « non rival si sa consommation ou son utilisation par une autre personne n'empêche pas son utilisation par d'autres », *ibid.* ; V. également B. CORIAT, *ibid.*

[853] B. PARANCE., J. DE SAINT-VICTOR, « « Commons, biens communs, communs » : une révolution juridique nécessaire », *in* Repenser les biens communs, dir. B. PARANCE., J. DE SAINT-VICTOR : CNRS Éditions, 2014, p. 14 et s.

[854] Il peut également être fait la distinction avec les « biens clubs », des biens « excluables » mais « non-rivaux », *ibid*., p. 18. et s. ; V. également O. WEINSTEIN, *op. cit.*, p. 72 ; Mais également entre les « biens communs » et les « biens publics », ces derniers étant la propriété d'une collectivité ou d'un établissement public. Ainsi, bien que leur usage puisse être « collectif », il est toujours possible de déclasser l'usage « collectif » pour le réserver à un usage « privé », M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes* : LGDJ, 2006, préf. G. LOISEAU, p. 65, n° 62.

[855] B. PARANCE., J. DE SAINT-VICTOR, *op. cit.*, p. 29 ; M. CLÉMENT-FONTAINE vient également préciser que « par biens communs on entend désigner des biens dont la jouissance est partagée par une communauté », « Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », *in* Les modèles propriétaires : LGDJ, 2012, p. 51.

[856] M. CLÉMENT-FONTAINE, « Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », *ibid.,* p. 55.

[857] On considère ainsi que les idées ou encore le patrimoine commun de l'humanité sont des biens communs, V. M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, et également M. CLÉMENT-FONTAINE, « Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », *op. cit.,* p. 55.

réelle volonté de laisser à l'usage commun certaines choses qu'elles sont qualifiées de choses communes et non en raison de leur nature »[858].

217. **Les « biens communs » : un usage à titre gratuit encadré.** L'usage des « biens communs » est considéré comme étant libre – non soumis à autorisation –, égal – chacun doit pouvoir user de la chose de la même manière –, mais surtout, à titre gratuit[859]. Si, à première vue, il apparaît possible d'imaginer que l'usage est libre – il faut entendre par là, sans encadrement –, force est de constater qu'il est nécessaire, et afin d'éviter la disparition des biens communs[860] – ce que l'on nomme en pareil cas la « tragédie des communs » –, d'encadrer l'usage de la communauté en créant des règles venant instaurer une hiérarchie entre les individus[861]. Ainsi, *« un commun ou bien commun est une ressource dont les droits d'usage sont partagés : une ressource gérée par une communauté qui fixe des règles de gouvernance afin de protéger et faire fructifier cette ressource »*[862].

218. **L'œuvre : un « bien commun » ?** LE CHAPELIER affirmait que le droit d'auteur est un droit de propriété *« d'un genre tout différent des autres propriétés »*[863]. Il s'agit même, selon ce dernier, d'une propriété sacrée, légitime, inattaquable, apparaissant comme *« la plus personnelle de toutes les propriétés »* dans la mesure où elle est *« l'ouvrage du fruit de la pensée »*[864]. Si la propriété intellectuelle a pu être

---

858 M. CLÉMENT-FONTAINE, *op. cit.,* p. 56.

859 M.-A. CHARDEAUX, « Le principe de gratuité implique que l'usage des choses communes ne soit pas subordonné au paiement d'une redevance », *op. cit.*, p. 315, n° 285.

860 B. CORIAT, *op. cit.*, p. 37 et s.

861 *Ibid.* ; V. également A. LUCAS SCHLOETTER, « Le domaine commun informationnel » : *Dalloz IP/IT 2018*, p. 90.

862 CNNum (Conseil National du Numérique), « Ambition numérique, pour une politique française et européenne de la transition numérique », 2015, p. 34 ; V. également S.I.Lex, « Un « commun » est constitué par la réunion de trois éléments : une ressource partagée, une communauté rassemblée autour de la ressource qui se dote d'une gouvernance et un ensemble de règles destinées à assurer la durabilité de la ressource et un partage équitable », « Retour et métamorphose du droit de glanage, racine historique des Communs », S.I.Lex, www.scinfolex.com, 6 févr.2016.

863 Le Chapelier, cité par M. VIVANT., J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins* : Précis Dalloz, 2015, p. 49, n° 32 ; V. également Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), *Étude exploratoire sur les droits d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, 2011, p.17.

864 L. PFISTER, Jcl. PLA, fasc. 1110, *Histoire du droit d'auteur*, 2010, n° 43 ; V. également CDIP, *op. cit.*

confrontée à la propriété matérielle[865], il faut retenir, à l'image des professeurs M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, qu'il *« est raisonnable d'envisager (…) le droit d'auteur comme un droit de propriété. Mais (…) un droit de propriété spécifique »*[866]. Allant en ce sens, le Code de la propriété intellectuelle reconnaît que *« l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, (…) d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »*[867]. Il va de soi que le législateur attribue à l'auteur un droit exclusif conçu comme un droit d'interdire[868] : *« les DPI* [droits de propriété intellectuelle] *ont (…) été conçus avec pour fonction et buts d'associer à des biens par essence non rivaux des droits exclusifs »*[869]. Le droit exclusif va ainsi permettre aux auteurs de contrôler la vie ou, plus particulièrement, la vie commerciale de leurs œuvres qui se traduira, d'une part, par l'exclusion des tiers de la jouissance de l'œuvre, et d'autre part, par l'établissement d'une redevance versée en contrepartie de son utilisation.

L'œuvre, de par son caractère immatériel, apparaît alors comme étant un bien « non rival ». Ce qui va lui attribuer un caractère « rival », ce n'est pas l'utilisation de l'œuvre en tant que telle, mais celle de son support – il est difficile d'imaginer plusieurs individus profitant en même temps du même support matériel contenant l'œuvre[870]. Néanmoins, avec l'essor du numérique, le caractère « non rival » lié à l'utilisation dématérialisée est venu prendre le pas sur l'utilisation physique. Toutefois, reconnaître l'œuvre comme un bien « non-excluable » est sujet à débat. S'il est admis que le droit d'auteur consacre des droits à l'auteur, excluant ainsi les tiers de son champ d'exploitation, il est des situations dans lesquelles l'œuvre revêtira les

---

865 Notamment par son caractère temporaire, à la différence de la propriété matérielle, qui elle, a un caractère perpétuel ; A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique* : Lexis Nexis, 2017, 5ème éd., p. 30, n° 26 ; Pour une analyse plus complète et une confrontation de la théorie de la propriété en droit commun et de la théorie de propriété en droit d'auteur, G. SALORD, *La propriété collective des œuvres, Contribution du modèle d'auteur au droit commun*, th. Paris II, 2007 ; V. également, S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres* : Larcier, 2007.

866 M. VIVANT., J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 49, n° 32 ; A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 29, n° 26 ; V. également S. DUSOLLIER citant P. RECHT, ce dernier considérant le droit d'auteur comme un forme spécifique de propriété, *op. cit.*, p. 314, n° 395.

867 CPI, art. L. 111-1, al. 1.

868 A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 21, n° 19 ; Pour un parallèle avec l'attribution d'un brevet, B. CORIAT, *op. cit.*, p. 42.

869 B. CORIAT, *Ibid.,* p. 41

870 Par exemple, l'usage d'une toile de maître n'est possible que par une personne.

caractéristiques propres à celles des « biens communs », pouvant permettre un usage libre et à titre gratuit. Il en est ainsi lorsque l'œuvre « tombe » dans le domaine public **(Section 1)**, ou encore lorsqu'elle fait l'objet d'une mise à disposition à titre gratuit, ou, plus particulièrement, d'une renonciation aux droits de la part de l'auteur. Il sera alors question d'« œuvres libres » **(Section 2)**.

SECTION 1. – L'œuvre « tombée » dans le domaine public : une extinction des droits patrimoniaux

219. **Du domaine public.** Les lois de 1791 et de 1793 sont venues poser les bases du « domaine public » en droit d'auteur en confrontant la notion de propriété dévolue à l'auteur et sa limitation dans le temps, faisant « tomber » de fait les œuvres dans le domaine public lorsque les droits attribués à l'auteur s'éteignent. En effet, si, dans un premier temps, les droits d'auteur s'écoulaient cinq ans après la mort de ce dernier – 1791 –, ceux-ci ont été prorogés à dix ans – 1793 –, trente ans – 1854 –, cinquante ans – 1866 –, et enfin soixante-dix ans après la mort de l'auteur en 1993 – l'alinéa 2 de l'article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose en effet que les droits de l'auteur *« persiste*[nt] *au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent »*. En ce sens, il a été admis sous l'égide de C. RENOUARD que l'attribution d'un droit exclusif à l'auteur par le Code de la propriété intellectuelle peut venir se confronter à l'intérêt du public[871]. Le législateur est alors venu limiter l'appropriation des œuvres dans le temps, expropriant les ayants droit afin « *d'attribuer la propriété de l'œuvre* » au public[872].

Cette durée de protection se voit notamment être justifiée, d'une part, par l'attente légitime d'un profit issu de l'exploitation de l'œuvre par l'auteur ainsi que ses héritiers[873] en leur permettant d'exercer leur liberté attribuée par le droit de propriété et, d'autre part, afin de respecter la condition de liberté du commerce et de

[871] V. également en ce sens, J. ROCHFELD, « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français ? », *in* Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire : éd. LLL, 2015, p. 88.

[872] Et non pas une « propriété publique », dévolue alors à l'État, S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur,* th. Paris II, 2001 : LexisNexis, coll. IRPI, p. 42, n° 48.

[873] Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire complet des codes français* : t. IX, 1827, p. 19.

l'industrie, condition notamment reprise dans la directive de 1993, cette dernière disposant que l'harmonisation des législations européennes sur le domaine public était justifiée afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur[874].

220. L'œuvre comme « bien commun » par extinction des droits exclusifs : « un domaine public au nom de la liberté »[875]. La notion de « liberté » apparaît comme l'un des fondements du domaine public. Il suffit, pour s'en rendre compte, de se référer à l'article 2 de la loi de 1791, disposant que « *les ouvrages des auteurs morts depuis cinq ans et plus, sont une propriété publique et peuvent, nonobstant tous anciens privilèges, qui sont abolis, être représentés sur tous les théâtres* ». Le texte reconnaît ainsi la possibilité, une fois les privilèges abolis, de représenter les œuvres dans tous les théâtres ou, autrement dit, de les représenter sans obtenir l'autorisation de leurs auteurs et ainsi, sans les rémunérer. Autrement dit, il est admis dès lors que les œuvres « tombées » dans le domaine public sont d'usage libre et à titre gratuit. Il est alors question d'équilibre entre droit d'auteur et domaine public : « équilibre » entre la possibilité reconnue à l'auteur et ses héritiers d'exploiter l'œuvre et d'en récolter les fruits, mais également « équilibre » entre la liberté pour les auteurs vivants d'accéder aux œuvres du domaine public et pour les entrepreneurs de les exploiter librement.

221. L'œuvre « tombée » dans le domaine public : un bien non marchand. Tombée dans le domaine public, l'œuvre sera alors qualifiée de « commune » et son caractère « non marchand » est la conséquence de son caractère non appropriable. Son « *commerce est indirectement empêché par le truchement de* [son] *inappropriabilité (…) elle-même décidée par le droit* »[876]. Il est ainsi admis, dans la tradition française[877], que l'utilisation de l'œuvre « tombée » dans le domaine public doit se faire à titre gratuit (§1). Néanmoins, force est de constater que le caractère inappropriable de « l'œuvre commune » n'est pas un frein à sa commercialisation (§2).

---

[874] Directive du Conseil n° 93/98/CEE, 29 oct. 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, cons. 2.
[875] L. PFISTER, Jcl. PLA, fasc. 1110, *Histoire du droit d'auteur*, 2010, n° 45.
[876] M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes* : LGDJ, 2006, préf. G. LOISEAU, p. 89, n° 77.
[877] F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p. 451, n° 584.

§ 1. L'œuvre « tombée » dans le domaine public : un usage à titre gratuit remis en cause

222. **D'un domaine public gratuit au domaine public payant.** Comme cela a été précédemment admis, la reconnaissance du domaine public est issue de la recherche d'un équilibre entre intérêts dévolus à l'auteur et intérêt de la société : l'équilibre trouvé est alors d'attribuer une propriété temporaire à l'auteur sur son œuvre et ainsi d'avoir la liberté de l'exploiter avant que le public ne vienne, par la suite, accéder librement et gratuitement à cette œuvre ou l'exploiter commercialement (A). Néanmoins, cette question d'exploitation des œuvres « tombées » dans le domaine public pose légitimement la question de savoir si une tierce personne a le droit de faire commerce d'un bien qui, par définition, appartient à tous et qui se doit d'être accessible librement et gratuitement. C'est en ce sens qu'est apparue la notion de « domaine public payant » ayant comme principe la libre reproduction et représentation des œuvres « tombées » dans le domaine public avec, comme condition et contrepartie, le versement d'une rémunération qui reviendrait directement aux ayants droit (B).

Force sera de constater que malgré cette remise en question du domaine public, la question de la reconnaissance d'un accès libre et à titre gratuit des œuvres inhérentes à ce dernier est fondamental en droit d'auteur et ce, pour la même raison justifiant sa création : celle de la liberté.

A. – Un usage à titre gratuit encadré

223. **Un usage libre.** L'œuvre tombée dans le domaine public considérée comme « chose commune » fait l'objet d'un usage à titre gratuit de la part du public (1). Néanmoins, cet usage à titre gratuit est encadré : l'utilisateur se verra dans l'obligation de respecter le droit moral de l'auteur, prérogative apparaissant alors comme une « loi de police » venant régir l'usage de l'œuvre « commune » (2).

1- Un usage non soumis à redevance

224. **Un bien non marchand soumis à un usage à titre gratuit.** Il est admis par la doctrine que l'utilisation du domaine public est, par définition, libre et gratuit : *« de manière très immédiate, le principe de gratuité implique que l'usage des choses communes ne soit pas subordonné au paiement d'une redevance »*[878]. En effet, passé le délai de réservation, l'œuvre « tombe » dans le domaine public[879] : *« la propriété du public commence, et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain »*[880]. L'œuvre sera alors qualifiée de « chose commune » en référence à l'article 714 du Code civil[881] : *« l'œuvre de l'esprit tombée dans le domaine commun est une chose inappropriable dans la mesure où elle ne peut plus être protégée »*[882]. Elle sera à la disposition de tous et pourra être exploitée librement[883], mais surtout, le public peut exploiter l'œuvre sans avoir à solliciter la moindre autorisation ou payer une redevance au titre de sa représentation ou reproduction[884].

---

878 M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.,* p. 315, n° 285 ; J. VILBOIS, « Tomber dans le domaine public signifie que l'œuvre peut être exploitée librement par tous les modes d'expression connus ou à venir par qui que ce soit sans aucune formalité et sans paiement d'une redevance », *Du domaine public payant en matière de droit d'auteur*, th., 1928, p. 372, n° 275.

879 Le domaine public est considéré comme un « régime de libre et gratuite exploitation qui devient applicable aux œuvres littéraires et artistiques, inventions brevetées, dessins et modèles, et marques, à l'expiration du délai pendant lequel leur auteur jouissait du droit exclusif de les exploiter », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant : PUF, 2005, p. 321 ; V. également, A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique* : Lexis Nexis, 2017, 5ème éd., p. 550, n° 652 ; M. VIVANT., J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins* : Précis Dalloz, 2015, p. 421, n° 459 ; Il existe néanmoins des prorogations. Tel est le cas notamment lorsque l'auteur est mort pour la France, CPI, art. L. 123-10.

880 Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), *op. cit.,* p. 17 ; V. également H. DESBOIS, « Le législateur ne peut, en effet, oublier que les droits exclusifs sont exercés aux dépens de la société tout entière, alors que les œuvres de l'esprit ont une vocation naturelle à la libre propagation », *Le droit d'auteur en France* : Dalloz, 3ème éd., 1978, p. 416, n° 322

881 M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes* : LGDJ, 2006, préf. G. LOISEAU, p. 229, n° 191 ; V. également M. CLÉMENT-FONTAINE, « Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », *op. cit,* p. 56 ; S. CHOISY, *op. cit.,* p. 77, n° 104 et s.

882 M.-A. CHARDEAUX, *ibid.*, p. 232, n °197.

883 A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.,* p. 550, n° 652 ; V. également F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur* : Economica, coll. Corpus Droit Privé, 2005, p. 58, n° 48.

884 M. VIVANT., J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 421, n° 459 ; V. également F. POLLAUD-DULIAN, *ibid.*

Néanmoins, il est admis que l'usage des « choses communes » peut être soumis à redevance lorsque l'usage de la chose peut la mettre directement en péril[885]. Dans certaines hypothèses, cette approche peut paraître justifiée. Tel sera le cas, en effet, lorsque l'œuvre tombée dans le domaine public, disponible « matériellement » sur un seul support physique, risque d'être endommagée ou détériorée par l'usage de tous. Pourquoi ne pas alors tout simplement interdire au public l'accès à ce support et ainsi à l'œuvre originale – interdiction apparaissant justifiée dans pareil cas –, en lui laissant toutefois la possibilité de consulter ou utiliser une simple reproduction ? Il apparaît ainsi difficile, dans cette hypothèse, d'envisager la mise en place d'une redevance afin de pouvoir utiliser l'œuvre « tombée » dans le domaine public.

Si l'usage à titre gratuit de l'œuvre tombée dans le domaine public, considérée alors comme « chose commune » apparaît comme étant le principe, ce dernier peut se voir limité : l'usage à titre gratuit n'est admis que dans l'hypothèse où il ne met pas l'œuvre en péril. L'onérosité de l'usage se justifiera alors par l'existence d'un risque : la disparition de l'œuvre. *A contrario*, la gratuité d'usage n'est ainsi admise que lorsque ce dernier apparaît comme étant « paisible ».

2 - La nécessité du respect du droit moral

225. **Le respect du droit moral comme « loi de police ».** *« L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne »*[886]. De l'exercice du droit moral, prérogative dévolue à l'auteur, il est alors possible de qualifier l'œuvre « d'intangible » : *« l'intangibilité de l'œuvre est garantie par le droit moral et, en particulier, par le droit à la protection de l'intégrité de l'œuvre qui interdit à quiconque de modifier la forme (physique) de l'œuvre ou de dénaturer son esprit sans l'autorisation de l'auteur »*[887]. Reconnu comme un droit perpétuel, *« le droit moral post mortem qui s'exerce sur les œuvres tombées dans le domaine commun est un pouvoir qui a pour fonction de les protéger contre des usages*

885 Tel est le cas notamment lors de la construction d'ouvrages réalisant des prélèvements sur les eaux souterraines ou des rejets d'eau ou de gaz polluants, M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.,* p. 316, n° 288 et s.

886 CPI, art. L. 121-1 al. 1 et 2.

887 M. CLÉMENT-FONTAINE, « Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », *op. cit,* p. 64.

abusifs »[888] et de là, *« de les protéger contre les utilisations susceptibles de porter atteinte à leur intégrité »*[889]. Outre la difficulté pouvant subsister s'agissant de la divulgation d'œuvres à titre posthume et le respect du droit moral de l'auteur par rapport à une telle divulgation[890], la question principale du respect du droit moral d'une œuvre « tombée » dans le domaine public sera le respect de son intégrité.

Le droit moral n'apparaît pas comme un « droit exclusif », une appropriation sur l'œuvre, mais comme un pouvoir[891] attribué aux héritiers permettant de faire respecter son intégrité, l'intérêt de l'auteur, ou plus particulièrement encore, le patrimoine culturel[892]. L'œuvre tombée dans le domaine public étant à la disposition de tous et son usage étant libre et à titre gratuit, il apparaît ainsi nécessaire, afin de sauvegarder l'œuvre et l'auteur, que soit respecté le droit moral – à condition que son respect ne soit pas jugé abusif[893]. Il est ainsi possible d'affirmer que le droit moral joue le rôle d'une « loi de police » régissant la manière de jouir des « œuvres communes », comme cela est admis à l'alinéa 2 de l'article 714 du Code civil[894].

226. **Une autorisation préalable.** Peut-on alors parler d'une « autorisation » venant limiter l'usage de l'œuvre « commune » ? En effet, et afin de ne pas porter atteinte à l'intégrité de l'œuvre, la pratique veut qu'une autorisation soit demandée aux titulaires de l'exercice du droit moral[895]. Il s'agit plus particulièrement d'agir sous le sceau de la prudence afin de venir éviter que vienne se mettre en place une procédure judiciaire s'il est estimé que le nouvel usage porte atteinte à l'œuvre. Force alors est de constater que la gratuité d'usage des œuvres « tombées » dans le

---

888 M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.,* p. 245, n° 211.

889 *Ibid.*, p. 247, n° 214.

890 V. notamment sur la question, S. CHOISY, *op. cit.*, p. 260, n° 425 et s. ; S. DUSOLLIER, « Pour un régime positif du domaine public », *in* Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire : éd. LLL, 2015, p. 238.

891 M.-A. CHARDEAUX., *op. cit.*, p. 246, n° 213.

892 S. DUSOLLIER, « Pour un régime positif du domaine public », *op. cit.*, p. 239.

893 Il est admis, par exemple, que les titulaires du droit moral peuvent jouer un rôle de « censeurs », S. DUSOLLIER, « Pour un régime positif du domaine public », *op. cit.*, p. 236 ; V. pour la reconnaissance d'un acte de contrefaçon sur une œuvre tombée dans le domaine public, Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 15-84.620.

894 M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.,* p. 248, n° 214.

895 S. CHOISY, *op. cit.*, p. 262, n° 428 et s.

domaine public, découlant de la liberté d'usage, peut se voir limitée par le respect du droit moral : *« ce phénomène tempère la liberté du domaine public »*[896].

B. – Le domaine public payant

227. **Le « domaine public payant » : définition.** Le domaine public payant peut être défini comme un *« régime particulier (…) dans lequel des œuvres de l'esprit, qui appartiennent au domaine public, ne peuvent être exploitées qu'à la condition de verser une redevance à des organismes désignés par les pouvoirs publics »*[897]. Ainsi, *« instaurer un domaine public payant reviendrait à rendre payant ce qui jusqu'ici apparaît comme gratuit »*[898].

Parmi les défenseurs du domaine public payant, il est possible de citer V. HUGO ou encore J. ZAY[899]. Néanmoins, J. VILBOIS a été le premier auteur à y consacrer des recherches[900]. Prenant pour exemple les législations étrangères[901], l'auteur fait le constat que le domaine public « libre et gratuit » tel qu'il est applicable en France, est non seulement confronté au droit moral de l'auteur[902], mais profite essentiellement aux éditeurs et aux libraires (1). Néanmoins, et malgré la présence d'arguments pertinents, la reconnaissance d'un tel régime poserait des difficultés juridiques (2).

---

[896] S. CHOISY, *op. cit.*, p. 196, n° 406 ; V. également en ce sens, S. DUSOLLIER, « Pour un régime positif du domaine public », *op. cit.*, p. 239.
[897] V. G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, p. 321.
[898] J. CAYRON, A. ALBARIAN, « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne » : LEGICOM 2006/2, n° 36, p. 118.
[899] F. BENHAMOU, J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright* : La Découverte, coll. Repères, 2014, p. 106 ; V. également *ibid*., p. 120.
[900] V. F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p. 451, n° 585.
[901] L'auteur consacre une partie sur « Le « domaine public payant » dans les législations étrangères », J. VILBOIS, *op. cit.*
[902] J. VILBOIS, *op. cit.,* p. 400, n° 288 et s.

1- La critique d'un domaine public « libre et gratuit » profitant aux éditeurs

228. **Un domaine public profitant aux éditeurs.** Malgré une soutenance datée de 1928, force est de constater que la réflexion menée par l'auteur dans sa thèse n'est pas si désuète et peut encore faire l'objet de critiques pertinentes à l'heure où l'industrie culturelle a pris un poids considérable dans l'économie mondiale et dans la société[903].

Afin d'étayer ses propos, J. VILBOIS cite des discussions tenues par la Commission de révision de 1825 ou encore par la commission Walewski de 1861. Il est alors considéré que *« la rétribution que l'on prélève à la porte des théâtres ne varie pas au gré des pièces qu'ils représentent, que le public paie pour voir Corneille ou Molière autant que pour assister aux excentricités du drame moderne »*[904]. Ainsi, *« les représentants de l'industrie de l'imprimerie et de la librairie (…) peuvent publier certains ouvrages sans avoir à compter avec les auteurs et leurs familles »*[905]. Il est alors admis que *« les œuvres tombées dans le domaine public n'appartiennent pas au public »*, mais *« à la librairie, au théâtre, à la photographie, au cinéma »*[906], lesquels bénéficient de biens mis à la disposition de la collectivité[907] : *« les œuvres tombées dans le domaine public représentent »* ainsi *« une source d'exploitation »*[908] ou autrement dit, une manne financière considérable[909]. Plus récemment, le Conseil Économique et Social a également affirmé qu'« *une partie notable des catalogues des éditeurs de musique, du livre et du cinéma correspond à des œuvres qui sont « tombées » dans le domaine public* », et qu'ils en sont les véritables bénéficiaires[910].

L'instauration d'un « domaine public payant » se justifierait ainsi par le principe de justice économique, mais également par la nécessité *« de trouver des ressources pour soutenir et encourager les auteurs, activer la création des œuvres de l'esprit »*[911]. Après la période légale attribuant un droit exclusif à l'auteur[912], le

---

[903] V. également dans le même sens, J. CAYRON, A. ALBARIAN, *op. cit.*, p. 120 ; F. BENHAMOU, J. FARCHY, *op. cit.,* p. 107.
[904] J. VILBOIS citant Worms, *op. cit.,* p. 383, n° 280.
[905] J. VILBOIS citant les procès verbaux de la Commission de 1861, *ibid.*
[906] J. VILBOIS citant L. Bérart, *ibid.*
[907] J. VILBOIS citant L. Bérart, *ibid.*
[908] J. VILBOIS citant P. Dupont, *ibid.*
[909] J. CAYRON et A. ALBARIAN, *op. cit.*, p. 121.
[910] Conseil Économique et Social, *Les droits d'auteur*, M. MULLER, 2004, p. 12.
[911] J. VILBOIS, *op. cit.,* p. 438, n° 312 ; V. également en ce sens, J. CAYRON et A. ALBARIAN, *op. cit.*, p. 120.

« domaine public payant » tiendrait à s'appliquer de façon perpétuelle[913] à l'ensemble des œuvres[914] avec le paiement, par l'utilisateur – que ce soit une personne morale, telle qu'un éditeur, ou une personne physique –, en contrepartie de l'utilisation, d'une redevance versée à l'État ou à un organisme habilité[915].

Néanmoins, si ces arguments apparaissent fondés, cela justifie-t-il la mise en place d'un « domaine public payant » qui irait à l'encontre même du principe de « domaine public » ?

2- Les difficultés juridiques relatives à la reconnaissance d'un domaine public payant : de l'exclusion du principe de domaine public payant

229. **Une difficile approche théorique.** Afin de comprendre la difficulté théorique à reconnaître la possibilité de rendre payant l'accès au domaine public[916], il convient de se pencher sur la notion de « domaine public » en droit d'auteur et de déterminer qui apparaît comme le propriétaire de l'œuvre « publique ».

Pour certains auteurs comme P. RECHT, *« le domaine public payant ne peut se manifester que par une taxe perçue soit sur les usagers des œuvres, analogue au droit d'entrée qu'on perçoit déjà dans les musées et les bibliothèques, soit une taxe sur les éditeurs (en imposant les œuvres non comme telles, mais comme objets d'édition), soit par une taxe d'une autre nature »*. L'auteur considère ainsi que *« l'État a le « jus fruendi » sur son domaine (…) »*[917]. À l'opposé de cette théorie, des auteurs comme S. CHOISY refusent d'assimiler le domaine public du droit d'auteur à celui du domaine public administratif. Partant de l'affirmation de P. RECHT selon laquelle la propriété pleine et entière, passé le délai de protection, appartient à l'État, exerçant alors toutes les prérogatives patrimoniales et morales[918], S. CHOISY estime

---

912 Qui est de 70 ans après la mort de l'auteur, v. CPI, art. L. 123-1 al. 2.
913 J. VILBOIS, *op. cit.,* p. 467, n° 333.
914 Même des œuvres déjà tombées dans le domaine public, *ibid*., p. 468, n° 335 et s.
915 J. VILBOIS, *op. cit.,* p. 478, n° 341 et s. ; V. également A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 551, n° 653 ; M. VIVANT., J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 421, n° 459 ; J. CAYRON et A. ALBARIAN, *op. cit.*, p. 117.
916 V. notamment J. CAYRON et A. ALBARIAN, *op. cit.,* p. 127.
917 P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété* : LGDJ, 1969, p. 266.
918 *Ibid.,* p. 327.

que l'on est en présence d'une propriété de tous, d'une propriété « collective » et non d'une propriété dévolue à une seule personne – l'État. Ainsi, *« aucune propriété publique n'existe aujourd'hui sur le domaine public en droit d'auteur »*[919]. Cela a pour conséquence de rapprocher les œuvres « tombées » dans le domaine public de la notion de « bien commun », ou plus particulièrement des « choses communes » comme le prévoit l'article 714 du Code civil. L'assimilation du domaine public du droit d'auteur au domaine public administratif doit donc être exclue.

La reconnaissance d'un « domaine public payant » dépendra ainsi du régime retenu du domaine public en droit d'auteur. Si le parti pris est de considérer que les œuvres présentes dans le domaine public sont des « choses communes », l'instauration d'une taxe – reconnaissant ainsi implicitement une certaine appropriation à l'égard de l'État – irait alors à l'encontre du principe même de l'alinéa 1 de l'article 714 du Code civil disposant qu'*« il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous »*. Il faut ainsi considérer que le « domaine public payant », fondé sur des arguments apparaissant justifiés, se heurte à des principes juridiques empêchant sa reconnaissance et instaurant le principe selon lequel le domaine public, en droit d'auteur, appartient non pas à une entité en particulier, mais à une « collectivité », au public.

C'est en ce sens qu'est mise en avant la nécessité de définir le domaine public de façon positive. En effet, pour V.-L. BENABOU, une telle approche permettrait de définir un régime ainsi que son opposabilité afin d'éviter « *le développement des pratiques d'appropriation ou d'intimidation qui conduisent à compliquer (…) voire à interdire l'accès à des ressources culturelles communes* »[920]. Cette démarche, reprise par le Conseil national du numérique[921], a donné lieu à débats lors des discussions sur le projet de loi pour une République numérique. Si la définition positive d'un domaine commun informationnel avait été insérée dans le projet de loi en son article 8 avant de se voir être retiré[922], un amendement avait été déposé lors des discussions au

---

[919] Même si l'auteur admet que l'État a un pouvoir de conservation, S. CHOISY, *op. cit.*, p. 39, n° 45 et s.

[920] V.-L. BENABOU, *Rapport de la mission du CSPLA sur « les œuvres transformatives »*, déc. 2014, p. 95.

[921] CNNum (Conseil National du Numérique), « Ambition numérique, pour une politique française et européenne de la transition numérique », 2015, p. 280.

[922] L'article 8 du projet de loi pour une République numérique prévoyait que :

parlement sur ledit projet dans lequel était proposée une définition positive du domaine public : « *le domaine public regroupe l'ensemble des œuvres et des idées qui n'appartiennent à personne et dont l'usage et la jouissance sont communs à tous. Les œuvres non assujetties au droit d'auteur, au droit de propriété intellectuelle ou aux droits voisins et celles dont les créateurs souhaitent leur inscription dans le domaine public entrent de plein droit dans ledit domaine* »[923]. Dans ces deux propositions de texte, il était précisé que les œuvres présentes dans le domaine public – dans l'hypothèse où elles ne font plus l'objet de protection par les droits de propriété intellectuelle, que ce soit de plein droit ou issue de la volonté de l'auteur – et *a fortiori*, le domaine public lui-même, ne peuvent faire l'objet d'appropriation. De par cette reconnaissance « positive », les œuvres « tombées » dans le domaine public auraient ainsi été assimilées à des œuvres communes « *dont l'usage et la jouissance sont communs à tous* »[924] et qui, notamment, se doivent d'être à titre gratuit[925]. Ainsi, les œuvres du domaine public n'auraient pu faire l'objet d'une « *exclusivité* » ou d'une « *restriction* » – est alors exclu le principe même d'une propriété sur ces dernières – aboutissant à la garantie que la collectivité puisse avoir accès à cette

---

« I. Relèvent du domaine commun informationnel : 1° Les informations, faits, idées, principes, méthodes, découvertes, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une divulgation publique licite, notamment dans le respect du secret industriel et commercial et du droit à la protection de la vie privée, et qu'ils ne sont pas protégés par un droit spécifique, tel qu'un droit de propriété ou une obligation contractuelle ou extracontractuelle ; 2° Les œuvres, dessins, modèles, inventions, bases de données, protégés par le Code de la propriété intellectuelle, dont la durée de protection légale, à l'exception du droit moral des auteurs, a expiré ; 3° Les informations issues des documents administratifs diffusés publiquement par les personnes mentionnées à l'article 1 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 et dans les conditions précisées à l'article 7 de la même loi, sans préjudice des dispositions des articles 9, 10, 14 et 15 de ladite loi.
Les choses qui composent le domaine commun informationnel sont des choses communes au sens de l'article 714 du Code civil. Elles ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet d'une exclusivité, ni d'une restriction de l'usage commun à tous, autre que l'exercice du droit moral.
Les associations agréées ayant pour objet la diffusion des savoirs ou la défense des choses communes ont qualité pour agir aux fins de faire cesser toute atteinte au domaine commun informationnel. Cet agrément est attribué dans des conditions définies par un décret en Conseil d'État. Il est valable pour une durée limitée, et peut être abrogé lorsque l'association ne satisfait plus aux conditions qui ont conduit à le délivrer.
II. Au troisième alinéa de l'article L. 411-1 du Code de la propriété intellectuelle, après les mots « protection des innovations », il est inséré les mots : « pour la promotion de l'innovation collaborative et du domaine commun informationnel ».

[923] Amendement n° 463, Projet de loi République numérique, 25 avr. 2016.

[924] *Ibid.*

[925] M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.,* p. 315, n° 285.

ressource gratuitement[926]. Cependant, cette reconnaissance a été rejetée au motif que le sujet est en prise à de nombreuses controverses entre experts[927].

En effet, cette approche a pu être critiquée au regard de certains textes[928], notamment dans la gestion des communs et dans le manque de possibilité de réappropriation indirecte – par exemple, le dépôt d'une marque sur une œuvre ne faisant plus l'objet d'une protection par le droit d'auteur. Il est ainsi reproché à l'assimilation des œuvres « tombées » dans le domaine public comme des « choses communes » le manque de gouvernance – et de là, le trop plein de liberté laissé à la collectivité – qui devrait régir l'usage de ces « communs » par la communauté[929].

Cependant, bien que cette critique soit justifiée, il convient de rappeler que l'article 714 du Code civil, en son alinéa 2, prévoit que « *des lois de police* » régissent la manière de jouir des choses communes. En ce sens, rien n'empêchait une telle assimilation si la lettre de l'article 714 était respectée en venant encadrer l'usage de ces œuvres communes, que ce soit, comme cela est déjà admis, avec le respect des droits moraux ou alors dans l'encadrement de leur réappropriation : une conclusion similaire a été rendue par C. PAUL et C. FÉRAL-SCHUHL[930] ainsi que J. MARTIN[931]. Si l'étendard de la garantie de la liberté de création peut être mis en avant afin de procéder à une telle reconnaissance, cette dernière permettrait également de venir encadrer les conditions d'usages des œuvres par des lois de police, comme le dispose l'article 714 du Code civil.

---

926 Tout comme le relevait Proudhon et Duranton, J.B.V. Proudhon, Traité du domaine de propriété et de la distinction des biens, Bruxelles, 1842, p. 6 ; A. Duranton, Cours de droit civil français suivant le code civil, tome IV, Paris, 1844, p. 195 ; V. également C. PAUL., C. FÉRAL-SCHUHL, *op. cit.*, p. 234.

927 Les débats autour de la loi pour une République Numérique, et notamment l'article 8 « Définition positive du domaine public informationnel », ont abouti à un retrait de la proposition de définition d'un domaine public informationnel.

928 V. à ce sujet CSPLA, « Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique », 30 oct. 2015.

929 Y. Benkler, « Between Spanish Huertas and the Open Road : A Tale of Two Commons ?», Convening Cultural Commons Conference at NYU, 23 sept. 2011, p. 3 ; V. également C. PAUL., C. FÉRAL-SCHUHL, *op. cit.*, p. 234.

930 C. PAUL., C. FÉRAL-SCHUHL, *ibid.*

931 CSPLA, « Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique », *op. cit.* ; Pour une critique de cette position, v. A. LUCAS SCHLOETTER, « Le domaine commun informationnel » : *Dalloz IP/IT 2018*, p. 90.

Néanmoins, il a été affirmé que l'accès « gratuit » aux œuvres tombées dans le domaine public, alors assimilées aux « choses communes », pouvait faire l'objet d'une commercialisation[932]. Si ce principe va à l'encontre même de l'article 714 du Code civil et de l'âme des textes précédemment cités et rejetés, rappelant, à ce titre, que *« le principe de gratuité implique que l'usage des choses communes ne soit pas subordonné au paiement d'une redevance »*[933], ce dernier peut cependant être justifié dans certaines hypothèses.

§ 2. L'exploitation commerciale de l'œuvre « tombée » dans le domaine public

230. **La question de la « réappropriation » des œuvres « tombées » dans le domaine public.** Il n'est pas question ici d'envisager la « réappropriation » des œuvres tombées dans le domaine public comme la possibilité, pour un tiers, de la réserver de nouveau, en tant que telle, par l'exercice de droit de propriété intellectuelle[934]. En effet, l'usage de l'œuvre, même si celle-ci se fait de façon commerciale, n'engendre pas de « réappropriation » au sens juridique du terme.

En ce sens, il apparaît nécessaire de distinguer, dans l'hypothèse d'une nouvelle commercialisation d'œuvres « tombées » dans le domaine public, les œuvres composites engendrant, de fait, la création de nouveaux droits à l'égard de leurs auteurs (A)[935], des œuvres rééditées, n'engendrant aucun droit nouveau, mais pouvant faire l'objet d'une commercialisation par des tiers exploitants (B).

---

932 J. CAYRON et A. ALBARIAN, *op. cit.*, p. 127.

933 M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.,* p. 315, n° 285 ; Sauf cas particuliers, v. *supra* n° 224.

934 Comme cela a cependant été admis, bien que critiqué, par S. CHOISY et M. CLÉMENT-FONTAINE : M. CLÉMENT-FONTAINE, « La réutilisation d'une œuvre tombée dans le domaine public en tant que marque constitue une réservation non négligeable de l'œuvre », « Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », *op. cit,* p. 56 ; V. également, du même auteur, *L'œuvre libre, op. cit.*, p. 324, n° 580 et s. ; V. également S. CHOISY, *op. cit.*, p. 292, n° 469 ; V. également S. DUSOLLIER, « Pour un régime positif du domaine public », *op. cit.*, p. 239.

935 S. CHOISY réfute néanmoins la possibilité, pour un restaurateur, de se voir réapproprier son travail de restauration. En effet, « dans la plupart des cas, la restauration se limite à un travail technique ou à une matérialisation du résultat précis et certain découlant des recherches » et non pas à des choix délibérés du restaurateur, qui se verrait alors attribuer des droits de propriété intellectuelle, venant ainsi créer un nouveau monopole sur l'œuvre, S. CHOISY, *ibid.*, p. 315, n° 507.

Ces différentes analyses permettront ainsi de reconnaître que même s'il est admis que le principe d'accès et d'usage à des « choses communes » telle que les œuvres présentent dans le domaine public se doit d'être gratuit, cette gratuité d'accès et d'usage n'empêche en rien la possibilité, pour des tiers, de les exploiter commercialement. La gratuité d'accès et d'usage des œuvres en tant que « choses communes » apparaîtra alors comme un principe pouvant être dérogé par certaines exceptions justifiées pour des raisons juridiques ou économiques – qui pourraient, par exemple, figurer en tant que lois de police dans les conditions d'usage et d'exploitation comme précisé à l'article 714 du Code civil.

A. – L'exploitation commerciale justifiée par la présence de nouveaux droits : de l'œuvre composite

231. L'œuvre « tombée » dans le domaine public comme œuvre première de l'œuvre nouvelle. L'œuvre composite est une œuvre nouvelle *« à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière »*, nécessitant alors d'obtenir l'autorisation préalable de l'auteur de l'œuvre originelle[936]. S'appliquant aux œuvres faisant encore l'objet d'une protection de la part du droit d'auteur, qu'en est-il des œuvres composites ayant comme « support » des œuvres « tombées » dans le domaine public ?

La création d'une œuvre nouvelle, même si celle-ci est créée à partir d'une œuvre préexistante « tombée » dans le domaine public – ce peut être le cas, par exemple, d'une nouvelle adaptation d'une pièce de théâtre ou d'une composition « tombée » dans le domaine public[937] -, n'engendre pas de réappropriation mais attribue de nouveaux droits à l'égard de son auteur concernant l'œuvre nouvelle (1) lui permettant ainsi de la commercialiser (2).

[936] CPI, art. L. 113-2, al. 2 ; V. *supra* n° 209.

[937] Il faut néanmoins rappeler que la notion d' « adaptation », en droit d'auteur, renvoie à la création d'une œuvre nouvelle d'un genre différent de l'œuvre première. Tel est le cas, par exemple, d'une adaptation audiovisuelle d'un roman. Il s'agit toutefois d'œuvres composites : la création d'une œuvre nouvelle à partir d'une œuvre préexistante, *ibid.*

1- L'attribution de droits nouveaux

232. **Des droits nouveaux.** L'œuvre « tombée » dans le domaine public étant assimilée à une « chose commune », les termes de l'article 714 du Code civil sont explicites à ce sujet : les choses communes n'appartiennent à personne et sont d'usages communs à tous[938]. Il est ainsi possible de considérer, en ce sens, que l'auteur de l'œuvre nouvelle souhaitant transformer une « œuvre commune » est dispensé d'obtenir l'autorisation requise lorsque l'œuvre originelle fait encore l'objet d'une protection. Toutefois, s'il y a absence d'autorisation – ce qui apparaît logique dans ce cas –, il y a également absence d'encadrement des conditions d'utilisation de l'œuvre première. L'auteur de l'œuvre composite acquiert ainsi une certaine liberté dans l'usage de l'œuvre originelle. Cette utilisation, même non encadrée par un acte juridique, devra cependant faire face au respect du droit moral de l'auteur qui aura, dans cette hypothèse, une importance considérable.

Néanmoins, les juges ne vont pas en ce sens. Dans une affaire opposant un écrivain ayant écrit des suites des *Misérables* de Victor Hugo – œuvre étant déjà « tombée » dans le domaine public lors de la réalisation des suites – et le descendant de ce dernier ainsi que la Société des gens de lettres, les juges de la Cour de cassation estiment que, même s'il est établi *« que l'écrivain n'aurait pas accepté qu'un tiers auteur puisse donner une suite aux Misérables »*, l'atteinte au droit moral ne peut être justifiée s'il n'est pas constaté que les œuvres litigieuses *« auraient altéré l'œuvre de Victor Hugo ou qu'une confusion serait née sur leur paternité (…) »*[939]. Il est alors admis *« qu'après l'entrée d'une œuvre dans le domaine public, ni les volontés contraires exprimées par l'auteur de son vivant ni l'opposition des héritiers titulaires du droit moral ne pouvaient empêcher les tiers de donner une suite à l'œuvre »*[940]. Une telle solution est surprenante. Si l'auteur de l'œuvre première a, de son vivant, émis le souhait que ne soit réalisée aucune « suite » de son œuvre, pourquoi venir à l'encontre de sa volonté ? Ne faut-il pas, avant d'analyser s'il y a atteinte au droit moral de l'auteur concernant l'œuvre originelle, se référer à la volonté de ce dernier,

---

938 V. C. civ., art. 714.

939 Cass. 1re civ, 30 janv. 2007 : Bull. civ. I, n° 47, *RIDA* 2/2007, p. 249, obs. Sirinelli ; *RTD com*, 2007, p. 354, obs. F. Pollaud-Dulian.

940 F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* p. 410, n° 537.

comme l'a fait la cour d'appel ? Il faut ainsi considérer, comme le fait le professeur F. POLLAUD-DULIAN, que *« la liberté de création ne justifie nullement que l'on s'empare d'une œuvre préexistante pour lui donner une suite si l'auteur de l'œuvre première y était opposé (…). On devrait pourtant toujours garder à l'esprit que l'œuvre dérivée n'existe que grâce à l'œuvre première, ce qui devrait amener à davantage d'attention au respect de cette dernière »*[941]. C'est pour cela qu'il est conseillé, avant toute adaptation ou modification d'une œuvre « tombée » dans le domaine public, de demander l'autorisation préalable des titulaires de l'exercice du droit moral de l'auteur afin d'éviter toutes déconvenues ultérieures qui pourraient se traduire par une action en justice pour atteinte à l'intégrité de l'œuvre.

233. **Une « réappropriation » ?** Dans le cas d'une œuvre composite créée à partir d'une œuvre « tombée » dans le domaine public, il n'y a pas de « réappropriation » au sens où l'auteur de l'œuvre nouvelle se « réapproprie » l'œuvre première dans son entier – ce qui aurait pour conséquence d'exclure le public de son usage en créant de nouveaux droits de propriété, allant alors à l'encontre du principe même du domaine public en droit d'auteur –, mais simplement la naissance de droit au profit de l'auteur de l'œuvre nouvelle par le biais de sa création[942]. Ne s'agit-il pas, finalement, de l'apogée du principe même du domaine public : le respect de la liberté d'expression ? Il faut en effet considérer que les œuvres « tombées » dans le domaine public constituent *« un matériau de base pour la création d'œuvres nouvelles »*[943], car quoi qu'il en soit, l'inspiration ayant abouti à la création d'œuvres nouvelles vient d'œuvres vues, écoutées, dont certaines se trouvent dans le domaine public.

Ainsi, et une fois que l'auteur de l'œuvre composite a réalisé son œuvre sans porter atteinte au respect de l'œuvre première, ce dernier a la faculté, comme le prévoit le Code de la propriété intellectuelle, de l'exploiter.

---

941 F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* p. 410, n° 537.
942 V. en ce sens, M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, p. 234, n° 199 ; M. VIVANT., J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 421, n° 459.
943 M.-A. CHARDEAUX, *ibid.,* p. 234, n° 199.

2 - Un droit à « commercialiser » l'œuvre composite issue du domaine public

234. **L'autorisation de commercialiser l'œuvre nouvelle.** Le Code de la propriété intellectuelle reconnaît que *« l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante »*[944]. À cet égard, l'auteur – ou les auteurs – de l'œuvre composite *« possèdent les droits tant pécuniaires que moraux sur l'œuvre dérivée »*[945]. Il est ainsi admis qu'eux seuls peuvent choisir la méthode d'exploitation de l'œuvre, en respectant néanmoins l'autorisation accordée par l'auteur de l'œuvre originelle.

Toutefois, si l'on admet que l'œuvre nouvelle issue d'une œuvre première « tombée » dans le domaine public ne nécessite pas d'autorisation préalable à la communication au public de celle-ci, et donc, d'établissement de conditions financières concernant la rémunération de l'auteur de l'œuvre première, l'auteur de l'œuvre nouvelle a-t-il le droit d'envisager l'exploitation commerciale de son œuvre ?

Si l'œuvre nouvelle respecte les conditions d'originalité nécessaire à sa reconnaissance, mais surtout, respecte le droit moral de l'auteur de l'œuvre première, il n'existe, *a priori*, aucune barrière juridique quant à sa commercialisation. En effet, l'auteur de l'œuvre nouvelle détenant des droits d'auteur sur celle-ci – droits constitués des droits patrimoniaux et moraux –, ce dernier a alors la faculté, s'il le souhaite, de commercialiser son œuvre considérée comme œuvre nouvelle. Faut-il alors s'offusquer de la possibilité laissée à celui-ci de commercialiser une œuvre nouvelle en s'étant, par définition, servi de l'œuvre première, sans qu'aucune rétribution, au titre du droit d'auteur, ne revienne à la famille de l'auteur de l'œuvre première ou, plus particulièrement, aux titulaires des droits moraux de l'œuvre première ? Plus largement, doit-on laisser le bénéfice de l'exploitation de l'œuvre à la famille de l'auteur et ce, de façon perpétuelle ? Si la logique économique veut qu'une partie de la rémunération revienne à la famille – en effet, si l'œuvre nouvelle existe, c'est grâce à la création de leur ancêtre –, la logique juridique ne va pas en ce sens, et ce, pour une raison propre au domaine public en droit d'auteur : il est d'accès libre et d'usage gratuit[946]. Il faut, de plus, prendre conscience que l'adaptation et la

[944] CPI, art. L. 113-4.
[945] F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* p. 413, n° 541.
[946] V. *supra* n° 223 et s.

représentation d'une pièce de théâtre nécessitent, par exemple, des investissements financiers – rémunération de l'auteur de l'adaptation, du metteur en scène, des comédiens etc… – qui justifient que soit demandé le paiement d'un prix à l'entrée du théâtre. Néanmoins, l'œuvre « tombée » dans le domaine public ne nécessitant pas d'autorisation et de rémunération « supplémentaires », il peut être envisagé que le prix à l'entrée soit moindre que celui de la représentation d'une adaptation dont l'œuvre première fait encore l'objet d'une protection du droit d'auteur. Mais, en dehors de la prise en compte de la logique juridique, il faut également prendre en compte la logique économique s'agissant des investissements réalisés mais également des retours sur investissements attendus. En effet, le paiement d'un prix « élevé » afin d'accéder à une adaptation d'une œuvre « tombée » dans le domaine public peut s'avérer justifié.

L'auteur de l'œuvre nouvelle a donc la faculté de commercialiser son œuvre sans se voir être tenu de devoir une rétribution, au titre du droit d'auteur, aux ayants droit de l'œuvre originelle. Néanmoins, la même logique s'appliquerait-elle lorsqu'un éditeur décide de commercialiser l'œuvre « tombée » dans le domaine public, en l'état ?

B. – L'exploitation commerciale justifiée par la réédition de l'œuvre

235. **Une exploitation justifiée.** Un des arguments déployés afin de justifier la création d'un « domaine public payant » en matière de droit d'auteur était celui du « respect économique » tenant à l'exploitation, par les libraires, éditeurs, et même producteurs de phonogrammes ou producteurs audiovisuels, d'œuvres « tombées » dans le domaine public. Il était ainsi admis qu'une telle exploitation commerciale d'œuvres « communes », étant, par nature, à usage à titre gratuit au profit du public, allait à l'encontre même du principe du domaine public et ne profitait, de plus, qu'aux seuls exploitants[947].

Ayant exclu la possibilité d'instaurer un « domaine public payant » en droit d'auteur[948], peut-on néanmoins considérer que l'exploitation d'œuvres « tombées »

[947] V. *supra* n° 228.
[948] V. *supra* n° 229.

dans le domaine public s'avère justifiée et, dans l'affirmation, peut-on envisager une rétribution à l'égard de la famille de l'auteur ou de la création en général ? Afin de pouvoir répondre à cette question, il faut constater que l'exploitation de l'œuvre « tombée » dans le domaine public ne vient pas créer de droits nouveaux mais constitue une simple exploitation de l'œuvre « en tant que telle » (1). Néanmoins, une telle exploitation commerciale, faisant l'objet de nombreux débats, peut s'avérer justifiée, même si la question du prix d'accès à l'œuvre rééditée doit faire l'objet d'une attention particulière (2).

1 - Une exploitation de l'œuvre « en tant que telle »

236. **Une exploitation sans dénaturation.** Contrairement à l'hypothèse de l'œuvre composite venant créer des droits nouveaux à l'égard de l'auteur de l'œuvre nouvelle, l'exploitation par un tiers d'une œuvre « tombée » dans le domaine public n'engendre pas, à son encontre, la création de droits d'auteur : le tiers ne vient pas créer une œuvre nouvelle, il se contente d'exploiter une œuvre préexistante.

Il faut ainsi considérer que l'exploitation de l'œuvre est une exploitation de l'œuvre « en tant que telle » où le tiers exploitant ne modifie ou ne transforme cette dernière mais se contente de la reproduire ou de la représenter dans son entier et de la manière la plus authentique qu'il soit.

Les difficultés existantes – tendant néanmoins à disparaître avec l'avènement du numérique – à accéder à des œuvres « tombées » dans le domaine public, dont l'usage peut s'avérer être limité eu égard la conservation du support de l'œuvre originale, peuvent venir justifier sa reproduction ou représentation par des tiers exploitants afin de permettre au public de continuer à y accéder. Néanmoins, la reproduction ou représentation donnant lieu à une exploitation commerciale de l'œuvre apparaît-elle justifiée ?

2 - Une exploitation commerciale justifiée

237. **Un détournement de la valeur au détriment du public.** La faculté d'exploiter une œuvre « tombée » dans le domaine public n'enfreint pas les règles de droit de la concurrence et du droit d'auteur. En ce sens, il est alors possible d'affirmer qu'une telle exploitation n'engendre pas de parasitisme ou de concurrence déloyale mais également n'enfreint pas les règles de rétribution au titre du droit d'auteur – il est alors possible de considérer que l'absence de protection crée une nouvelle appropriation de valeur au détriment du public, ce dernier pouvant se retrouver face à la nécessité de devoir réaliser une contrepartie – par le paiement d'un prix – pour accéder à une œuvre « tombée » dans le domaine public et dont l'accès et l'usage sont, en principe, à titre gratuit.

238. **L'absence de parasitisme ou de concurrence déloyale.** Il apparaît légitime de se poser la question de savoir si l'exploitation d'une œuvre « tombée » dans le domaine public, même si elle est, par définition, accessible à tous – et donc, exploitable par tous –, peut engendrer une action en parasitisme ou en concurrence déloyale. Il faut alors retenir *« que le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas comme tel un acte de concurrence fautif, le principe étant qu'une prestation qui ne fait pas ou ne fait plus l'objet de droits de propriété intellectuelle peut être reproduite librement »*[949]. Il est cependant admis qu'une action en concurrence déloyale est possible si le responsable de la reproduction a enfreint le principe de loyauté nécessaire au commerce ou s'il est possible de distinguer des actes déloyaux de la reproduction[950]. Il faut alors admettre, et en ce sens, que le parasitisme *« repose sur l'utilisation intéressée de la valeur économique d'autrui »*. Ainsi, une œuvre « tombée » dans le domaine public ayant « logiquement » été amortie, comme

[949] CA Paris, 18 octobre 2000 : *D.* 2001, p. 850, note J. Passa.

[950] S. DURRANDE, actualisé par C. ZOLYNSKI, *Jcl.* PLA, fasc. 1116, *Objet du droit d'auteur*, 2016, n° 3 ; Cass. com., 29 nov. 1960 : Bull. civ. 1960, IV, n° 389. – Cass. com., 18 janv. 1982 : Bull. civ. 1982, IV, n° 19. – Cass. com., 15 juin 1983 : Bull. civ. 1983, IV, n° 174 ; V. également l'arrêt dans lequel les juges de la cour d'appel de Paris ont estimé qu'une société qui offre « à sa clientèle la copie servile d'une montre de haute renommée » cherche « à s'approprier la notoriété » de celle-ci, alors même qu'elle est « tombée » dans le domaine public, ce qui constitue une concurrence déloyale. Ce n'est pas la copie servile qui, en elle-même, fait l'objet de l'action, mais le risque de confusion occasionné, CA Paris, 5 janv. 2000 : LPA, 18 juillet 2000, p. 25, n° 42, note M. Malaurie-Vignal.

le prévoit le droit d'auteur, son exploitation ne peut engendrer une action en parasitisme[951] : les tiers exploitants sont libres de reproduire, représenter et exploiter les œuvres du domaine public.

239. Une exploitation commerciale justifiée par l'existence d'un service rendu. Lorsque l'exploitation d'une œuvre concerne une œuvre protégée, liant ainsi l'éditeur à l'auteur par un contrat d'édition, lequel contient les conditions de rémunération de l'auteur, le prix final payé par le public comprend la rémunération de l'éditeur pour l'édition de l'œuvre, mais également celle de l'auteur. Il faut ainsi rappeler que l'éditeur, dans cette hypothèse, et par le jeu du contrat d'édition, est tenu de l'obligation d'assurer une exploitation et une diffusion de l'œuvre[952]. Il va ainsi prendre financièrement en charge la fabrication des exemplaires de l'œuvre afin qu'elle puisse être diffusée et communiquée au public. Dans le cadre de la réédition d'une œuvre « tombée » dans le domaine public[953], l'éditeur n'est pas lié avec l'auteur par un contrat d'édition – étant admis que l'œuvre n'appartient à personne et est d'usage à titre gratuit –, celui-ci prenant néanmoins en charge la nouvelle fabrication de l'œuvre afin qu'elle soit de nouveau diffusée au public. Le prix final sera alors amputé de la rémunération de l'auteur, cette dernière étant inexistante : le public paie le service rendu par l'éditeur, celui d'avoir réédité l'œuvre et de l'avoir rendu accessible[954].

Quid, également, et à l'heure des réseaux et de la dématérialisation des supports, de la numérisation du patrimoine culturel constituant le domaine public par des sociétés privées, autres que les éditeurs ? Si la possibilité de faciliter l'accès au public à des œuvres publiques semble séduisante, c'est sans compter l'intérêt que cela peut représenter pour des sociétés privées – telle que Google – dans la numérisation d'un tel fonds, et de là, des problématiques pouvant être soulevées au regard du droit

---

951 V. en ce sens S. CHOISY, laquelle estime qu'une œuvre « tombée » dans le domaine public est amortie, dans le sens où le monopole attribué à l'auteur s'explique « par l'idée que la récompense ne doit pas être disproportionnée par rapport au travail fourni et que le quantum de la durée est donc fixé en fonction de ce que la société estime être le juste salaire de l'auteur », *op. cit.*, p. 347, n° 554.

952 V. CPI, art. L. 132-12.

953 On parle de « réédition » car si l'œuvre est « tombée » dans le domaine public, c'est qu'elle a déjà fait l'objet d'une communication au public et pour cela, qu'elle a déjà été éditée.

954 Dans l'hypothèse où l'œuvre originale est inaccessible, de par son état de conservation.

d'auteur. En effet, s'il est possible d'envisager, à l'aune des affirmations précédentes, la numérisation de l'ensemble des œuvres du domaine public afin de faciliter l'accès et l'usage à titre gratuit du public, le ciel s'assombrit néanmoins quand il est question de transformer ce service rendu – la numérisation – en service commercial. Il était en effet question, au milieu des années 2000, de numériser, *via* Google Books, des fonds patrimoniaux de plusieurs bibliothèques nationales et universitaires. Si, finalement, le projet n'a pas abouti en l'état, il apparaît au premier abord évident qu'une telle conclusion – numériser le patrimoine culturel public afin de le monnayer par la suite – aurait pu aller à l'encontre même des principes du droit d'auteur. Néanmoins, le principe même du domaine public est que l'ensemble du public – personne privée et personne physique – puisse y accéder librement et gratuitement. Ainsi, rien n'empêche, juridiquement, Google de numériser les œuvres « tombées » dans le domaine public. Cependant, le risque d'un tel projet est double. D'une part, si le soin est laissé à une seule société de numériser un catalogue et ainsi d'en assurer sa diffusion, cette dernière peut réaliser un choix « éditorial » et ainsi limiter l'accès à certaines œuvres. D'autre part, le risque est de venir créer une « exclusivité » de la numérisation : la société ayant pris la peine de numériser l'ensemble du fonds public, il serait justifié qu'elle demande une « exclusivité » sur cette numérisation, ce qui aboutirait alors à l'exclusion de toute autre personne morale ou physique de la possibilité de réaliser une copie de l'œuvre. Ainsi, et afin d'anticiper l'ensemble de ces problématiques, il pourrait être envisageable que les sociétés numérisant des fonds publics puissent monnayer le service rendu – afin de permettre un retour sur investissement – tout en garantissant néanmoins l'ouverture des fichiers et la possibilité, pour les utilisateurs, de réaliser des copies – autrement dit, sans apposition de mesures techniques de protection.

Il apparaît également légitime d'émettre des critiques lorsqu'il est constaté que le prix final payé par le public n'est que très peu différent de celui payé par ce même public pour une œuvre protégée. Il s'agit, une nouvelle fois, d'arguments économiques et non juridiques. Il faut, en ce sens, espérer croire que le prix payé par le public, même si celui-ci peut s'avérer identique à celui payé pour une œuvre protégée, soit justifié par le coût de reproduction ou de représentation ainsi mis en œuvre par l'éditeur – il est possible d'envisager la réédition d'une œuvre réalisée avec

des matériaux luxueux : le prix payé par le public sera ainsi justifié par le coût de production. Néanmoins, dans l'hypothèse où les coûts de production sont identiques à ceux d'une œuvre protégée, il peut paraître contestable que l'éditeur s'enrichisse au profit du public, mais également au profit de l'œuvre « tombée » dans le domaine public pour laquelle il n'a obtenu aucune autorisation et pour laquelle aucune rétribution n'est prévue.

Le prix payé par le public pour l'accès à une œuvre « tombée » dans le domaine public peut pleinement se justifier par la présence de coûts engagés par l'éditeur pour sa reproduction ou représentation, en portant néanmoins une attention particulière à la rendre accessible : un prix élevé doit être justifié par des coûts de production élevés.

240. Conclusion de la Section 1. L'usage, mais surtout la commercialisation d'œuvres « tombées » dans le domaine public a agité de nombreuses plumes. Il est en effet possible de considérer que la commercialisation des « œuvres communes » appréhendées comme « choses communes » va à l'encontre même du principe de domaine public en droit d'auteur, mais vient surtout créer un déséquilibre économique ne profitant qu'aux exploitants. C'est en ce sens qu'il a été émis l'idée d'instaurer un « domaine public payant ». Néanmoins, l'instauration d'un tel régime viendrait à l'encontre même du principe de domaine public : celui de l'accès gratuit aux œuvres, qui plus est lorsqu'il est admis que les œuvres « tombées » dans le domaine public n'appartiennent pas à l'État mais à la collectivité, autrement dit à tous.

Excluant cette possibilité, il est alors possible d'envisager la commercialisation d'œuvres « tombées » dans le domaine public lorsque ces dernières font partie intégrante d'œuvres nouvelles en venant instaurer des droits nouveaux au profit de leurs créateurs – par une rétribution au titre du droit d'auteur –, ou encore lorsqu'un exploitant prend en charge la fabrication et la communication d'exemplaires de ces œuvres, le paiement du prix étant justifié par la « prestation de service » permettant alors l'accès à l'œuvre – il sera alors question d'une rétribution au titre de la distribution de l'œuvre. La commercialisation d'œuvres « tombées » dans le domaine public apparaît ainsi justifiée au regard du droit – commercialisation

d'œuvres composites – mais également au regard de l'économie – commercialisation d'œuvres « tombées » dans le domaine public ayant nécessité un investissement financier de la part du tiers exploitant.

SECTION 2. – L'œuvre libre comme propriété collective : une renonciation aux droits patrimoniaux

241. **Le domaine public consenti : définition.** Pour S. CHOISY, *« le domaine public consenti est constitué de toutes les œuvres dont les droits pécuniaires sont abandonnés par leurs auteurs afin que leur utilisation soit libre et gratuite »*[955]. Rejoignant cette définition, le professeur M. CLÉMENT-FONTAINE considère quant à elle que le domaine public consenti est *« un ensemble d'œuvres sur lesquelles les auteurs ont renoncé à leurs droits patrimoniaux afin qu'elles deviennent des œuvres évolutives à pluralité d'auteurs, car il est possible de les copier, modifier et diffuser sans autres restrictions que celles nécessaires au respect de ces libertés »*[956]. Ainsi, *« la renonciation ouvre de nouvelle possibilité en permettant d'anticiper l'application du régime du domaine public aux œuvres »*[957]. Le domaine public consenti serait dès lors essentiellement constitué d' « œuvres libres »[958].

242. **La création de l'œuvre libre : une renonciation aux droits patrimoniaux.** Il a pu être démontré que l'œuvre libre perçue en tant que propriété collective incluant alors la renonciation des droits patrimoniaux de l'auteur doit être distinguée de l'œuvre libre issue de la conclusion d'une licence libre[959]. C'est pourquoi il apparaît nécessaire, notamment dans le cadre d'une approche de l'usage à titre gratuit des œuvres libres comme appartenant à tous, d'étudier indépendamment les « œuvres

---

955 V. également S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur,* th. Paris II, 2001 : LexisNexis, coll. IRPI, p. 235, n° 381.

956 M. CLÉMENT-FONTAINE., *L'œuvre libre* : Larcier, 2014, préf. M. VIVANT, p. 338, n° 612.

957 *Ibid.,* p. 260, n° 437.

958 V. en ce sens, *ibid.*, p. 296, n° 516 et p. 315, n° 556 et s.

959 V. *supra* n° 248 ; Les licences Creative Commons prévoient cependant la possibilité de conclure une licence « Domaine public » dans laquelle l'auteur « renonce » à l'ensemble de ses droits d'auteur sur son œuvre (droits patrimoniaux). Il convient de préciser qu'il n'est pas question, ici, d'étudier cette faculté reconnue par les licences Creatives Commons.

libres » issues des licences libres dont l'usage est encadré par ces derniers[960], des « œuvres libres » issues d'une renonciation de l'auteur dont l'usage à titre gratuit sera encadré par les règles du domaine public.

Les œuvres libres issues d'une renonciation aux droits patrimoniaux ont ainsi vocation à « tomber » dans le domaine public, à la différence près qu'il s'agit d'une renonciation explicite de l'auteur et non pas d'un écoulement des droits comme le prévoit le Code de la propriété intellectuelle. À ce titre, le principe de leur accès et de leur usage apparaitra comme fondamental.

La renonciation aux droits patrimoniaux *« ne peut (…) se concevoir que dans une situation exceptionnelle pour laquelle il serait admissible de reconnaître un assouplissement des règles de protection du droit d'auteur »*, comme l'hypothèse des œuvres libres, propriété collective, puisque l'engagement de l'auteur *« ne serait pas isolé, mais suivi d'un engagement identique des utilisateurs de l'œuvre »*[961].

Il apparaît alors opportun de considérer que l'œuvre libre, issue d'une renonciation de l'auteur à ses droits patrimoniaux permettant ainsi l'usage à titre gratuit de son œuvre, peut être qualifiée de « bien commun » (§1). Néanmoins, il faudra constater que la possibilité d'une commercialisation reste liée à la volonté de l'auteur : celle d'attribuer son œuvre à la collectivité (§2).

§ 1. La renonciation des droits patrimoniaux : qualification de l'œuvre libre en tant que « bien commun »

243. **Un acte de renonciation.** S'il est possible, en matière de brevet, de renoncer à son titre[962], pareille solution n'est pas envisagée par le Code de la propriété intellectuelle en matière de droit d'auteur. Comme l'a démontré le professeur M. CLÉMENT-FONTAINE, il convient dès lors d'appréhender la renonciation aux droits d'auteur sous l'égide de la théorie générale de la renonciation[963] et ainsi évoquer la possibilité, pour l'auteur, de renoncer à ses droits patrimoniaux par la réalisation d'un

960 V. *supra* n° 132 et s.
961 M. CLÉMENT-FONTAINE, *op. cit.*, p. 297, n° 518.
962 CPI, art. L. 613-24.
963 M. CLÉMENT-FONTAINE, *op. cit.*, p. 257, n° 429.

acte unilatéral abdicatif issu de sa propre volonté (A)[964]. Néanmoins, cette renonciation n'empêche pas l'auteur d'exercer ses droits moraux, ces derniers ne pouvant faire l'objet d'une renonciation et étant ainsi soumis à sa propre volonté (B).

A. – Un acte de renonciation unilatéral

244. **Une renonciation.** Si le droit d'auteur encadre les droits appartenant aux auteurs sur leurs œuvres en leur assurant la maîtrise de leur destinée – engendrant de fait une réelle protection à leur égard –, aucune règle inscrite dans le Code de la propriété intellectuelle n'empêche à renoncer aux droits acquis sur une œuvre. Néanmoins, cette renonciation devra avoir un caractère exceptionnel : cela se comprend évidemment par la gravité qu'engendre un tel acte, celle d'exclure volontairement des droits de son patrimoine et ainsi de s'appauvrir.

245. **Une renonciation issue d'une nécessaire volonté.** Selon l'adage, *« si la renonciation est une volonté, c'est un acte de volonté unilatérale »*[965]. La renonciation des droits patrimoniaux de l'auteur nécessite, de par sa gravité[966] mais aussi pour qu'elle produise les effets attendus, que la volonté de ce dernier soit claire et non équivoque (1). Une fois qu'elle est clairement identifiée et l'acte unilatéral conclu, la conséquence sera de rendre l'œuvre librement accessible à tous, elle revêtira alors la qualification de « bien commun », étant par définition, d'usage libre et à titre gratuit (2).

[964] La renonciation aux droits patrimoniaux du droit d'auteur est admissible, au contraire des droits attachés à la personne, S. CHOISY, *op. cit.*, p. 237, n° 286 ; V. également sur ce point, P. RAYNAUD, « La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en Droit civil » : *RTD civ,* 1936, p. 792, n° 32 et s.

[965] P. RAYNAUD, *op. cit.,* p. 774, n° 13 bis.

[966] Il s'agit d'un véritable acte de disposition, engendrant une réelle perte pour le patrimoine de l'auteur.

1 - Une volonté de renoncer aux droits patrimoniaux

246. **La volonté de l'auteur.** *« Les renonciations ne se présument pas »*[967]. Ainsi, la *« simple négligence, par découragement, ou par ignorance de ses droits ne peut pas, non seulement, s'analyser comme la volonté de rendre une œuvre libre, mais de plus, n'est pas qualifiable de renonciation même tacite »*[968]. La détermination de la volonté de l'auteur à renoncer à ses droits patrimoniaux permettra de venir qualifier la renonciation en un acte unilatéral abdicatif[969]. La différence doit ainsi être réalisée avec la prescription : *« la prescription fait perdre la propriété malgré la volonté contraire du propriétaire, alors que cette volonté est un élément essentiel de la renonciation »*[970], ou encore avec la mise à disposition à titre gratuit dans laquelle l'auteur ne renonce pas à ses droits mais les met simplement à disposition d'autrui[971]. La volonté de l'auteur de renoncer à ses droits aura alors pour conséquence de renoncer à toute action à l'égard des futurs utilisateurs de son œuvre mais également de rendre son usage à titre gratuit[972].

C'est en ce sens qu'il est nécessaire, non seulement pour que le public puisse user librement de l'œuvre mais également pour qu'elle puisse être qualifiée en tant qu' « œuvre libre », que la volonté de l'auteur soit déterminée et déterminable.

247. **L'acte de renonciation : de la distinction entre renonciation et libéralité.** Peut-on rapprocher la volonté existante dans la renonciation aux droits patrimoniaux à celle de l'intention libérale en matière de libéralité et plus particulièrement, de cession de droits à titre gratuit ? La réponse est négative. En effet, contrairement aux libéralités où la cession se traduit nécessairement par l'appauvrissement du patrimoine du donateur au profit du patrimoine du gratifié, la renonciation des droits patrimoniaux, s'agissant des œuvres libres, n'entraine pas de transfert de droits :

---

967 S. CHOISY, *op. cit.*, p. 238, n° 287.

968 M. CLÉMENT-FONTAINE, *op. cit,* p. 260, n° 438.

969 V. en ce sens, *ibid.*, p. 264, n° 443 et s.

970 *Ibid.,* p. 259, n° 435.

971 V. en ce sens, *supra* n° 100.

972 Il faut rejoindre l'analyse de M. CLÉMENT-FONTAINE sur ce point, cette dernière estimant que la renonciation « crée une situation de droit permettant au public de s'en prévaloir si bien que seule cette (…) hypothèse traduit une volonté de l'auteur et peut donc être à l'origine d'œuvres libres », *op. cit.,* n° 436.

l'auteur *« ne vise pas à obtenir quelque chose en échange ni à enrichir quiconque de la valeur du droit abdiqué ; (…) l'acte ne sera ni onéreux, ni à titre gratuit : ce sera un acte neutre »*[973].

248. **Un acte unilatéral.** Certains ont pu proposer que l'auteur puisse informer le public de la renonciation à ses droits patrimoniaux en l'avertissant par la publication, au Journal Officiel, d'une annonce mentionnant l'étendue et la durée des droits faisant l'objet de la renonciation[974].

Néanmoins, la renonciation peut prendre la forme d'un acte unilatéral – et non la forme d'une libéralité ou d'une licence libre. Il s'agira plus particulièrement d'un *« un acte unilatéral, abdicatif d'un droit »*[975]. Cependant, tout comme les actes de cession et de concession de droits d'auteur, l'acte de renonciation est soumis aux règles du Code de la propriété intellectuelle. Celui-ci devra ainsi mentionner l'ensemble des droits faisant l'objet de la renonciation – *« pour que l'œuvre entre dans le domaine public consenti afin d'être libre, l'auteur doit pouvoir renoncer à l'ensemble de ses droits patrimoniaux dont il dispose »*[976] – mais également leur destination.

2 - Une renonciation qualifiant l'œuvre libre de « bien commun » : de l'usage à titre gratuit de l'œuvre libre

249. **Les œuvres libres constituant le domaine public consenti : des « œuvres communes ».** Si *« dès sa constitution, le domaine public consenti est différent du domaine public (les œuvres y entrent par un acte volontaire de l'auteur et non par l'écoulement du temps) »*[977], peut-on alors admettre que les œuvres du domaine public

---

[973] M. CLÉMENT-FONTAINE citant N. Sibiciano, *op. cit.,* p. 295, n° 454 ; M. CLÉMENT-FONTAINE considère également que « l'acte de renonciation est un acte d'aliénation au sens large (expulser de son patrimoine) et non au sens étroit (transmettre à autrui), *ibid.*, p. 275, n° 468.

[974] S. CHOISY, *op. cit.*, p. 239, n° 288.

[975] P. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 791, n° 30 ; La renonciation aux droits patrimoniaux ne peut être une convention : « cette dernière perdrait sa force contraignante, car il serait aisé de l'anéantir par une nouvelle convention, et sa portée serait dans ce cas, quasi nulle », M. CLÉMENT-FONTAINE, *op. cit,* p. 265, n° 444.

[976] *Ibid.,* 276, n° 470.

[977] *Ibid.*, p. 337, n° 610 ; Il faut également admettre que les droits auxquels l'auteur a renoncé s'éteignent. En effet, et avant de parvenir à cette conclusion, M. CLÉMENT-FONTAINE analyse la

consenti soient des « biens communs », d'autant plus qu'il est admis que *« l'auteur décidant de rendre son œuvre libre poursuit l'objectif de permettre la jouissance de son œuvre par le plus grand nombre de personnes »*[978], mais également que *« l'auteur, en renonçant à ses droits de propriété littéraire et artistique fait disparaître les péages autour de son œuvre »*[979] ?

Le constat d'une comparaison entre les œuvres « tombées » dans le domaine public des œuvres « placées » dans celui-ci démontre qu'il y a deux distinctions à faire. D'une part, l'usage des œuvres « tombées » dans le domaine public est soumis au respect du droit moral de l'auteur et nécessite l'accord des titulaires de droit avant toute intervention, tandis que l'usage des œuvres constituant le domaine public consenti est soumis à la volonté de l'auteur dans l'autorisation donnée de modifier son œuvre. Il y a ainsi, d'un côté, une utilisation soumise au respect du droit moral « en son entier », et de l'autre, une utilisation soumise au respect du droit moral, « selon la volonté de l'auteur ». D'autre part, il est également admis que les œuvres « tombées » dans le domaine public peuvent faire l'objet d'une réappropriation[980], tandis que les œuvres du domaine public consenti, de par leur « esprit », s'y opposent[981].

---

théorie soutenue par N. Sibiciano selon laquelle la renonciation à la propriété peut s'analyser de deux manières. La première lorsque le renonçant se dessaisit au profit du premier occupant (ou encore *derelictio*), la deuxième lorsque le renonçant réalise un « déguerpissement » de ses droits ». Pour M. CLÉMENT-FONTAINE, le parallèle entre la renonciation des droits de propriété intellectuelle et la théorie de N. Sibiciano ne peut être faite. En effet, « l'œuvre de l'esprit n'est jamais totalement abandonné par l'effet de la renonciation puisque le droit moral demeure nécessairement ». De plus, « l'œuvre demeure, dans sa dimension immatérielle, liée à son auteur par le biais du droit moral ». Ainsi, « la théorie générale de la renonciation ne permet pas de déterminer le sort des droits de propriétés intellectuelles abdiqués par l'auteur. Aucune personne n'est désignée pour recueillir les droits. Aucune personne n'est même susceptible de recueillir ces droits. Il faut donc admettre que les droits auxquels l'auteur a renoncé s'éteignent », *ibid.*, p. 295, n° 509 et s.

978 M. CLÉMENT-FONTAINE, *op. cit.,* p. 270, n° 455 ; V. également, du même auteur, « Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », *in* Les modèles propriétaires : LGDJ, 2012.

979 *Ibid.,* p. 270, n° 456.

980 V. *supra* n° 231 et s.

981 V. *infra* n° 251.

250. **L'œuvre libre : un « bien commun » d'usage à titre gratuit.** Force donc est de constater que, s'il est des œuvres qui respectent à la lettre l'article 714 du Code civil relatif aux choses communes, ce sont les œuvres constituant le domaine public consenti. Néanmoins, une critique a été émise à l'égard de l'appréhension des œuvres libres en tant que « biens communs » : *« le régime des choses communes est à ce jour impuissant à faire obstacle à une réappropriation des œuvres tombées dans le domaine public. (…) La qualification des choses communes ne suffit donc pas à garantir l'existence des œuvres libres »*[982]. Mais étant admis que l'œuvre libre, de par son « esprit », est inappropriable, pourquoi alors venir lui refuser la qualification de « bien commun » ? Cette dernière est en effet plus à même d'être qualifiée de chose commune que les œuvres « tombées » dans le domaine public : elle est d'usage libre – la liberté de modification est plus importante que pour les œuvres « tombées » dans le domaine public – et elle est commune à tous – on ne peut se réapproprier les œuvres constituant le domaine public consenti[983]. De plus, de par leur caractère inappropriable, il est possible d'affirmer qu'elles sont d'usage à titre gratuit et que leur usage est encadré, l'encadrement apparaissant comme celui tenant au respect du droit moral de l'auteur, ce dernier étant d'application particulière car il découle de sa propre volonté.

Ainsi, l'œuvre libre, bien inappropriable, d'usage commun et d'accès gratuit, se différencie certes des biens « tombés » dans le domaine public, mais est l'émanation même des « biens communs ». Même s'il est admis que le régime du domaine public ne peut faire obstacle à une réappropriation, sa particularité lui permettra de jouir de cette qualification, tout en restant inappropriable.

---

982 M. CLÉMENT-FONTAINE., *L'œuvre libre, op. cit.,* p. 324, n° 579 ; S. CHOISY, pour sa part, estime que le caractère « inappropriable » de l'œuvre « placée » dans le domaine public peut être remis en cause, sous certaines conditions, par les créanciers qui peuvent alors exercer une action paulienne, *op. cit.*, p. 242, n° 398.

983 L'auteur affirme également que si les œuvres libres entrent dans le domaine public, « c'est parce qu'elles sont affectées à l'usage de tous. L'extinction des droits, par l'écoulement du temps ou par renonciation, a pour finalité une jouissance commune qui justifie la qualification de choses communes », M. CLÉMENT-FONTAINE, *ibid.,* p. 323, n° 576.

B. – Un usage à titre gratuit soumis au respect du droit moral de l'auteur : du respect de la volonté de l'auteur

251. **Un usage soumis à la volonté de l'auteur.** Tout comme l'usage des œuvres « tombées » dans le domaine public est confronté au respect du droit moral de l'auteur perçu comme un pouvoir ayant pour fonction de les protéger contre les usages abusifs[984], l'usage des œuvres libres, œuvres « placées » dans le domaine public consenti, se trouve confronté au respect de la volonté de l'auteur, volonté qui fera alors office de « lois de police »[985] : il faut ainsi reconnaître à l'auteur *« la liberté de décider que son œuvre est libre, et, de ce fait, à permettre que d'autres contribuent à son évolution »*[986].

252. **Une atténuation du principe d'inaliénabilité du droit moral.** Le principe, voire « l'esprit » des œuvres libres, est la liberté de partage, mais également la liberté d'usage et de modification. Cela entraine, de fait, la nécessité de se poser la question quant au respect du droit moral de l'œuvre première faisant l'objet de la renonciation. Il faut alors, comme l'a démontré le professeur M. CLÉMENT-FONTAINE, considérer que l'auteur dispose d'une certaine autonomie quant au principe de l'inaliénabilité du droit moral, mais d'une autonomie encadrée. En effet, la possibilité accordée d'aliéner l'œuvre ne doit pas s'analyser comme une abdication du droit moral – à la différence des droits patrimoniaux qu'a l'auteur sur son œuvre –, mais comme une autorisation de l'auteur.

Il faudra également considérer que la volonté de l'auteur de rendre son œuvre libre constitue une dérogation à l'inaliénabilité du droit moral, en ce sens que *« toute personne est libre de participer au développement de l'œuvre (…), à condition d'accepter que ses contributions soient librement modifiables »*[987]. Néanmoins, l'auteur garde sa paternité sur l'œuvre, mais également l'exercice de son droit de divulgation – à noter toutefois que si l'œuvre est qualifiée d'œuvre libre, c'est qu'elle a déjà été communiquée au public par la renonciation des droits –, mais également

---

984 M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes* : LGDJ, 2006, préf. G. LOISEAU, p. 245, n° 211.
985 Comme le précise l'article 714 du Code civil.
986 M. CLÉMENT-FONTAINE., *L'œuvre libre., op. cit.*, p. 277, n° 474.
987 *Ibid.*

l'exercice de son droit de retrait, qui se trouve atténué ou tend même à disparaître[988] – il est difficile d'envisager que l'auteur de l'œuvre première décide de revenir sur sa position quant à la mise à disposition de son œuvre à tous, tant celle-ci peut rapidement se propager et faire l'objet de nouvelles modifications : cela pourrait remettre en cause son acte de renonciation, lequel ne pouvant être remis en question[989].

Enfin, il faut relever que la particularité du droit moral des œuvres libres réside dans le fait que l'auteur, contrairement à celui dont les œuvres sont « tombées » dans le domaine public, est encore vivant, ce dernier pouvant l'exercer lui-même ou pas le biais d'un mandataire[990]. Ainsi, tout usage qui contreviendrait à la volonté de l'auteur, c'est-à-dire de rendre son œuvre libre et accessible à tous gratuitement, pourrait se voir être confronté à l'exercice d'une action tendant au respect de la volonté de l'auteur.

§ 2. L'impossible exploitation commerciale de l'œuvre libre

253. **De la commercialisation de l'œuvre libre.** L'œuvre libre a pour nature d'être librement et gratuitement accessible, laissant ainsi la possibilité au public d'user et de modifier celle-ci comme il le souhaite. Son caractère particulier a ainsi pour conséquence de la rendre non commercialisable (A), mais rend également impossible la faculté, pour l'auteur d'une œuvre nouvelle issue d'une œuvre libre, de prétendre à l'attribution de droits nouveaux permettant ainsi l'exploitation de l'œuvre nouvelle (B).

Il s'agira ainsi de se rendre compte que dans l'hypothèse d'une œuvre libre « tombée » dans le domaine public suite à la volonté de l'auteur, la gratuité s'impose : elle sera issue de la volonté même de l'auteur de laisser son œuvre à disposition gratuite pour le public. Tout comme cela a été admis dans l'étude sur la détermination des actes à titre gratuit en droit d'auteur, il sera alors possible d'affirmer que la volonté de l'auteur joue un rôle essentiel dans la gratuité.

---

988 S'il est juridiquement possible de l'exercer, son exercice est, en pratique, compromis, M. CLÉMENT-FONTAINE., *L'œuvre libre, op. cit.,* p. 277, n° 473.
989 *Ibid.,* p. 265, n° 444.
990 *Ibid.*, p. 314, n° 552.

A. – L'exploitation commerciale rendue impossible par le caractère de l'œuvre libre

254. **La réappropriation possible des œuvres du domaine public.** Pour S. CHOISY et le professeur M. CLÉMENT-FONTAINE, *« la réutilisation d'une œuvre tombée dans le domaine public en tant que marque constitue une réservation non négligeable de l'œuvre »*[991]. Le monopole alors créé *« permet de s'opposer à toute reproduction ou imitation de l'œuvre pour désigner des produits ou des services identiques »*[992], à condition de respecter le droit moral et plus particulièrement l'intégrité de l'œuvre à laquelle la marque fait référence[993]. Une telle possibilité de réappropriation existe également pour les œuvres restaurées[994], les producteurs de bases de données[995] et même, indirectement, par l'instauration de mesures techniques de protection[996]. Est-elle néanmoins possible pour les œuvres libres constituant le domaine public consenti ? La réponse est négative.

---

991 M. CLÉMENT-FONTAINE, « Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », *op. cit,* p. 56 ; V. également du même auteur, *L'œuvre libre, op. cit.*, p. 325, n° 583 et s. ; S. CHOISY, *op. cit.*, p. 323, n° 519 et s. ; V. également S. DUSOLLIER, « Pour un régime positif du domaine public », *in* Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire : éd. LLL, 2015, p. 239.

992 M. CLÉMENT-FONTAINE, *ibid.*

993 Il s'agit ainsi d'inciter les dépositaires de la marque de demander l'autorisation aux titulaires du droit moral de l'œuvre avant une quelconque utilisation de la marque et ce, afin d'éviter de futurs conflits, v. en ce sens, M. CLÉMENT-FONTAINE, *L'œuvre libre, op. cit.*, p. 325, n° 583.

994 En effet, le restaurateur peut se voir reconnaître un droit d'auteur sur son travail de restauration si ce dernier est qualifié d'original : c'est l'ensemble de l'œuvre qui sera alors réappropriée. M.-A. CHARDEAUX relève, à juste titre, que, d'une part, un travail de restauration ne donne généralement pas lieu à un véritable travail créatif, et d'autre part, que ce travail, qui peut s'avérer nécessaire, permet de sauver l'œuvre d'une disparition certaine. De là, faut-il s'émouvoir d'une réappropriation entière de l'œuvre ? *op. cit.,* p. 235, n° 200.

995 La loi attribue aux producteurs de bases de données un droit d'interdire la reproduction du contenu de la base de données, pouvant ainsi attribuer un véritable monopole du producteur de la base de données sur l'œuvre « tombée » dans le domaine public dont les exemplaires ont disparu, mais figurant dans sa base de données, v. pour une analyse détaillée, M. CLÉMENT-FONTAINE, *L'œuvre libre, op. cit.*, p. 329, n° 589 ; Néanmoins, si un tel droit d'interdire apparaît justifié, compte-tenu de l'investissement tant financier qu'humain dans la création de la base de donnée, il ne faut pas tomber dans des situations extrêmes dans lesquelles les producteurs pourraient choisir de communiquer ou non une œuvre du domaine public si celle-ci n'est plus disponible ailleurs. Une analyse au cas par cas devrait être faite afin de permettre à « l'œuvre commune » de garder cette qualité, et rester accessible à tous.

996 Les mesures techniques de protection peuvent être définies comme « destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre ». Ainsi, à considérer que ces mesures perdurent malgré le fait que l'œuvre protégée soit « tombée » dans le domaine public, elles continuent d'empêcher l'accès à l'œuvre, v. sur ce point, M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.,* p. 256, n° 223 et également *ibid.*, p. 329, n° 590 ; Il faut néanmoins estimer, et espérer, comme le fait M.-A. CHARDEAUX, que cette

255. **La commercialisation rendue impossible par la volonté de l'auteur.** Les œuvres libres sont issues de la conclusion, par l'auteur, d'un acte unilatéral abdicatif dans lequel il renonce à ses droits patrimoniaux. Il est alors possible d'admettre, avec le professeur M. CLÉMENT-FONTAINE, que *« la protection de l'intégrité de l'œuvre s'entend tant de la protection physique que psychologique »*. Ainsi, *« par protection de l'intégrité psychologique de l'auteur, on entend « la protection de l'esprit de l'œuvre » « telle que l'auteur a voulu qu'elle soit » »*[997]. Cette affirmation renvoie à la protection de « l'esprit » de l'œuvre, esprit que l'auteur a voulu lui donner, autrement dit, *« la manière dont il est possible de faire usage de son œuvre »*[998]. Il est alors possible d'admettre que le respect de « l'esprit » de l'œuvre aboutit nécessairement au respect de l'acte juridique unilatéral[999] dans lequel l'auteur a émis le souhait que son œuvre soit utilisée et modifiée par tous, ou autrement dit, qu'elle ne soit appropriable par quiconque et, qui plus est, qu'elle ne fasse l'objet d'une exploitation commerciale.

Peut-on néanmoins imaginer, tout comme pour les œuvres « tombées » dans le domaine public, que les œuvres libres puissent faire l'objet d'une commercialisation par un tiers, à partir du moment où il se contente de reproduire ou représenter l'œuvre, mais se rémunère uniquement sur les investissements réalisés pour la reproduction ou la représentation de cette dernière, et non pas sur son exploitation ? La réponse doit être négative car cela irait à l'encontre même de « l'esprit » de l'œuvre libre. L'auteur, en plaçant son œuvre dans le domaine public consenti exprime pleinement sa volonté que chacun puisse y jouir librement et gratuitement, d'autant plus que son acte est irrévocable[1000]. Venir exploiter de façon commerciale son œuvre irait à l'encontre de sa propre volonté quant à son usage. La différence avec les œuvres « tombées » dans le domaine public réside dans le fait qu'elles ont, avant l'extinction des droits patrimoniaux, pu faire l'objet d'une exploitation commerciale. Dans

---

hypothèse reste marginale. En effet, cela irait à l'encontre même du principe du libre accès des œuvres « tombées » dans le domaine public que de limiter son usage.

997 M. CLÉMENT-FONTAINE, *L'œuvre livre, op. cit.,* p. 335, n° 608.

998 *Ibid.*

999 M. CLÉMENT-FONTAINE se pose à ce sujet la question de savoir « si c'est la protection de l'intégrité de l'œuvre qui permet à l'auteur d'imposer le respect de ses exigences ou si c'est, finalement, la force obligatoire des contrats », *ibid.*, n° 609.

1000 S. CHOISY, *op. cit.*, p. 240, n° 392 ; V. également M. CLÉMENT-FONTAINE, *ibid.*, p. 265, n° 445.

l'hypothèse inverse, il est possible d'imaginer que l'auteur ne s'était pas opposé à la possibilité d'une telle exploitation, ce dernier n'ayant pas renoncé à ses droits patrimoniaux. La volonté de l'auteur de renoncer à ses droits patrimoniaux sur son œuvre a alors pour conséquence de rendre celle-ci non commercialisable.

B. – L'impossible création de droits nouveaux : l'exclusion de la qualification d'œuvres composites

256. L'impossible réservation de l'œuvre composite issue de l'œuvre libre. Il a été admis la possibilité, pour l'auteur d'une œuvre composite issue d'une œuvre « tombée » dans le domaine public, de se voir attribuer des droits nouveaux permettant alors la commercialisation de l'œuvre nouvelle par son auteur. Pareille solution est-elle envisageable pour les œuvres composites issues d'une œuvre libre ? Une nouvelle fois, la réponse doit être négative.

S'il est reconnu que l'œuvre peut être librement copiée et modifiée, c'est qu'il est admis que chacun a la faculté de se l'approprier comme il le souhaite, en la modifiant selon son bon vouloir. La distinction avec les œuvres « tombées » dans le domaine public réside dans l'atteinte au droit moral en cas de création d'œuvre composite. S'agissant de ces dernières, il est préférable d'obtenir l'autorisation préalable des titulaires de l'exercice du droit moral[1001] tandis que pour l'œuvre libre, l'autorisation de modifier a déjà été donnée par l'auteur. Néanmoins, cette autorisation de modifier est le reflet d'un certain état d'esprit : celui de rendre l'œuvre libre de modification ou d'amélioration par tous. Cet état d'esprit se retrouve dans l'acte de renonciation dans lequel l'auteur conditionne l'autorisation de son œuvre. Ainsi, *« l'absence d'appropriation vise par conséquent la forme initiale de l'œuvre comme ses formes ultérieures résultant des modifications »*[1002]. Même si l'œuvre composite est originale, pouvant de fait, attribuer de nouveaux droits d'auteur à son auteur et ainsi lui donner la faculté de la commercialiser, il se voit confronté à la volonté initiale de l'auteur de l'œuvre première. En attribuant à l'œuvre initiale la qualification d'« œuvre libre », l'œuvre nouvellement créée sera inappropriable. Il

[1001] V. également en ce sens, M. CLÉMENT-FONTAINE, *L'œuvre libre, op. cit.*, p. 334, n° 604.
[1002] *Ibid.*

faut ainsi considérer que si l'œuvre dérivée donne lieu à une réappropriation, *« il ne s'agit plus d'œuvre libre »*[1003].

L'auteur de l'œuvre composite ayant comme « support » une œuvre libre ne pourra ainsi se voir attribuer de nouveaux droits d'auteur lui permettant de commercialiser l'œuvre nouvelle. Il devra également, tout comme l'auteur de l'œuvre originelle et selon la volonté de ce dernier, renoncer à ses droits patrimoniaux.

257. Conclusion de la Section 2. « L'œuvre libre » en tant que propriété collective se distingue de l'œuvre libre issue d'une initiative individuelle avec une renonciation des droits patrimoniaux du droit d'auteur, ayant pour conséquence de « placer » l'œuvre dans le domaine public – sans attendre l'extinction des droits par l'écoulement du temps –, alors que l'œuvre libre encadrée par la licence libre est une concession de droits ne quittant pas le patrimoine de l'auteur.

Néanmoins, l'œuvre libre perçue comme propriété collective est l'émanation même de la définition retenue des « biens communs ». En effet, la renonciation de l'auteur aura pour effet de rendre l'œuvre libre accessible gratuitement à tous, tout en étant cependant soumise au respect de sa volonté : celle de rendre l'œuvre libre. Cette volonté fera également face à la possibilité de commercialiser l'œuvre. Cette dernière apparaît alors comme étant inappropriable ; il est également exclu la possibilité d'attribuer des droits nouveaux à l'égard d'auteurs d'œuvres composites issue de celle-ci. Ainsi, commercialiser l'œuvre libre, de quelque manière que ce soit, irait à l'encontre même de la volonté de l'auteur.

Tout est donc question de volonté : celle de la liberté accordée à l'auteur de renoncer à ses droits afin de permettre au public de jouir de son œuvre gratuitement.

258. Conclusion du Chapitre 2. Le domaine public en droit d'auteur englobe deux « types » d'œuvres appréhendées comme « biens communs » : celles « tombées » dans le domaine public par l'extinction des droits patrimoniaux due à l'écoulement du temps et celles « placées » dans le domaine public, dues à un acte de renonciation de

[1003] M. CLÉMENT-FONTAINE, *L'œuvre libre, op. cit.*, p.334, n° 604.

la part de l'auteur. Cette distinction aura également pour conséquence la manière dont il faut appréhender la commercialisation des « œuvres communes ».

Il faut ainsi considérer, en ce sens, que la commercialisation des « œuvres communes » « tombées » dans le domaine public ne pose, en soi, pas de véritables difficultés juridiques, à condition toutefois que le prix payé par le public soit justifié par les investissements réalisés par le tiers exploitant, ou encore que l'exploitation de l'œuvre dérivée, issue de « l'œuvre commune », ne porte pas atteinte au droit moral de l'auteur. Cette commercialisation se justifie par deux raisons : d'une part, par l'existence d'un service rendu par le tiers exploitant – prestation de service –, et d'autre part, l'attribution de nouveaux droits d'auteur à l'égard de l'œuvre nouvelle.

Quand l'œuvre est « placée » dans le domaine public consenti, celle-ci ne peut faire l'objet d'une commercialisation. Cela s'explique par une seule raison : celle du respect de la volonté de l'auteur. En effet, en « plaçant » son œuvre dans le domaine public, l'auteur a souhaité que celle-ci soit accessible à tous et ce, gratuitement. Venir commercialiser son œuvre irait ainsi à l'encontre de sa volonté, et plus particulièrement de son droit moral, ce dernier ne faisant pas l'objet de renonciation.

L'œuvre « placée » dans le domaine public, à la suite d'une renonciation de l'auteur, aura une plus forte empreinte quant à sa non-commercialisation : si l'œuvre est « libre », c'est qu'elle ne doit pas être exploitée commercialement. L'œuvre « tombée » dans le domaine public, par l'extinction des droits patrimoniaux, a déjà fait l'objet d'une commercialisation, ou tout du moins, l'auteur, en ne renonçant pas à ses droits, ne s'y est pas opposé.

259. Conclusion du Titre 1. L'usage à titre gratuit des œuvres permis, d'une part, par le régime des exceptions reconnues en droit d'auteur et, d'autre part, par le régime applicable aux œuvres du domaine public, se voit être confronté à sa propre commercialisation.

En ce sens, la non-commercialité de l'usage à titre gratuit devient un critère nécessaire afin de pouvoir bénéficier de certaines exceptions du droit d'auteur et tend même à disparaître lorsque ces mêmes exceptions sont fondées sur le respect des droits fondamentaux, dont notamment celui de la liberté d'expression.

S'agissant des œuvres du domaine public, l'autorisation de les commercialiser dépendra, pour les œuvres issues d'une renonciation de la part de l'auteur, ou autrement dit, du domaine public consenti, de la propre volonté de ce dernier, alors que celles « tombées » dans le domaine public pourront, elles, faire l'objet d'une commercialisation : la volonté de l'auteur dans la destinée de son œuvre apparaît alors comme un élément essentiel dans la détermination de l'usage et de l'accès à titre gratuit ainsi que de sa commercialisation.

La non commercialisation de l'œuvre devient donc un critère fondamental dans les conditions du bénéfice des exceptions mais également dans l'accès et l'usage des œuvres issues du domaine public consenti. Ainsi, et à l'exclusion des œuvres « tombées » dans le domaine public, toute recherche de bénéfice commercial par la réutilisation d'une œuvre dont il est admis que son usage, par le jeu de la loi ou de la volonté de l'auteur, est à titre gratuit, ne peut être envisageable. Cela se justifie, d'une part, par le respect de la volonté de l'auteur, et, d'autre part, par le respect de l'essence même de l'équilibre entre droit d'auteur et liberté fondamentale : celle de pouvoir bénéficier, dans certaines conditions, d'un usage à titre gratuit d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. Il est donc compréhensible, en ce sens, que l'usage ne peut qu'être non-commercial afin de ne pas empiéter sur les droits dévolus à l'auteur.

Dans ces conditions, il est alors possible d'affirmer qu'usage à titre gratuit et non-commercialité sont indissociables : l'usage à titre gratuit n'est possible qu'à la condition que cet usage soit réalisé à des fins non commerciales. L'usage à titre gratuit n'est alors admis que sous condition, celle de ne pas porter atteinte à l'exploitation de l'œuvre ou à la volonté de l'auteur. Néanmoins, l'accès gratuit peut également être issu d'un schéma juridico-économique propre à l'économie numérique. Si l'accès et l'usage sont à titre gratuit, il découlera de cette gratuité une véritable organisation marchande permettant la rémunération des titulaires de droits.

TITRE 2

L'usage à titre gratuit servant la commercialité : de l'économie numérique

260. **Internet ou la culture de la gratuité.** À ses prémices, le réseau des réseaux que deviendra Internet était fortement empreint de la culture de la gratuité[1004]. Son ancêtre, l'Arpanet[1005], reposait sur le principe de l'échange d'information, échanges destinés à améliorer le réseau mais également *« à encourager la créativité et la communication »*[1006]. Les premiers usages ont ainsi été marqués par cette culture de la gratuité, de la liberté, mais également des contributions informelles et décentralisées. C'est ainsi que l'accès à l'information et sa libre circulation sont des conditions *sine qua non* à l'existence d'Internet[1007].

Constituant un bien exempt d'appropriation individuelle[1008], Internet a également gardé cette culture de la gratuité. Si les premières sociétés ayant investi le réseau des réseaux ont proposé des services payants, elles se sont rapidement

---

[1004] Titre de l'article de S. PROULX, A. GOLDENBERG, « Internet et la culture de la gratuité », *in* La gratuité, éloge de l'inestimable, Revue du MAUSS, 2010/1, n° 35, p. 273-288 ; V. également, F. BENHAMOU, J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright* : La Découverte, coll. Repères, 2014, p. 56 ; M. CLÉMENT-FONTAINE, « Internet et la résurgence des « communs » », *in* Repenser les biens communs, B. PARANCE, J. DE SAINT-VICTOR, CNRS Éditions, 2014, p. 265 ; V. également D. CARDON, *La démocratie Internet. Promesses et limites* : Seuil, coll. « La république des idées », 2010.

[1005] Advanced research Projects Agency Network.

[1006] S. PROULX, A. GOLDENBERG, *op. cit.*, p. 274.

[1007] *Ibid.*

[1008] M. CLÉMENT-FONTAINE, « Internet et la résurgence des « communs » », *op. cit.*, p. 266.

confrontées à la culture du gratuit et se sont tournées vers l'usage gratuit financé par la publicité[1009]. Outre ces prestations de services dématérialisés, Internet, tout comme l'était l'Arpanet, est également au cœur de l'échange d'information, échange qui ne peut être réalisé que par l'existence de communautés.

261. Les communautés au cœur du partage de l'information et de la connaissance sur Internet… Une communauté peut être définie comme *« un ensemble de personnes unies par des liens d'intérêts, des habitudes communes, des opinions ou des caractères communs »* [1010]. Sur Internet, elles peuvent être appréhendées comme un ensemble d'individus partageant l'envie de produire des biens ou des services communs[1011]. Les communautés sont au cœur de la notion de partage sur Internet : *« Internet ne se présente pas comme un réseau unique ou comme un espace homogène mais comme un ensemble de réseaux et de communautés imbriqués »*[1012]. Ce constat se retrouve également dès la création même du réseau des réseaux : *« Internet, né dans une communauté universitaire d'informaticiens adeptes de la diffusion libre d'idées, a engendré les formes d'échanges gratuits et d'interactions volontaires »* [1013] qui ont pris la forme de communautés contributives[1014]. Le professeur M. CLÉMENT-FONTAINE fait même part de l'évolution des communautés, de leur disparition au profit des droits individuels à leur résurgence avec l'avènement des échanges numériques alors fondé sur un système de réputation[1015]. Il apparaît ainsi nécessaire de se référer aux travaux de M. GENSOLLEN, repris par G. DANG NGUYEN, S. DEJEAN et T. PÉNARD, afin de définir les différentes communautés de partage existantes sur Internet. Il est alors possible de distinguer quatre types de communautés différentes qui permettent aux

[1009] S. PROULX, A. GOLDENBERG, *op. cit.,* p. 275.
[1010] Définition du Larrousse.fr.
[1011] G. DANG NGUYEN, S. DEJEAN, T. PÉNARD, « Gratuité sur Internet : entre logiques individuelles et logiques communautaires », *in* Cahier de recherches, 2012/11, Marsouin, p. 7.
[1012] G. DANG NGUYEN, T. PÉNARD, « Interaction et coopération en réseau. Un modèle de gratuité », *in* Revue économique, hors-série, 2001, p. 60.
[1013] G. DANG NGUYEN, S. DEJEAN, T. PÉNARD, *op. cit.*, p. 4.
[1014] *Ibid.,* p. 7.
[1015] M. CLÉMENT-FONTAINE, « La genèse de l'économie collaborative : le concept de communauté » : *D. IP/IT 2017*, p. 140.

prestataires de services d'organiser leurs modèles d'affaire autour de la fonctionnalité de chacune[1016].

Dans un premier temps, les communautés dites « d'expériences », ayant pour objectif *« d'échanger des avis et commentaires sur des biens ou services pour lesquels il existe une information imparfaite sur le contenu ou une incertitude sur la qualité »*[1017]. Il peut s'agir notamment du partage d'avis ou de commentaires sur les plateformes mettant à disposition des biens d'expériences, biens dont on ne peut connaître l'utilité qu'une fois consommés.

Ensuite, les communautés dites « de pratique », communautés partageant un intérêt commun : *« l'expertise et le savoir-faire jouent un rôle essentiel et les membres de la communauté se transmettent des connaissances plus ou moins tacites »*[1018].

Puis, les communautés de partage de biens numériques. Il s'agit plus particulièrement des communautés « sévissant » dans le partage de biens culturels sans l'accord des ayants droit : *« c'est dans cette catégorie que l'on trouve les communautés de "piratage" de contenu numérique »*[1019].

Enfin, les communautés épistémiques, pouvant être définies comme « *la réunion de personnes autour d'un projet qui forment de la sorte un groupe, non doté de la personnalité juridique, mué par une communauté d'intérêts, visant à produire et partager des connaissances encyclopédiques ou techniques communautés organisées dans une volonté de créer un savoir commun nouveau* »[1020]. Tel est le cas, par exemple, du mouvement du libre ou du site collaboratif Wikipédia.

Il est cependant nécessaire d'opérer une distinction entre ces deux dernières communautés pour la suite de l'étude. En effet, le choix est fait de se porter plus particulièrement sur la notion de partage de biens numériques plutôt que sur la mise à disposition, sous l'égide de la licence Creative Commons, de connaissances. Il

---

1016 J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, « Ces modèles ont suscité beaucoup d'enthousiasme chez des auteurs qui y voyaient une véritable alternative aux formes de coordination économique par les prix », *La gratuité, à quel prix ?* : Les cahiers de l'EMNS, Presses des Mines, Paris, 2015, p. 18.

1017 G. DANG NGUYEN, S. DEJEAN, T. PÉNARD, *op. cit.*, p. 7.

1018 *Ibid.*

1019 *Ibid.*

1020 M. CLÉMENT-FONTAINE, « La genèse de l'économie collaborative : le concept de communauté », *op. cit.*, ; V. également, *ibid* ; V. également, du même auteur, « Les communautés épistémiques en ligne: paradigme de la création » : RIDA, n° 135, pp.3-79. Janv. 2013.

apparaît en effet plus intéressant de s'arrêter sur les différents modèles ou conflits pouvant exister entre les acteurs de l'industrie culturelle et ceux de l'économie numérique, et de se demander comment un terrain d'entente, qu'il soit juridique ou économique, peut être trouvé entre ces derniers afin d'établir un modèle d'accès pérenne aux œuvres dans l'environnement numérique.

262. … existantes grâces aux effets de réseau. Il existe un lien entre gratuit et numérique fondé sur un mécanisme central appelé « effets de réseau »[1021]. Cette gratuité est ainsi permise grâce aux différents réseaux de communautés constituant la substance même d'Internet. Ces communautés, de par leur ampleur, vont permettre à leurs membres de prétendre à un accès gratuit aux contenus ainsi qu'aux services, et notamment aux biens informationnels.

Un « réseau » pouvant se définir comme *« un ensemble formé de lignes ou d'éléments* – ou encore, d'ensemble de relations – *qui communiquent ou s'entrecroisent »* [1022], il est possible d'affirmer qu'un ensemble d'individus communiquant forme un réseau. Par son appartenance à ce réseau, chaque membre va permettre à l'autre de profiter de divers avantages. Ces avantages vont par conséquent se traduire sous le terme « d'effets »[1023], ou plus précisément : « d'effets de réseau ». Ces « effets de réseau » vont venir changer la valeur sociale du contenu et ainsi son utilité pour les individus ne faisant pas partie de cette communauté : *« un bien ou service en réseau a plus de valeur pour un consommateur si de nombreux utilisateurs adoptent le même bien ou service ou un bien ou service compatible »* [1024]. Historiquement, la notion « d'effets de réseau » est apparue dans les années 50. À cette époque, l'économiste américain H. LIEBENSTEIN mettait en avant la théorie de « l'effet de mode »[1025]. L'auteur la définissait comme la volonté d'un individu de se

---

[1021] O. BOMSEL, *Gratuit ! Du déploiement de l'économie numérique* : Folio actuel, 2009, p. 29 ; V. également, H. BOUTHINON-DUMAS, « À la recherche d'un concept socio-économique de gratuité », Actes du Colloque de Besançon des 4 et 5 octobre 2012, *La gratuité. La réception par le droit d'un concept polymorphe*, ss. dir., C. ZOLYNSKI et N. MARTIAL-BRAZ : LGDJ, 2012.

[1022] Définition du Larousse, Larousse.fr.

[1023] Force est de constater que les termes employés faisant références aux effets de réseaux sont multiples. Ainsi, les termes « externalités de réseau » ou encore « effets de club » font aussi référence aux effets de réseau.

[1024] E. MALIN, T. PÉNARD, *Économie du numérique et de l'Internet* : Vuibert, 2014, p. 14.

[1025] H. LEIBENSTEIN, « Bandwagon, Snob, and Veblen Effects in the Theory of Consumers' Demand », *in* The Quartely Journal of Economics, Vol. 64 n° 2, mai 1950, p. 183-207. L'auteur

conformer aux autres, de ressembler à ceux qui comptent[1026]. Il s'agit notamment du cas des célébrités qui, ornant un nouveau costume ou une nouvelle coupe de cheveux – les goûts et les couleurs ne se discutent pas – vont lancer un « effet de mode ». Il faudra par la suite attendre deux décennies et un article de l'économiste J. ROHLFS[1027] pour entrevoir la dynamique de réseau et son « l'utilité » dégagée notamment par l'accroissement du nombre d'utilisateurs[1028]. La notion « d'utilité », bien qu'ancienne[1029], est la valeur que va créer chaque individu par le simple fait de posséder un bien. Introduite dans le numérique et les réseaux par les économistes S. LIEBOWITZ et S. MARGOLIS[1030], cette « utilité » va se transformer en « utilité sociale »[1031], en intérêt d'interagir entre les individus appartenant au même réseau. Plus le réseau est important, plus il y a d'intérêt à communiquer : l'intérêt du réseau et sa valeur sont au cœur du bien-être social des individus. *A contrario*, moins le réseau est important, moins les individus trouveront utile d'y entrer, ne trouvant en l'occurrence aucun bien-être social.

Cette appartenance va par la suite créer deux effets : l'effet dit « direct » ou l'effet dit « indirect ». L'effet direct va dépendre de la taille du réseau : plus il y aura d'individus, plus le potentiel de communication sera important ; un nouvel individu

---

évoque également la théorie du *« snob effect »*, dont la demande décroît avec le nombre et la théorie du *« Veblen effect »* qui se traduit par une augmentation de la demande corrélativement au prix.

1026 « The proposed analysis is designed to take account of the desire of people to wear, buy, do, consume and behave like there fellows ; the desire to join the crown, to be « one of the boys » (…). This is the type of behaviour involved in what we shall call the « bandwagon effect », *ibid*. p. 184.

1027 J. ROHLFS « A theory of interdependant demand for a communication services », Bell Journal Of Economics and Management Science », 1974, p. 16-36.

1028 « The utility that a subscriber derives from a communications service increases as others join the system », *ibid*. p. 16.

1029 E. DE CONDILLAC, « La valeur des choses est fondée sur leur utilité, leur plus ou moins de valeur est donc fondée, l'utilité restant la même, sur leur rareté ou sur leur abondance, ou plutôt sur l'opinion que nous avons de leur rareté ou de leur abondance », *Le commerce et le gouvernement considérés relativement l'un à l'autre* : Institut Coppet, févr. 2012, p. 10.

1030 H. LIEBOWITZ, S. MARGOLIS, « Network Effects », in Handbook of Telecommunication Economics, sous la direction de CAVE M., et ALII, North-Holland, Elsevier, 2002.

1031 En dehors de la valeur d'autarcie ou encore de la valeur individuelle : « One component, wich in our writtings we have labeled the autarky value, is the value generated by the product even if there are no others users. The second component, wich we have called synchronization value, is the additionnal value derived from being able to interact with others users of the product, and it is this latter value that is the essence of network effects », *ibid.*

connecté va créer de nouvelles possibilités de communication[1032]. L'effet indirect quant à lui va permettre de fournir des produits ou services au coût le plus bas au fur et à mesure que le réseau s'agrandit. Par exemple, plus un système d'exploitation est utilisé, plus les programmes développés sur ce système verront leur prix diminuer[1033]. Chaque fois qu'un individu intègrera un réseau, il créera des effets qui se répercuteront sur les autres usagers, qu'ils soient positifs – plus la communauté sera importante plus les membres bénéficieront d'avantages – ou négatifs – une communauté trop importante peut arriver à saturation et créer des castes sociales. Tel est le mécanisme des effets de réseau, pierre angulaire de la gratuité dans l'univers du numérique. Internet a ainsi permis la création de valeur : valeur économique – par le contenu – autant que sociale – par la communauté[1034].

263. **De la gratuité marchande et non marchande.** *« Derrière une même apparence de gratuité pour l'internaute se cachent des modèles économiques fort divers »*[1035]. Ces mots de J. FARCHY, C. MEADEL et G. SIRE résument toute la complexité existante autour de l'usage à titre gratuit dans l'univers numérique, univers dans lequel l'internaute constitue le dernier maillon d'une chaîne de droits faisant l'objet d'architectures économiques diverses. Il sera ainsi possible de distinguer, d'une part, la gratuité marchande, gratuité résultant d'un schéma juridico-économique permettant la mise à disposition légale et à titre gratuit des biens informationnels au profit du public et créant, par ailleurs, de la valeur, valeur dont le partage reste l'une des grandes problématiques actuelles (**Chapitre 1**) ; et, d'autre part, la gratuité dite « non marchande », gratuité résultant notamment d'une mise à disposition illégale et désintéressée économiquement d'œuvres protégées par le droit

---

1032 E. MALIN., T. PÉNARD, *op. cit.*, p. 15 ; O. BOMSEL, *op. cit.* p. 90-94 ; P. CHANTEPIE., A. LE DIBERDER, *Révolution numérique et industries culturelles* : La Découverte, coll. Repères, 2010, p. 14.

1033 E. MALIN, T. PÉNARD, *ibid.,* p. 18 ; O. BOMSEL, *ibid.* ; P. CHANTEPIE, A. LE DIBERDER, *ibid.*

1034 P.-J. BENGHOZI, « Économie du numérique et industries de contenu : un nouveau paradigme pour les réseaux », *in* Hermès, La revue, 2011/1 n° 59, p. 33. L'auteur conclut son article en mettant en exergue le fait que l'économie numérique joue principalement sur le « community-ship » plutôt que sur le « leadership ». La notion de communauté tient une véritable place importante dans l'économie de réseau, p. 37.

1035 J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *op. cit.,* p. 16.

d'auteur et dont la question de la légalisation peut paraître intéressante dans sa philosophie (**Chapitre 2**)[1036].

[1036] La distinction de ces deux formes de gratuité fait débat, notamment quant à la définition même du cercle marchand et non marchand. Selon certains auteurs, « la définition de la gratuité non marchande par absence de gain se révèle (…) largement une impasse ». Il existerait ainsi, en l'absence de l'établissement d'une véritable cartographie de la gratuité non marchande, une seule et unique forme de gratuité sur Internet : la gratuité marchande, *ibid.*, p. 25 ; V. également pour la distinction marchand, non-marchand, M. GENSOLLEN, « La création de valeur sur Internet » : Réseaux, 1999, Vol. 17 n° 97, p. 15-76.

Chapitre 1. Usage à titre gratuit et commercialité des biens culturels dans l'environnement numérique : de la création et du partage de la valeur

264. **La gratuité au service du marché.** Si le terme gratuit renvoie à un bien ou service donné *« sans qu'il en coûte rien, dont on jouit sans payer »*[1037], ce dernier permet néanmoins, sous divers modèles distincts, de servir le marché.

265. **Le modèle de la « subvention croisée ».** La gratuité peut ainsi revêtir la forme dite de la « subvention croisée ». Dans ce modèle de gratuité marchande, un produit est offert – ou vendu à un prix ridiculement bas – contre l'achat d'un autre produit. Tel est le cas du fameux téléphone portable vendu un euro, à la condition de souscrire, en contrepartie, un abonnement téléphonique payant[1038]. C'est par ce produit d'appel – qui a tout de même un certain coût pour l'opérateur – que ce dernier va inciter les consommateurs à souscrire un abonnement de téléphonie mobile. Ce service payant, avec un coût faible pour l'opérateur qui réalisera alors un bénéfice, en faisant payer l'abonnement permettant l'accès à ce service : le prix de revient du

---

[1037] V. définition du Larousse.

[1038] Le plus vieux modèle de subvention croisée est à mettre au profit de la société Gillette. En donnant des rasoirs, elle créait de la demande pour les lames que les possesseurs de rasoirs allaient acheter, C. ANDERSON, *Free ! Entrez dans l'économie du gratuit* : Pearson, Paris, 2009, p. 25 ; V. également O. BOMSEL, *Gratuit ! Du déploiement de l'économie numérique* : Folio actuel, 2009, p. 84 ; Ce modèle de gratuité marchande est aussi appelée « Logique inter-produits », J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *La gratuité, à quel prix ?* : Les cahiers de l'EMNS, Presses des Mines, Paris, 2015, p. 30 ; Il est même également admis que les biens culturels distribués gratuitement peuvent constituer des produits d'appel, S. PROULX, A. GOLDENBERG, « Internet et la culture de la gratuité » : La gratuité, éloge de l'inestimable, Revue du MAUSS, 2010/1, n° 35, p. 281 ; V. également, H. BOUTHINON-DUMAS, « À la recherche d'un concept socio-économique de gratuité », Actes du Colloque de Besançon des 4 et 5 octobre 2012, *La gratuité. La réception par le droit d'un concept polymorphe*, ss. dir., C. ZOLYNSKI et N. MARTIAL-BRAZ : LGDJ, 2012.

téléphone portable sera alors rentabilisé – certes, sur le long terme – par la souscription à l'abonnement téléphonique.

266. **Le modèle du « freemium ».** D'autre part, la gratuité marchande peut prendre la forme du « freemium ». Ce modèle, avec le modèle « multi faces »[1039], est le plus répandu dans l'accès au contenu gratuit. Les entreprises ou services vont alors proposer deux modèles du produit – par exemple, un service de streaming : l'une sera une version de base proposée gratuitement – dans le cadre du streaming[1040], on parlera alors de la version gratuite avec un accès limité au catalogue et l'apparition de publicités – et l'autre sera une version premium et payante – permettant alors l'accès au catalogue entier, à des playlists et ce, sans publicités[1041]. Ainsi, la version de base, souvent simple et dénuée de services annexes, constitue un produit d'appel permettant d'acquérir un grand nombre de consommateurs, dans l'espoir que parmi eux, certains optent pour la version premium avec des fonctionnalités plus élaborées[1042]. Ce sont donc les utilisateurs payants – ou ayant souscrit un abonnement payant – qui rémunèrent le service et permettent ainsi de pérenniser les deux versions[1043].

267. **Le modèle de la gratuité « d'audience ».** Enfin, le dernier modèle présenté est le modèle dit « tripartite »[1044], « multi faces »[1045], « multi versants »[1046] ou encore « bifaces »[1047]. La gratuité marchande multi faces peut s'articuler de deux façons[1048] :

1039 V. *infra* n° 267.

1040 La plupart des sites de streaming, Deezer ou Spotify, proposent un accès gratuit à leur catalogue. Toutefois, cet accès est restreint : les utilisateurs étant soumis par exemple à une playlist préalablement programmée ou à l'impossibilité d'écouter l'album entier de leur artiste préféré. Toutefois, l'exemple le plus parlant pour le monde culturel a été l'opération lancée par le groupe de musique Radiohead en 2007 en permettant aux internautes de payer le prix qu'ils souhaitaient pour pouvoir télécharger l'album sorti la même année. Ainsi, les internautes ayant pris l'initiative de payer ont subventionné les internautes ayant téléchargé l'album gratuitement ; V. également J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *op. cit.*, p. 64.

1041 H. BOUTHINON-DUMAS, *op. cit.* ; V. également CE, *Le numérique et les droits fondamentaux* : La documentation française, 2014, p. 170.

1042 *Ibid.*

1043 C. ANDERSON, *op. cit.,* p. 29 ; Ou encore « Logique inter-temporelle », J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *op. cit.,* p. 30.

1044 C. ANDERSON, *op. cit*, p. 27.

1045 E. MALIN, T. PÉNARD, *Économie du numérique et de l'Internet* : Vuibert, 2014, p. 72 ; V. également, *Plateformes – Compte rendu réunion de travail du 4, 22 oct. et 15 nov. 2013,* CNNum.

1046 Ou encore « Logique inter-agents », J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *op. cit*. p. 30.

1047 J. TIROLE, *Économie du bien commun* : PUF, 2016, p. 499.

soit par le système dit de « recommandation »[1049] ou de « réputation »[1050], soit par le système dit « d'audience »[1051].

Le système de recommandation trouve son origine dans les communautés dites « non marchandes »[1052]. Il a été par la suite adapté à l'univers marchand et se traduit par la possibilité pour un consommateur d'émettre un avis ou une opinion sur un produit acheté[1053]. Pour des biens « d'expériences » que sont les œuvres[1054], ce système s'avère attrayant à l'égard des plateformes proposant des biens physiques ou informationnels payants, comme le sont les sites ou plateformes Internet Amazon, ITunes, ou encore le site de la FNAC[1055]. Le système de réputation se fonde sur le même principe, mais le consommateur évalue et commente sa relation avec le vendeur[1056]. Toutefois, et même si le système de recommandation est employé en

---

[1048] Pour certains auteurs, il existe un troisième modèle de gratuité marchande fondé sur le multi versants. Il s'agit entre autres des plateformes dites « d'exploitation », qui regroupent les systèmes d'exploitation et les matériels informatiques, E. MALIN., T. PÉNARD., *op. cit.*, p. 74.

[1049] G. DANG NGUYEN, T. PÉNARD, « La gratuité à la croisée des nouveaux modèles d'affaires sur l'Internet » : La Découverte, Réseaux, 2004/2 n° 124, p. 92 ; E. MALIN, T. PÉNARD., *op. cit.,* p. 73 ; V. également P.-J. BENGHOZI, « Économie du numérique et industries de contenu : un nouveau paradigme pour les réseaux » : Hermès, La revue, 2011/1 n° 59, p. 36 ; Il faut également noter qu'il n'est pas fait référence aux recommandations réalisées par des algorithmes, que ce soit pour la publicité ciblée ou pour la recommandation réalisée sur les sites de streaming.

[1050] G. DANG NGUYEN, T. PÉNARD, *ibid,* p. 96 ; E. MALIN, T. PÉNARD., *ibid*., p. 73.

[1051] E. MALIN, T. PÉNARD, *ibid.*

[1052] Pour un développement sur les communautés non-marchandes, v. *infra* n° 313 et s.

[1053] Nul doute que pour un artiste de renommée, les avis donnés par les autres usagers peuvent s'avérer inutile, le consommateur faisant confiance à la célébrité ou par ce qu'a pu réaliser l'artiste par le passé. Toutefois, ces avis peuvent s'avérer très utiles dans le cas où l'internaute hésite ou va vouloir découvrir de nouveaux artistes. Le système de recommandation s'applique également pour les logiciels et jeux vidéo, DANG NGUYEN, T. PÉNARD, « La gratuité à la croisée des nouveaux modèles d'affaires sur l'Internet », *op. cit*., p. 92 ; E. MALIN, T. PÉNARD., *op. cit*., p. 73 ; V. également T. BEAUVISAGE, J.-S. BEUSCART, V. CARDON, K. MELLET, M. TRESPEUCH, « Notes et avis des consommateurs sur le web » : La Découverte, Réseaux, 2013/1 n° 177, p. 137 et s. ; J.TIROLE, *op.cit*., p. 529.

[1054] On ne peut juger de leur utilité qu'une fois consommées.

[1055] G. DANG NGUYEN, T. PÉNARD, « La gratuité à la croisée des nouveaux modèles d'affaires sur l'Internet », *op. cit,* p. 92 .

[1056] Le consommateur a ainsi la possibilité de donner une note à un vendeur et écrire un commentaire à son sujet afin de le recommander ou non. Tel est le cas pour les plateformes dites « Marketplace », que sont la FNAC ou encore Amazon, G. DANG NGUYEN., T. PÉNARD, *op. cit,* p. 96.

corrélation avec le système d'audience[1057], il ne permet pas l'accès gratuit aux œuvres[1058].

Le système d'audience, quant à lui, met en jeu des relations contractuelles mais aussi économiques entre plusieurs protagonistes : il s'agira alors de permettre un « usage à titre gratuit commercial ». L'usage à titre gratuit du contenu – de l'œuvre – et qui bénéficiera aux consommateurs, fera alors l'objet d'un véritable mécanisme économique reposant sur le principe des effets de réseaux. Figurant comme le modèle dominant dans l'accès aux biens culturels sur Internet, il conviendra, dans un premier temps, de comprendre son organisation juridico-économique – respect du droit d'auteur – et comment se crée la valeur en son sein (**Section 1**) ; et dans un second temps, d'étudier comment cette valeur est partagée entre les différents protagonistes ou plutôt, entre les différents créateurs de valeur – rémunération des ayants droit (**Section 2**). L'usage à titre gratuit apparaîtra alors, et de nouveau, comme un leurre : il y a, dans tout usage à titre gratuit, une contrepartie.

SECTION 1. – La gratuité marchande dans l'environnement numérique : une gratuité reposant sur le modèle d'affaires d'audience

268. **La gratuité d'audience.** Dans l'environnement numérique, la majorité des diffusions et de mises à disposition de contenus culturels se fonde sur l'économie dite de « l'attention »[1059]. Néanmoins, ce modèle d'affaires reposant sur la présence d'un intermédiaire afin de mettre en relation usagers et annonceurs n'est pas propre au numérique. Ce dernier existe depuis que les marques ont trouvé dans les différents

[1057] Il est possible d'émettre un avis sur un vidéoclip visionné gratuitement sur Internet ou sur un album écouté gratuitement en streaming.

[1058] Les sites Internet proposant du contenu payant permettent tout de même la pratique de l'échantillonnage afin que les consommateurs puissent se faire eux-mêmes un avis sur le bien, l'œuvre qu'ils souhaitent acheter. Il est également possible d'affirmer que les plateformes mettant à disposition à titre gratuit des biens informationnels laissent la possibilité aux usagers d'émettre des commentaires ou avis. Néanmoins, l'accès étant gratuit, les différents avis ou commentaires apparaissent subsidiaires, l'usager étant plus facilement amené à consommer.

[1059] Il est ici fait référence à « l'économie de l'attention », notion envisagée par les économistes H. SIMON et M. GOLDHABER, SIMON H.A., « Designing Organizations for an Information-Rich-World », Septembre 1969 ; GOLDHABER M.-H., « The Attention Economy on the Net », First Monday, Vol.2 n° 4, avr. 1997 ; V. également J. RIFKIN, *L'âge de* l'accès : La découverte, 2000.

modes de diffusions de l'information une possibilité d'atteindre les consommateurs en profitant de leur attention au moment où ils sont connectés aux réseaux de diffusion[1060]. C'est le cas notamment du modèle d'affaire de la radio, de la télévision[1061] ou encore de la presse écrite gratuite[1062]. Ce modèle a par la suite été retranscrit dans l'univers numérique et notamment sur Internet afin de permettre l'accès aux services ou la diffusion de contenus et ce, gratuitement[1063]. Toute la difficulté réside alors dans la compréhension de l'articulation du droit d'auteur face à ce modèle de gratuité.

Il s'agira ainsi, dans un premier temps, de déterminer ce qu'il faut entendre par gratuité « d'audience » dans l'environnement numérique (§1), avant, dans un second temps, d'analyser les différents modèles d'affaires d'audience existants et de comprendre où se crée la valeur (§2)[1064].

§ 1. – Le modèle d'affaires multi-faces d'audience : la plateforme comme intermédiaire

269. **La plateforme : un intermédiaire.** *« Une plateforme multi face est un intermédiaire qui permet la mise en relation de plusieurs « faces » ou (…) utilisateurs »*[1065]. Elle va donc se traduire dans l'univers numérique par la création d'une infrastructure immatérielle[1066] – la plateforme – qui créera un réseau – les

---

1060 J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *La gratuité, à quel prix ?* : Les cahiers de l'EMNS, Presses des Mines, Paris, 2015, p. 31.

1061 Il est à noter toutefois que la redevance audiovisuelle concernait les postes de radiodiffusions de 1933 (L. 31 mai 1933) à 1980 (D. n° 80-201, 10 mars 1980). Elle ne concerne maintenant plus que la télévision et constitue donc une source de revenus indirects pour les chaînes du service public, en dehors des revenus publicitaires.

1062 V. sur le sujet, R. SOUBROUILLARD., « Gratuit, le prix à payer » : Le Débat, 2006/2 n° 139, p. 92-108.

1063 F. VASSELIN., « Les fondements économiques de la gratuité des biens et services informationnels. Financement indirect et investissement en gratuité » : Cahiers de la MSE, 2005/37, p. 6 et s. ; V. également D.-S. EVANS, « Some empirical aspects of multi-sided platform industries », *in* Revue of Network Economics, Vol.2, Issue.3, septembre 2003, p. 191-209.

1064 Il convient toutefois de préciser que dans le cadre des développements suivants, ne sera étudiée que la gratuité « légale », celle respectant les droits d'auteur, et non la gratuité illégale ou encore la pratique dite du « piratage », pouvant déboucher sur une « contrefaçon lucrative » grâce aux services mis à dispositions par les intermédiaires. Sur ce sujet, v. *infra* n° 301 et s.

1065 E. MALIN, T. PÉNARD, *Économie du numérique et de l'Internet* : Vuibert, 2014, p. 72 ; V. également, pour une étude des plateformes, CSA, *Plateformes et accès aux contenus audiovisuels*, sept. 2016.

1066 E. MALIN, T. PÉNARD, *op. cit.*, p. 72.

utilisateurs se servant de ladite plateforme : *« l'utilité de la plateforme pour une catégorie d'utilisateur dépend de la présence des autres catégories d'utilisateurs sur cette plateforme »*[1067]. Tout est question d'effets positifs de réseau ainsi que de l'utilité qu'aura chacune des parties à intégrer la communauté. Plus il y aura d'utilisateurs sur chacune des faces, plus ceux de l'autre face trouveront une utilité à être présents sur la plateforme. Le pari sera alors d'attirer un premier versant pour qu'il crée des effets positifs et justifie ainsi la venue d'utilisateurs de l'autre versant. La plateforme va ainsi proposer, dans un premier temps, du contenu ou des services gratuits pour les utilisateurs – le premier versant ; et dans un second temps, elle vendra l'audience aux annonceurs en leur permettant de diffuser leurs messages publicitaires sur la plateforme[1068] – le second versant. L'utilisation gratuite pour les utilisateurs sera ainsi entièrement financée en premier lieu par la plateforme qui pariera sur les effets positifs de réseau afin d'attirer les annonceurs qui eux, s'acquitteront d'un prix pour intégrer cette même plateforme[1069]. Ainsi, une fois l'équilibre atteint, le premier versant verra son usage gratuit financé par le second versant, le tout étant permis grâce au contenu ou aux services disponibles sur la plateforme pour les utilisateurs, et pour l'audience disponible pour les annonceurs[1070]. Tel est le mécanisme des plateformes multi faces d'audience.

Dans le cadre de l'accès à du contenu et notamment aux œuvres, cela va se refléter par la rencontre entre contributeurs, visiteurs et annonceurs pour les

---

[1067] E. MALIN, T. PÉNARD, *op. cit.*, p. 73 ; V. également, J.-C. ROCHET, J. TIROLE, « Two sided-markets : on overview », *in* RANDS, Journal of Economics, 37(3), p. 645-667.

[1068] J. GABSZEWICZ, D. LAUSSEL, N. SONNAC., « TV-Broadcasting competiton and advertising », *in* CORE Discussion Paper, 6, Université Catholique de Louvain et Lucarnes Bleues, n° 9972 CREST/LEI ; V. également J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *op. cit.,* p. 31 ; E. MALIN, T. PÉNARD, *op. cit.*, p. 37 et p. 75 ; J.TIROLE, *Économie du bien commun* : PUF, 2016, p. 504.

[1069] Il s'agit ici de la théorie dite « de l'œuf et de la poule ». En effet, il s'agit de déterminer ce qui va inciter les utilisateurs à venir sur la plateforme au moment de sa création. Est-ce, pour les utilisateurs, la promesse d'un contenu ? Ou pour les annonceurs, la promesse d'une audience ? Pour parer à cela, la plateforme va alors inciter un versant à venir pour permettre à l'autre versant de venir à son tour. La plateforme va donc « subventionner » l'accès.

[1070] La plateforme est donc le point central rendant les différents versants interdépendants les uns des autres, F. BENHAMOU., J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, coll. Repères, 2014, p.69 ; V. également : « A market is two-sided if the platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount; in other words, the price structure matters, and platforms must design it so as to bring both sides on board. », D.-S. EVANS, R. SCHMALENSEE, « The antitrust analysis of multi-sided platform business », *in* Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper, n° 623, 2012, p. 6.

plateformes de partage de contenus[1071], ou par la rencontre entre usagers et annonceurs dans le cas des réseaux sociaux[1072]. Les annonceurs vont ainsi profiter de l'audience disponible sur les plateformes et les réseaux sociaux afin de diffuser leurs messages publicitaires. Les relations entre les différentes parties sont ainsi intrinsèquement liées et permettent l'accès gratuit au contenu et aux services. Si l'une des parties tend à disparaître ou à diminuer, c'est l'ensemble du château de cartes sur lequel repose le modèle qui s'effondrera, entraînant ainsi avec lui la disparition de la gratuité d'accès[1073].

Juridiquement, l'accès gratuit au contenu et ainsi aux œuvres sur ces plateformes n'entraîne pas cession gracieuse des droits patrimoniaux des droits d'auteur. Il s'agit plus particulièrement d'un schéma contractuel entre les différentes parties reposant sur un modèle économique particulier et propre aux plateformes multi faces d'audience. Le mécanisme juridique permettant l'accès gratuit aux œuvres repose ainsi sur une succession de contrats encadrant la cession des droits d'auteur et la distribution des œuvres. Le modèle d'affaire d'audience apparaît comme le modèle économique le plus répandu dans l'univers numérique permettant l'accès gratuit aux œuvres devant les modèles reposant sur le principe du *freemium* ou de l'abonnement[1074].

§ 2. – Un modèle dominant dans l'environnement numérique

270. **Des différents modèles d'affaires d'audience.** S'il est possible, dans le modèle d'affaires « d'audience », d'estimer que les plateformes monétisent « l'audience » proprement dite, il convient néanmoins de distinguer deux types de monétisation de l'audience : celle reposant sur la monétisation du contenu (A), et celle reposant sur la monétisation des données personnelles (B).

[1071] V. *infra* n° 272 et s.

[1072] V. *infra* n° 274 et s.

[1073] Il convient de reprendre ici l'exemple de Dailymotion qui a dû revoir son modèle d'affaire, le contenu et le nombre d'utilisateurs n'étant pas assez important pour permettre des revenus stables, v. *infra* n° 272.

[1074] J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *op, cit.*, p. 52.

A. – La monétisation de contenus

271. **Un partage de contenu créé par les internautes.** Certaines plateformes ont établi leur modèle d'affaires en fonction de leur activité principale. Il s'agit notamment des plateformes permettant le partage de contenu par un service de stockage de l'information et de diffusion (1), information notamment créée par les internautes, qu'ils soient professionnels ou amateurs (2).

1 – Les plateformes de partage de contenus

272. **L'exemple de YouTube et de Dailymotion.** *« Notre but est d'organiser toute l'information du monde (…) et de la rendre facilement et rapidement disponible à tous, n'importe où dans le monde »*[1075]. L'objectif de YouTube était annoncé : permettre aux internautes un accès à un contenu important, de n'importe où, et surtout, gratuitement[1076]. Fonctionnant sur le principe des plateformes UGC[1077], YouTube permet aux utilisateurs de transférer leurs vidéos personnelles sur un serveur et de les diffuser sur Internet, dans un cadre public ou privé[1078]. Figurant troisième au palmarès des sites Internet les plus fréquentés de France[1079], YouTube est le premier site de streaming en termes d'audience permettant l'accès gratuit à la musique[1080] – par le visionnage de vidéoclip – et des contenus audiovisuels[1081]. Cette audience constitue une véritable manne pour les industries culturelles souhaitant diffuser les œuvres de leur catalogue dans le but d'atteindre le plus de consommateurs

[1075] C. HURLEY, « We'd just made headlines by joining with Google in our shared goal of organizing the world's information (in our case, video) and making it easily and quickly accessible to anyone, anywhere. », http://youtube-global.blogspot.fr.

[1076] Il a été récemment réaffirmé que Youtube est et restera gratuit car cela est « dans les gênes même de Google » : « We'll always have ad-supported : that's our core, and we'll never stop focusing on it. It's in Google's DNA to be in the ad-supported business », P. RESNIKOFF., « Youtube : We'll never stop focusing on Free content » : DigitalMusicNews.com, 2 juin 2015.

[1077] Pour « User-generated content » ou « contenu généré par les utilisateurs ».

[1078] Il est possible, lors du chargement d'une vidéo sur YouTube, de choisir entre un cadre public ou privé : soit la vidéo pourra être regardée par tout le monde, soit par un nombre restreint d'utilisateur ayant connaissance du lien hypertexte permettant l'accès au contenu.

[1079] Médiamétrie, « Audience internet globale en France en mai 2017 », juill. 2017.

[1080] 54% des personnes écoutant de la musique en streaming légalement se rendent sur YouTube, « Chiffres clés : le marché français de la musique sur Internet » : Zdnet.fr, février 2015.

[1081] YouTube figure en tête de sites d'accès à la vidéo en ligne avec plus de 25 millions de visiteurs uniques par mois et plus d'un milliard et demi de vidéos visionnées, Médiamétrie, « L'audience vidéo sur ordinateur en France en mai 2017 », juill. 2017.

possibles. YouTube parie ainsi sur la rencontre de trois parties[1082] : les contributeurs, les visiteurs, et enfin, les annonceurs. Les contributeurs vont produire du contenu en chargeant leurs vidéos dans l'objectif de générer de l'audience et ainsi d'être reconnus. Les visiteurs eux, vont constituer l'audience du site. Plus il y aura de visiteurs, plus il y aura du contenu – et de contributeurs – et plus celui-ci sera diversifié – ce sont les effets positifs du réseau. La dernière partie quant à elle va permettre de monétiser ce contenu. En contrepartie d'une rémunération afin d'avoir le droit de diffuser des messages publicitaires, les annonceurs bénéficient de l'audience générée par YouTube grâce au contenu existant. Conformément au modèle multi faces d'audience, l'objectif poursuivi par YouTube est de ne pas faire contribuer l'internaute au paiement des différentes charges existantes – stockage et bande passante – en permettant la mise en ligne et le visionnage gratuit[1083], mais uniquement de faire contribuer les annonceurs qui profitent de sa popularité et de son contenu[1084]. La plateforme est donc le point central entre ces trois parties : un contributeur cherchant de l'audience grâce à la possibilité de stockage qu'offre YouTube ainsi que la fréquentation due à sa popularité, un visiteur cherchant du contenu grâce à l'information présente sur YouTube, et enfin un annonceur qui cherche de l'attention grâce à la rencontre entre le contributeur et le visiteur permise grâce à YouTube.

Ne permettant pas uniquement le stockage des vidéos, YouTube peut aussi jouer le rôle de diffuseur. C'est le cas notamment des vidéos stockées sur le site Vevo et diffusées par YouTube. Plateforme uniquement destinée au partage de vidéoclips, Vevo est née d'une alliance entre YouTube, Universal et Sony. Elle permet ainsi à ces majors de l'industrie musicale de monétiser leurs contenus et ainsi de générer des revenus grâce à la publicité[1085]. L'ensemble de leur catalogue est ainsi relayé sur YouTube : Vevo profite de l'audience et de la réputation de YouTube. Cela a permis à certains artistes d'atteindre le milliard de vues[1086] et ainsi de percevoir des revenus conséquents. Essentiellement diffusée sur YouTube, Vevo représentait en 2013 12%

1082 E. MALIN, T. PÉNARD, *op. cit.*, p. 76.

1083 Il suffit uniquement de disposer d'un compte YouTube.

1084 E. MALIN, T. PÉNARD, *op. cit*, p. 77.

1085 B. FERRAN, « Le site de musique Vevo débarque en France » : Lefigaro.fr, 15 nov. 2012.

1086 Il suffit de visionner le vidéoclip « Dark Horse » interprété par Katy Perry sur Vevo pour se rendre compte que le nombre de visionnage a dépassé le milliard, https://www.youtube.com/watch?v=0KSOMA3QBU0.

de l'audience concernant l'accès légal à la musique sur Internet, soit autant qu'iTunes à la même époque[1087].

La plateforme Dailymotion – société française –, repose également sur le même modèle d'affaires que YouTube et Vevo en monétisant son audience grâce aux revenus publicitaires. Toutefois, Dailymotion n'apparaît que comme le 33ème site Internet le plus fréquenté de France avec un peu plus de 9 millions de visiteurs uniques par mois[1088], et le troisième site de streaming permettant l'accès à la musique et à l'audiovisuel, loin derrière YouTube ou encore le réseau social Facebook[1089]. Sûrement à cause de ces mauvais scores et par une concurrence monopolisée par YouTube, Dailymotion a été dans l'obligation de revoir une partie de son modèle d'affaires en proposant un accès payant à son contenu[1090]. Il s'agit ici d'un exemple concret concernant les effets de réseau et leur lien avec la gratuité. Ne bénéficiant pas d'une communauté suffisante et d'un contenu diversifié[1091], Dailymotion n'a sans doute pu faire face à une gratuité résidant uniquement sur le modèle de la publicité. C'est pourquoi le modèle d'affaires reposant sur la publicité fait débat, notamment quant à sa viabilité et à la valeur qu'il génère. En effet, les revenus, même s'ils peuvent atteindre des sommes exponentielles[1092], sont dans la majorité des cas trop faibles par rapport aux frais engagés par les industries culturelles pour la création des contenus.

1087 « Chiffres clés : le marché français de la musique sur Internet », *op, cit.*

1088 « L'audience de l'Internet en France en avril 2016 », *op. cit.*

1089 Youtube comptabilise plus de 22 millions de visiteurs uniques par mois, Facebook un peu plus de 14 millions et Dailymotion environ 7,5 millions, « Chiffres clés : le marché français de la musique sur Internet », *op, cit.*

1090 B. FERRAN, « Daylimotion met l'accent sur les vidéos payantes » : Lefigaro.fr, 13 juin 2013.

1091 Certaines vidéos populaires ne sont pas disponibles sur Dailymotion.

1092 V. *infra* n° 275.

2 – Un contenu créé par les internautes

273. L'internaute comme créateur de contenu. Le contenu disponible sur les plateformes de partage est directement issu des internautes. Ces internautes peuvent avoir différents statuts : celui de professionnel – industries culturelles, auteurs et artistes professionnels –, ou celui d'amateur : *« le spectateur sort de sa passivité pour devenir à son tour un auteur en puissance*[1093]. Les contributeurs amateurs vont ainsi venir créer du contenu qui va s'agréger et amplifier les informations disponibles sur les plateformes, attirant ainsi une audience existante ou nouvelle permettant le maintien du modèle d'affaires.

L'internaute, ou plus particulièrement le contributeur, qu'il soit professionnel ou amateur, est alors créateur de contenu ou plus particulièrement, créateur de valeur. Créateur de valeur car, d'une part, et plus pragmatiquement, le contenu peut être directement monétisé par le contributeur, monétisation qui lui sera directement bénéfique ainsi que pour la plateforme et les annonceurs, encore plus quand le contributeur détient déjà une certaine popularité ; d'autre part et de façon indirecte, car le contenu créé par un contributeur amateur attirera de l'audience qui, si elle consulte un contenu non monétisé représenté par la contribution amateur, pourra également consulter un contenu qui sera monétisé. Le contenu, quelle que soit son origine, attire de l'audience : il constitue la valeur de la plateforme. Il est même possible d'affirmer, et ce, plus largement, que les internautes constituent la valeur des plateformes. Ce même constat peut être réalisé pour les plateformes dont le modèle d'affaires repose sur la réputation ou la recommandation : *« le voyageur note la chambre d'hôtel où il s'est rendu pour vanter ses mérites ou au contraire signaler la présence de cafards ; son avis servira aux autres et, de loin en loin, construire la e-réputation du prestataire, additionné aux autres commentaires postés »*[1094]. Les internautes créent ainsi, de par leurs contributions, une valeur globale[1095].

[1093] V.-L. BENABOU, J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? Partage de la valeur à l'ère du numérique* : Odile Jacob, coll. Corpus, 2015, p. 32 ; Sur un développement de la « pratique amateur », v. *supra* n° 197.

[1094] *Ibid.*, p. 33.

[1095] *Ibid.*

B. – La monétisation des données personnelles

274. **Une monétisation des informations fournies par les usagers.** Les réseaux sociaux tels que Facebook et Twitter, se fondant sur la mise à disposition de contenus générés par les utilisateurs et proposant l'accès à leurs services gratuitement (1) ont organisé leur modèle d'affaires autour de la monétisation des données personnelles fournies par l'utilisateur lors de son inscription au réseau et lors de son utilisation de ce dernier (2).

1 – Les réseaux sociaux

275. **L'exemple de Facebook et Twitter.** Les problématiques soulevées par les réseaux sociaux ne sont pas nouvelles[1096] : le numérique est simplement venu favoriser le développement de ces réseaux appelés alors « réseaux socio numériques »[1097]. C'est ainsi que sont nés dans les années 2000 divers sites de réseaux sociaux[1098], le plus connu étant sans nul doute le réseau créé par Mark Zuckerberg en 2004[1099] : Facebook. Étant tout d'abord un site destiné aux étudiants de l'université d'Harvard aux États-Unis, Facebook s'est ouvert aux autres universités américaines avant de devenir public en 2006[1100]. Le réseau social permet aux membres de créer un profil public ou privé sur lequel il est possible de s'exprimer en publiant des textes, des photographies ou encore des vidéos[1101]. Il permet ainsi à ses membres de se connecter entre eux, où qu'ils soient dans le monde, et de partager des informations.

[1096] D. TCHUENTE, N. BAPTISTE-JESSEL, M.-F. CANUT, « Accès à l'information dans les réseaux socionumériques » : Hermès, La revue, 2011/1 n° 59, p. 59. Les auteurs nous apprennent que l'analyse des réseaux sociaux est menée depuis les années 1930, notamment par des auteurs comme BRESLIN et DECKER ; V. également A. KIYINDU, « Réseaux socionumériques et solidarité » : Hermès, La revue, 2011/1 n° 59, p. 117.

[1097] Il faut se référer au titre de l'article des auteurs D. TCHUENTE, N. BAPTISTE-JESSEL, M.-F. CANUT, intitulé « Accès à l'information dans les réseaux socionumériques », *ibid.* ; V. également P.-J. BENGHOZI, « Économie du numérique et industries de contenu : un nouveau paradigme pour les réseaux » : Hermès, La revue, 2011/1 n° 59 ; A. KIYINDU, *ibid.* ; Le premier réseau social sur Internet « Usenet » a été créé en 1979 par Tom Truscott et Jim Ellis. Il permettait aux usagers de partager des messages publics, A.-M. KAPLAN, « Twitter ou le pouvoir de 140 caractères » : L'expansion Management Review, 2011/1 n° 140, p. 105.

[1098] Tels que notamment le site « Les copains d'avant » fondé en 2001, « Myspace » et « LinkedIn » en 2003, « Viadeo » en 2004, ou encore « Instagram » en 2010.

[1099] E. MALIN, T. PÉNARD, *op. cit.* p. 28.

[1100] M. FORSE, « Les réseaux sociaux d'aujourd'hui » : Revue de l'OFCE, 2012/7 n° 126, p. 161.

[1101] Sur la licence non-exclusive attribuée aux réseaux sociaux, v. *supra* n° 149 et s.

Ayant connu un développement fulgurant grâce notamment aux effets de réseau propres au numérique[1102], Facebook a atteint le nombre symbolique du milliard de visiteurs uniques recensé en une journée le 24 août 2015[1103]. Par sa fréquentation dont la renommée n'est plus à faire, Facebook attire de cette façon les entreprises qui y voient une possibilité de toucher un nombre de consommateurs conséquent pour leur campagne marketing[1104]. Le réseau social fonctionne ainsi sur le modèle de gratuité marchande d'audience permettant la rencontre de ses membres et des annonceurs : Facebook, *« c'est gratuit (et ça le restera toujours) »*[1105].

Ce modèle d'affaires a permis à Facebook de collecter plus de 600 millions d'euros de recettes publicitaires en 2009, chiffre qui aurait dépassé le milliard en 2010[1106]. Si le montant de ces recettes est si colossal, c'est notamment parce que le modèle de Facebook, comme celui de Google[1107], permet aux annonceurs de réaliser ce que l'on appelle de la « publicité ciblée »[1108]. Les données utilisateurs sont collectées par Facebook et revendues aux annonceurs. Ces derniers peuvent alors déterminer les consommateurs qui seront plus réceptifs à certains produits plutôt qu'à

1102 M. CHEVALLIER, « Son intérêt a crû aux yeux de ses utilisateurs potentiels (…) à mesure que sa base de membre augmentait : comment en effet ne pas être sur Facebook quand vos amis y sont déjà ? », « Internet : Facebook, l'empire fragile » : Alternatives économiques, 11/2010, n° 296, p. 38 ; V. également *supra* n° 262.

1103 « Facebook franchit le cap du milliard d'utilisateurs sur une journée » : Lemonde.fr, 28 août 2015 ; V. également « Facebook : un milliard d'utilisateur en une journée » : LesEchos.fr, 28 août 2015.

1104 J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, « En France en 2011, sur 15 milliards de publicités display délivrées sur des réseaux sociaux, 11 milliards l'ont été sur Facebook », *op, cit.*, p. 85 ; Facebook s'est aussi récemment diversifié quant à la possibilité de diffuser les messages publicitaires en offrant la possibilité aux annonceurs de diffuser des vidéos publicitaires, L. RONFAUT., « Avec la vidéo en ligne, Facebook concurrence la publicité télé » : Lefigaro.fr, 10 juill. 2014.

1105 Ce sont les mots que l'on peut lire lorsque l'on se rend sur la page d'accueil de Facebook : www.facebook.com. Cette précision a été faite notamment suite à des rumeurs selon lesquelles Facebook deviendrait, par la force des choses, payant ; Parallèlement à Facebook, un réseau social ayant pour mot d'ordre « anti-Facebook » s'est créé. Ce réseau social sert surtout à dénoncer l'utilisation mercantile qui est faite par Facebook des données personnelles, « Paul Budnitz, créateur d'Ello : la publicité, c'est le diable » : Lemonde.fr, 30 sept. 2014.

1106 M. CHEVALLIER, « Ses recettes publicitaires ont bondi à 665 millions de dollars en 2009 et atteindraient, selon les analystes d'eMarketer, 1,3 milliard en 2010 et 1,7 milliard en 2011 ! », *op. cit.,* p. 38.

1107 « Pour monétiser ses données (…), le site communautaire s'est inspiré du système de lien sponsorisé par Google : il a développé un format de publicité adapté aux informations livrées par ses utilisateurs et une plateforme d'achat d'espace accessible aux annonceurs », *ibid.*

1108 Grâce notamment aux « Facebook Ads », F. REBILLARD., « Du Web 2.0 au Web² : fortunes et infortunes des discours d'accompagnement des réseaux socionumériques » : Hermès, La Revue, 2011/1 n° 59, p. 25-30 ; V. également E. MALIN, T. PÉNARD, *op. cit.*, p. 29 ; P. CHANTEPIE., A. LE DIBERDER, *op, cit.* p. 64 ; Après une injonction de la CNIL, Facebook laisse désormais la possibilité aux internautes de refuser la publicité ciblée.

d'autres : ces derniers sont donc ciblés en fonction de leur usage du réseau social. La collecte de ces données personnelles[1109] se fait notamment – en dehors des informations fournies à Facebook et revendues par la suite – grâce à des applications développées par les annonceurs que les utilisateurs peuvent être amenés à installer lors de l'usage du réseau social[1110]. La gratuité d'usage et la possibilité de partage que permet Facebook concernent aussi le partage de contenus culturels : les membres de Facebook publient des informations, mais aussi du contenu qui peut par la suite être repris par les autres membres du réseau social. Facebook et notamment les réseaux sociaux de façon générale sont à la croisée du modèle des plateformes UGC[1111] et du modèle de référencement[1112]. Le contenu peut être directement créé par les utilisateurs – vidéos ou musique directement téléchargées sur les serveurs de Facebook[1113] – ou partagé – publication de liens hypertextes permettant l'écoute de musique ou le visionnage de vidéos. Facebook est ainsi le deuxième site Internet le plus visité par les internautes souhaitant accéder à du contenu vidéo derrière la plateforme YouTube[1114]. Toutefois, Facebook ne monétise pas le contenu directement chargé et visionné sur son site[1115] : il revend uniquement aux annonceurs les données collectées sur les utilisateurs. La plateforme collecte les données issues de la publication des vidéos, musiques ou photographies, afin de permettre aux annonceurs de cibler les consommateurs par rapport à leur goût ou par rapport aux artistes qu'ils « aiment » ou dont ils ont partagé le vidéoclip.

Comme Facebook, Twitter peut être défini comme une hybridation du modèle des plateformes UGC et de référencement. Créé en 2006[1116], Twitter permet à ses membres d'envoyer des messages publics ou privés de 140 caractères maximum[1117].

[1109] F. MATTATIA., « Internet et les réseaux sociaux : que dit la loi ? » : Eyrolles, 2ème éd, 2015, p. 59.

[1110] Par exemple lorsque l'utilisateur souhaite participer à un jeu concours organisé par une marque, ou lorsqu'il souhaite jouer à un jeu accessible sur Facebook ; V. également D. TCHUENTE, N. BAPTISTE-JESSEL, M.-F. CANUT, *op, cit.*, p. 61.

[1111] V. également P.-J. BENGHOZI, *op. cit.*, p. 34.

[1112] Le référencement sur Internet permet de diriger les internautes dans la manne d'informations contenues en ligne. Tel est le cas du moteur de recherche Google ou encore Yahoo, J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *op cit.,* p. 78 et p. 85.

[1113] Il y a aujourd'hui plus de vidéos chargées sur Facebook que visionnées, J. PHILIPPE., *op, cit.*

[1114] Médiamétrie, « L'audience vidéo sur ordinateur en France en mai 2017 », *op, cit.*

[1115] J. PHILIPPE, *op, cit.*

[1116] M.-C. BEUTH, « Twitter dévoile son modèle économique » : Lefigaro.fr, 13 avr. 2010.

[1117] *Ibid.* ; A.-M. KAPLAN, *op, cit.* p. 104.

La renommée de Twitter tient de sa faculté à répandre des informations à une vitesse vertigineuse[1118]. Toutefois, il est possible pour ses utilisateurs de partager des liens hypertextes permettant l'accès à un bien informationnel, la seule contrainte résidant dans le nombre de caractères autorisé[1119]. Par le partage d'information mais aussi de liens, il y a donc création de contenus, mais également création d'une base de référencement. Avec une inscription et un usage gratuit, Twitter a, pendant longtemps, décidé de ne pas monétiser ses données utilisateurs. Ne fonctionnant que sur des données textuelles, les dépenses relatives aux serveurs et à la bande passante étant donc minime, le pari était de patienter avant d'envisager une éventuelle monétisation. La donne économique ayant changé, Twitter a été dans l'obligation de revoir son modèle et d'envisager la monétisation des données par la publicité. Le réseau social a ainsi lancé en 2010 la publicité ciblée apparaissant lors des résultats de recherches sur Twitter[1120]. Plus récemment, une nouvelle méthode de ciblage a été mise en place par Twitter prenant en compte les applications installées sur les téléphones afin de permettre à des annonceurs de mieux cibler les consommateurs par rapport à l'usage fait de leur Smartphone[1121].

2 – Les données personnelles comme « valeur »

276. **Des données personnelles.** Une donnée personnelle peut être définie comme étant *« relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres »*[1122]. Il s'agit notamment des informations fournies par les membres des réseaux sociaux lors de leur inscription – identité, âge,

[1118] P. AUBERT., « Twitter, plus que jamais plateforme d'information en temps réel » : Zdnet.fr, 5 sept. 2015.

[1119] Afin de gagner en nombre de caractère, il est possible de réduire les liens hypertextes, souvent longs, grâce au site Internet Bitly.com.

[1120] M.-C. BEUTH, *op, cit.*

[1121] « Twitter : pub ciblée en fonction des applications » : Lefigaro.fr, 11 juin 2015 ; V. également « Twitter test la pub ciblée » : LesEchos.fr, 20 juin 2015.

[1122] L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 2, al. 2, dite « Loi informatique et liberté » ; V. également art. 2 de la directive 95/46 du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ; V. également Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, entrant en vigueur le 25 mai 2018.

sexe – ou lors de leur usage du réseau[1123] – par les mentions « j'aime », les contenus partagés ou encore les visites de sites tierces. Les informations recueillies peuvent concerner non seulement l'utilisateur principal mais également ses contacts[1124]. Ainsi, sur les réseaux sociaux, la monétisation se fait uniquement grâce à la collecte de ces données personnelles, collecte généralement réalisée au mépris des utilisateurs ayant accepté des conditions générales trop floues ne mettant pas en avant les véritables enjeux économiques existants. Comme le relèvent les professeurs V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, la valeur n'est pas créée par la réalisation d'un travail ou d'une création, comme pour les modèles d'affaires monétisant le contenu, mais simplement des informations générées[1125]. Cela pose notamment des questions juridiques quant à l'accès et surtout à la vente de ces données représentant une valeur considérable[1126] : est-ce véritablement le prix à payer pour avoir un accès gratuit aux services ?

Grâce aux plateformes de partage de contenus et aux réseaux sociaux, l'accès à la culture s'est élargi et touche de plus en plus de personnes à travers le monde. Cela s'explique par la rapidité avec laquelle l'accès à ce contenu est possible mais également par la facilité de partage permise grâce aux effets positifs de réseaux et, *a fortiori*, grâce à la masse d'internautes présente sur ces plateformes. Les industries culturelles ont donc profité de ces nouveaux modes de diffusion mais également de ce que l'on appelle « les modèles médias », reposant sur le principe des plateformes multi faces d'audience et pariant ainsi sur la rencontre entre consommateurs et annonceurs afin de monétiser leur catalogue. Or, la valeur générée sur ces plateformes, qu'elle provienne des créateurs ou des données utilisateurs, ne profite pas comme il devrait à ceux qui en sont à l'origine : les utilisateurs créateurs de valeur « n'ont même pas conscience que ces données constituent la véritable contrepartie de la gratuité sociale dont ils sont devenus les captifs consentants »[1127], d'autant plus que cette même valeur se trouve *« préemptée »*[1128] par les intermédiaires.

[1123] V.-L. BENABOU, J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 17 et p. 41.

[1124] Les informations recueillies concernent également les profils « amis » ainsi que leurs publications, D. TCHUENTE, N. BAPTISTE-JESSEL, M.-F. CANUT, *op, cit.* p. 61.

[1125] V.-L. BENABOU, J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 27.

[1126] La valeur de l'ensemble des données personnelles générées par les internautes naviguant sur Internet serait estimée à environ 315 milliards d'euros, *ibid.,* p. 29.

[1127] V.-L. BENABOU, J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 30.

[1128] *Ibid.,* p. 33.

277. Conclusion de la Section 1. Pouvant reposer sur différents modèles d'affaires, la gratuité d'usage et plus particulièrement, la gratuité d'usage de biens culturels dans l'environnement numérique, repose sur le modèle d'affaires fondé sur la monétisation de l'audience dont notamment la monétisation du contenu et des données personnelles. Ces « informations » faisant l'objet de monétisation constituent une véritable valeur pour les plateformes, laquelle toutefois, ne peut profiter aux individus dans l'hypothèse d'une monétisation des données personnelles. En effet, ces dernières ne peuvent être appropriables de la part des individus – même s'il faut admettre qu'il y a une certaine appropriation de la part des plateformes car les données font l'objet de commerce. Néanmoins, c'est une toute autre solution qui se dresse pour les contenus : ces derniers appartiennent à leurs auteurs ou à leurs ayants droit. Une question se pose alors : comment la valeur créée par les contenus est-elle redistribuée ?

SECTION 2. – Le partage de la valeur dans l'environnement numérique : un modèle d'affaires d'audience non pérenne

278. Le modèle d'affaire d'audience : une économie instable dans l'environnement numérique. S'il est omniprésent, le gratuit disparaît parfois au profit de l'accès payant. Ce dernier modèle, reprenant les codes de l'accès aux biens dans l'environnement physique semble plus solide économiquement – l'internaute paie pour ce qu'il souhaite avoir, que ce soit un bien ou une information, il y a donc une contrepartie monétaire à la mise à disposition. Néanmoins, le modèle d'audience dont la gratuité d'utilisation constitue la pierre angulaire trouve difficilement la voie d'un équilibre économique, voire même, pour quelques-uns, d'une économie rentable (§2). Cependant, avant d'arriver à une telle conclusion, il est nécessaire de comprendre comment, dans un univers numérique, la valeur se crée et comment celle-ci est partagée entre les créateurs (§1).

§ 1. – De la création au partage de la valeur

279. **De la propriété des œuvres et du partage de la valeur.** Il est admis que la valeur créée dans le cadre d'une économie fondée sur la gratuité d'usage monétisant l'audience repose plus particulièrement dans la valorisation du contenu – dans l'hypothèse des plateformes monétisant le contenu existant –, ou dans la valorisation des données utilisateurs – dans l'hypothèse de la monétisation des données personnelles. Il est alors possible de se poser la question de savoir à qui appartient la valeur créée (A) mais également comment celle-ci est redistribuée entre les différents protagonistes (B).

A. – Une valeur issue de l'exclusivité des droits

280. **Le caractère « commun » de l'information.** Afin de comprendre la problématique résultant de la nature de l'information et des biens informationnels, il convient de s'arrêter sur la définition de l'information apportée par G. DANG NGUYEN et T. PÉNARD. Pour leur démonstration, ces derniers comparent l'information à la connaissance. Prenant l'exemple d'un changement de couleur d'un feu de signalisation passant du feu rouge au feu vert, les auteurs expliquent que dans un tel cas, l'information est constituée par le changement de couleur, mais que son exploitation et la décision à prendre, afin de traiter l'information, est constituée par la connaissance : le feu est passé de rouge à vert – l'information –, cela veut dire que l'usager est autorisé à circuler, à agir – la connaissance[1129]. L'information apparaît alors comme un véritable bien public[1130] – le passage du feu rouge au feu vert est disponible à tous –, alors que la connaissance est inhérente à chaque usager – il faut, pour exploiter l'information, avoir la connaissance. L'information peut ainsi être définie comme *« tout message communicable à autrui par un moyen quelconque »*

[1129] G. DANG NGUYEN, T. PÉNARD, « La gratuité à la croisée des nouveaux modèles d'affaires sur l'Internet » : La Découverte, Réseaux, 2004/2 n° 124, p. 85.

[1130] O. BOMSEL, « La caractéristique de l'information est d'être non rivale et non excluable. Non excluable car il est à priori impossible d'exclure des consommateurs n'ayant pas participé au financement du bien. Non rivale car la consommation du bien par un individu (…) n'altère par la quantité disponible pour les autres », O. BOMSEL, *Gratuit ! Du déploiement de l'économie numérique* : Folio actuel, 2009, p. 159 ; V. également S. DEJEAN, « La gratuité est-elle une fatalité sur les marchés numériques ? Une étude sur le consentement à payer pour des offres de contenus audiovisuels sur internet » : Economie & prévision, 2010/3 n° 194, p. 18.

constituant un *« élément de connaissance »* n'existant *« que si elle est exprimée dans une forme qui la rende communicable (…) indépendamment de son support matériel »*[1131].

281. **La privatisation de l'information.** C'est ainsi que pour certains, l'information se doit d'être publique dans la mesure où, une fois connue, plus aucun contrôle ne peut être exercé sur cette dernière. Néanmoins, pour d'autres, rien n'empêche la possibilité de réserver cette même information et ainsi de la transformer en un bien privé, ou encore, en une véritable marchandise[1132], pourvu qu'elle soit digne de protection juridique[1133] : la notion de propriété et son application ne relèvent pas de la nature de la chose[1134]. C'est en ce sens qu'une œuvre, apparaissant alors comme une information – message exprimé dans une forme communicable –, peut faire l'objet d'une propriété par le jeu des droits de propriété intellectuelle et plus particulièrement du droit d'auteur[1135]. Par cette privatisation, l'œuvre, entendue comme un bien privé, propriété de son auteur, acquerra une valeur et pourra faire l'objet d'une exploitation commerciale.

Dans un environnement physique, l'œuvre, associée à son support – tableau, CD ou DVD par exemple –, aura toutes les caractéristiques d'un bien privé : rival – le support contenant l'œuvre ne peut être utilisé par plusieurs personnes en même temps ; bien que, et il faut le souligner, l'œuvre, en tant que telle, est non rivale : son usage par une personne n'empêche pas le même usage par une autre personne – et excluable – l'accès à l'usage de l'œuvre n'est autorisé qu'à la condition de s'acquitter des droits d'utilisation par le paiement du prix. Dans ces conditions, il sera alors possible d'organiser sa marchandisation et d'exclure les consommateurs n'entrant pas dans le champ des conditions requis à son usage. La valeur alors créée par l'œuvre et

---

1131 P. CATALA, *Les transformations du droit par l'informatique. Émergence du droit de l'informatique* : Éditions du Parques, 1983, p. 264 et s. ; V. également sur ce point, V.-L. BENABOU, J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? Partage de la valeur à l'ère du numérique* : Odile Jacob, coll. Corpus, 2015, p. 52.

1132 B. CORIAT, « Des communs "fonciers" aux communs "informationnels". Traits communs et différences », actes du séminaire « Propriété et communs. Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés », 2013, p. 16.

1133 V.-L. BENABOU, J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 53.

1134 V. notamment F. ZÉNATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, th. Lyon-III, 1981, p. 162.

1135 À condition, néanmoins, qu'elle respecte les conditions relatives à la protection.

sa vente – ou plutôt, la vente de son support la contenant – sera répartie entre les différents acteurs de sa création et production. Dans un environnement numérique, ces règles disparaissent : l'association entre l'information et le support matériel n'est plus nécessaire.

282. **L'œuvre, un bien informationnel.** Il apparaît alors utile de se pencher sur la notion de « bien informationnel ». Une œuvre, en tant que bien « immatériel », apparaît comme un bien numérisable, comme un bien informationnel[1136]. En tant que bien d'expérience – un consommateur ne peut dire qu'il apprécie l'œuvre que s'il l'a consommée – et de par son coût de reproduction et de diffusion faible, voire proche de zéro dû à l'environnement numérique, l'œuvre, appréhendée comme bien informationnel est, d'une part, plus difficile à protéger et, d'autre part, son modèle d'exploitation, assis sur une tradition payante dans l'environnement physique permettant d'assurer des revenus et leurs partages, tend particulièrement à se rapprocher de la consommation « gratuite » propre à l'environnement numérique. Ces modifications profondes vont ainsi venir renforcer le caractère public de l'œuvre : bien que faisant l'objet de droits privatifs, sa numérisation a pour effet de l'assimiler à un bien public, c'est-à-dire à un bien non rival et non excluable[1137].

283. **L'œuvre en tant que bien commun informationnel.** C'est pourquoi l'un des arguments au fait qu'une œuvre puisse être entendue comme un bien commun informationnel réside dans sa nature non rivale. Si, comme dit précédemment, ce critère pouvait être biaisé dans un environnement tangible avec l'existence d'un support, il disparaît dans un environnement numérique : il apparaît alors difficile d'exclure juridiquement – « *certes les producteurs de ces biens disposent de droits de propriété sur ces biens, sous forme de droits d'auteur (…), mais avec la facilité de copie de piratage et de diffusion des biens informationnels, les producteurs ont du*

[1136] E. MALIN, T. PÉNARD, *Économie du numérique et de l'Internet* : Vuibert, 2014, p. 79 ; V. également G. DANG NGUYEN, S. DEJEAN, T. PÉNARD, « Gratuité sur Internet : entre logiques individuelles et logiques communautaires » : Cahier de recherches, 2012/11, Marsouin, p. 3.

[1137] E. MALIN, T. PÉNARD, *ibid.*, p. 80 ; V. également B. CORIAT, « C'est le propre d'une information scientifique ou d'une œuvre littéraire que sa consommation par un individu donné n'en prive et n'en exclut aucun autre », *op. cit.*, p. 40.

mal à faire valoir leurs droits »[1138] – et techniquement – « *les DRM peuvent poser des problèmes de compatibilités (...)* [et] *sont loin d'être toujours efficaces, (…) ces dispositifs techniques peuvent être contournés ou déverrouillés si l'on est suffisamment expert en informatique* »[1139] – des consommateurs. C'est pourquoi certains estiment nécessaire, non pas de se fonder sur une absence de droits, mais sur un nouveau type d'usage et de distribution de ces derniers[1140] : il sera alors possible de distinguer les communs informationnels proches de l'esprit du domaine public et régis par des licences libres – accès libre et gratuit –, et les communs beaucoup plus proches d'une véritable réservation des droits et découlant sur une organisation marchande. Cet encadrement juridique, à l'inverse d'une réservation exclusive des droits, va permettre d'encadrer l'enrichissement et la multiplication de ces communs informationnels de façon plus ou moins contrôlée[1141].

284. De la nécessité d'appréhender des œuvres comme des biens informationnels exclusifs. Quel que soit le choix des créateurs de biens informationnels ou encore, des créateurs d'œuvres, ces dernières auront une certaine valeur. Elles pourront avoir une véritable valeur économique – dans le cadre d'une réservation des droits et ainsi d'une exclusivité – ou une véritable valeur d'usage – dans le cadre des communs informationnels. Néanmoins, l'existence des communs informationnels réside dans la décision de leurs auteurs de les mettre plus ou moins, à libre disposition, gratuite ou non – sachant que la majorité des communs est en accès libre –, et de permettre leur partage ainsi que leur enrichissement.

C'est pourquoi, dans une optique de comprendre comment la gratuité peut s'articuler dans un véritable environnement exclusif et marchand numérique, mais surtout de comprendre à quels enjeux juridico-économiques sont confrontées les industries culturelles, il apparaît plus opportun de s'intéresser, pour la suite des développements, aux œuvres en tant que biens informationnels exclusifs. Cela

---

[1138] E. MALIN, T. PÉNARD, *op. cit.*, p. 80.

[1139] *Ibid.*, p. 81.

[1140] À ce titre, il faut considérer qu'à la différence des communs fongibles, préexistants, les communs informationnels sont créés : la distribution des droits de propriété permet alors de porter le commun à l'existence, B. CORIAT, « Des communs "foncier" aux communs "informationnels". Traits communs et différences », actes du séminaire « Propriété et communs. Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés », 2013.

[1141] *Ibid*, p. 21.

s'explique notamment par le fait que de cette exclusivité, permise par le droit d'auteur, découlera la création d'une valeur issue de son exploitation et de là, de sa répartition entre les différents acteurs de sa création et production. Cependant, comment créer de la valeur et comment la partager lorsqu'elle fait l'objet d'une exploitation fondée sur la gratuité ?

B. – Un partage de la valeur inéquitable : l'exemple de l'industrie musicale

285. **La relation entre titulaires de droit et plateformes.** Afin d'encadrer juridiquement, mais également et plus particulièrement, afin de permettre aux auteurs et éditeurs d'être rémunérés dans le cadre d'une mise à disposition à titre gratuit des œuvres musicales financées par la publicité, des accords ont été conclus entre les différentes sociétés de gestion collective et les plateformes de partage de contenus que sont Dailymotion et notamment YouTube[1142]. Les conditions financières étant confidentielles, il apparaît difficile d'établir un montant ou un pourcentage des recettes attribué aux sociétés de gestion collective reversées par la suite aux auteurs et éditeurs. Il ne faut également pas omettre que la part « auteur » couvre la part du ou des coauteurs, mais également la part éditeur, part pouvant varier si l'œuvre est en coédition.

Il est surprenant de ne trouver de pareils accords concernant la défense des intérêts des artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes[1143] : ces derniers se retrouvent à devoir contracter directement avec les plateformes – les producteurs peuvent néanmoins conclure un contrat de distribution avec un distributeur. Autant dire que les négociations concernant les clauses financières relatives à la rémunération des producteurs ressortent d'une confrontation digne de celle de David et Goliath. Les

[1142] Tel est le cas de la SACD, la SCAM et l'ADGP avec Dailymotion depuis 2008 et YouTube depuis 2010 et de la SACEM avec Dailymotion depuis 2008 et YouTube depuis 2013. Ces accords sont renouvelables tous les trois ans, v. en ce sens, C. PHÉLINE, Musique en ligne et partage de la valeur, États des lieux, voies de négociation et rôle de la loi, novembre 2013, dit « Rapport Phéline », p. 35 ; Plus récemment, un accord a été conclu entre la SACEM et SoundCloud, mais également entre la SACEM et Facebook.

[1143] Rapport Phéline, « Seules des exploitations particulières et restant d'une ampleur limitée font l'objet d'une gestion collective volontaire, comme la diffusion des vidéomusiques, les programmes de musiques d'ambiance, la sonorisation des attentes téléphoniques ainsi que le webcasting (ou webradios) et le webcasting semi-interactif, modes d'exploitation qui sont également placés en gestion collective dans la plupart des pays économiquement avancés », *ibid.*, p. 17.

conditions de rémunération des artistes-interprètes se retrouvent, quant à elles, au sein du contrat d'artiste conclu avec le producteur qui percevra un pourcentage des revenus versés au producteur concernant ce mode d'exploitation[1144]. Le schéma est alors le suivant : liés contractuellement, la plateforme verse mensuellement la part revenant au producteur pour la mise à disposition de son catalogue – dans l'hypothèse où ce dernier a conclu un contrat de distribution, la plateforme verse directement au distributeur avant que celui-ci ne verse la somme due au producteur avant déduction de sa commission ; par la suite, le producteur versera aux différents artistes-interprètes, en considération de leurs contrats d'artiste, la part leur revenant.

Si les différents accords conclus entre les sociétés de gestion collective et les plateformes sont confidentiels, il est toutefois possible d'avoir un ordre d'idée du montant que pourraient se partager les ayants droit pour chacune des vidéos visionnées sur YouTube et ce, grâce notamment à un contentieux ayant opposé la GEMA[1145] et la plateforme de partage de contenus de Google. En effet, l'équivalent allemand de la SACEM[1146] est entré en conflit avec YouTube en 2010, estimant que la société devait verser aux ayants droit la somme de 0,375 centime d'euros par vidéoclips visionnés, alors que Google proposait un versement proportionnel de 8% des recettes publicitaires réalisées avec les vidéos à contenu musical[1147]. Les juges ont donné raison à Google, refusant que la société américaine verse un montant de 1,6 million d'euros à la demande de la GEMA qui avait réalisé son calcul en prenant un échantillon de mille vidéos et en appliquant le revenu demandé par le nombre de vues de chacune de ces vidéos[1148]. Finalement, un accord, dont les modalités de

---

1144 Un accord modifiant la Convention collective nationale de l'édition phonographique avait été signé dans la nuit du 6 au 7 juillet 2017 et prévoyait que les artistes-interprètes auraient une rémunération minimale de 13 % sur les revenus issus du streaming ou une avance de 500 euros par titre inédit. Cet accord prévoyait également que l'artiste pouvait toucher, pour les fonds de catalogue, 12 % des revenus quand un album de plus de vingt-quatre mois serait diffusé en streaming. Cependant, cet accord a été dénoncé et il y a peu de chance qu'il paraisse au Journal Officiel.

1145 La GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte), est une société de gestion collective de droits d'auteur allemande représentant les acteurs de l'industrie musicale.

1146 Attention toutefois : la GEMA gère aussi les droits voisins des artistes-interprètes et producteur, ce qui n'est pas le cas de la SACEM qui ne gère que les droits d'auteur.

1147 A. VERSIEUX, S. PHANEN, « L'Allemagne déconne à plein YouTube » : Liberation.fr, 6 févr. 2013.

1148 G. PRODHAN., « YouTube wins German court case over artists'fee » : Reuteurs.com, 30 juin 2015.

rémunérations des ayants droit restent confidentielles, a été trouvé entre les deux protagonistes[1149].

Cependant, le conflit concernant la rémunération souhaitée par la GEMA par visionnage reste à relativiser. En effet, la GEMA, contrairement à la SACEM, reçoit mandat de la part des auteurs allemands mais également de la part des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes. Il ne faut également pas oublier que la société de gestion collective s'attribue une commission de gestion sur la redistribution des revenus. Sans plus de transparence, il apparaît difficile de déterminer, notamment en France, ce que pourraient percevoir les ayants droit et plus particulièrement les auteurs et éditeurs pour chaque vidéoclip visionné.

286. Une distinction nécessaire entre modèles payants et modèles gratuits. Dans son rapport remis en 2013 à la ministre de la Culture, C. PHÉLINE reprend des simulations réalisées concernant la répartition de la valeur entre les différentes parties prenantes de la création musicale, que ce soit pour l'achat d'un phonogramme sur une plateforme de téléchargement payant à l'acte ou pour l'écoute d'un même phonogramme via un service de streaming payant ou gratuit[1150].

Dans la première simulation, et pour un prix d'achat de 0,83 centime hors taxes – 0,99 centime toutes taxes comprises –, il est estimé qu'environ 65 % du prix revient aux producteurs et 8 % à la SACEM[1151]. Dans la deuxième simulation concernant le streaming payant à la demande, pour un abonnement à 8,35 euros hors taxes – soit 9,99 euros toutes taxes comprises –, 64 % du prix reviendrait aux producteurs et 12 % à la SACEM[1152]. La dernière simulation concerne le streaming gratuit financé par la publicité : à ce titre, un centime symbolique serait reversé aux

---

[1149] YouTube, « #YTMehrMusik: More music from artists you love on YouTube in Germany »: Official blog, 1 nov. 2016.

[1150] Rapport Phéline, p. 22 et s. ; V. également, HADOPI, Mission de suivi des 13 engagements pour la musique en ligne, Rapport « engagement 8 – partage des données relatives à l'économie du secteur et état actuel du partage de la valeur », sept. 2011, p. 36 et s.

[1151] Ce qui revient à environ 50 centimes pour les producteurs, 6 centimes pour les auteurs, 4 centimes pour le paiement et enfin, 23 centimes pour le service de téléchargement, *ibid.*

[1152] Soit environ 5,35 euros pour les producteurs et 1 euro pour la SACEM, ce qui fait 2 euros pour le service de streaming, *ibid* ; Aux États-Unis, les revenus du streaming auraient même continuellement diminué depuis 2013, T. INGHAM, « The real price of a music stream ? It just keeps going down and down » : Music Business Worldwide, 24 mars 2016.

producteurs et 0,003 centime à la SACEM[1153]. Le service de streaming serait lui, déficitaire de 0 à 1 centime par écoute. Il est alors possible de réaliser un parallèle entre les chiffres du streaming gratuit financé par la publicité et la mise à disposition de biens culturels sur les plateformes de partage peut être réalisé : en effet, ces dernières fonctionnant sur le même modèle d'affaires.

Il n'y a ainsi pas besoin d'entrer dans les détails pour se rendre compte que les revenus issus de l'utilisation de musique gratuite en ligne financée par la publicité rapportent peu aux ayants droit, surtout lorsqu'il est admis que les plateformes de partage de contenus sont les plus visitées[1154] et que le chiffre d'affaires issu de cet usage ne représente que 9% des revenus de la musique en ligne au niveau mondial[1155]. Il est évident, à la suite de cette constatation, qu'il apparaît difficile d'envisager un modèle économique pérenne fondé sur la gratuité financée par la publicité et de là, d'un modèle de partage de biens informationnels financé par la publicité.

§ 2. – La monétisation de l'audience dans l'environnement numérique : un modèle d'affaires non satisfaisant dans le partage de la valeur de contenus culturels

287. **Un modèle d'affaires non pérenne**. Le modèle d'affaires de monétisation de l'audience constitue le modèle dominant de monétisation sur Internet, réseau dont le maitre mot consiste en la liberté et la gratuité d'accès à l'information. Néanmoins, ce modèle ne semble pas pérenne (A). Les solutions alternatives à apporter ne

---

[1153] V. par exemple, P. BRETEAU., « Streaming musical : combien touche les artistes ? » : Lemonde.fr, 25 juin 2015 ; Il s'agirait, selon la plateforme de streaming Spotify, du montant que toucherait les ayants droit à chaque fois qu'un phonogramme est écouté, J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *La gratuité, à quel prix ?* : Les cahiers de l'EMNS, Presses des Mines, Paris, 2015, p. 43. Mais, qu'en est-il réellement dans les faits ? ; Il faut également noté que l'IFPI (la Fédération Internationale de l'Industrie Phonographique), dans son rapport sur les ventes de l'année 2015, a noté que les revenus liés à l'écoute par streaming avait détrôné ceux de la vente physique, IFPI, *Digital Music Report*, 2015 ; V. également, pour une analyse des revenus issus de l'usage des biens culturels sur Internet, l'étude de la SACEM, *Le poids des biens culturels pour les géants du net*, novembre 2015, et le dossier de la SACEM sur la répartition des revenus issus du streaming en 2015, *Droit d'auteur et streaming – Créer de la valeur, inspirer le futur*, nov. 2016

[1154] V. *supra* n° 272.

[1155] Digital Music Report 2015, *Le marché mondial de la musique enregistrée*, p. 3 ; En 2016, 212 millions d'abonnés sur des services de streaming par abonnement rapportent environ 4 milliards de dollars à l'industrie musicale quand, pour les services comme YouTube comptent 900 millions d'utilisateurs pour un revenu de de 553 millions de dollars, Global Music Report 2017, *Annual state of the industry*, avr. 2017, p. 25.

viendraient-elles pas, outre les questions juridiques auxquelles il est nécessaire de répondre, dans la recherche d'un véritable modèle économique pérenne ? (B).

A. – Un modèle dominant mais non pérenne

288. **Un modèle dominant mais peu viable.** La majorité des revenus publicitaires sur Internet sont engrangés par Google – et donc YouTube – ainsi que Facebook[1156]. Ces deux plateformes, les plus fréquentées dans l'accès et la recherche de contenus[1157], ont réussi à entrer en situation de monopole et ainsi proposer aux annonceurs des tarifs avantageux par rapport aux autres concurrents. Bien que cela ne concerne que la concurrence entre plateformes et médias, ce monopole se répercute sur le contenu et la diffusion, les industries culturelles étant ainsi, par la force des choses, obligées de se référer à ces plateformes – en dehors des plateformes proposant un accès *freemium* ou par abonnement – afin de diffuser leur catalogue et ainsi espérer récolter des revenus supplémentaires suffisants[1158]. C'est en partie grâce à ce monopole que les géants de la diffusion de contenu sur Internet peuvent imposer des conditions tarifaires aux ayants droit qui sont en deçà de ce que ces derniers peuvent espérer. Ce monopole peut même aller dans certains cas jusqu'à des menaces de blocage de monétisation des vidéos de la part de YouTube en supprimant les publicités lorsque les labels refusent de se résigner à de nouvelles conditions financières[1159]. Ce qui s'apparente à un abus de position dominante[1160] se règle généralement par la signature d'accord entre les parties, ces dernières ayant besoin l'une de l'autre afin de prétendre à une diffusion de contenus et une audience pérenne.

Plus largement, et contrairement aux idées reçues, les plateformes de partage comme YouTube ne réalisent pas de bénéfices mirobolants grâce au financement

[1156] A. FOURNIER, « Combien coûterait Internet sans publicité ? » : Lemonde.fr, 24 août 2014.
[1157] Médiamétrie, « Audience internet globale en France en mai 2017 », juill. 2017 ; V. également, Médiamétrie, « L'audience vidéo sur ordinateur en France en mai 2017 », juill. 2017.
[1158] J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *op, cit.*, p. 53.
[1159] « Des artistes indépendants bientôt bloqués sur YouTube » : Lemonde.fr, 18 juin 2014.
[1160] Une position dominante peut en effet se définir comme « la situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs. », A.-S. CHONÉ, « Google en position dominante : affaire à suivre… » : Legipresse, févr. 2011 n° 280.

publicitaire : la plateforme serait tout juste à l'équilibre financier[1161]. Cela s'explique notamment par l'ensemble des dépenses effectuées concernant la gestion des flux ainsi que les dépenses réalisées concernant les serveurs permettant le chargement des vidéos et leur visionnage à travers le monde. La problématique liée à la rentabilité de YouTube pour Google et son audience qui ne cesse d'augmenter soulève des difficultés pour les auteurs et les ayants droit, pour faire valoir leur droit à rémunération et, qui plus est, à une rémunération et un partage de la valeur équitable[1162].

Lors du passage du physique au numérique, la difficulté a été, pour les acteurs du numérique, de trouver un modèle économique propre à l'Internet et aux biens dématérialisés. Propice au développement des réseaux, certains sites ont su tirer profit de la possibilité d'attirer un nombre conséquent d'internautes et ainsi créer de l'audience, audience par la suite monétisée par les plateformes et réseaux sociaux. Ce modèle média a ainsi permis aux internautes d'accéder gratuitement à du contenu et des services sur la toile. Toutefois, le montant des revenus versés aux auteurs est au cœur des problématiques liées à la monétisation sur Internet, notamment quand les producteurs, pièce maitresse dans la production de contenus culturels, se trouvent être aux abonnés absents du partage de la valeur dans le commerce de la musique, qu'il soit numérique ou même physique[1163]. Le numérique ayant bouleversé le marché physique et permettant ainsi de nouvelles promesses dans la distribution des œuvres, les industries culturelles ne peuvent sous-estimer et se passer de cette puissance de communication. Mais le modèle reposant sur la gratuité rémunérée par la publicité ne semble pas – pour le moment – pérenne, surtout quand les internautes utilisent de plus en plus des petits logiciels ayant pour fonction de bloquer la publicité et ce, au nom du respect de la vie privée.

A contrario, Facebook connaît des revenus record, notamment grâce à la hausse du prix d'accès à la plateforme pour les annonceurs[1164]. Mais, malgré cette

---

[1161] W. ROLFE., « YouTube : 1 billion viewers, no profit » : Wall Street Journal, WSJ.com, 25 février 2015.

[1162] Sur la question, V. D. FINDIKIAN, « YouTube : destruction créatrice pour l'industrie musicale ? », 16 mai 2016.

[1163] SNEP, *Le partage des revenus de la musique enregistrée*, avr. 2014, p.7.

[1164] A. ORESKOVIC., W. EXBRAYAT., « Facebook affiche un chiffre d'affaire en hausse de 59% au 3ème trimestre » : Capital.fr, 28 oct. 2014 ; V. également C. KOLODZIEJCZAK, « Facebook publie des

bonne forme économique, force est de constater qu'à l'inverse de YouTube et des autres plateformes de contenus, Facebook ne rémunère pas le contenu créé et partagé sur son site et, *a fortiori*, les ayants droit.

B – Une alternative juridico-économique

289. **Du *value gap***. Le débat sur le *value gap* intervient dans les années 2000 après l'explosion d'Internet et les problématiques associées au droit d'auteur et aux intermédiaires. Cette notion apparaît dans un premier temps aux États-Unis. En effet, et afin d'adapter le droit d'auteur à l'environnement numérique, une loi venant encadrer la responsabilité des intermédiaires est adoptée : le *Digital Millenium Copyright Act*. Celle-ci dispose alors que leur responsabilité ne peut être engagée même si les actions des usagers sont contrevenantes. En Europe, une initiative similaire arrive en 2000 avec l'adoption de la directive E-commerce : un régime de responsabilité propre à Internet voit alors le jour[1165].

Néanmoins, pour V.-L. BENABOU, l'acception de la notion de *value gap* se trouve maintenant plus diffuse et renvoie notamment aux problématiques liées au rapport de force au sein de l'économie numérique et ainsi aux difficultés liées à une juste répartition de la valeur : « *certains réaliseraient des profits colossaux tandis que le modèle d'affaires des autres s'éroderait sensiblement en raison de nouvelles formes d'intermédiation* »[1166]. C'est en ce sens que la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique, en son Chapitre 3 intitulé « *Juste rémunération des auteurs et des artistes interprètes ou exécutants dans le cadre des contrats d'exploitation* »[1167],

---

résultats solides pour le 1er trimestre, mais se prépare à une amende record » : BDM Media, 29 avr. 2019.

1165 V. également, sur la détermination des règles régissant la responsabilité des intermédiaires, J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique* : Dalloz, 2009, préf. P.-Y. GAUTIER, p. 167, n° 388 et s.

1166 V.-L. BENABOU, S. GOOSENS, « Où en est le value gap ? Le transfert de valeur dans le projet de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique », Propr. intell. 2017, n° 65, p. 7.

1167 Directive (UE) 2019/790 du parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CED ; V. également Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, p. 32.

vient poser les bases d'un véritable *value gap*. Ce dernier dispose ainsi, en son article 19, que les États membres doivent veiller à la mise en place d'obligations de transparence sur les modes d'exploitations, sur les recettes générées et ainsi sur la rémunération due par les cédés ou licenciés aux auteurs, interprètes et exécutants. L'article 18, quant à lui, dispose que les États membres doivent veiller à ce que ces mêmes auteurs, interprètes ou exécutants, puissent octroyer des licences ou transférer leurs droits contre une rémunération appropriée et proportionnelle. Enfin, l'article 21 prévoit quant à lui la mise en place d'un mécanisme extra judiciaire de résolution des conflits.

Ces disposition semblent satisfaire les créateurs même si certains estiment qu'il faudrait créer un mécanisme de rémunération directe des auteurs basés sur celui de la gestion collective : *« lorsque les conditions d'exploitation sont trop complexes,* [la] *gestion collective peut (…) être rendue obligatoire et les clés de répartition fixées par la loi »*[1168]. Néanmoins, *« en matière de musique en ligne, les mots de « gestion collective », et encore plus l'adjectif « obligatoire », suscitent autant d'espérances qu'ils mobilisent d'oppositions »*[1169].

La solution, telle que présentée par la directive, passerait alors obligatoirement par la mise en place d'accords sectoriels entre les différents acteurs. Si de tels accords existent déjà dans certains secteurs culturels – notamment dans l'industrie musicale –, une attention particulière devra être portée concernant d'autres secteurs – notamment celui de la photographie – car cette pratique a déjà, dans le passé, connu de véritables échecs : cela s'est notamment vu quant à l'accord – trouvé – entre la GEMA et YouTube, ou encore, au niveau national, quant à l'accord – dénoncé – modifiant la Convention collective nationale de l'édition phonographique. Si les acteurs eux-mêmes n'arrivent pas à trouver un terrain d'entente, les pouvoirs publics seraient alors obligés d'entrer dans l'arène et d'imposer des règles pouvant ne pas convenir aux industries culturelles tant les règles juridico-économiques sont propres à chacune. Il ne faut évidemment pas souhaiter en arriver là et espérer que des accords sectoriels puissent être trouvés : en effet, ces derniers conclus par les différentes parties prenantes seraient plus à même de répondre à leurs attentes mais seraient également

[1168] V.-L. BENABOU, J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 99.
[1169] Rapport Phéline, *op. cit.*, p. 71 ; Pour une étude de la faisabilité de la mise en place d'une gestion collective pour la musique en ligne, v. Rapport Phéline p. 71 et s.

plus adaptés aux différents mécanismes juridiques et économiques propres à chacune des industries culturelles.

290. Conclusion de la Section 2. Le développement du numérique est venu chambouler le schéma juridico-économique mis en place dans l'environnement physique, notamment en ce qui concerne la marchandisation des œuvres. Si leur nature première d'information s'est retrouvée modifiée par la dématérialisation du support, il apparaît nécessaire, dans un contexte d'exploitation commerciale garantissant une rémunération, de les appréhender comme des biens informationnels exclusifs – l'exclusivité étant alors issue du jeu des droits d'auteur – d'autant plus lorsqu'il est admis que le modèle économique prédominant sur Internet repose en grande partie sur l'usage à titre gratuit des contenus.

Néanmoins, il est possible de constater qu'en terme d'exploitation, le modèle économique fondé sur un usage à titre gratuit n'est pas pérenne et les solutions juridiques fragiles : le coût de production de contenus culturels s'avère largement supérieur aux revenus issus de la gratuité. De plus, si les services de streaming ou de partages de contenus constituent les sites les plus visités sur la toile, notamment en France, le juste partage de la valeur, et surtout, la rentabilité, semble faire défaut.

Ainsi, dans un contexte de fragilité économique certain, et même si la directive européenne est venue inscrire dans le marbre la reconnaissance du *value gap*, une attention particulière devra être portée à la conclusion des accords garantissant un juste partage de la valeur entre les différents acteurs culturels.

291. Conclusion du Chapitre 1. Gratuité et commercialité ne sont pas incompatibles. La gratuité sert même la commercialité, encore plus dans l'environnement numérique dans lequel l'appropriation de l'information revêt un coût supérieur à son partage. La gratuité marchande dans le numérique utilise ainsi plusieurs modèles d'affaires, le plus répandu étant néanmoins celui reposant sur le modèle de l'audience, le modèle de l'économie de l'attention. Il y a ainsi, dans ce modèle, trois parties prenantes : les usagers du réseau, la plateforme proposant le contenu, cette dernière servant d'intermédiaire, et enfin, les annonceurs. Cette gratuité ne résulte pas d'une cession à

titre gratuit ou d'un abandon des droits de la part de l'auteur, mais d'un schéma juridico-économique particulier respectant le droit d'auteur dans son aspect juridique. Toutefois, force est de constater que la gratuité marchande reposant sur l'économie de l'attention est peu viable, les revenus étant moindres par rapport aux coûts supportés par les industries culturelles dans la création des biens informationnels.

L'usage à titre gratuit commercial semblant faire défaut dans la pérennité économique et ainsi juridique au regard du droit d'auteur, la question se pose alors de savoir si la reconnaissance d'un espace de partage non-marchand issu de l'usage à titre gratuit serait une solution dans la mise à disposition gratuite des œuvres sur Internet, que ce soit sous un aspect juridique mais également économique.

Chapitre 2. Usage à titre gratuit et non commercialité des biens culturels dans l'environnement numérique : la question de l'espace non-marchand

292. **Usage à titre gratuit et non commercialité.** Il est possible de distinguer, à l'opposé de l'usage à titre gratuit commercial issu d'un véritable encadrement juridico-économique, l'usage à titre gratuit non marchand issu du partage de communautés. En effet, le partage étant consubstantiel de l'Internet et, qui plus est, de l'Internet décentralisé[1170], l'idée de voir apparaître un espace de libre partage d'œuvres légalisé interroge, que ce soit d'un point de vue juridique mais également d'un point de vue économique.

293. **Distinction entre partage de contenu nouveau et partage de contenu existant.** Il apparaît tout d'abord nécessaire de distinguer les différentes communautés présentes sur Internet. En effet, la plupart d'entre elles partagent des connaissances issues directement des internautes ou reprises légalement par ces derniers[1171]. Tel est le cas notamment des communautés épistémiques pouvant se retrouver dans le

[1170] L'Internet décentralisé se résume généralement à l'usage des réseaux P2P ; O. BOMSEL, « Le premier réseau de *peer-to-peer* à grande échelle sur Internet est Napster dont l'architecture s'apparente à un système classique client-serveur ». Par la suite, d'autres logiciels permettant l'échange de fichiers sont apparus (tels que KaZaa ou BitTorrent par exemple) et ont abouti à une réelle mutualisation des échanges, à une réelle décentralisation de ces derniers. « Chaque ordinateur devient un nœud de réseau de diffusion de contenu ». Un ordinateur « serveur gère la circulation du fichier par morceau dans un essaim de pairs. Les nouveaux demandeurs rejoignent l'essaim et font circuler les morceaux. Au fur et à mesure que les pairs complètent leur fichier, ils quittent l'essaim. À chaque fichier correspond un essaim. L'effet de réseau est ici directement associé aux fichiers mis en partage », O. BOMSEL, *Gratuit ! Du déploiement de l'économie numérique* : Folio actuel, 2009, p. 205-211.

[1171] Notamment les communautés d'expérience ou de pratique, v. *supra* n° 261.

mouvement du libre ou sur Wikipédia[1172]. Sans qu'il soit nécessaire de venir donner une nouvelle définition du mouvement du libre[1173], il est néanmoins utile de réaffirmer que le partage de biens informationnels issu de ce mouvement est juridiquement encadré par une licence reconnaissant expressément la volonté de l'auteur de permettre un usage libre et à titre gratuit de ses droits. Néanmoins, la licence vient poser des conditions quant à l'usage de ces mêmes biens, tel que, par exemple, l'obligation de partager le bien informationnel sous la même forme de licence en cas de modification de la part de l'usager, ou encore l'obligation de mentionner le nom du premier auteur[1174] : il est alors possible d'affirmer qu'il s'agit d'une gratuité et d'un libre partage encadré.

Quant à elles, les communautés partageant des biens numériques culturels existants ne bénéficient d'aucune autorisation de la part des différents titulaires de droits pour la réalisation de tels actes, engendrant ainsi une véritable contrefaçon à grande échelle[1175]. Ces communautés, bien qu'agissant de manière désintéressée, sortent ainsi du cadre légal du droit d'auteur.

294. **De l'espace non marchand.** Il n'est pas fait allusion, ici, à la gratuité issue de contrefaçon lucrative – cette dernière étant elle aussi hors du cadre légal du droit d'auteur et dont la lutte s'avère légitime[1176] –, mais d'une réelle gratuité économiquement désintéressée.

Ainsi, se pencher sur la question de l'espace non marchand nécessite, dans un premier temps, d'en déterminer ses contours (**Section 1**), et, dans un second temps, de tenter de tracer les contours juridiques d'un tel espace et de se demander si celui-ci est compatible avec le droit d'auteur (**Section 2**).

1172 V. *supra* n° 261

1173 Pour une étude du mouvement du libre, v. *supra* n° 139 et s.

1174 *Ibid.*

1175 V. en ce sens, J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *La gratuité, à quel prix ?* : Les cahiers de l'EMNS, Presses des Mines, Paris, 2015, p. 18.

1176 V. *infra* n° 301 et s.

SECTION 1. – Détermination des contours de l'espace non marchand

295. **Un espace de partage non lucratif décentralisé.** Pour les économistes, les échanges non marchands peuvent être définis comme *« les services fournis gratuitement ou quasi gratuitement par les administrations publiques, les administrations privées ou les ménages (…). La production non marchande (…) peut être vendue à partir du moment où le prix payé par l'utilisateur ne dépasse pas 50% de son coût de production »*[1177]. Cette approche se retrouve également dans les analyses réalisées sur la gratuité de la culture : *« les activités culturelles ne pouvant aligner leurs gains de productivité sur ceux des autres secteurs, sont condamnées structurellement au déficit et à l'intervention publique »* [1178]. Or, l'absence d'intervention publique dans la subvention des biens culturels numériques[1179] cumulée à la puissance du numérique permettant la réalisation de copies de qualité équivalente au bien original et de les partager à un coût nul[1180], a abouti à la création d'un espace non marchand, espace pouvant être qualifié d'espace de partage à but non lucratif (§1). Régi par une réelle volonté de partage d'information sans intérêt économique, l'espace non marchand se doit d'être distingué du partage illégal lucratif (§2). La réalisation de cette distinction s'avère ainsi nécessaire dans la recherche de légalisation de l'espace non marchand.

[1177] J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *La gratuité, à quel prix ?* : Les cahiers de l'EMNS, Presses des Mines, Paris, 2015, p. 13.

[1178] *Ibid.*

[1179] « L'État ne les a pas mis à disposition sous sa tutelle ». Ce qui a eu, pour conséquence, de rendre « les modèles de gratuité publique d'accès à la culture sur Internet (…) quasiment absents », *ibid.,* p. 18-19.

[1180] Hormis, bien évidemment, l'achat du matériel nécessaire et l'abonnement permettant l'accès au réseau.

§ 1. – L'espace non-marchand : un espace de partage non lucratif

296. **Du partage sur Internet.** Dans l'univers numérique, le partage de contenus émane en grande partie directement des internautes (A)[1181]. Néanmoins, bien que ce partage soit illégal car contrevenant au respect des droits patrimoniaux de l'auteur, la particularité de l'espace non marchand réside dans le fait que ces échanges soient non lucratifs, désintéressés (B).

A. – Un partage issu de communautés

297. **Un partage illégal désintéressé.** Bien que fondé sur une idéologie utopique prônant liberté et gratuité, Internet a vu la première pierre de la fondation qu'est le piratage, être posée par Napster[1182]. L'accès gratuit à ces contenus culturels se fait ainsi dans ce cas, et à l'inverse de la télévision et de la radio, sans l'accord des ayants droit[1183] : sont ainsi nés le piratage et le partage de contenus culturels à grande échelle sur Internet sans le consentement des titulaires de droits. Reposant sur un système centralisé, le *peer-to-peer* a évolué pour devenir décentralisé. C'est ainsi qu'ont pris vie les communautés de partage de biens numériques, communautés organisées dans l'échange de biens informationnels de façon illégale sur Internet[1184]. Il a ainsi été estimé qu'environ 13 millions d'internautes s'adonnaient à la contrefaçon d'œuvres audiovisuelles chaque mois[1185].

298. **Une responsabilité recherchée des internautes.** Face à cette contrefaçon de masse, les autorités françaises ont cru bon de vouloir responsabiliser les internautes en venant à contre-courant des idéologies gouvernant le réseau. La volonté d'établir une responsabilité à l'égard des internautes s'adonnant à la pratique du téléchargement illégal a été l'œuvre d'un feuilleton législatif riche en rebondissements. La première véritable prise de conscience des risques du numérique par le législateur a eu lieu en

---

1181 Hors l'hypothèse des plateformes proposant l'accès à des contenus licites telles que ITunes, Netflix, ou encore Vevo.
1182 O. BOMSEL, *Gratuit ! Du déploiement de l'économie numérique* : Folio actuel, 2009, p.200.
1183 *Ibid.*
1184 V. *supra* n° 261.
1185 ALPA, *La consommation illégale de vidéos sur Internet, période 2009-2016*, févr. 2017, p. 5.

2003 lors de l'établissement du projet de loi DADVSI[1186]. Celui-ci avait alors pour but, selon le compte rendu du Conseil des ministres, de renforcer *« la protection des auteurs et des créateurs contre les risques accrus de contrefaçon par la voie numérique »*[1187]. De la contraventionnalisation[1188], le législateur est par la suite passé à la judiciarisation de la pratique du partage illégal. Pour reprendre les termes du rapport Olivennes, à l'origine de l'accord de l'Élysée[1189] et de la loi HADOPI, l'objectif souhaité était, parallèlement à la volonté de développer l'offre légale, de *« désinciter l'offre illégale sur Internet »*[1190]. Ce dernier considère alors que l'article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle, sanctionnant les actes de contrefaçon, était disproportionné *« pour des actes limités de contrefaçon à but non commercial »* [1191] . Le rapport préconisait alors d'élaborer *« un mécanisme*

[1186] L. n° 2006-961, 1er août 2006 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

[1187] E. DERIEUX., A. GRANCHET., *Lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI et HADOPI* : coll. Lamy Axe Droit, 2010, p. 96, n° 220.

[1188] Dans un premier temps, le législateur a souhaité adoucir les sanctions relatives à la contrefaçon par voie de téléchargement en qualifiant ces faits de simples contraventions. Concernant cet adoucissement de la loi pénale, certains auteurs vont jusqu'à dire que « la circulaire n'incite pas les parquets à engager des poursuites pour ces comportements qui relèvent pourtant du délit » (C. CARON, « Quand la circulaire adoucit la dureté de la loi pénale » : *Comm. com. électr.* 2007, repère 4). Nul doute, comme le relevait le rapport Thiollière, que le législateur a souhaité se rapprocher des sanctions prononcées par les tribunaux, ces dernières étant, à l'époque, relativement clémentes (Rapport Thiollière, p. 186.). Il a toutefois été relevé que l'écart de ces sanctions « traduisait incontestablement une inadéquation de la loi » et que « la réforme (…) qui tend à rapprocher les sanctions encourues de la pratique effective des tribunaux, doit (…) être approuvée » (Rapport Thiollière, p. 189). La saisine du Conseil constitutionnel par les députés de l'opposition, notamment sur la question de l'égalité devant la loi pénale, a ainsi eu raison d'une possible contraventionnalisation du téléchargement illégal. Les sages ont alors déclaré que « les personnes qui se livrent (…) à la reproduction non autorisée (…) d'objets protégés (…) sont placées dans la même situation, qu'elles utilisent un logiciel d'échange de pair à pair ou d'autres services de communication au public en ligne » et que dès lors, l'article prévoyant une distinction de sanction « est contraire au principe d'égalité devant la loi pénale » (Cons. const., 27 juill. 2006, décision n° 2006-540 DC, considérant 65). Les sanctions propres au téléchargement par P2P ayant été déclarées inconstitutionnelles, la loi a alors introduit au sein du Code de la propriété intellectuelle l'article général L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle, prévoyant une peine de trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende pour tout acte de contrefaçon de droit d'auteur. Cet échec dans la volonté de reconnaître une sanction spécifique au téléchargement par P2P a conduit les autorités à envisager un nouveau dispositif législatif connu sous le nom d'HADOPI.

[1189] Signé le 23 novembre 2007, l'accord de l'Élysée est un « Accord pour le développement et la protection des œuvres et programmes culturels sur les nouveaux réseaux », signé par 45 organisations professionnelles, allant des prestataires techniques, diffuseurs, sociétés de gestion collective ou encore des industries culturelles.

[1190] Rapport Olivennes, novembre 2007, p. 12.

[1191] *Ibid.,* p. 13.

d'avertissement et de sanction »[1192], ou plus particulièrement, une réponse graduée pilotée par une autorité publique qui sera alors la HADOPI. Cette dernière se traduira, dans un premier temps, par l'avertissement, non pas de l'internaute, mais du titulaire de l'abonnement ayant permis la réalisation de l'acte de la contrefaçon[1193]. Dans un second temps, et après de nouvelles recommandations, le titulaire pourra être sanctionné, sanction qui se traduira par la suspension de l'abonnement à Internet[1194]. Selon le rapport Olivennes, l'autorité administrative en charge d'avertir les internautes pourra sanctionner le titulaire de l'abonnement à Internet *« pour avoir laissé poursuivre la commission, au moyen de son abonnement, d'actes illégaux de représentation et de mise à disposition de tiers d'œuvres protégées »*[1195], ce que la loi HADOPI 2 insèrera au sein du Code de la propriété intellectuelle à l'article L. 336-3[1196]. Pouvant porter atteinte aux droits fondamentaux, notamment dans la suspension de l'accès à Internet, des députés ont alors saisi le Conseil constitutionnel afin qu'il se prononce sur la constitutionnalité de ce texte. Les sages ont alors déclaré que le fait d'attribuer à une autorité administrative les pouvoirs pour suspendre l'accès à Internet contrevient au *« caractère fondamental de la liberté d'expression et de communication »*. La décision continue en précisant que les sanctions sont *« manifestement disproportionnées »* et que les conditions de cette répression *« institueraient une présomption de culpabilité et porteraient une atteinte caractérisée aux droits de la défense »*[1197]. Toutefois, le Conseil reconnaît que la possibilité pour

---

[1192] Rapport Olivennes, novembre 2007, p. 19.

[1193] Il est à noter que la loi DADVSI avait déjà évoqué l'obligation de surveillance du titulaire d'accès sans pour autant prévoir une sanction pénale : « Le titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne doit veiller à ce que cet accès ne soit pas utilisé à des fins de reproduction ou de représentation d'œuvres de l'esprit sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II, lorsqu'elle est requise, en mettant en œuvre les moyens de sécurisation qui lui sont proposés par le fournisseur de cet accès en application du premier alinéa du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », CPI, art. L. 335-12, abrogé par la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009.

[1194] Pour une analyse approfondie, C. BERNAULT, O. BRILLANCEAU, S. CARRE, M. CLÉMENT-FONTAINE, C. GEIGER, A. GITTON, J.-Y KERBOURC'H, C. PASCAL, G. VERCKEN, J. VINCENT, M. VIVANT, « DADVSI 2, HADOPI, « Création et Internet »… De bonnes questions, de mauvaises réponses ? » : *D.* 2008, p. 2290.

[1195] Rapport Olivennes, p. 20.

[1196] CPI, art. L. 336-3, al. 1er.

[1197] Cons. Const., 10 juin 2009, décision n° 2009-580 DC, considérant 11 ; Le Conseil constitutionnel vient confirmer la notion de présomption d'innocence, J.-P. FELDMAN., « Le Conseil constitutionnel, la loi « HADOPI » et la présomption d'innocence » : *JCP G*, 2009, n° 28, p. 101 ; V. également, J.-M BRUGUIÈRE., « Loi « sur la protection de la création sur Internet » : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ? » : *D.* 2009, p. 1770.

les ayants droit de saisir le Tribunal de grande instance afin de faire cesser le trouble constitué en l'acte de contrefaçon n'est pas contraire à la liberté d'expression et de communication[1198]. Il est alors admis que l'accès à Internet constitue un droit fondamental qui ne peut être sanctionné que par une autorité judiciaire, garante du respect des libertés fondamentales, et non par une autorité administrative indépendante[1199].

La troisième tentative législative fut la bonne. Ayant tiré les leçons de ses erreurs, la loi HADOPI 2 est venue consacrer une judiciarisation des sanctions, dont notamment celle de la suspension à Internet pour défaut de surveillance. Le texte alors promulgué par le Conseil constitutionnel consacre la reconnaissance de la violation des droits d'auteur et des droits voisins par les articles L. 335-3[1200] et L. 335-4[1201] du Code de la propriété intellectuelle. Ainsi, et en plus des sanctions de contrefaçon prévues à l'article L. 335-2, est ajoutée une peine complémentaire se traduisant par l'infraction de négligence caractérisée à l'article L. 335-7-1[1202], le décret d'application du 25 juin 2010 ayant instauré les contours de cette infraction à l'article R. 335-5 du Code de la propriété intellectuelle[1203] : *« L'HADOPI est* [enfin] *en marche ! »*[1204].

Le texte précise toutefois, avant une probable sanction du titulaire de l'abonnement, que ce dernier doit faire l'objet d'une recommandation de la part de l'autorité administrative lui rappelant son obligation de veiller à ce que sa connexion ne fasse pas l'objet d'une atteinte aux droits d'un tiers. En cas de récidives, l'autorité pourra saisir le juge qui aura alors la possibilité de sanctionner le titulaire de l'abonnement à Internet en prenant toutefois en compte *« les circonstances et la gravité de l'infraction ainsi que la personnalité de son auteur, et notamment l'activité professionnelle ou sociale de celui-ci, ainsi que sa situation socio-économique »*[1205].

1198 Cons. const, 10 juin 2009, *op. cit.,* cons. 38.

1199 C. GEIGER., « Le dispositif juridique français de lutte contre le téléchargement sur les réseaux peer-to-peer. Une volonté préventive affichée, une solution répressive retenue », *in* Le téléchargement d'œuvres sur Internet, Perspectives en droits belge, français, européen et international, dir. A. DOUTRELEPONT, F. DUBUISSON et A. STROWEL : Larcier, 2012, p. 78.

1200 CPI, art. L. 335-3, al. 1er.

1201 CPI, art. L. 335-4, al.1er

1202 CPI, art. L. 335-7-1.

1203 CPI, art. R. 335-5, I°.

1204 Pour reprendre le titre de l'article de C. CARON, « L'HADOPI est en marche ! » : *Comm. com. électr.* 2010, repère 8.

1205 CPI, art. L. 335-7-2.

Le juge dispose alors d'un pouvoir d'appréciation important[1206] et devra ainsi distinguer ce que l'on appelle les primo-diffuseurs[1207] ou primo-partageurs[1208] des simples utilisateurs.

Par la reconnaissance de l'infraction de négligence caractérisée[1209], un premier signal était donné aux communautés et de là aux internautes s'adonnant à la pratique du téléchargement illégal d'œuvres protégées. Il s'agissait également de rappeler qu'au même titre qu'un objet tangible, acquérir un bien sans passer par un cadre juridique et économique défini est illégal. Mais la démarche était-elle la bonne ?[1210]

B. – Un partage non lucratif

299. **Un désintérêt économique.** Il est possible de définir le partage non marchand comme un partage qui ne donne *« lieu à aucun revenu, direct ou indirect (par exemple, revenu publicitaire), pour aucune des deux parties. (…) Le fait d'accéder gratuitement à un fichier représentant une œuvre qui fait par ailleurs l'objet d'un commerce ne constitue en aucun cas un revenu »*[1211]. Il a même été admis que cette définition *« permettrait d'exclure à la fois les usages payants et les modèles économiques gratuits financés par la publicité, sans pour autant nécessiter la centralisation des échanges sur une plateforme dédiée »*[1212] mais également *« de poursuivre prioritairement les intermédiaires adeptes de la piraterie lucrative plutôt que les simples internautes réputés agir dans un but non lucratif »*[1213]. En effet, la condition du partage « non lucratif » permet de distinguer le partage de biens informationnels illégal mais économiquement désintéressé, du partage illégal mais

[1206] P.-Y GAUTIER, *Propriété Littéraire et artistique* : PUF Droit, 2016, 10ème éd., p. 839, n° 783.
[1207] Selon le rapport Olivennes, les primo-diffuseurs peuvent être définis comme étant des internautes qui mettent les premiers un contenu à disposition de manière illégale, Rapport Olivennes, p. 13.
[1208] Les primo-diffuseurs quant à eux, sont ceux qui partagent une quantité importante d'œuvres protégées ou tire des revenus de ce partage, *Ibid.*
[1209] V. *infra* n° 317.
[1210] V. à ce sujet, *ibid.*
[1211] P. AIGRAIN, « Comment délimiter le partage non marchand entre individus » : Commons, Blog de Philippe Aigrain, 13 févr. 2012.
[1212] Mission « Acte II de l'exception culturelle », *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, P. LESCURE, t. 1, mai 2013, dit « Rapport Lescure », p. 351.
[1213] J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *op. cit.*, p. 21.

lucratif, donnant lieu à de véritables organisations contrefactrices dont l'activité principale est la monétisation de biens informationnels partagés illégalement[1214].

300. Les raisons du partage : de la rareté du bien à la logique du don, contre-don. Absence de revenus économiques ne signifie cependant pas absence d'intérêt. Il faut, pour cela, étudier ce que recouvre la notion de partage. Le partage met en relation deux individus : le premier apporte un bien à un autre individu qui le reçoit[1215]. Parmi les raisons tenant à la réalisation du partage, il est possible de justifier ce dernier par l'existence d'une certaine rareté des biens[1216] : la raison du partage peut ainsi consister *« dans le caractère limité de la plupart des ressources disponibles, ce qui les rend d'autant plus désirables qu'elles sont plus rares »*[1217]. Il y ainsi deux moyens de se procurer un bien qualifié de « rare » : *« le prendre par la force (…), ou au contraire, s'unir aux autres, accroitre ensemble la quantité de biens disponibles et négocier la part susceptible de revenir à chacun »*[1218]. Est alors perceptible, d'une part, le partage marchand impliquant un transfert réciproque garanti par le droit, que ce soit par une règle juridique ou encore par l'existence d'un contrat[1219], et d'autre part, le partage non marchand, partage constituant en une réciprocité conditionnée par un rapport social[1220].

Or, s'il est possible d'affirmer que le partage de biens culturels sur Internet se justifie par leur rareté, créant de fait des communautés de partage, il est difficile d'admettre qu'il existe un véritable échange conditionné par un rapport social. En effet, dans l'hypothèse de partage illégal de biens informationnels, ce dernier *« est totalement anonyme et ne s'intègre pas dans un rapport social qui lui préexisterait ni qui lui survivrait »*[1221]. Peut-on alors assimiler l'échange à un don suivi d'un contre don ? J. LASSÈGUE y répond par la négative : il n'y a pas de don suivi d'un contre don car l'échange n'entre pas dans une logique « de compétition » de bien

---

1214 V. *infra* n° 302 et s.

1215 E. AUTANT, « Le partage, un nouveau paradigme ? » : Revue du MAUSS, 2010/1, n° 35, p. 593.

1216 La rareté peut en ce sens se définir comme l'appropriation d'un bien limitant ainsi son accès, notamment par le jeu des droits de propriété intellectuelle.

1217 *Ibid.,* p. 597.

1218 *Ibid.*

1219 J. LASSÈGUE, « Quelques interrogations que le phénomène de la gratuité sur Internet », Exposé présenté au groupe de travail « Économie » du Forum d'Action Modernité, janv. 2007.

1220 *Ibid.*

1221 *Ibid.*

échangé[1222]. Il existe en effet ce que l'on nomme les « passagers clandestins » ou encore en anglais, la pratique du « free-riding », notion se définissant notamment par l'absence de contre don de la part des internautes intégrés à la communauté[1223] : ces derniers profitent des ressources de la communauté sans pour autant participer à leur partage.

G. DANG NGUYEN et T. PÉNARD relèvent ainsi que le partage d'informations à titre gratuit relève nécessairement de la logique du don, contre-don[1224] : *« en apportant ma propre information sans valorisation commerciale, j'incite les autres à venir sur l'Internet (effet de réseau) et je les incite également à fournir eux-mêmes des informations gratuites (effet de réciprocité) »*[1225]. La fourniture d'information à titre gratuit d'un internaute résulte ainsi de l'attente de la mise à disposition d'information non détenue par celui-ci de la part d'autres internautes formant la communauté. La logique du « don, contre-don » apparaît ainsi nécessaire à l'existence de l'espace non marchand : le don – la mise à disposition à titre gratuit d'informations – incite la création d'une communauté grâce à l'effet de réseau, mais incite également cette dernière à fournir des informations à titre gratuit – le contre-don afin de pérenniser les échanges, et ainsi permettre la survie de la communauté.

[1222] J. LASSÈGUE, *op. cit.*

[1223] G. DANG NGUYEN, T. PÉNARD « La gratuité à la croisée des nouveaux modèles d'affaires sur l'Internet » : La Découverte, Réseaux, 2004/2 n° 124, p. 87.

[1224] Il ne s'agit cependant pas d'assimiler le partage au don : il n'y a aucun appauvrissement corrélatif à un enrichissement. Il s'agit uniquement de garder l'esprit moral de la logique du don, contre-don, c'est-à-dire de l'attente d'une réciprocité à l'acte de partage gratuit.

[1225] G. DANG NGUYEN, T. PÉNARD, « La gratuité à la croisée des nouveaux modèles d'affaires sur l'Internet », *op. cit.*, p. 87 ; V. également en ce sens, G. DANG NGUYEN, S. DEJEAN, T. PÉNARD, « Gratuité sur Internet : entre logiques individuelles et logiques communautaires » : Cahier de recherches, 2012/11, Marsouin, p. 6.

§ 2. – Une distinction nécessaire avec la contrefaçon lucrative

301. **Une contrefaçon économiquement intéressée.** À l'opposé du partage illégal mais économiquement désintéressé présent dans l'espace non marchand, il est possible de déterminer l'existence d'un partage illégal lucratif (A). Néanmoins, les modèles d'affaire des différents intermédiaires reposant sur le principe du partage d'information entre internautes, la frontière entre lucratif et non lucratif, commercial et non-commercial s'avère relativement floue. C'est pourquoi il apparaît nécessaire, dans la recherche d'un contour de l'espace non marchand, de le limiter aux échanges décentralisés (B).

A. – Détermination de la contrefaçon lucrative

302. **La contrefaçon lucrative.** La contrefaçon lucrative peut se distinguer de deux façons : soit l'économie des sites repose principalement sur le partage illégal de contenus, soit les internautes utilisent les services proposés légalement afin de partager du contenu, qui lui, est illicite.

L'hypothèse des sites contrefacteurs se retrouve notamment dans le cadre des sites internet dont le modèle économique s'appuie sur le modèle *freemium*[1226] ou publicitaire[1227] proposant directement du contenu illégal ou permettant l'accès à leur service afin de faciliter le partage illégal. Tel était notamment le cas du site *MegaUpload* ou des sites de streaming illégal[1228].

L'hypothèse des internautes utilisant un service mis légalement à leur disposition se retrouve dans le partage de contenu sur les plateformes de partage ou sur les réseaux sociaux qui se rémunèrent grâce à leur modèle d'affaire ou encore grâce aux informations fournies par leurs usagers[1229].

Que la contrefaçon lucrative soit directe – c'est-à-dire, que l'activité principale du site soit la mise à disposition de contenus illicites – ou indirecte – que les services

---

[1226] V. *supra* n° 266.

[1227] V. *supra* n° 267.

[1228] Il a même été admis, à ce titre, que la plupart des utilisateurs d'Internet ne faisait la différence entre ces différentes techniques, J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *op. cit.*, p. 16 ; Force est de constater que certains utilisateurs pensent même que l'accès aux œuvres par le biais de ces services est légale.

[1229] V. *supra* n° 269 et s. et n° 274 et s.

mis à disposition par le site permettent la réalisation de contrefaçon lucrative –, les prestataires de services, lorsque leur responsabilité est engagée, tentent de défendre leurs intérêts en essayant de se voir reconnaître le statut d'hébergeur, statut leur permettant de jouir d'une responsabilité limitée (1). Il semble même que le caractère lucratif devienne un élément déterminant dans la qualification de l'acte de contrefaçon, notamment dans l'hypothèse de création de liens hypertextes renvoyant à un contenu illégal (2).

1 – De la responsabilité des prestataires

303. **Des éditeurs.** Si la loi pour la Confiance dans l'Économie numérique – ou LCEN[1230] – ne définit pas les éditeurs, elle vient tout de même apporter des éléments permettant d'appréhender leur activité, précisant également les obligations auxquelles ils doivent se conformer[1231]. La notion d'éditeur apparaît ainsi à l'article 6, II, al.2 de la LCEN, lequel indique que les fournisseurs d'accès et d'hébergement doivent fournir *« à ceux qui éditent un service de communication au public en ligne »*[1232] les conditions permettant de se soumettre à leurs obligations. Ces derniers sont définis à l'article 6, III, 1[1233], s'agissant des éditeurs professionnels, et 6, III, 2[1234] pour les éditeurs non professionnels. Néanmoins, les juges ont établi un faisceau d'indices permettant de retenir la qualification d'éditeur. Il faut, pour cela, se pencher sur diverses jurisprudences dans lesquelles la notion d'éditeur a été mise en évidence. Ainsi, pour les juges, afin de déterminer si un site de partage de contenus audiovisuels a la qualité d'éditeur, il faut savoir si la société *« détermine les contenus qui doivent être mis à la disposition du public »*, mais également si elle effectue un choix éditorial dans les *« contenus des fichiers mis en ligne »*[1235]. La cour d'appel de Paris est par la suite venue apporter une nouvelle approche. En effet, un site mettant en relation des vendeurs de noms de domaine et des clients est considéré comme éditeur, celui-ci

[1230] L. n° 2004-575, 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.
[1231] E. DERIEUX., « Distinction entre éditeur de service et prestataire technique » : *JCP G* 2008, II, 10140.
[1232] LCEN, art. 6, II, al.2.
[1233] LCEN, art. 6, III, 1.
[1234] LCEN, art. 6, III, 2.
[1235] TGI Paris, 3ème ch. 15 avr. 2008 : *JCP G* 2008, II, 10140, note Derieux.

jouant un rôle actif dans la connaissance et le contrôle des données relatives aux offres[1236]. La cour précise également qu'*« en aucune manière l'utilisateur n'intervient dans la sélection et le placement »* des liens publicitaires[1237]. L'aspect commercial est ainsi retenu par les juges : l'organisation des bannières publicitaires par le propriétaire du site, permettant de monétiser le contenu, constitue un élément déterminant pour qualifier un site comme éditeur. Plus récemment, le tribunal de grande instance de Paris a déclaré qu'un site permettant aux internautes d'accéder en direct et gratuitement à des évènements sportifs sur Internet a la qualité d'éditeur, car celui-ci organise *« sciemment, intentionnellement et à titre principal une sélection, un choix éditorial sur un thème précis »*[1238]. Ainsi, *« l'hébergeur se distingue de l'éditeur de site, qui est la personne physique ou morale qui fournit le service de communication au public par voie électronique, en définit et crée le contenu éditorial et est responsable de celui-ci »*[1239]. La même question se pose pour les blogs. Ces pages web dans lesquelles il est possible, pour l'internaute, de partager ses états d'âme, mais également du contenu, ont-elles la qualité d'éditeur ? La Cour de cassation y apporte une réponse positive dans un arrêt du 16 mai 2013, dans lequel elle retient que l'auteur d'un texte publié sur son blog personnel *« est responsable civilement de la diffamation résultant de la diffusion du texte dont il est l'auteur »*[1240].

Les éditeurs n'entrant pas dans le cadre de la responsabilité dérogatoire prévue par la LCEN peuvent voir leur responsabilité civile engagée sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil selon lesquels *« tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »* et *« chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou par son imprudence »*. Récemment, le

---

1236 CA Paris, 1ère ch. 17 avr. 2013 : *JurisData* n° 2013-009101 ; V. Cass. 1re civ., 17 févr. 2011 : JurisData n° 2011-001674, dans lequel les sages déclarent que « celui qui contrôle un site Internet, sur lequel il diffuse des informations ou autorise des tiers à y inscrire des informations, a la qualité d'éditeur et non de fournisseur d'hébergement » ; Un tel critère a notamment été retenu par la Cour de justice de l'Union européenne afin de venir qualifier un site internet proposant l'accès à des fichiers *torrents* comme portant atteinte au droit de communication au public et ainsi comme étant contrefacteur, CJUE, 11 juin 2017, aff. C-610/15, Stichting Brein c/ Ziggo BV, XS4All Internet BV : *Comm. com. électr. 2017*, comm. 70, C. Caron ; *Propr. Intell. 2017*, n° 65, p. 62, J.-M. Bruguière

1237 CA Paris, 1ère ch. 17 avr. 2013, *ibid.*

1238 TGI Paris, 19 mars 2015.

1239 TGI Paris, réf. 15 déc. 2008, n° 08/59920.

1240 Cass. 1re civ, 16 mai 2013 : *JurisData* n° 2013-009446.

responsable d'un site qui mettait à disposition du public des liens permettant de télécharger illégalement des œuvres audiovisuelles et musicales a été condamné à 3 millions d'euros de dommages et intérêt[1241].

304. **Des hébergeurs.** À l'inverse, les fournisseurs d'hébergement peuvent être définis comme des personnes permettant *« le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de message de toute nature »*[1242]. Tel peut notamment être le cas des sites communautaires[1243] ou des moteurs de recherche[1244].

Excluant de fait les régimes de responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui pour les intermédiaires techniques, tels que les hébergeurs, R. HARDOUIN estime à raison que leur responsabilité se fonde sur le régime de la responsabilité du fait personnel[1245]. Cette dernière, certes limitée à l'attribution de dommages et intérêts

---

[1241] TGI La Rochelle, 22 oct. 2015, inédit.

[1242] LCEN, art.6, I, 2.

[1243] Depuis peu, la jurisprudence tient un seul et même raisonnement : ces sites ont le statut d'hébergeur. Toutefois, cette reconnaissance s'est réalisée après un long feuilleton jurisprudentiel dans lequel les juges ont longuement hésité avant de véritablement trancher. Il a ainsi été reconnu, dans un premier temps, que les sites de partages avaient la qualité d'éditeur. En effet, pour les juges, une société (en l'occurrence Dailymotion) « imposant une structure de présentation par cadres, qu'elle met manifestement à la disposition des hébergés et diffusants, à l'occasion de chaque consultation, des publicités dont elle tire manifestement profit », a « le statut d'éditeur et doit en assumer les responsabilités » (v. TGI Paris, réf. 22 juin 2007 : *Comm. com. électr. 2007*, comm. 143, note C. CARON ; V. aussi CA Paris, 4ème ch. A, 7 juin 2006 : *Comm. com. électr.* 2006, comm, 139, note Caprioli.). Les juges se bornent à prendre en compte l'aspect visuel du site par « la présentation par cadres », mais relèvent également l'existence d'un aspect commercial par l'existence de bandeaux publicitaires. Des jurisprudences postérieures sont venues reconnaître la qualité de fournisseur d'hébergement. En effet, les sites de partage fournissent « une architecture et les moyens techniques permettant une classification des contenus, au demeurant nécessaire à leur accessibilité par le public ». Ainsi, « dès lors qu'il est constant que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur » (v. TGI Paris, 17 oct. 2007 : Comm. com. électr, 2007, comm. 143, *op. cit.,* ; V. également TGI Paris, 3ème ch. 15 avr. 2008, *op. cit ;* CA Paris, 1ère ch. 13 octobre 2010 : Comm. com. électr, 2010, comm. 124, note Debet).

[1244] La LCEN ne venant pas inclure dans le régime de responsabilité dérogatoire les moteurs de recherche, c'est la jurisprudence qui les a assimilés aux hébergeurs, ces derniers bénéficiant de l'article 6, I, 2 de la LCEN. Ainsi, par quatre arrêts rendus le même jour, la cour d'appel de Paris a dû rechercher la neutralité du moteur de recherche Google afin de déterminer si ce dernier pouvait se voir reconnaître la qualité d'hébergeur (v. CA Paris, 2ème ch. 14 janv. 2011 : *Propr. intell.* 2011, p. 199, obs. Lucas ; CA Paris, 7ème ch. 11 déc. 2013, inédit ; CA Paris, 2ème ch. 14 janv. 2011, *op. cit.)*.

[1245] « Dans la mesure où la responsabilité du fait personnel semble pour certains ne pas permettre de responsabiliser les prestataires techniques à la hauteur de ce qu'il devrait être, il convenait d'envisager si les facilités de preuve ouvertes par la jurisprudence en matière de responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses pourraient permettre aux victimes d'infractions sur Internet d'obtenir plus aisément une réparation de leur préjudice. Malgré la présomption de fait pesant sur la personne devant répondre du tiers ou sur le gardien de la

à l'égard des victimes[1246], se traduira par la réalisation d'une faute par omission[1247]. Néanmoins, le régime de responsabilité de la LCEN est considéré comme *« une responsabilité limitée à la cession de l'illicite »*[1248]. Il faut alors considérer que la LCEN, même si elle ne s'intéresse pas à la propriété intellectuelle[1249], vient instaurer en droit français, en accord avec certaines directives européennes[1250], un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun reposant sur le trinôme *« pouvoir, savoir, inertie »*[1251].

305. **Du caractère « commercial » de la mise à disposition de la part des prestataires.** La question du caractère commercial des sites de partage dans la reconnaissance de leur statut d'hébergeur a pendant un temps été au centre de la problématique de la qualification d'hébergeur ou d'éditeur. En effet, étant reconnu que la commercialité était un élément de nature à qualifier le site comme éditeur[1252], les juges ont ensuite déclaré que la LCEN ne venait pas interdire aux hébergeurs de tirer profit de leur activité[1253]. Cette différence de prise de position laisse cependant perplexe : pourquoi ne pas étendre cette condition de « commercialité » aux hébergeurs ? Si ces derniers ont, certes, un rôle passif, il n'est pas sans savoir qu'une partie de leurs services peut être utilisée à des fins de contrefaçon. Considérer que les

---

chose, il appert que les conditions de mise en jeu de responsabilité sont soit redondantes avec le régime de responsabilité du fait personnel des prestataires techniques (responsabilité du fait du tiers) ou inapplicables (responsabilité du fait des choses). Dès lors, il faut convenir que le fait générateur de responsabilité de prestataire ne peut être que le fait personnel », R. HARDOUIN, *La responsabilité limitée des prestataires techniques dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique*, th. Versailles, 2011, p. 250, n° 365.

[1246] *Ibid.,* p. 239, n° 347.

[1247] R. HARDOUIN, *op. cit.*, p. 234, n° 336; La faute par commission ou encore « acte positif », est une faute causée par un agissement, alors que la faute par omission est une faute causée par le fait de s'être abstenu de faire quelque chose, P. BRUN., *Responsabilité civile extracontractuelle* : LexisNexis, 4e éd., 2016, p. 209, n° 310 et s.

[1248] R. HARDOUIN, *ibid.,* p. 238, n° 345.

[1249] C. CARON., « LCEN, Aspects de propriété intellectuelle : analyse d'un saupoudrage discret » : *Comm. com. électr.* 2004, étude 23.

[1250] V. le considérant n° 42 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 dite « Commerce électronique », le considérant n° 16 de la directive 2001/29/CE du 21 mai 2001 et le considérant n° 23 de la directive 2004/48 du 29 avril 2004.

[1251] M. VIVANT., L. RAPP., B. WARUSFEL., N. MALLET-POUJOL., F. LICHERE., G. VERCKEN., J.-L. BILON., *Le lamy droit du numérique* : Wolters Kluwers France, 2015, p. 1543-1544, n° 2480 et 2481.

[1252] TGI Paris, réf. 22 juin 2007, *op. cit.* ; V. également *infra* n° 310.

[1253] TGI Paris, 3ème ch. 14 nov. 2008, *op. cit.*

hébergeurs peuvent tirer profit de leur activité tout en ayant une responsabilité limitée revient à reconnaître qu'ils peuvent monétiser du contenu illicite pour leur propre compte. Il apparaîtrait alors plus judicieux d'écarter ce critère dans la détermination du statut d'éditeur et d'hébergeur, ce dernier apparaissant alors accessoire. À ce titre, il est regrettable de constater que le régime de responsabilité applicable aux hébergeurs n'est pas adapté à leur activité[1254].

2 – Des liens hypertextes

306. **Accès gratuit et contrefaçon lucrative.** Bien que l'accès gratuit aux œuvres puisse faire l'objet d'un véritable schéma économico-juridique, il apparaît nécessaire de le distinguer de la mise à disposition gratuite illégale générant un profit à l'égard du contrefacteur. Afin de trouver un élément de réponse sur ce que peut englober la contrefaçon lucrative, il est intéressant de s'arrêter sur la jurisprudence relative aux actes de communication au public par le biais de liens hypertextes.

307. **Droit de communication au public et liens hypertextes.** Constituant l'un des aspects du droit de représentation, le droit de communication au public peut être défini comme « *le droit exclusif* [pour les auteurs] d'*autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* »[1255]. Autrement dit, il s'agit du droit de communiquer une œuvre à un public qui n'est pas présent sur le lieu d'origine de la communication[1256], *« de l'endroit et au moment qu'il choisit »*. L'ensemble des

[1254] V. en ce sens, *infra* n° 321.

[1255] Dir. 2001/29/CE, art. 3, Par. 1 ; V. également la Conv. De Berne, art. 11, 11bis, 11ter, 14 et 14bis et le Traité de l'OMPI, art. 8.

[1256] À l'inverse de la communication « directe » de l'œuvre au public présent sur le lieu d'origine : « ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion », Considérant 23 de la directive 2001/29/CE ; V. not. CSPLA, Mission droit de communication au public, Rapport et propositions, déc. 2016, p. 13 et, pour une étude approfondie sur la notion de « public », p. 29 et s. Il faut cependant retenir ici la notion de public au « nombre indéterminé » ; V. également L. HEINZMANN, *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation en droit d'auteur français, allemand et européen* : HAL, 2016, p. 63 et s.

éléments faisant ici référence à l'usage du numérique est réuni : par l'usage d'Internet et de l'ubiquité des œuvres permis par ce dernier, le public a la faculté de consommer de la culture de n'importe où et à n'importe quel moment[1257]. Or, sur le réseau numérique, l'accès aux œuvres se fait *via* des hyperliens – ou liens hypertextes. Se pose alors la question de savoir si le fait de créer et de partager un lien hypertexte dirigeant l'internaute vers un site Internet représentant une œuvre protégée, constitue un acte de communication au public et possiblement une atteinte au droit exclusif de l'auteur dans son droit de communication[1258], notamment lorsqu'il est admis « *qu'un acte de communication s'entend d'un acte réalisé par un utilisateur qui intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner à ses clients/destinataires accès à une œuvre ou à un objet protégé* »[1259]. Deux situations peuvent alors se présenter.

308. **Partage avec l'autorisation des ayants droit.** Lorsque la création et le partage d'un lien hypertexte pointe sur une œuvre ayant fait l'objet d'une communication de la part des ayants droit, l'attention devra être portée sur « l'accessibilité de l'œuvre ». Pour la Cour de justice de l'Union européenne, « *ne constitue pas un acte de communication au public (…) la fourniture sur un site Internet de liens cliquables vers des œuvres librement disponibles sur un autre site Internet* »[1260]. *A contrario*, lorsque le lien hypertexte dirige vers une œuvre destinée à l'origine à un public restreint, il y a alors acte de contrefaçon.

[1257] Néanmoins, la communication au public englobe uniquement « la représentation » de l'œuvre sur leur ordinateur – par la possibilité de visionner ou écouter une œuvre sur l'écran et les haut-parleurs –, et non la possibilité d'en réaliser une copie.

[1258] Il n'est pas question, ici, de revenir sur la notion d'agissement délibéré d'un acte de communication au public. À cette fin, v. notamment CJUE, 3e ch., 15 mars 2012, aff. C-135/10, Società Consortile Fonografici (SCF) c/ Marco Del Corso : *Comm. com. électr. 2012*, comm. 48, C. Caron ; *Europe 2012*, comm. 217 , L. Idot ; *Propr. intell. 2012*, p. 429 , obs. V.-L. Benabou ; *RTD com.* 2012, p. 322, obs. F. Pollaud-Dulian ; CJUE, 3e ch., 15 mars 2012, aff. C-162/10, Phonographic Performance c/ Irlande : *Comm. com. électr. 2012*, comm. 48, C. Caron ; Pour une analyse approfondie de la notion de « communication au public », v. CSPLA, Mission droit de communication au public, Rapport et propositions, *op. cit.*

[1259] CSPLA, Mission droit de communication au public, Rapport et propositions, *op. cit.*, p. 13 ; V. également CJUE, 26 avr. 2017, aff. C-527/15, Stichting Brein c/ Wullems : *Comm. com. électr. 2017*, comm. 50, C. Caron ; *Propr. Intell. 2017*, n° 64, p. 67, J.-M. Bruguière ; D. 2017, p. 983.

[1260] CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, dite « Svensson », point 32 : *Comm. com. électr. 2014*, comm. 34 , obs. C. Caron ; *Propr. intell. 2014*, n° 51, p. 165 , obs. A. Lucas ; *D. 2014*, p. 2083, obs. P. Sirinelli ; *RTD com. 2014*, p. 600, obs. F. Pollaud-Dulian ; V. également CJUE, 21 oct. 2014, aff. C-

Dans cette hypothèse, et afin de venir qualifier un acte de communication au public comme un acte contrefaisant, l'attention sera portée sur la notion de « public » et plus particulièrement de « public nouveau » qu'il sera possible de déterminer, selon la Cour de justice de l'Union européenne, par l'application de deux critères[1261].

Le premier critère, dit « subjectif », retient qu'il y a acte de communication à un public nouveau lorsque ce dernier n'était « *pas pris en compte par les titulaires de droits sur les œuvres protégées lorsqu'ils ont autorisé leur utilisation par la communication au public d'origine* »[1262] – il s'agit ici de l'hypothèse, par exemple, de la communication de l'œuvre à l'ensemble des internautes alors qu'elle-n'était prévue, à l'origine, qu'à un public restreint. Le second critère, dit « objectif », est déduit du rôle « incontournable » de l'utilisateur, en ce sens que sans son acte de partage, « *les personnes constituant ce public "nouveau", tout en se trouvant à l'intérieur de la zone de couverture de ladite émission, ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée* »[1263] – tel est notamment le cas du vendeur d'un boîtier multimédia sur lequel est préinstallé des modules permettant l'accès à des œuvres protégées[1264].

Il est alors possible d'affirmer que lorsque les ayants droit ont donné l'autorisation à la communication de l'œuvre sur Internet, il y aura atteinte à leur droit exclusif uniquement si la nouvelle communication atteint un public nouveau – ou encore non ciblé par les ayants droit lors de la première communication au public. Il s'agira alors de se demander si, lors de la première communication autorisée, l'œuvre était ou non en libre accès. Dans cette hypothèse, la notion du caractère « lucratif » du partage n'apparaîtrait pas comme condition déterminante à l'acte de contrefaçon, mais plus particulièrement comme un critère accessoire venant aggraver l'acte de

---

348/13, dite « BestWater », point 19 ; CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, dite « GS Media », point 42 : *Comm. comm. électr. 2016*, comm. 78, C. Caron ; *Comm. com. électr. 2017*, étude 4, S. Dormont.

[1261] Pour reprendre les termes du rapport du CSPLA, Mission droit de communication au public, Rapport et propositions, *op. cit.,* p. 37.

[1262] CJUE, 31 mai 2016, aff. C-117/15, dite « Reha Training », point 45 : RIDA 2017/251, p. 206 et s. ; LEPI 2016, n° 126, obs. A. Lucas-Schloetter ; Europe 2016, comm. 249, obs. S. Cazet ; Propr. intell. 2016, p. 433, obs. J.-M. Bruguière ; Dalloz IP/IT 2016, p. 420, obs. V.-L. Benabou ; CSPLA, *ibid*., p. 37 : L. HEINZMANN, *op. cit.*, p. 69 et s.

[1263] CJUE, *ibid*, point 46 ; Néanmoins, il est admis par le CSPLA que ce second critère contrevient à la Convention de Berne, CSPLA, *ibid*, p. 40 ; V. également L. HEINZMANN, *ibid*., p. 77 et s.

[1264] CJUE, 26 avr. 2017, *op. cit.*

communication au « public nouveau », non prévu pas les ayants droit. Néanmoins, ce dernier critère semble prendre une place prépondérante lorsque le partage d'un lien hypertexte renvoie à une œuvre partagée illicitement.

309. **Partage sans l'autorisation des ayants droit.** S'agissant de la création et du partage d'un lien hypertexte dirigeant vers une œuvre protégée et communiquée sans l'autorisation des ayants droit, la Cour de justice a, depuis peu, émis un nouveau critère afin de déterminer le caractère licite ou illicite de la communication. Ce critère dépend non seulement du caractère lucratif ou non lucratif de l'acte de communication mais également de la connaissance, de la part du poseur de lien, du caractère illicite de la publication première. Ainsi, lorsque la création et le partage du lien hypertexte est effectué dans un but lucratif, la Cour estime qu'il « *peut être attendu de l'auteur d'un tel placement qu'il réalise les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertexte, de sorte qu'il y a lieu de présumer que ce placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur Internet par le titulaire du droit d'auteur* »[1265]. La Cour vient donc créer une présomption simple à l'égard du poseur de lien : celle de la connaissance de l'illégalité de la publication à laquelle renvoie le lien hypertexte[1266]. Il faut alors retenir que dans l'hypothèse où un lien hypertexte est créé et partagé dans un but lucratif et que ce dernier renvoie vers un contenu protégé et publié sans autorisation des ayants droit, l'acte constitue un acte de communication au public – et donc, une contrefaçon –, si le poseur de lien ne peut renverser la présomption existante envers lui[1267].

À l'inverse, si la création et le partage d'un lien hypertexte renvoyant vers un contenu protégé et public n'ayant pas préalablement fait l'objet d'une autorisation des ayants droit est réalisé dans un but non lucratif, la Cour estime qu'il n'y a pas acte de communication au public si le poseur de lien « *ne sait pas, et ne peut pas*

[1265] V. CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *op. cit.,* point 51.

[1266] V. également CSPLA, Mission droit de communication au public, Rapport et propositions, *op. cit.* p. 25.

[1267] Il s'agit là du principal problème dans la réflexion de la Cour. À partir de l'instant où la création et le partage d'un lien hypertexte sont réalisés dans un but lucratif, il doit y avoir contrefaçon, peu importe que le poseur de lien ait eu ou non connaissance de l'illicéité de la première publication.

raisonnablement savoir, que cette œuvre avait été publiée sur Internet sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur »[1268] . Ainsi, si ce dernier a connaissance du caractère illicite de la publication de l'œuvre, l'acte constitue un acte de communication au public et ainsi, un acte de contrefaçon[1269].

310. **Du caractère lucratif du partage.** Dans une décision rendue quelques mois avant la décision *GS Média*, la Cour avait estimé que « *le caractère lucratif de la diffusion d'une œuvre protégée au public n'est (…) pas déterminant pour la qualification* » de l'acte de communication au public, avant d'estimer que la référence au caractère lucratif n'était néanmoins pas « *dénué*[e] *de pertinence* »[1270]. Peut-être avait-elle un certain goût d'inachevé dans sa réflexion pour affirmer, quatre mois plus tard, que le caractère non lucratif d'un partage de lien hypertexte devait être pris en compte afin de qualifier un acte comme étant une « communication au public ».

Ce changement de position a été critiqué par une partie de la doctrine. Pour elle, « *le rôle donné au caractère lucratif est discutable* »[1271]. Il s'agit même d'une « *erreur* »[1272]. Néanmoins, cette évolution démontre à quel point la prise en compte du caractère lucratif ou non lucratif de l'usage qui peut être fait d'une œuvre sur Internet et ainsi la détermination d'une atteinte, par ce critère, aux droits exclusifs de l'auteur prend de l'ampleur et ce, même s'il apparaît absent de la directive 2001/29/CE[1273]. Il faut également être réaliste : une fois qu'une œuvre a été

[1268] CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *op. cit.*, point 47.

[1269] CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *op. cit.*, point 49.

[1270] CJUE, 31 mai 2016, aff. C-117/15, dite « Reha Training », point 49 : *RIDA 2017/251*, p. 206 et s. ; *LEPI 2016*, n° 126, obs. A. Lucas-Schloetter ; *Europe 2016*, comm. 249, obs. S. Cazet ; *Propr. intell. 2016*, p. 433, obs. J.-M. Bruguière ; *Dalloz IP/IT 2016*, p. 420, obs. V.-L. Benabou ; V. également CJCE, 7 déc. 2006, aff. C-306/05, SGAE c/ Rafael Hoteles SA : *D. 2007*, p. 1236, note B. Edelman ; *Propr. intell. 2007*, p. 87, obs. A. Lucas, point 52 ; CJUE, aff. C-403/08, 4 oct. 2011, Football Association Premier League / QC Leisure, dit « Football Association Premier League » : *Comm. com. électr. 2011*, comm. 110 , note C. Caron ; *RTD com. 2011*, p. 744 , obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur. 2011*, p. 855 , obs. É. Treppoz ; *Propr. intell. 2012*, p. 51, obs. V.-L. Benabou, pt. 197 ; *D. 2011*, p. 2836, obs. P. Sirinelli.

[1271] F. POLLAUD-DULIAN, « Hyperliens et droit d'auteur, l'imagination de la Cour de justice de l'Union européenne… à l'œuvre » : *D.* 2016, p. 1908 ; V. également CSPLA, Mission droit de communication au public, Rapport et propositions, *op. cit.* p. 42.

[1272] V.-L. BENABOU, « GS MEDIAaaaargh ! » : Le « chat » et la souris, Déclic en droit du net, Blog.

[1273] Ce même critère a été analysé afin de venir qualifier un acte comme étant un acte de communication au public et ainsi un acte contrefaisant par la Cour lors de la mise en place d'une entreprise « lucrative » autour de la vente de boîtiers multimédias dans lesquels étaient préinstallés des modules complémentaires permettant l'accès illicite à des œuvres protégées, CJUE, 26 avr. 2017, *op. cit.*

communiquée au public, par quelques moyens de communication que ce soit – numérique ou non –, il est aisé d'y accéder sur le réseau numérique, surtout lorsque cette œuvre a fait l'objet d'un « buzz » ou a obtenu une certaine popularité auprès du public[1274]. Ainsi, l'affirmation selon laquelle « *le titulaire de droit ne doit publier son œuvre sur internet que sur un site soumis à des restrictions très efficaces, faute de quoi il perd tout contrôle juridique de sa diffusion* »[1275] est justifiée mais reste cependant à nuancer. Comme affirmé précédemment, lorsqu'une œuvre est communiquée au public, elle échappe au contrôle de l'auteur et ce, quelques soient les moyens techniques de protection mis en œuvre. L'œuvre se disperse comme une poignée de sable jetée au vent : il est impossible d'en contrôler sa trajectoire et sa destination. Bien qu'il soit nécessaire de lutter contre la contrefaçon et ses conséquences à l'égard des ayants droit et plus particulièrement de protéger le droit d'auteur, il apparaît également nécessaire de prendre en compte l'usage qui est fait du numérique par les internautes dans lequel le caractère lucratif ou non lucratif de la création et du partage devient un critère fondamental. En effet, ce critère de recherche de gain financier peut être érigé au même rang que les autres critères permettant la reconnaissance d'un acte contrefaisant, d'autant plus qu'il peut permettre, à lui seul, de déterminer la bonne ou mauvaise foi de l'auteur du partage : il apparaît évident que la mauvaise foi est présente lorsqu'il y a recherche de gain lors du partage d'un lien hypertexte renvoyant vers une œuvre protégée et communiquée de façon illicite.

Cette prise de position de la part de la Cour de justice, bien que discutée par une majorité de la doctrine, va dans le sens des développements évoqués plus en amont sur la nécessité de réfléchir à la notion de caractère non lucratif du partage, notamment dans la reconnaissance et la création d'exceptions aux droits d'auteur fondées sur un usage non lucratif de l'œuvre[1276].

[1274] En ce sens, il est possible d'affirmer qu'une œuvre populaire « n'échappe plus » au public.

[1275] F. POLLAUD-DULIAN, « Hyperliens et droit d'auteur, l'imagination de la Cour de justice de l'Union européenne… à l'œuvre », *op. cit.*, p. 1909.

[1276] V. notamment *supra* n° 207 et s.

B. – Une frontière imprécise entre lucratif et non lucratif dans l'univers numérique

311. **Une frontière imprécise.** La frontière entre partage commercial et non commercial peut s'avérer relativement floue. Il est en effet difficile, dans l'hypothèse du partage d'une vidéo ou d'une photo faisant l'objet d'une protection par le droit d'auteur sur un blog, ou même sur une plateforme de partage ou un réseau social, d'admettre que ce partage est non commercial. Il s'avère en effet possible de monétiser les visites sur un site Internet par la publicité – notamment sur un blog, le partage d'un bien numérique culturel pouvant augmenter la fréquentation du site et ainsi permettre l'obtention de revenus issus de cette fréquentation –, de monétiser le contenu en lui-même – dans l'hypothèse des plateformes de partage de contenu par la diffusion de publicité avant la consommation de l'information –, ou de monétiser les informations fournies par les usagers partageant le contenu – dans l'hypothèse des réseaux sociaux. La monétisation s'avère alors omniprésente dans les échanges centralisés. Il est, de plus, également possible de déceler l'existence d'une commercialité dans les échanges *peer-to-peer* : la publicité présente dans les logiciels permettant le téléchargement rend ces derniers lucratifs à l'égard des éditeurs de logiciels. Or, afin de pouvoir télécharger sur le réseau *peer-to-peer*, l'aide d'un logiciel est nécessaire. La frontière entre lucratif et non lucratif apparait ainsi imprécise, la commercialité pouvant être présente au cœur même des échanges dits « non marchands ». C'est pourquoi il est admis qu'en l'état actuel, *« la définition des échanges non marchands s'avère (…) beaucoup trop imprécise au regard des modèles économiques en œuvre sur Internet pour devenir opérationnelle »*[1277].

Il est cependant possible d'affirmer que cette commercialité est l'œuvre des intermédiaires et non des internautes – sauf, bien entendu, des internautes s'adonnant à une véritable contrefaçon lucrative volontaire. C'est pourquoi la reconnaissance d'un espace non marchand et sa légalisation passe nécessairement par une refonte du droit d'auteur et du régime de responsabilité des intermédiaires techniques sur Internet. De ce fait, l'espace non marchand doit reposer sur une véritable

[1277] J. FARCHY, C. MÉADEL, G. SIRE, *op. cit.*, p. 25.

décentralisation des échanges afin d'éviter toute confusion pouvant exister avec un intérêt économique quelconque.

312. Conclusion de la Section 1. L'espace de partage non marchand peut se définir comme un espace de partage désintéressé ou plutôt, non lucratif, dans lequel une communauté partage du contenu culturel – plus particulièrement des fichiers numériques contenant de la musique, des œuvres audiovisuelles, des livres numériques ou des logiciels – sur un réseau décentralisé – de type *peer-to-peer* et ce, sans l'autorisation des titulaires de droit. Il est ainsi à distinguer de la contrefaçon lucrative, contrefaçon pouvant se définir comme la mise à disposition de contenus culturels de la part d'éditeurs ou d'internautes utilisant les services mis à leur disposition par les hébergeurs dans le seul but de monétiser ce partage. Si la lutte contre la contrefaçon lucrative est légitime et justifiée, celle concernant le partage désintéressé l'est moins : cette pratique devrait même être légalisée.

SECTION 2. – L'espace non-marchand

313. L'espace non marchand. Après avoir tracé les contours de ce que pourrait englober ou non l'espace non marchand, il est nécessaire de déterminer si la reconnaissance de ce dernier serait en accord avec le droit d'auteur.

Si une telle approche implique une évolution nécessaire du droit d'auteur (§1) aboutissant alors à une tentative de détermination d'un contour juridique quant à la reconnaissance d'un espace non marchand (§2), les développements menés peuvent également servir de cadre de réflexion pour une adaptation du droit d'auteur à l'environnement numérique.

§ 1. – Une évolution du droit nécessaire

314. **Un encadrement des échanges centralisés.** L'évolution juridique nécessaire afin de légaliser l'espace non marchand doit passer, dans un premier temps, par un meilleur encadrement des usages dits « centralisés » sur les plateformes de partages de contenus et réseaux sociaux. Pour ce faire, il apparaît alors nécessaire de déterminer ce qu'il convient d'entendre par un usage non commercial dans le cadre des exceptions du droit d'auteur (A), mais également refondre le régime de responsabilité des internautes et de l'ensemble des intermédiaires pouvant être présent dans les différents flux d'échanges sur Internet afin de venir limiter la contrefaçon lucrative (B).

A. – Détermination de l'usage non commercial inhérent aux exceptions du droit d'auteur

315. **Du critère non commercial des exceptions.** L'étude des exceptions du droit d'auteur au prisme du critère de l'usage non commercial a permis de mettre en avant le fait que le critère de non commercialité pouvait apparaître comme subsidiaire – le bénéfice des exceptions étant limité à des catégories d'individus –, primordial – l'usage de l'œuvre étant libre à condition que son usage ne donne lieu à rémunération –, ou même absent lorsque les exceptions sont justifiées par l'intérêt général de la Société[1278].

Si les exceptions destinées à des catégories déterminées d'individus paraissent légitimes et nécessaires, le critère de non commercialité de l'usage étant lui-même justifié afin de ne pas réaliser de profits aux dépens des auteurs, *quid*, néanmoins, des exceptions dont la seule finalité est, en fin de compte, l'usage à titre non commercial de l'œuvre ? Peut-on encore envisager, par exemple, l'existence de la copie privée ou de la copie transitoire dans un univers dicté par la reproduction, celle-ci ayant un coût nul, d'autant plus quand l'usage permet de venir qualifier une

[1278] V. *supra* n° 201 et s.

nouvelle exception propre à l'environnement numérique et plus particulièrement aux espaces de partages de contenus ?[1279]

Si le critère de l'usage non commercial propre aux exceptions s'avère justifié afin de ne pas porter atteinte aux intérêts de l'auteur, il a été admis que la frontière entre commercialité et non-commercialité est relativement floue, notamment lorsque les échanges sont centralisés par un intermédiaire[1280]. Le critère de non commercialité retenu, par exemple, dans l'exception d'usage qu'est la pratique amateur s'avère être une impasse : la création des internautes, même si elle fait l'objet d'un partage désintéressé sur les plateformes, peut faire l'objet d'une monétisation de la part de ces dernières, que ce soit par le biais de la monétisation des informations personnelles fournies ou simplement par la monétisation du contenu mis en ligne[1281].

C'est pourquoi il apparaît nécessaire, afin de permettre de prétendre au bénéfice de ces exceptions, mais surtout, afin de ne pas pénaliser le public dans le bénéfice de celles-ci, de reconnaître, d'une part, qu'un usage est non commercial dès l'instant où le partage réalisé par l'internaute ne donne pas directement ou indirectement lieu à un profit économique pour son compte personnel – bénéficiaires direct[1282] – et, d'autre part, de considérer que les intermédiaires ont un rôle de bénéficiaire indirect pouvant tirer profit des usages couverts par les exceptions en leur imposant, par exemple, de verser une somme, sous forme de taxe, couvrant les préjudices subis par les titulaires de droit[1283], et de refondre le régime de responsabilité de ces derniers afin qu'ils soient plus amplement engagés dans la lutte contre la contrefaçon lucrative permise par leurs services.

[1279] V. *supra* n° 208.
[1280] V. *supra* n° 210.
[1281] Le même constat peut être fait en cas de reconnaissance de l'exception de panorama ne bénéficiant que dans l'hypothèse d'un partage non commercial.
[1282] V. *supra* n° 210.
[1283] V. *supra* n° 177.

B. – De la responsabilité des internautes et des intermédiaires

316. **Pour une évolution juridique des régimes de responsabilités des internautes et des intermédiaires.** Que l'on soit internaute ou intermédiaire, chaque « acteur » de l'Internet se voit appliquer son propre régime de responsabilité en cas de non-respect des lois et, plus particulièrement, en cas de non-respect des droits de propriété intellectuelle. C'est ainsi que les internautes peuvent être condamnés en cas d'infraction de négligence caractérisée ou en cas de contrefaçon (1), que la responsabilité des éditeurs de logiciels peut être engagée, dans certaines hypothèses, en cas d'utilisation de ces derniers à des fins de contrefaçons (2), que le statut des plateformes tend à évoluer (3) ou encore qu'il est recherché d'intégrer les intermédiaires financiers dans la lutte contre la contrefaçon (4).

Si ces régimes existent, ils restent cependant non satisfaisants et doivent s'adapter à l'évolution des usages et des fonctions. Il apparaît en effet nécessaire qu'une attention particulière soit portée sur la contrefaçon commerciale issue de l'usage à titre gratuit, contrefaçon ayant un réel impact sur l'économie de la culture en créant un véritable manque à gagner à l'égard des ayants droit. Si l'étude de ces différents régimes et des évolutions souhaitées s'avère nécessaire dans l'éventualité de la reconnaissance d'un espace de partage non-marchand, elle permet également de soulever des problématiques plus générales et d'apporter des réflexions sur les possibles évolutions en la matière.

1 – De la responsabilité des internautes

317. **L'infraction de négligence caractérisée en désuétude.** Instaurée par un décret du 25 juin 2010[1284], l'infraction de négligence caractérisée peut être définie comme le fait, « *sans motif légitime, pour la personne titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne (…) : soit de ne pas avoir mis en place un moyen de sécurisation de cet accès ; (…) soit d'avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen* » lorsque cette dernière « *s'est vue recommander par la Commission de protection des droits de mettre en œuvre un moyen de sécurisation de*

[1284] D. n° 2010-695, 25 juin 2010.

son accès permettant de prévenir le renouvellement d'une utilisation de celui-ci à des fins de reproduction, de représentation ou de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits »[1285]. Si, dans un premier temps, le Code de la propriété intellectuelle précisait qu'une peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pouvait être prononcée, elle s'est vue supprimer de l'article R. 335-5 par un décret du 8 juillet 2013[1286]. L'infraction de négligence caractérisée, telle que définie dans la partie réglementaire du Code de la propriété intellectuelle trouve alors son fondement au premier alinéa de l'article L. 336-3 dudit code, ce dernier disposant que « *la personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres I*er *et II lorsqu'elle est requise* ». Cependant, et avant de pouvoir prononcer cette sanction, « *la Commission de protection des droits (…)* [doit avoir] *préalablement adressé, par voie d'une lettre remise contre signature ou de tout autre moyen propre à établir la preuve de la date de présentation, une recommandation l'invitant* [le titulaire de l'accès] *à mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès à internet* »[1287].

Le Code de la propriété intellectuelle vise ainsi directement la responsabilité du titulaire d'un abonnement à Internet lorsque, au terme d'une procédure se voulant pédagogique et dite de « réponse graduée », il a omis – il s'agit alors d'une faute d'omission – de sécuriser l'accès à Internet alors que celui-ci a été utilisé à des fins de contrefaçons. On parle alors d'une « infraction d'habitude », le titulaire de l'abonnement se voyant sanctionner si l'acte de contrefaçon a été constaté au moins trois fois[1288]. Il convient de constater que, juridiquement, l'infraction de négligence

---

[1285] CPI, art. R. 335-5.

[1286] D. n° 2013-596, 8 juill. 2013.

[1287] CPI, art. L. 335-7-1, al. 1er.

[1288] Le dispositif de la réponse graduée repose sur l'envoi, par la Commission de protection des droits de l'Hadopi, de messages d'avertissement aux titulaires d'abonnements internet ayant manqué à leur obligation de surveillance de leur accès à internet. En cas de réitération dans un délai de six mois suivant l'envoi du premier avertissement, la Commission de protection des droits peut enclencher la seconde étape de la réponse graduée : l'envoi d'un avertissement par

caractérisée ne sanctionne pas l'acte de contrefaçon en lui-même mais le fait de ne pas avoir pu empêcher sa réalisation. En effet, la sanction de l'acte de contrefaçon se retrouve plus particulièrement définie à l'article L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle, son alinéa premier disposant qu' « *est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende toute fixation, reproduction, communication ou mise à disposition du public, à titre onéreux ou gratuit, ou toute télédiffusion d'une prestation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, réalisée sans l'autorisation, lorsqu'elle est exigée, de l'artiste-interprète, du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes ou de l'entreprise de communication audiovisuelle* ». À cette fin, la Commission de protection de droits peut, dans certaines situations, transmettre la procédure au procureur de la République en visant le délit de contrefaçon[1289]. Cependant, le choix délibéré du législateur, dans le cadre de l'infraction de négligence caractérisée, de rechercher la responsabilité des « internautes » – au sens large – s'avère-t-il efficace dans la lutte contre la contrefaçon d'œuvre dans l'univers numérique ?

En sept années d'existence, la HADOPI[1290] a constaté environ 7,5 millions d'infractions, 680 000 récidives et enfin 5 339 négligences caractérisées[1291]. L'autorité a transmis environ 1 308 dossiers à la justice[1292], laquelle a condamné à 72 reprises et établi 89 mesures alternatives aux poursuites[1293]. S'il est possible de constater que l'infraction de négligence caractérisée a abouti à des sanctions, les chiffres restent cependant faibles quand l'on dénombre, en France, 13 millions d'internautes

---

message électronique, doublée d'une lettre remise contre signature. En cas de nouvelle réitération dans un délai d'un an suivant la date de présentation de la 2e recommandation, la Commission de protection des droits informe le titulaire de l'abonnement par une lettre de notification (remise contre signature) que ces faits sont susceptibles de poursuites pénales. Après délibération de la Commission de protection des droits, le titulaire de l'abonnement peut voir son dossier transmis au parquet, www. hadopi.fr.

1289 HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016,* p. 85.

1290 Il faut néanmoins relever que les missions attribuées à la HADOPI ne relèvent pas uniquement de la répression, mais également de la promotion de l'offre légale et de la régulation de l'usage des mesures techniques de protection, CPI, art. L. 331-13.

1291 Plus précisément, entre le 1er octobre 2010 et le 31 octobre 2016, il y a eu 7 582 795 premiers avertissements et 686 318 deuxièmes avertissements, HADOPI, *op. cit.,* p. 75.

1292 *Ibid.,* p. 75.

1293 *Ibid.*, p. 86.

consommant illégalement des œuvres audiovisuelles[1294]. Considérée comme une procédure lourde[1295] ou même dépassée[1296], l'infraction de négligence caractérisée semble difficilement porter ses fruits dans la lutte contre le téléchargement illégal. Il faut également relever que cette infraction ne sanctionne que le défaut de sécurisation d'un accès lié à l'utilisation de logiciels de pair-à-pair[1297], ces derniers ne constituant qu'une technique d'accès à des contenus contrefaisants parmi d'autres – streaming, téléchargement direct : *« les internautes* (…) *ont rapidement adapté leurs pratiques au champ de compétence de la HADOPI, ce d'autant que les conseils pratiques pour contourner la surveillance des ayants droit sont facilement disponibles »*[1298].

318. **Pour une évolution de l'infraction de négligence caractérisée.** En l'état, l'infraction de négligence caractérisée semble désuète et une nouvelle définition s'avère nécessaire : *« il est sans doute temps de cesser de traiter le voleur de pomme comme l'auteur d'un hold-up »*[1299]. Il pourrait ainsi être opportun, dans un premier temps, d'écarter de son champ d'application les particuliers[1300] tout en conservant et renforçant la responsabilité des professionnels. En effet, si ces derniers font également, et au même titre que les particuliers, l'objet de la réponse graduée pouvant aboutir à la constatation d'une infraction de négligence caractérisée – une personne morale peut être titulaire d'un accès à des services de communication en ligne –, ces derniers peuvent y voir un intérêt commercial à permettre un tel accès. Le renforcement de leur responsabilité pourrait découler d'une abrogation de « l'infraction d'habitude » en les obligeant en amont, et non plus au terme d'une procédure pédagogique, à veiller à ce que leur accès à Internet ne soit pas utilisé à des fins contrefaisantes, que ce soit par l'utilisation de logiciels de pair-à-pair ou l'accès à des sites Internet reconnus comme contrefaisants. La constatation d'une infraction à

1294 Ernst & Young, *Piratage en France, Estimation du manque à gagner lié à la consommation illégale de contenus audiovisuels*, févr. 2017.

1295 E. DERIEUX., A. GRANCHET., *Lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI et HADOPI* : coll. Lamy Axe Droit, 2010, p. 196, n° 543.

1296 P. CONGE., « HADOPI, de pire en pire ? » : Marianne.net, 11 juill. 2015 : V. également pour une approche technique des mesures de la HADOPI, F. MACREZ., J. GOSSA., « Surveillance et sécurisation, ce que l'HADOPI rate » : *RLDI* 2009/50, étude 1659, p. 79.

1297 HADOPI, *op. cit.*, p. 89.

1298 L. HERVÉ., C. BOUCHOUX., *Rapport d'information*, juill. 2015, p. 60.

1299 M. VIVANT, « Internet, piratage et contrefaçon » : *D.* 2009, p. 1808.

1300 La majorité des titulaires d'un abonnement internet n'ayant pas les connaissances nécessaires afin de procéder à une sécuriation « efficace » de leur accès à Internet.

cette obligation pourrait ainsi déboucher sur une sanction pénale, à charge, pour la personne morale titulaire de l'accès en ligne, de prouver qu'elle a tout mis en œuvre afin de le sécuriser. À ce titre, la sanction pourrait être plus sévère à leur égard : il est nécessaire de décourager ces pratiques afin que le « calcul commercial » permettant de tels agissements ne penche en la faveur des professionnels.

S'agissant des particuliers, il pourrait être opportun de s'attarder sur les contrefacteurs mettant à disposition une manne considérable d'œuvres contrefaisantes mais également ceux tirant profit de tels agissements. À cette fin, la HADOPI pourrait, sur saisine des ayants droit, prononcer des amendes administratives forfaitaires pour les premiers[1301], et procéder à des poursuites judiciaires sur le fondement de l'article L. 335-4 pour les seconds. La distinction entre la contrefaçon pouvant être définie comme « commerciale » – professionnels et contrefacteurs tirant profit de la mise à disposition d'œuvres contrefaisantes – de celle réalisée dans un objectif de « partage » est nécessaire dans l'établissement de la sanction. La lutte contre la contrefaçon en ligne serait ainsi portée plus particulièrement sur la contrefaçon « commerciale » et non plus sur un simple partage économiquement désintéressé. S'il faut cependant reconnaître que ce dernier, constitue tout de même un acte de contrefaçon, il ne doit pas être ignoré par les autorités mais faire l'objet d'une réelle sensibilisation. Il serait ainsi possible de distinguer trois « contrefacteurs » différents donnant lieu à des champs d'action indépendants : le contrefacteur « ponctuel », où la modification de l'usage passe plus particulièrement par de la sensibilisation, le contrefacteur « habituel », qui peut se voir infliger une amende, et le contrefacteur « malveillant », pouvant se voir infligé des sanctions pénales car tirant profit d'un acte délictuel.

[1301] V. la piste de réflexion menée par la Hadopi, Hadopi, *op. cit.*, p. 90.

2 – De la responsabilité des éditeurs de logiciels

319. Une responsabilité limitée des éditeurs de logiciels utilisés à des fins de contrefaçon. Ne venant pas uniquement encadrer les exceptions en droit d'auteur, la loi DADVSI[1302] est également venue reconnaître un régime de responsabilité pour les éditeurs de logiciels dans le partage d'œuvres illégales. Elle a en effet inséré au sein du Code de la propriété intellectuelle l'article L. 335-2-1 prévoyant une peine de trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende pour *« le fait d'éditer, de mettre à disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelques formes que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisé d'œuvres ou d'objets protégés »* ou *« d'inciter sciemment y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage »* d'un tel logiciel. L'objectif affiché est alors de responsabiliser[1303] les éditeurs de logiciels dans la fourniture d'outils aux internautes. C'est ainsi que la Cour de cassation a considéré qu'un logiciel « *conçu (…) afin de permettre au public d'écouter, au mépris des droits de leurs auteurs et producteurs, des phonogrammes (…) protégés* » entrait dans le champ d'application de l'article L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle[1304] et que le tribunal de grande instance de Paris a condamné un prévenu d'une part, pour la mise à disposition au public d'un logiciel manifestement destiné au téléchargement non autorisé et d'autre part, pour l'incitation au téléchargement illégal sous forme de conseils donnés aux internautes pour installer ledit logiciel[1305]. Toutefois, la difficulté pour condamner les éditeurs et ainsi reconnaître leur responsabilité, réside dans la détermination du caractère illégal du logiciel. Il est ainsi retenu, à cet égard, que la responsabilité des éditeurs de logiciel est engagée à partir de l'instant où ces derniers éditent

---

1302 L. n° 2006-961, 1er août 2006, *op. cit.*

1303 A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique* : Lexis Nexis, 2017, 5ème éd., p. 1017, n° 1298. Pour ces auteurs, livrer un logiciel, même s'il peut s'avérer « dangereux » pour les titulaires de droit est différent d'organiser soi-même une structure permettant l'échange des fichiers. Toutefois, cette affirmation est à nuancer, la loi DADVSI étant venue apporter une solution louable dans la lutte contre la contrefaçon et la reconnaissance de la responsabilité des éditeurs de logiciels.

1304 Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 11-84.224 ; V. également TGI Paris, 3e ch., 3 sept. 2009, où les juges ont reconnu qu'un logiciel avait été créé dans un but manifeste de mettre à disposition, et ce illégalement, des œuvres musicales, A. BONNIER, « La mise à disposition de musique sur Internet peut s'avérer très coûteuse. Retour sur la condamnation record sur site Radioblogclub.fr » : *RLDI* 2009, n° 54, n° 1790, p. 29.

1305 TGI Paris, ch. corr., 12 mai 2015, n° 06194090023.

« *sciemment* » des logiciels « *manifestement* » destinés à un usage illicite[1306]. Il faut alors comprendre que l'éditeur doit avoir conscience que le logiciel édité puisse être utilisé pour l'échange d'œuvres protégées – cependant, et dans le cadre de l'article L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle, la connaissance d'un usage manifestement illicite du logiciel par son éditeur doit être prouvée par les plaignants, elle ne se présume pas[1307] –, mais également que l'échange de ces dernières peut être conséquent[1308] – autrement dit, que le logiciel ait pour fonction première, voire unique, la réalisation de tels actes[1309]. Néanmoins, l'application de l'article L. 335-2-1 n'est pas aisée. En effet, plusieurs situations peuvent se présenter au juge et l'adaptation des éditeurs, voire leur mauvaise foi découlant de la nécessité de prouver l'intention de tels agissements, viennent limiter les sanctions[1310]. Il suffit de constater à cet effet que les tribunaux appliquent l'article L. 335-2-1 cumulativement à l'article L. 335-3 du même code, la sanction de mise à disposition d'un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisé d'œuvres ou d'objets protégés étant facilitée par la constatation de la contrefaçon qui se trouve notamment dans le fait d'éditer un site internet mettant à disposition des œuvres contrefaisantes[1311]. Ainsi, le fait d'éditer un site permettant la reproduction d'œuvres contrefaisantes tout en facilitant leur accès par la mise à disposition d'un logiciel justifie l'application de l'article L. 335-2-1 : *de facto*, les éditeurs de logiciels ont mis « sciemment » à disposition un logiciel « manifestement » destiné à un usage illicite.

Il est alors possible de constater que les tribunaux sanctionnent, par l'application des articles L. 335-3 et L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle, l'ensemble des moyens mis en œuvre permettant la contrefaçon, que ce soit dans la mise à disposition de liens hypertextes rendant possible la reproduction d'œuvres et la mise à disposition d'un logiciel facilitant ladite reproduction. Ces moyens déployés découlent généralement d'une intention mercantile des éditeurs : cela se constate notamment par l'existence de publicités sur les sites permettant leur rémunération,

---

1306 V. notamment Y. GAUBIAC, « La responsabilité des fournisseurs de logiciels dans la diffusion illégale des œuvres et autres prestations protégées » : Comm. com. électr. 2006, étude 34.
1307 Y. GAUBIAC, *op. cit.*, n°13 et s.
1308 G. KESSLER., « Le peer-to-peer dans la loi du 1er août 2006 » : *D.* 2006, p. 2170.
1309 Y. GAUBIAC, *op. cit.*, n°13 et s.
1310 V. également *ibid*, n° 19 et s.
1311 V. TGI PARIS, ch. corr., 12 mai 2015, *op. cit.*, ; V. également TGI PARIS, 3e ch., 3 sept. 2009, *op. cit.*, et Cass. crim 25 sept. 2012, *op. cit.*

mais également et surtout, par l'incitation à reproduire des œuvres de façon illicite. L'application de l'article L. 335-2-1 semble donc se limiter à cette hypothèse : celle d'une volonté de tirer profit de la mise à disposition d'un logiciel permettant la reproduction d'œuvres protégées.

Ce constat pose alors la question de la réelle utilité et efficacité d'un tel article quand l'on s'aperçoit que les personnes visées sont de véritables « contrefacteurs commerciaux », mais également de savoir s'il ne serait pas plus opportun d'établir un régime de responsabilité propre à l'hypothèse d'une recherche de monétisation issue de l'édition d'un logiciel destiné à la mise à disposition d'œuvres protégées[1312]. Si cette démarche peut permettre d'aboutir à l'édition de logiciels libres, dénués de caractère ou d'intérêt commercial, quelle serait alors l'appréhension d'un partage de masse d'œuvres protégées réalisé dans ce but ? Si le caractère commercial doit être visé dans la lutte contre la mise à disposition de logiciel facilitant la reproduction et la mise à disposition d'œuvres protégées, le partage réalisé dans un but purement désintéressé serait alors hors du champ de la sanction et sa reconnaissance aboutirait à l'acception de la licence dite « globale », licence qui n'est pas sans poser de réelles problématiques juridiques et économiques[1313]. Néanmoins, et dans la volonté de lutter contre les « outils » facilitant la contrefaçon et notamment la contrefaçon commerciale, une réécriture de l'article L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle ne serait-elle pas opportune afin d'étendre son champ d'application à l'égard des éditeurs de sites de téléchargement direct et de streaming monétisant leur audience[1314] ?

1312 G. KESSLER., *op. cit.*, p. 2169 ; V. également sur le même sujet, V.-L BENABOU., « À quoi sert l'arrêt Grokster ? » : *Légipresse* n° 224, Septembre 2005.

1313 V. sur l'opportunité d'une telle licence, *infra* n° 323 et s.

1314 V. en ce sens, HADOPI, *Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicite*, par M. IMBERT-QUARETTA., M.-F., MARAIS, févr. 2013, p. 34.

3 – Des « prestataires intermédiaires »

320. **Des plateformes.** Le rôle des plateformes ayant évolué, il est question que leur statut soit défini afin de leur appliquer un régime de responsabilité adapté (α). Cependant, et en parallèle, la législation nationale a évolué en leur imposant une obligation de loyauté envers les utilisateurs afin de les informer sur la détermination des contenus et sur les différents liens commerciaux pouvant exister avec certains utilisateurs (β).

α – De la responsabilité des plateformes

321. **Hébergeurs, éditeurs et plateformes.** Les enjeux liés à l'évolution du rôle joué par les plateformes[1315] ont rapidement fait l'objet de mises en garde de la part des instances de l'État. C'est ainsi qu'en 2011, un rapport du Sénat pointait du doigt l'évolution d'une certaine catégorie d'hébergeurs situés à mi-chemin entre hébergeur et éditeur[1316]. En 2014, le Conseil d'État, dans un rapport, a considéré que les plateformes ne jouent plus uniquement un rôle d'hébergeur mais proposent aux internautes un service de classement et de référencement des contenus stockés. Ces deux rôles joués les placent ainsi sous le statut d'hébergeur mais également sous celui d'éditeur[1317]. Enfin, un rapport du CSPLA est venu critiquer l'application de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique par la Cour de justice de l'Union européenne, estimant que le considérant 42 de ladite directive[1318] ne tend pas à

[1315] V. C. cons., art. L. 111-7, I ; Sont ainsi considérés comme des « plateformes », les moteurs de recherche, les réseaux sociaux, les sites de partages de contenus ou encore les places de marché, les magasins d'application, les agrégateurs de contenus ou les comparateurs de prix, V. notamment CE, *Le numérique et les droits fondamentaux*, 2014, p. 273 ; V. également CNNum, *Ambition numérique, Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, juin 2015, p. 59.

[1316] L. BÉTEILLE, R. YUNG, *La lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007*, févr. 2011 : www.senat.fr.

[1317] CE, *op. cit.,* p. 21.

[1318] « Les dérogations en matière de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission. Cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées », Dir. 2000/31, Cons. 42.

s'appliquer aux hébergeurs ou aux services de référencements[1319]. Il est alors reconnu implicitement que ces services constituent de « *faux hébergeurs* »[1320] ayant de fait un rôle actif dans la création et le contrôle des contenus. Ces différentes prises de position amènent ainsi à débattre de l'effectivité de la transformation du rôle joué par les hébergeurs et surtout de la reconnaissance d'une catégorie juridique propre aux plateformes. En effet, leur rôle hybride – à la fois « actif » et « passif » – leur confère un rôle d'intermédiaire – ou d'« intermédiation »[1321] –, qui se doit d'être appréhendé.

À ce titre, le Sénat considère qu'il apparaît opportun de venir reconnaître une nouvelle catégorie d'opérateurs. Pour ce dernier, en plus des hébergeurs et éditeurs, il est nécessaire de venir reconnaître un statut propre aux « *éditeurs de service* »[1322] afin de leur appliquer un régime de responsabilité à la croisée du régime dévolu aux éditeurs et aux hébergeurs[1323]. De son côté, si le Conseil d'État rejoint le Sénat dans la nécessité de reconnaître un statut propre aux « *prestataires intermédiaires* » ou encore plus simplement, aux « *plateformes* »[1324], ce dernier estime cependant que le régime de responsabilité pourrait être calqué sur celui des hébergeurs, qui tendrait alors à évoluer[1325]. En effet, pour le Conseil d'État, la plateforme se situe véritablement à mi-chemin entre l'hébergeur et l'éditeur : si « *les contenus, biens ou services ne sont pas définis ou fournis par les plateformes, mais par des tiers* », ces dernières « *fournissent des services de référencement et de classement de contenus* »[1326]. Leur rôle « passif » se situe alors dans l'hébergement des contenus créés par les utilisateurs et leur rôle « actif » dans celui de référencement et d'usage de leurs services. Cependant, et toujours selon le Conseil d'État, si l'on vient définir de manière trop large leur régime de responsabilité, le risque encouru serait que ces plateformes pratiquent une censure

---

1319 CSPLA, *Mission articulation des directives 2000/31 et 2001/29, Rapport et propositions*, 2015, p. 4 et s.

1320 *Ibid*., p. 5.

1321 Les plateformes auront ainsi un pouvoir économique et un pouvoir de prescription. Le pouvoir économique va se situer dans la faculté de monétiser l'usage du service tandis que le pouvoir de prescription va se définir, d'une part, par un pouvoir de prescription sur l'expression des internautes (qui définira les contenus pouvant être mis en ligne sur la plateforme) et, d'autre part, par un pouvoir de prescription sur l'accès aux biens et aux services (en classant, grâce à des algorithmes, des biens ou services aux internautes), CE, *op. cit.*, p. 216.

1322 L. BÉTEILLE, R. YUNG, *op. cit.*

1323 *Ibid.*

1324 CE, *op cit.,* p. 272.

1325 CE, *op cit.,* p. 305.

1326 *Ibid*., p. 304.

venant à l'encontre de la liberté d'expression et d'entreprendre[1327]. C'est ainsi que tout comme pour les hébergeurs dans le cadre de l'article 14 de la directive 2000/31/CE, des obligations de surveillances ciblées pourraient être instaurées[1328].

Pour sa part, le rapport du CSPLA milite pour l'instauration de nouveaux textes au sein de la directive 2001/29/CE qui auraient notamment pour effet de s'appliquer à l'ensemble des États membres. Ne souhaitant pas venir apporter une nouvelle définition des hébergeurs, de peur que celle-ci se révèle rapidement obsolète[1329], le rapport préconise la reconnaissance d'une part de la responsabilité de ces derniers dans la réalisation de l'acte de mise à disposition de l'œuvre contrefaisante[1330] : « *le prestataire est dépendant de l'utilisateur qui lui fournit le contenu et l'internaute utilisateur doit avoir recours au service du prestataire qui, par son intervention, donne accès à l'œuvre* »[1331]. Il continue en affirmant que le critère d'accès apparaît essentiel : « *les prestataires concernés permettent au public d'accéder aux contenus protégés* »[1332]. Sans leur intervention, « *le public ne pourrait pas accéder à ces contenus* » : « *l'activité concernée ne peut* [alors] *se résumer à un simple stockage* »[1333]. De par l'imputation aux plateformes de l'acte de mise à disposition, celles-ci n'auraient alors plus de rôle « passif » mais un rôle uniquement « actif » qui ne lui permettrait plus de prétendre au régime de responsabilité limité. Ainsi, et afin d'encadrer juridiquement ces intermédiaires, il est proposé la rédaction d'un article 9 *bis* nouveau au sein de la directive 2001/29/CE. Constitué de trois alinéas, l'article recherche l'inopposabilité de la directive 2000/31/CE aux « *prestataires de services de la société de l'information qui donnent au public accès à des œuvres et/ou à des objets protégés, y compris au moyen d'outils automatisés* »

1327 CE, *op cit.,* p. 304.

1328 Sans tomber sous l'obligation d'une obligation généralisée, CE, *op. cit.*, p. 304.

1329 CSPLA, *Mission articulation des directives 2000/31 et 2001/29, op. cit.,* p. 9.

1330 CSPLA, « La fourniture au public d'un accès à des œuvres et/ou à des objets protégés, laquelle ne se confond pas avec la simple fourniture d'installations visée au considérant 27 de la présente directive, caractérise un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public au sens de l'article 3. Cet acte est accompli, sous sa responsabilité, par le prestataire qui fournit un tel accès. Lorsque l'œuvre ou l'objet protégé est transmis audit prestataire par un utilisateur de ses services afin qu'il en soit donné accès au public, l'acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public est accompli par le prestataire et ledit utilisateur ensemble ; il engage leur responsabilité solidaire », *Mission articulation des directives 2000/31 et 2001/29, ibid.,* p. 10.

1331 CSPLA, *op. cit.,* p. 12.

1332 *Ibid.*

1333 *Ibid.*

tout en voulant leur opposer la directive 2001/29/CE – notamment dans le cadre de la mise à disposition de contenus protégés par le droit d'auteur – et enfin, souhaite l'encadrement de l'autorisation délivrée par les ayants droit[1334]. Sur ce dernier point, il convient de préciser que l'autorisation délivrée par les ayants droit à l'intermédiaire, qui vaut dans sa globalité, ce qui veut dire que la mise à disposition non professionnelle de la part des utilisateurs du contenu autorisé – et donc non commerciale –, n'entraine plus de sanction et ainsi, de retrait. Cette démarche inciterait les intermédiaires à lutter contre la contrefaçon en amont et à instaurer un système de reconnaissance des contenus[1335]. Tel est notamment déjà le cas du « Content ID » de YouTube[1336] permettant aux titulaires de droit, lors de la mise à disposition d'un contenu sur la plateforme de Google, de choisir quel usage peut en être fait par les utilisateurs. Ils ont ainsi la possibilité de bloquer la mise à disposition, de l'autoriser tout en se rémunérant par l'affichage de publicité ou de simplement l'autoriser, sans rémunération. Il convient de préciser que les deux autorisations se font uniquement dans le cadre d'une mise à disposition non commerciale de l'œuvre. Cependant, le Conseil d'État alerte sur les cas de blocage de contenus licites : à ce titre, l'institution propose de venir encadrer ces outils en instaurant une obligation de transparence sur leur mise en œuvre ainsi qu'une limitation des risques de blocages[1337].

Au niveau européen, ces diverses problématiques ont fait l'objet d'une proposition dans le cadre de la révision de la directive sur le droit d'auteur[1338],

---

[1334] « Sans préjudice des articles 12 et 13 de la directive sur le commerce électronique, les prestataires de services de la société de l'information qui donnent au public accès à des œuvres et/ou à des objets protégés, y compris au moyen d'outils automatisés, ne bénéficient pas de la limitation de responsabilité prévue à l'article 14 de ladite directive.
Parce qu'ils mettent en œuvre, seuls ou avec la participation des utilisateurs de leurs services, les droits visés aux articles 2 et 3, ces prestataires sont tenus d'obtenir l'autorisation des titulaires de droits concernés.
Cette autorisation couvre les actes accomplis par les utilisateurs de ces services lorsqu'ils transmettent auxdits prestataires les œuvres et/ou objets protégés afin d'en permettre l'accès visé au premier alinéa, dès lors que ces utilisateurs n'agissent pas à titre professionnel », *Ibid.*, p. 11 ; V. également sur ce point, V. P. SIRINELLI., J.-A. BÉNAZÉRAF., A. BENSAMOUN, « Pour une évolution des textes applicables à certains prestataires de services ? » : *Dalloz IP/IT 2016*, p. 186.

[1335] Ce qui, implicitement, permet la reconnaissance des œuvres « transformatives ».

[1336] « Right manager » sur Facebook.

[1337] CE, *op cit.,* p. 305.

[1338] Un rapport du Parlement européen préconisait de préciser les obligations des intermédiaires, Parlement européen, *Rapport sur les plateformes en ligne et le marché unique numérique*, mai 2017, cons. 29 et s.

adoptée par la suite[1339]. La directive met ainsi en place, en son article 17, diverses mesures visant à encadrer les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne – autrement dit, les plateformes UGC. En ce sens, « *si aucune autorisation n'est accordée, les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne sont responsables des actes non autorisés de communication au public, y compris la mise à la disposition du public, d'œuvres protégées par le droit d'auteur et d'autres objets protégés* », à moins, notamment, qu'ils aient agit « *promptement, dès réception d'une notification suffisamment motivée de la part des titulaires de droits, pour bloquer l'accès aux œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification ou pour les retirer de leurs sites internet, et ont fourni leurs meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur* »[1340]. Le tout « *à la lumière du principe de proportionnalité* »[1341]. L'article poursuit en précisant que cette obligation de fournir les meilleurs efforts afin d'empêcher une nouvelle mise à disposition d'un contenu protégé par le droit d'auteur ne doit donner lieu à « *aucune obligation générale de surveillance* »[1342] – précision ajoutée lors de l'adoption définitive de la directive compte-tenu des nombreux débats relevant de la mise en place, en pratique, d'une telle disposition.

Les discussions ayant entouré la proposition de directive se sont portées sur les intermédiaires destinataires de cet article – à savoir s'il s'agissait plus particulièrement des intermédiaires ayant un rôle actif ou passif et d'exclure, de fait, les services hébergeant du contenu ne donnant pas accès au public – mais également sur la technologie de reconnaissance de contenu et le risque de censure encouru. À ce titre, le député européen A. VOSS précisait que les mesures mises en place ne doivent pas se transformer en surveillance abstraite qui pourrait s'apparenter à une obligation de surveillance généralisée, alors interdite par la jurisprudence européenne. Il proposait ainsi de supprimer la mention explicite aux « *technologies de reconnaissance de contenus* » et de se contenter de mentionner des « *moyens techniques* » pouvant être utilisés pour détecter les contenus illégaux, avant de faire

[1339] Directive (UE) 2019/790 du parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.
[1340] *Ibid.*, art. 17, 4.
[1341] *Ibid.*, art. 17, 5.
[1342] *Ibid.*, art. 17, 8.

marche arrière et de réinscrire, dans sa proposition, la notion de « *moyens techniques* »[1343]. Cette hésitation est le symbole même de l'enjeu situé autour de la mise en place des outils de reconnaissance et de la crainte des abus pouvant en découler. Force est de constater cependant que si certains éléments se trouvent justifiés – notamment dans la mise en place de mesures appropriées et proportionnelles afin d'empêcher la mise à disposition d'œuvres protégées –, la question relative à un statut propre des intermédiaires est absente de la directive. Une occasion gâchée pour une telle reconnaissance ?

Ces différentes prises de position sont intéressantes dans l'étude faite d'une tentative de définition des plateformes et du régime de responsabilité pouvant leur être applicable. Il apparaît ainsi opportun, comme le fait le Sénat et le Conseil d'État, de venir définir un statut propre aux plateformes. En effet, cette reconnaissance permettrait de venir distinguer, dans le texte, les hébergeurs, les éditeurs et les plateformes. Cette distinction permettrait ainsi d'avoir une lecture plus claire des futurs textes afin qu'il ne soit pas fait de confusion entre, par exemple, un prestataire qui a une simple fonction de transport ou de *caching*, d'un prestataire pouvant être appréhendé comme une plateforme. Cette demande semble avoir été entendue par le législateur national, ce dernier étant venu apporter une définition des plateformes dans le cadre de la loi pour une République numérique. Ainsi, « *est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service* »[1344]. Bien que cette définition ne satisfasse pas amplement[1345], le législateur national a pris position en apportant une définition transversale afin de saisir notamment les fonctions d'infomédiation, d'interrelation ainsi que la dimension

[1343] A. VOSS, Proposal for a directive on copyright in the digital market, mars 2018, p. 2.
[1344] L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 49 ; C. cons., art. L. 111-7, I, mod.
[1345] V. notamment L. GRYNBAUM, « Loyauté des plateformes : un champ d'application à redéfinir dans les limites du droit européen. À propos du projet de loi pour une République numérique » : *JCP G 2016*, 456.

écosystémique propre à ces dernières[1346]. S'il se pose encore la question de savoir si cette approche survivra à la refonte du droit d'auteur au niveau européen, il s'agit néanmoins d'un premier pas venant apporter des précisions sur le statut même des « plateformes » permettant ainsi de s'interroger sur un régime de responsabilité qui leur serait applicable. En ce sens, la proposition du rapport du CSPLA semble pertinente. En effet, rendre inopposable la directive 2000/31/CE sur le statut protecteur des hébergeurs permettrait de rendre les plateformes plus actives dans la lutte contre la contrefaçon en ligne et permettrait également de les inciter à prendre des mesures nécessaires à cet effet, comme le font déjà Facebook et YouTube et comme le prévoit la nouvelle directive sur le droit d'auteur en laissant la possibilité aux titulaires de droit de pouvoir valoriser l'usage fait de leurs œuvres par les utilisateurs[1347]. Il pourrait être utile, cependant, comme l'indique le Conseil d'État, que ces outils mis à disposition des ayants droit soient obligatoires dès la mise en ligne des contenus et ce afin de venir limiter au maximum l'apparition de contenus illicites[1348]. Il serait alors indispensable de venir encadrer au mieux ces derniers afin qu'il n'y ait pas de censure ou blocage dans le cadre d'une mise à disposition entrant dans le champ d'une exception au droit d'auteur ou d'une mise à disposition suite à l'obtention d'une licence d'exploitation de la part de l'utilisateur[1349]. Ces évolutions permettraient ainsi une meilleure symbiose dans la lutte contre la contrefaçon en ligne et dans l'usage à titre gratuit des œuvres préexistantes[1350].

[1346] V. J. ROCHFELD, C. ZOLYNSKI, « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? » : *D. IP/IT 2016*, p. 520.

[1347] Sur le fonctionnement de la procédure propre au « Content ID » dans l'hypothèse d'une revendication, v. *ibid*., p. 27.

[1348] Commission européenne, *Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Lutter contre le contenu illicite en ligne, Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne*, 28 sept. 2017, p. 14.

[1349] V. notamment en ce sens CSPLA, CNC, HADOPI, *Rapport de la mission : vers une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage, État de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus*, nov. 2019.

[1350] À ce titre, et dans le cadre d'une consultation lancée par le Conseil national du numérique, la SACD et la SACEM ont mis en avant que la définition actuelle et le régime de responsabilité applicable aux intermédiaires actifs dans le partage de contenus constituent « clairement un maillon faible de la règlementation pour lutter efficacement contre la contrefaçon » ; Il convient également de noter que par une décision du 5 juin 2018, le tribunal de commerce de Vienne (Autriche) a considéré que YouTube n'avait pas de rôle passif dans la mise à disposition de contenus protégés par le droit d'auteur, mais un rôle actif et que, de fait, la plateforme était reconnue coupable de contrefaçon.

β – De l'obligation de loyauté des plateformes

311. **L'obligation de loyauté.** Si le rôle d'intermédiation des plateformes doit amener à réfléchir à l'application d'un régime de responsabilité propre, le Conseil d'État et le CNNum sont également venus mettre en avant la nécessité d'instaurer une obligation de loyauté à l'égard de ces dernières, notamment dans le cadre de leurs relations avec les utilisateurs – qu'ils soient particuliers ou professionnels – et ce, afin de lutter contre les pratiques commerciales déloyales[1351]. Cette « obligation de loyauté » viserait ainsi « *à obliger les acteurs économiques à assurer de bonne foi les services qu'ils proposent sans chercher à les détourner à des fins contradictoires à l'intérêt de leurs utilisateurs* »[1352] et permettrait, selon la Commission européenne, « *de garantir dans l'économie en ligne un environnement équitable, durable et suscitant la confiance* »[1353]. En effet, il est admis que les plateformes s'organisent de telle manière qu'elles restent opaques dans l'utilisation des données collectées auprès de ses usagers – notamment données personnelles –, déterminent elles-mêmes les conditions d'accès au contenu – en ce sens où elles organisent l'accès selon des choix « algorithmiques » non transparents –, limitent l'accès aux plateformes concurrentes ou encore, concurrencent les professionnels utilisant leurs propres services[1354]. C'est en ce sens que le législateur national est venu inscrire à l'article L. 111-7 du Code de la consommation cette obligation de loyauté à l'égard des plateformes. Ainsi, « *tout opérateur de plateforme en ligne est tenu de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur : 1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder ; 2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des*

1351 Cette position se situe dans la lignée de la jurisprudence en la matière, v. notamment, Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-27.729 ; *Propr. ind. 2013*, comm. 18, obs. J. Larrieu, p. 34 ; *RLDI 2013*, n° 89, p. 27, note L. Grynbaum ; *Comm. com. électr. 2013*, comm. 14, obs. G. Loiseau.

1352 CNNum, *op. cit.*, p. 59.

1353 Commission européenne, Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social et au comité des régions sur l'examen à mi-parcours de la mise en œuvre de la stratégie pour le marché unique numérique, mai 2017.

1354 CNNum, *op. cit.*, p. 58 ; CE, *op. cit.*, p. 222.

services proposés ou mis en ligne ; 3° La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels ». Enfin, l'article L. 111-7-2 vient encadrer l'obligation de loyauté sur les avis de consommateurs[1355]. Cette obligation porte ainsi sur le rôle joué par la plateforme dans l'organisation de l'information ainsi que sur ses liens entre les différents acteurs dont elle concentre les informations et offres[1356]. Définie par les textes, l'obligation de loyauté a vu son application être précisée par la publication de trois décrets : les plateformes doivent ainsi préciser, dans une rubrique spécifique, nombre d'informations jugées utiles à leur devoir de loyauté[1357].

Si la consécration législative d'une telle obligation a pu laisser perplexe et faire l'objet de critiques, force est de constater, comme le souligne le professeur C. ZOLYNSKI, qu'elle permet d'assurer aux utilisateurs une meilleure connaissance des obligations mises à la charge des plateformes et de là, de promouvoir les intermédiaires les plus vertueux[1358]. Il convient également de noter que le législateur a recours à la co-régulation afin de diffuser ces bonnes pratiques. C'est ainsi que l'article L. 111-7-1 du Code de la consommation dispose que « *les opérateurs de plateformes en ligne dont l'activité dépasse le seuil de nombre de connexions défini par décret élaborent et diffusent aux consommateurs des bonnes pratiques visant à renforcer les obligations de clarté, de transparence et de loyauté* ». L'article vise les plateformes les plus importantes[1359] en leur imposant d'élaborer et de diffuser ces bonnes pratiques – pouvant alors être évaluées et rendues publiques par l'autorité compétente en la matière, selon le deuxième alinéa du même article –, telles de

---

1355 « Elle précise si ces avis font ou non l'objet d'un contrôle et, si tel est le cas, elle indique les caractéristiques principales du contrôle mis en œuvre ; Elle affiche la date de l'avis et ses éventuelles mises à jour ; Elle indique aux consommateurs dont l'avis en ligne n'a pas été publié les raisons qui justifient son rejet ; Elle met en place une fonctionnalité gratuite qui permet aux responsables des produits ou des services faisant l'objet d'un avis en ligne de lui signaler un doute sur l'authenticité de cet avis, à condition que ce signalement soit motivé ; Un décret, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, fixe les modalités et le contenu de ces informations », C. cons., art. L. 111-7-2.

1356 J. ROCHFELD, C. ZOLYNSKI, *op. cit.*

1357 D. n° 2017-1434, D. n° 2017-1435, D. n° 2017-1436, 5 oct. 2017.

1358 V. notamment, C. ZOLYNSKI, « Loyauté des plateformes. De la réglementation à l'inter-régulation » : Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2017, dossier 16.

1359 Le décret n° 2017-1435 du 5 oct. 2017 étant venu préciser le nombre de connexion qui s'élève alors à « cinq millions de visiteurs uniques par mois, par plateforme, calculé sur la base de la dernière année civile ».

grandes sœurs qui accompagneraient les plus petites afin de leur montrer la voie de la raison. Cependant, et selon le CNNum, la régulation de ces bonnes pratiques peut également passer par la data. Il s'agirait alors de mettre en place une plateforme contributive – sur le même modèle que les agences de notation – qui aurait une première mission de rendre accessible l'ensemble des informations collectées par les observateurs et outils existants et une deuxième mission de signalement de non-respect à l'obligation de loyauté[1360]. Ainsi, et selon les informations recueillies, l'autorité compétente pourrait agir sur la réputation de la plateforme – par la publication d'avis ou l'attribution d'un label – et de là, agir sur les investissements des entrepreneurs. La logique recherchée est alors intéressante : par la mise à disposition d'information sur le respect de cette obligation de loyauté, il est alors recherché d'influencer les utilisateurs à préférer les plateformes respectant cette obligation et ainsi la mise à disposition d'informations nécessaires à son bon fonctionnement, plutôt que les plateformes opaques dont la mise en place des services ne serait pas loyale[1361].

Avec la publication des décrets venant apporter des précisions sur l'application de l'obligation de loyauté, la mesure mise en œuvre par le législateur prend tout son sens dans une volonté de rendre les plateformes plus transparentes à l'égard des utilisateurs. Il faut ainsi espérer que la suite de cette démarche aboutisse à une réelle labellisation ainsi qu'à une régulation par la data. La popularité d'une plateforme passera ainsi nécessairement par le respect de cette obligation de loyauté et permettra ainsi de renverser un tant soit peu, le rapport de force entre les plateformes et les utilisateurs.

[1360] CNNum, *op. cit.*, p. 73 et s.
[1361] Sur la question de la co-régulation et de la régulation par la data, v. C. ZOLYNSKI, *op. cit.*

4 – Des intermédiaires financiers

322. **« Follow the money ».** Dans un dernier temps, et dans une volonté de lutter contre la mise à disposition de contenus illicites, s'il faut admettre que la totalité du contenu d'une plateforme ou d'un site n'est pas en soi illicite, il relève de la bonne foi d'affirmer que certaines pages sont uniquement créées dans un but contrefaisant. Ainsi, le proverbe populaire *« le nerf de la guerre, c'est l'argent »*[1362], tient tout particulièrement à s'appliquer ici : *« ce n'est pas l'architecture des réseaux qu'il faut viser, mais le système nerveux de ceux qui se rendent coupables d'activités illégales sur Internet »*[1363]. En effet, si l'on souhaite que les sites contrefaisants se fassent plus discrets, il apparaît nécessaire de s'attaquer aux différents flux financiers existant afin de les assécher[1364]. Esquissé dans un premier temps par MM. BROCHAND et SIRINELLI dans le cadre de la charte e-commerce[1365], puis repris dans un second temps par C. MANARA, M. IMBERT-QUARETTA et le CSPLA[1366], il est apparu nécessaire d'impliquer les intermédiaires financiers dans la lutte contre la contrefaçon[1367].

S'agissant des intermédiaires de paiement, il a été évoqué, par les auteurs, de procéder dans un premier temps à l'envoi d'une notification, que ce soit de la part des ayants droit ou d'une autorité publique[1368]. La notification serait alors adressée à l'intermédiaire de paiement concerné qui indiquerait ainsi que tel site est massivement utilisé pour de la contrefaçon au droit d'auteur et qu'il utilise notamment ses services de paiement[1369]. Tout comme l'article 6.I.5 de la LCEN donne les éléments devant

---

1362 Proverbe latin. Ce proverbe est cité par Cicéron et a été rendu populaire en France par Rabelais dans Gargantua.

1363 C. MANARA, « Lutte contre les contenus illicites en ligne : frapper au portefeuille ? » : EDHEC, sept. 2012,

1364 V. M. IMBERT-QUARETTA, *Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne*, Rapport à Madame la ministre de la culture et de la communication, mai 2014, p. 5.

1365 V. la Charte Brochand-Sirinelli, 2009 ; V. également A. BENSAMOUN, « Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne » : *D. IP/IT 2016*, p. 182, n° 4.

1366 CSPLA, Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, oct. 2014, p. 70 et s.

1367 HADOPI, *Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicite*, *op. cit.*

1368 *Ibid.*, p. 43 et s.

1369 C. MANARA, *op. cit.*, p. 24 ; HADOPI, *Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicite*, *op. cit.*, p. 43.

être inscrits dans la notification pour qu'elle soit recevable à l'égard des intermédiaires techniques concernant le retrait d'un contenu illicite, C. MANARA propose que la notification contienne des éléments justifiant l'envoi d'une telle notification. Ainsi, cette dernière devra signaler que le site est utilisé pour la réalisation de plusieurs actes de contrefaçon et non dans l'hypothèse où le service du site est utilisé pour des actes de contrefaçon isolés[1370]. Elle devra également signaler que l'éditeur du site utilisant ces services incite les utilisateurs à mettre à disposition des contenus illicites et que ces contenus sont « manifestement » illicites[1371]. Suite à la réception de la notification, et si l'intermédiaire constate que les faits signalés sont avérés, ce dernier pourra suspendre les paiements et les placer sous séquestre[1372]. Toutefois, et afin d'éviter les abus d'une telle procédure à l'égard des éditeurs, il est envisageable que celle-ci soit temporaire, à condition que le titulaire du compte, dans le cas où il n'aurait pas donné sa véritable identité, s'identifie et justifie la légalité de son activité[1373]. Cette proposition, calquée sur la procédure de retrait propre aux intermédiaires techniques, s'avère séduisante dans la volonté de sensibiliser les intermédiaires financiers. En effet, si l'on souhaite agir de manière efficace contre les sites contrefaisants en « frappant » directement aux portefeuilles, il est nécessaire d'envisager une procédure à l'égard de ces intermédiaires de paiement qui se retrouvent, bien trop souvent, dans une situation floue et inconfortable. C'est ainsi qu'en septembre 2015, le ministère de la Culture et le ministère des Finances ont lancé un groupe de travail sur l'élaboration de bonnes pratiques dans les moyens de paiement en ligne pour le respect des droits d'auteur et des droits voisins[1374].

S'agissant des intermédiaires de la publicité, C. MANARA relève que *« le fait que leur activité ne soit juridiquement pas réglementée comme c'est le cas pour les intermédiaires de paiement, crée une difficulté de nature à faire obstacle à la mise en*

1370 C. MANARA, *op. cit.*, p. 24.

1371 *Ibid* ; Il faudrait néanmoins, pour cela, établir un faisceau d'indices permettant de déterminer qu'un site est manifestement illicite.

1372 *Ibid.* ; HADOPI, *Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites*, *op. cit.,* p. 43 et s.

1373 Cela a été légitimement soulevé par C. MANARA, ce dernier indiquant qu'il est peu probable que la véritable identité du contrefacteur soit connue par l'intermédiaire. Ainsi, l'inciter à lever son identité l'obligerait à se justifier mais également faciliterait les actions judiciaires dans le cas où l'activité s'avère manifestement illégale, C. MANARA, *op. cit.*, p. 25.

1374 Rapport 2015-2016 de la Charte de bonnes pratiques dans la publicité pour le respect du droit d'auteur et des droits voisins, p. 3.

place d'un mécanisme de notification »[1375]. De par leur nature plus hétérogène, la solution à envisager doit être simple. En effet, le schéma de la publicité en ligne peut faire jouer plusieurs intermédiaires et ainsi une chaîne contractuelle complexe[1376]. La solution retenue serait alors de conclure une charte qui pourrait instaurer des solutions de vérification de placements d'annonce[1377], mais également la création ou l'harmonisation des données relatives aux acteurs ou aux intermédiaires afin de permettre leur identification. C'est en ce sens qu'a été signée en mai 2015 la Charte des bonnes pratiques dans la publicité pour le respect du droit d'auteur et des droits voisins visant à mettre en œuvre, entre les différents signataires – ayants droit, régies et annonceurs –, « *des recommandations claires et transparentes destinées à empêcher les Sites Contrevenants d'engager toute relation commerciale avec eux* », étant entendu que les sites contrevenants sont des sites « *contrevenant massivement au droit d'auteur et aux droits voisins* »[1378]. Selon le Comité de suivi, les résultats attendus, s'ils sont positifs, ne sont pas suffisants[1379]. En effet, pour ce dernier, « *les sites pirates ont évolué et se sont adaptés en transférant une partie de leur activité vers de nouveaux services qui permettent aux utilisateurs d'héberger des fichiers sur leurs serveurs et de les diffuser en streaming, mais aussi des sites de partage de fichiers. Certains sont enfin des sites « vitrine ou annuaire » qui répertorient des liens de téléchargement ou de streaming. Il convient donc de poursuivre les échanges dans le cadre des Comités, pour appréhender également ce nouveau type de service* »[1380].

Si la lutte contre la contrefaçon s'apparente à un jeu du chat et de la souris, les contrefacteurs s'adaptant aux solutions juridiques envisagées par les ayants droit, force est de constater que cette lutte n'est pas issue de règles imposées mais plus particulièrement de règles recommandées : ce ne sont pas les autorités compétentes qui décident de la marche à suivre mais les principaux acteurs concernés. Si la question de la légitimité et de l'effectivité d'une telle pratique peut se poser, en ce que

---

1375 C. MANARA, *op. cit.,* p. 26.

1376 V. notamment *ibid.,* p. 19 ; M. IMBERT-QUARETTA, *op. cit.*, p. 8.

1377 HADOPI, *Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites*, *op. cit.,* p. 44 ; Comme cela est déjà le cas s'agissant des contrôles en amont ou en aval afin d'éviter, par exemple, qu'une publicité pour bouteille alcoolisée n'apparaisse sur un site à destination de mineurs, *ibid.,* p. 9 ; C. MANARA, *op. cit.,* p. 27.

1378 Charte des bonnes pratiques dans la publicité pour le respect du droit d'auteur et des droits voisins ; Ils étaient, en 2016, une centaine, V. A. BENSAMOUN, *op. cit.*, n° 5.

1379 Rapport 2015-2016, *op. cit.*, p. 4.

1380 *Ibid*., p. 4.

la règle négociée, qui vient encadrer l'adoption de comportements vertueux, est discutée par les professionnels concernés sans véritable transparence, et ce, pour des raisons d'efficacité[1381], il est possible de constater que cette démarche visant à responsabiliser les intermédiaires concernés en les impliquant eux-mêmes dans l'adoption de comportements vertueux ne peut que déboucher sur l'adoption de règles – certes négociées et non imposées – efficaces dans la lutte contre la contrefaçon. En effet, en étant au cœur de la problématique soulevée – à l'inverse du législateur –, ces derniers ont une vision plus technique et pragmatique sur les outils et comportements pouvant être mis en œuvre afin de lutter efficacement contre la contrefaçon. Néanmoins, une attention particulière devra être portée sur la faculté, pour les juges, de venir contrôler ces pratiques *a posteriori* afin de garantir le respect de la loi et ne pas tomber dans une zone « grise » où les signataires de ces chartes se situeraient à la frontière de la loi – par la volonté, de la part de l'État, que ces derniers établissent leurs propres règles – et de la zone de non-droit – en établissant des règles comportementales allant à l'encontre des règles de loi.

§ 2. – Tentative de détermination d'un contour juridique de l'espace non-marchand

323. **Le contour juridique de l'espace non marchand.** Suite à un meilleur encadrement juridique des échanges centralisés tendant à élargir la responsabilité des intermédiaires mais également à reconnaître et adapter les exceptions du droit d'auteur à l'environnement numérique, il apparaît intéressant de tenter de déterminer un contour juridique tendant à la reconnaissance d'un espace non marchand. Il est alors nécessaire, dans une telle optique, non pas de s'arrêter sur la reconnaissance d'une nouvelle exception, comme cela a pu déjà être admis[1382], mais sur la question, d'une part, de l'extension du champ d'application de la théorie de l'épuisement des droits à celui du transfert de biens numériques (A), et d'autre part, de se pencher sur la licence globale, véritable mécanisme de partage non marchand entre internaute (B).

[1381] A. BENSAMOUN, *op. cit.*, n° 8.

[1382] V. notamment en ce sens le rapport Lescure sur l'instauration d'une « rémunération compensatoire », p. 353 ; V. également P. AIGRAIN, *Internet et création* : Inlibroveritas, 2008, p. 45 ; K. MORE, *Les dérogations au droit d'auteur, l'exception de copie privée* : PUR, 2009, p. 125, n°151 et s.

A. – De l'épuisement des droits dans l'environnement numérique

324. **La théorie de l'épuisement des droits.** Découlant de l'article 6 du traité de l'OMPI[1383], l'article 4 de la directive 2001/29/CE dispose que *« les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci »*, avant de venir préciser que *« le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement »*. Ainsi, le droit de distribution, qui permet aux titulaires de droit de maîtriser la distribution des exemplaires de leurs œuvres se voit être limité par la théorie de l'épuisement des droits[1384], théorie selon laquelle le droit de distribution ne peut plus être exercé – est épuisé – après une première vente, un premier usage ou mise en circulation tendant à un transfert de propriété. La théorie de l'épuisement des droits permet ainsi *« de concilier le principe de la libre circulation des marchandises avec la protection de la propriété intellectuelle »*, l'auteur [1385] ne pouvant alors plus s'opposer à son importation au sein de l'Union européenne[1386].

L'article L. 122-3-1 du Code de la propriété intellectuelle, transposant la directive 2001/29/CE, dispose ainsi que *« dès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une œuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite dans les États membres de la Communauté*

[1383] Lequel dispose que « 1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété ; 2) Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit prévu à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre, effectuée avec l'autorisation de l'auteur ».

[1384] C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins* : LexisNexis, 2017, 5ème éd., p. 309, n° 329 ; Il faut également rappeler que le droit de distribution a été progressivement consacré par la directive du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données en son article 5, c), la directive 2001/29/CE et enfin la directive 2009/24/CE en son article 4, c).

[1385] Exercice qui doit être volontaire, P.-Y. GAUTIER, *Propriété Littéraire et artistique* : PUF Droit, 2016, 10ème éd., p. 312, n° 285.

[1386] C. CARON, *op. cit.*, p. 311, n° 329.

européenne et les États parties à l'accord sur l'Espace économique européen ». Il faut néanmoins relever que la transposition conditionne l'épuisement du droit au seul acte de vente, et non aux premiers usages et autres transferts de propriété, comme le dispose la directive 2001/29 : *« lorsque la première vente d'un exemplaire a été autorisée par l'auteur ou le titulaire des droits sur le territoire de l'Union européenne (…), ce dernier ne peut plus ensuite s'opposer aux ventes successives (…) de ce même exemplaire dans ces États »*[1387].

325. **La théorie de l'épuisement des droits et la copie immatérielle.** Selon l'article 4 de la directive 2001/29, l'épuisement du droit de distribution ne joue qu'à la condition de la réalisation de deux conditions : il faut, d'une part, qu'il y ait transfert de propriété – excluant, de fait, les contrats de licence –, et d'autre part, que l'acte de transfert porte sur le support matériel de l'œuvre. Ce principe a même été rappelé par la Cour de justice de l'Union européenne : *« la notion de distribution au public, autrement que par la vente, de l'original d'une œuvre ou d'une copie de celle-ci (…) implique exclusivement un transfert de propriété de cet objet »*[1388]. Est-il néanmoins possible, comme le relève C. CARON, *« de transcender la matérialité de l'exemplaire et d'admettre que l'épuisement puisse découler de la vente d'un bien immatériel »*[1389] ? Cette question mérite d'être posée, dans un environnement où le numérique et ainsi l'immatérialité sont de plus en plus présents, mais également dans le cadre d'une tentative de détermination d'un contour juridique d'un espace de partage non marchand : par la reconnaissance de l'épuisement du droit de distribution

---

[1387] C. CARON, *op. cit.*, p. 311, n° 329 ; V. également A. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 283, n° 273 et s.

[1388] CJCE, 4e ch., 17 avr. 2008, aff. C-456/06, Peek & Cloppenburg c/ Cassina SpA : *Comm. com. électr. 2008*, comm. 87, note C. Caron ; Plus récemment, le Cour a adopté une notion pus large : en effet, elle a estimé qu'il pouvait y avoir atteinte au droit de distribution par la simple mise en vente d'œuvres protégées ou de copies de ces dernières en adressant une publicité incitant les consommateurs à acquérir les reproductions, CJUE, 4e ch., 13 mai 2015, aff. C-516/2013, Dimensione Direct Sales et Labianca c/ Knoll International SpA : *Comm. com. électr. 2015*, comm. 56, note C. Caron ; *LEPI juill. 2015*, p. 2, A. Lebois.

[1389] CJUE, grde ch., 3 juill. 2012, aff. C-128/11, UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp. : *Comm. com. électr. 2012*, comm. 106, note C. Caron ; *RIDA* juill. 2012, p. 231 et p. 347, obs. P. Sirinelli ; *D. 2012*, p. 2101, obs. J. Huet et p. 2142, note A. Mencloza-Caminade ; *A&M 2012/6*, p. 556, note B. Michaux ; *Propr. intell.* 2012, n° 44, p. 333, obs. A. Lucas ; *Europe 2012*, comm. 345, obs. L. Idot ; *RLDI* août-sept. 2012, n° 2844, obs. A. Lefèvre ; *RLDI oct. 2012*, n° 2887, obs. S. Leriche et J. Ruelle ; *RLDI oct. 2013*, n° 3211, obs. M. Razavia et S. André ; *RTD com*. 2012, p. 542, obs. F. Pollaud-Dulian.

aux œuvres en ligne, la première pierre de l'édifice de l'espace non marchand pourra alors être posée.

Et cette question, la Cour de justice a eu à y répondre dans une affaire où il était question de savoir si le transfert d'un programme d'ordinateur – un programme étant par définition immatériel – autorisé par le titulaire de droit épuise le droit de distribution [1390]. La Cour répond alors par l'affirmative, considérant que le téléchargement *« emportant la revente d'une copie d'un programme d'ordinateur téléchargée à partir du site Internet du titulaire du droit d'auteur »* permet à l'acquéreur de se prévaloir de l'épuisement du droit de distribution[1391]. En effet, et en adoptant une lecture large de l'article 4 de la directive 2009/24/CE sur la protection juridique des programmes d'ordinateur, la Cour retient que *« le mode de transmission en ligne est l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel »*[1392]. Dans une autre affaire, il était question de savoir si l'acquéreur de la copie d'un programme d'ordinateur d'occasion, enregistré sur un support physique qui n'était pas d'origine – le support d'origine étant endommagé –, pouvait se prévaloir de l'épuisement du droit de distribution dans le cadre de la revente dudit programme[1393]. Dans un premier temps, la Cour se pose la question de savoir si l'acquéreur légitime de la copie d'un programme d'ordinateur peut la revendre alors qu'elle a déjà fait l'objet d'une vente par le titulaire de droits dans l'Union européenne. À cela, elle affirme que « *la première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans l'Union, par le titulaire du droit ou avec le consentement de celui-ci, épuise le droit de distribution de cette copie dans l'Union* »[1394]. Dans un second temps, la Cour s'intéresse de savoir si la copie de sauvegarde peut, elle, faire l'objet d'une revente et ainsi bénéficier de l'épuisement du droit de distribution. Elle affirme alors, tout comme le prévoit

---

[1390] CJUE, grde ch., 3 juill. 2012, aff. C-128/11, UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp. : *Comm. com. électr. 2012*, comm. 106, note C. Caron ; *RIDA* juill. 2012, p. 231 et p. 347, obs. P. Sirinelli ; *D. 2012*, p. 2101, obs. J. Huet et p. 2142, note A. Mencloza-Caminade ; *A&M 2012/6*, p. 556, note B. Michaux ; *Propr. intell.* 2012, n° 44, p. 333, obs. A. Lucas ; *Europe 2012*, comm. 345, obs. L. Idot ; *RLDI* août-sept. 2012, n° 2844, obs. A. Lefèvre ; *RLDI oct. 2012*, n° 2887, obs. S. Leriche et J. Ruelle ; *RLDI oct. 2013*, n° 3211, obs. M. Razavia et S. André ; *RTD com*. 2012, p. 542, obs. F. Pollaud-Dulian.

[1391] *Ibid.*

[1392] *Ibid.*, pt. 61.

[1393] CJUE, 3e ch., 12 oct. 2016, aff. C-166/15, Ranks et al. c/ Microsoft corp. et al. : *Comm. com. électr. 2016*, comm. 99, C. Caron ; *RTD com. 2017*, p. 83, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. Intell. 2017*, n° 62, p. 17, A. Lucas.

[1394] CJUE, 3e ch., 12 oct. 2016, *op. cit.*, pt. 26.

l'article 5 de la directive 2009/24/CE, que la « *copie de sauvegarde d'un programme d'ordinateur ne peut être réalisée et utilisée que pour répondre aux seuls besoins de la personne en droit d'utiliser ce programme* », mais que « *cette personne ne saurait, quand bien même elle aurait endommagé, détruit ou encore égaré le support physique d'origine de ce programme, utiliser cette copie aux fins de la revente dudit programme d'occasion à une tierce personne* »[1395]. Si, dans un premier temps, la Cour reconnaît la possibilité à l'acquéreur légitime d'un programme d'ordinateur de pouvoir revendre celui-ci et ainsi bénéficier de l'épuisement du droit de distribution pour une copie immatérielle – « *le terme de « vente » visé par ladite disposition, qui doit être interprété largement, englobe toutes les formes de commercialisation de la copie d'un programme d'ordinateur qui se caractérisent par l'octroi d'un droit d'usage de cette copie, pour une durée illimitée, moyennant le paiement d'un prix destiné à permettre au titulaire du droit d'auteur sur ledit programme d'obtenir une rémunération correspondant à la valeur économique de ladite copie* »[1396] –, dès lors que la licence d'utilisation le lui permet, elle met cependant son veto sur la vente de la copie de sauvegarde, estimant que celle-ci ne peut être uniquement réalisée que pour répondre aux besoins de la personne en droit d'utiliser ce programme.

La ligne de conduite de la Cour est alors limpide : qu'ils s'agissent de copies matérielles ou immatérielles, et à partir du moment où l'acquéreur a acquis légitimement le logiciel, mais également lorsque la licence d'utilisation le permet, le droit de distribution est épuisé et la copie originale du logiciel peut être revendue. Cependant, la première décision – Usedsoft –, surprenante et même qualifiée d'« *audacieuse* »[1397], a donné lieu à de nombreux commentaires de la part de la doctrine qui a soulevé un manque de rigueur dans l'analyse juridique de la Cour[1398], notamment sur la question de reconnaissance de l'existence d'un transfert de propriété dans l'acte de téléchargement : *« autant la vente d'un exemplaire dessaisit forcément le vendeur ; autant cela n'est pas le cas en présence de la vente d'un bien immatériel qui peut se dupliquer à l'infini ! »*[1399]. Force est de constater que ces critiques n'ont pas influencé la Cour, réitérant sa prise de position dans la seconde affaire – Ranks – :

1395 CJUE, 3e ch., 12 oct. 2016, *op. cit.*, pt. 43.
1396 *Ibid.*, pt. 28.
1397 CJUE, grde ch., 3 juill. 2012, op. cit. : *Propr. intell.* 2012, n° 44, p. 335, obs. A. Lucas.
1398 V. C. ZOLYNSKI, « L'épuisement en ligne » : *Propr. intell.* 2015, n° 55, p. 135.
1399 CJUE, grde ch., 3 juill. 2012, *op. cit.* : *Comm. com. électr. 2012*, comm. 106, note C. Caron.

elle retient ainsi une conception originale de la notion de « vente » en matière de logiciels informatiques en considérant qu'elle doit s'appliquer à toutes les formes de commercialisation qui se caractérisent par l'octroi d'un droit d'usage – allant même jusqu'à considérer que le téléchargement est l'équivalent fonctionnel de la remise du support[1400] – et refuse ainsi d'opérer une distinction entre les copies matérielles et immatérielles.

326. La théorie de l'épuisement des droits confrontés aux œuvres en ligne autres que les logiciels informatiques. Si les solutions explicitées précédemment concernent les logiciels informatiques – ainsi que leurs spécificités juridiques –, est-il possible de retenir l'épuisement du droit de distribution en ligne pour des œuvres musicales, littéraires ou audiovisuelles ? Il est alors tentant, en suivant la position de la Cour pour les logiciels, de réaliser une analogie de l'épuisement du droit de distribution en ligne pour les œuvres autres que les logiciels informatiques, que ce soit tant sur un plan économique que juridique.

À cette fin, la Cour de justice apporte un premier élément de réponse. Dans une affaire où il était question de l'épuisement du droit de distribution pour la vente de toile où était réalisée la technique dite de « l'entoilage »[1401], la Cour a affirmé que « *l'épuisement du droit de distribution s'applique à l'objet tangible dans lequel une œuvre protégée ou sa copie est incorporée si celui-ci a été mis sur le marché avec le consentement du titulaire du droit d'auteur* »[1402]. Par cette décision, la Cour applique une vision traditionnelle de l'épuisement du droit de destination pour les œuvres : l'épuisement du droit de distribution s'applique au support de l'œuvre auquel elle est incorporée, et non à l'œuvre elle-même[1403]. Cette position rejoint la directive 2001/29/CE et ses considérants 28 et 29, le dernier précisant que « *la question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas (…) de services en ligne. (…) Tout*

1400 CJUE, grde ch., 3 juill. 2012, *op. cit.,* pt. 61.

1401 Technique par laquelle l'encre d'une affiche est extraite du support papier et transférée sur une toile.

1402 CJUE, 22 janv. 2015, aff. C-419/13, Art & AllPosters International BV : *Comm. com. électr. 2015*, comm. 18, obs. C. Caron ; *LEPI mars 2015*, p. 1, nos obs. ; *D. 2015*, p. 776, note C. Maréchal.

1403 V. dans le même sens, et pour une comparaison avec une décision outre-Atlantique, United States District Court, Southern District of New York, Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 30 mars 2013, n° 12 Civ. 95 (RJS) : Propr. intell. juill. 2013, p. 308, obs. A. Lucas ; RLDI janv. 2014, n° 3306, obs. T. Beaugrand et J.-B. Belin, dans laquelle l'État de New-York a réfusé l'épuisement du droit de destination dans le cadre de revente de fichiers musicaux.

service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi ». Ainsi, dans l'hypothèse d'un service en ligne – téléchargement par exemple –, et à chaque fois que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose – pour, par exemple, les actes d'exploitation soumis à autorisation des titulaires de droits –, le droit de distribution ne s'épuise pas. Néanmoins, est-il possible de réaliser la même analogie sur l'acte de vente, perçu alors, en matière de logiciels par la Cour, comme englobant toute forme de commercialisation ? Sur le fond, la réflexion et la volonté d'englober l'acte de vente à toute forme de commercialisation semble compréhensible : autant l'on peut vendre un support où est présent un programme ou une œuvre, autant l'on peut également vendre, dans un univers dématérialisé, l'œuvre ou le logiciel sous forme de fichier numérique et donc, sans support. Au final, ce que l'on achète, dans le cadre d'un bien immatériel, ce n'est pas le support, mais « le droit d'user » du bien. Cependant, en termes de droits exclusifs, que la vente soit physique ou matérielle, l'approche juridique est différente. Ainsi, dans le cadre d'une vente physique, l'œuvre sera reproduite sur un support – le droit de reproduction aura été préalablement obtenu – et la vente de ce dernier entraînera l'épuisement du droit de distribution. Lors de la revente, il n'y aura pas de reproduction de l'œuvre : la revente comprend le support sur lequel l'œuvre est incorporée. Dans le cadre d'une vente numérique, il n'y a, bien évidemment, aucun support : la revente de l'œuvre sera le fruit d'une nouvelle reproduction. Or, pour réaliser une nouvelle reproduction en dehors du champ des exceptions, il est nécessaire d'obtenir l'accord des titulaires de droits. Néanmoins, s'il est possible d'accepter qu'il puisse y avoir transfert de fichier sans reproduction – comme dans le cadre de la vente d'un support physique –, comment alors contrôler que le fichier primaire, issu du premier achat en ligne, a bien été supprimé et n'a pas fait l'objet de copie de la part de son acquéreur ? Cela impliquerait alors de mettre en place des mesures techniques de protection qui risqueraient d'être attentatoires à la vie privée[1404] et qui cloisonneraient le marché des biens culturels[1405]. Enfin, dans le cadre de la mise en place d'un espace de partage non marchand – et donc d'accès gratuit aux œuvres –, il ne faut également pas oublier que le principe est la mise en partage

[1404] C. ZOLYNSKI, *op. cit.*, p. 137.
[1405] *Ibid.*, p. 138.

n'impliquant pas de transfert de propriété mais la réalisation de copie non marchande, c'est-à-dire, ne générant pas de revenus à l'égard de la personne mettant à disposition ladite copie. Il en découlerait alors une reconnaissance extrêmement large de l'épuisement du droit de distribution aux œuvres en ligne qui serait trop intrusive pour les droits exclusifs, créant de fait un véritable abandon de la maîtrise de la distribution de l'œuvre de la part des ayants droit – est-il néanmoins encore possible d'affirmer qu'il y a encore contrôle des ayants droit après une première distribution ? Si, juridiquement, des évolutions peuvent être envisageables, notamment dans le cadre de la révision de la directive 2001/29/CE, apparaissant nécessaire de trouver un juste équilibre entre exercice des droits exclusifs et distribution, des incertitudes persistent sur le plan économique.

En ce sens, C. ZOLYNSKI relève que la reconnaissance de l'épuisement du droit de distribution en ligne reviendrait à affaiblir les titulaires de droits : « *dans la mesure où les exemplaires d'occasion auraient alors la même valeur que les exemplaires neufs puisque, par nature, les biens dématérialisés ne se dégradent pas avec leur usage (…), le marché aval risquerait de venir cannibaliser le marché amont sans que la répartition de la valeur n'opère son rôle de régulateur naturel ; les deux marchés deviendraient comme « fongibles »* »[1406]. Il y aurait alors un réel déséquilibre dans la distribution de biens culturels entre le marché « du neuf », et celui « de l'occasion ». Cependant, et afin d'empêcher un tel affaiblissement, l'auteur soumet l'idée d'un système s'appuyant sur une taxe, sur un système de rémunération équitable ou encore sur un mécanisme de préservation de marché similaire à la chronologie des médias[1407]. S'agissant de la dernière proposition, force est de constater que les mécanismes de préservation de marché sont de plus en plus décriés, notamment dans la lutte contre la contrefaçon de biens culturels en ligne : en imposant une mise à disposition au public étalée dans le temps, le principe de l'immédiateté disparaît, incitant les consommateurs à rechercher une consommation immédiate et alors illégale. Il serait intéressant d'imaginer, par exemple, un équivalent du droit de suite afin de permettre une rémunération aux titulaires de droits lors de chaque revente, d'autant plus qu'il apparaît possible, avec l'apparition de la

[1406] C. ZOLYNSKI, *op. cit.,* p. 137.
[1407] *Ibid.,* p. 138.

« *blockchain* »[1408], d'assurer un meilleur suivi des échanges de fichiers. Peut-être serait-il également concevable, dans le cadre des « *smartcontracts* », d'imaginer la mise en place d'un mécanisme supprimant le fichier du cédant lors de la vente au nouveau bénéficiaire ?

La question de l'épuisement du droit de distribution pour les œuvres en ligne réserve encore des incertitudes, que ce soit sur le plan juridique – comment concilier épuisement en ligne et droits exclusifs ? – mais également sur le plan économique – comment garantir qu'il n'y ait pas un nouvel affaiblissement des titulaires de droit dans un environnement économiquement fragile à leur égard ?

B. – De la licence globale

327. **De la licence globale.** L'idée d'une licence globale[1409] – autrement appelée « mécénat global » ou « contribution créative » [1410] – encadrant les échanges désintéressés réalisés sur les réseaux *peer-to-peer* a émané des débats préalables du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, projet de loi transposant en droit français la directive 2001/29/CE devenue par la suite la loi DADVSI promulguée en 2006. L'objectif de la licence globale est de juridiquement mettre fin aux pratiques de téléchargement illégal en permettant aux internautes de verser une somme mensuelle et forfaitaire destinée à rémunérer les titulaires de droit pour l'échange de leurs œuvres sur les réseaux décentralisés. Il s'agit alors, pour C. PAUL, *« non pas de légitimer la gratuité de l'accès à ces œuvres sur Internet mais de légaliser des pratiques qui se sont progressivement généralisées dans la société »*[1411], cette légalisation apparaissant même comme *« inéluctable »*[1412]. Si différentes associations estiment qu'il serait judicieux d'instaurer un accès légal aux œuvres en contrepartie d'une licence

[1408] V. notamment sur la *blockchain* et la propriété littéraire et artistique, CSPLA, *Rapport de la mission sur l'état des lieux de la blockchain et ses effets potentiels pour la propriété littéraire et artistique*, janv. 2018.

[1409] Le principe de la mise en place d'une licence globale a été l'œuvre de l'Alliance Public-Artistes regroupant des sociétés de gestion collective et d'associations, v. en ce sens, CSPLA, *Commission spécialisée portant sur la distribution des œuvres en ligne*, *op. cit.*, p.4.

[1410] BENHAMOU, J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright* : La Découverte, coll. Repères, 2014, p. 75.

[1411] C. CARON cité par E. DERIEUX., A. GRANCHET., *op. cit.,* p. 98, n° 223.

[1412] P. OGOUZ et B. ORY-LAVOLLÉE, cités par E. DERIEUX., A. GRANCHET, p. 99, n° 227.

globale[1413], l'hypothèse de l'instauration d'une telle licence a donné lieu à de vives critiques, que ce soit de la part des politiques ou des acteurs culturels[1414]. Et cela est compréhensible, tant la question de l'instauration d'une telle licence soulève des problématiques complexes, tant au niveau juridique qu'au niveau économique.

328. **Détermination de la notion de « partage ».** La notion de « partage » permet de définir quels types d'échanges peuvent être compris dans la licence globale et ainsi dans l'espace non marchand. Pour cela, un élément de réponse peut être trouvé dans les travaux engagés sur la rémunération proportionnelle du partage de l'Hadopi en 2014[1415]. Selon ces derniers, la réalisation d'un espace de partage non marchand et désintéressé doit passer par un réseau décentralisé – *peer-to-peer* – échappant à toutes possibilités de contrôle de la part d'un intermédiaire. Les réseaux centralisés – réseaux sociaux, téléchargement direct – sont alors écartés du partage car il est considéré qu'ils peuvent consolider les oligopoles et monopoles, principes économiques allant à l'encontre même des fondements de l'Internet[1416].

Il est alors retenu que le « partage » doit être entendu comme « *tout acte par lequel une personne physique reproduit, représente ou communique au public sur un réseau de communications électroniques un objet protégé par un droit d'auteur et/ou un droit voisin, sans l'autorisation des titulaires desdits droits et sans avoir l'intention de réaliser un gain financier* »[1417]. La définition ne prend pas le soin de déterminer que ces échanges doivent obligatoirement être réalisés dans un réseau décentralisé : il apparaît en effet nécessaire, d'un point de vue pratique, d'insérer dans ces échanges décentralisés un intermédiaire permettant la mise en relation des internautes. Cependant, et afin d'éviter que ces derniers soient inclus dans la notion de partage, il est retenu que seule « *une personne physique* » peut être initiatrice du partage. Enfin, la définition termine sur le fait que la personne mettant en partage une

---

1413 Rapport Thiollière, *op. cit.*, p. 44.

1414 V. A. HIDALGO, C. GIRARD, « Coup dur pour la création » : Le Monde, 27 déc. 2005 ; V. F. DREYFUS, J. ROCHER, « De bonnes raisons de refuser la licence globale » : Le Figaro, 18 janv. 2006.

1415 Hadopi, *Travaux engagés sur la rémunération proportionnelle du partage, Rapport intermédiaire*, juin 2014.

1416 *Ibid.*, p. 7.

1417 Hadopi, *Travaux engagés sur la rémunération proportionnelle du partage, Rapport intermédiaire, op. cit.*, p. 21.

œuvre protégée par le droit d'auteur ne doit pas *« avoir l'intention de réaliser un gain financier »*. Sont alors exclues les mises à disposition en contrepartie de rémunération ou les mises à disposition gratuite rémunérées indirectement – par de la publicité. Cependant, si les termes sont clairs pour les personnes physiques, *quid* de l'intermédiaire ? Cela s'explique par le fait que l'Hadopi a retenu, dans sa conception de l'espace non marchand, l'hypothèse de la mise en place d'une rémunération proportionnelle du partage, rémunération due par le service mettant en relation les internautes. Ainsi, lorsque le service débiteur de la rémunération établirait un modèle économique lucratif autour du partage, il serait redevable de ladite rémunération. En l'absence de service lucratif, il en serait exonéré. Cependant, comment assurer alors que les services redevables de la rémunération proportionnelle soient assez nombreux afin d'assurer un minimum de rémunération ? *Quid* si les services non lucratifs, alors exonérés de la rémunération proportionnelle, apparaissent plus nombreux que les services lucratifs ?

S'il demeure des interrogations quant à l'organisation de l'espace non marchand retenu par l'Hadopi, la notion de partage est, elle, pertinente : il est en effet nécessaire, dans une volonté de déterminer les contours d'un espace non marchand, de retenir que seules les personnes physiques peuvent partager une œuvre protégée par le droit d'auteur sur un réseau de communication électronique à condition de ne pas réaliser de gain financier. Si cette première étape permet de délimiter le champ de la notion du « partage », il est maintenant nécessaire de vérifier si, à l'aune du droit d'auteur, l'instauration d'un tel espace est possible.

329. L'approche juridique de la « licence globale ». Il est admis que *« retirer aux auteurs l'arme du droit exclusif pour la remplacer, en fait, par un droit à rémunération déconnecté des utilisations effectives des œuvres »* viendrait *« miner le fondement même du droit d'auteur »*[1418] d'autant plus que le système de licence légale déjà existant grignote « *constamment les monopoles, à tel point que, à terme, les appellations de propriété intellectuelle (…) seraient trompeuses* »[1419]. Il est notamment fait référence à la licence légale prévue par l'article L. 214-1 du Code de

[1418] A. LUCAS., H.-J. LUCAS., A. LUCAS-SCHLOETTER., *Traité de propriété intellectuelle* : Lexis Nexis 2012, 4ème éd., p. 291, n° 308.
[1419] C. CARON cité par E. DERIEUX., A. GRANCHET., *op. cit.,* p. 101, n° 231.

la propriété intellectuelle. Ce dernier dispose que les artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes ne peuvent s'opposer, après une première publication à des fins de commerce, à la communication d'un phonogramme *« dans un lieu public, dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle »*, ou encore *« à sa radiodiffusion et à sa câblodistribution simultanée et intégrale, ainsi qu'à sa reproduction strictement réservée à ces fins, effectuée par ou pour le compte d'entreprises de communication audiovisuelle en vue de sonoriser leurs programmes propres diffusés sur leur antenne ainsi que sur celles des entreprises de communication audiovisuelle qui acquittent la rémunération équitable »*. Cet épuisement des droits exclusifs donne alors lieu à une contrepartie sous forme de rémunération équitable reversée à parts égales entre artistes-interprètes et producteurs[1420]. Il convient de rappeler que ce mécanisme a été voulu par les auteurs de la Convention de Rome de 1961 afin d'établir un équilibre entre les intérêts des titulaires de droits voisins, artistes interprètes et producteurs de phonogrammes, et ceux des diffuseurs. Le principe de la licence globale étant de permettre aux internautes d'échanger des œuvres en contrepartie du paiement d'un prix, apparaît-il alors judicieux, d'un point de vue juridique, d'instaurer une licence globale qui serait calquée sur le principe de la licence légale ?

Cela impliquerait, dans un premier temps, de déterminer le champ d'application de la licence globale. Ainsi, il serait possible d'envisager qu'à partir de l'instant où l'œuvre a déjà fait l'objet d'une première publication à des fins de commerce, les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins ne peuvent s'opposer à son partage sur un réseau de communication électronique de la part des internautes, personnes physiques, à condition que ces derniers n'aient pas l'intention de réaliser un gain financier.

Dans un second temps, cela impliquerait d'avoir une nouvelle approche de l'épuisement du droit de distribution. Or, comme il a été vu précédemment[1421], cela semble compromis : d'une part, la Cour de justice a déclaré que l'épuisement du droit de distribution ne s'applique qu'au support de l'œuvre et non à l'œuvre elle-même[1422], et d'autre part, il est admis qu'une telle approche apporterait une réelle modification

---

1420 CPI, art. L. 214-1 al. 6 ; Le Conseil Constitutionnel ayant admis que les web radios pourront bénéficier de la licence légale, v. Cons. const., 4 août 2017, n° 2017-649 : *Comm. com. électr. 2017*, comm. 86, C. Caron.

1421 V. *supra* n° 323 et s.

1422 CJUE, 22 janv. 2015, *op. cit.*

du droit d'auteur en abandonnant le principe des droits exclusifs permettant à l'auteur de contrôler l'exploitation de son œuvre. Cette approche est notamment consolidée par l'affaire GS Média[1423] dans laquelle la Cour a déclaré que la mise à disposition d'un lien hypertexte dirigeant vers des œuvres librement disponibles, mais qui n'ont pas requis l'autorisation des ayants droit, est illicite. Ainsi, en l'absence d'une conception large de l'épuisement du droit de distribution, la mise à disposition d'une œuvre sans autorisation du titulaire de droit s'apparente à un acte de contrefaçon. Cependant, entre en jeu la notion de partage lucratif et non lucratif, notion pour le moins intéressante dans la conception d'un espace de partage non marchand. Ainsi, pour la Cour, si le partage d'un lien hypertexte renvoyant vers un contenu protégé et public sans autorisation des ayants droit est réalisé par un particulier dans un but non lucratif, il n'y a pas acte de communication au public si celui-ci ne sait pas que l'œuvre ciblée a été mise à disposition sans l'autorisation du titulaire de droit[1424]. De là, il est alors possible d'affirmer, de manière assez large, que le partage d'une œuvre par un internaute dans un espace non marchand en cas de méconnaissance de son caractère illicite, est possible. Cette présomption est compréhensible quand il est admis qu'il est possible de partager librement une œuvre tombée dans le domaine public ou une œuvre sous licence libre. Néanmoins, il ne faut pas être dupe : la majorité des internautes cherchent à consommer des œuvres protégées par le droit d'auteur – films, musiques, livres… – et faisant l'objet d'une exploitation commerciale. Ainsi, la mise à disposition gratuite d'une œuvre par un internaute – et non par un service qui peut mettre légalement et gratuitement des œuvres à disposition – semble, *a priori*, illégale, car non autorisée par les ayants droit – il est difficile d'imaginer que des titulaires de droit autorisent un internaute à partager une œuvre protégée. Afin d'établir un espace non marchand, la question de l'épuisement des droits de distribution des œuvres en ligne apparaît comme primordiale. Sans une conception large et la résolution des problématiques soulevées par une telle approche, la mise en place d'un espace non marchand semble compromise.

Enfin, il apparaît nécessaire de déterminer qui seront les intermédiaires permettant les échanges de fichiers. S'il était, dès le départ, admis que la somme

[1423] CJUE, 8 sept. 2016, *op. cit.*
[1424] *Ibid.*, pt. 47.

perçue au titre de la licence globale serait versée aux FAI, les travaux de l'Hadopi, dans le cadre de la rémunération proportionnelle de partage, les écarte. La raison évoquée est que leur modèle économique ne repose pas ou ne poursuit pas comme objectif le partage des œuvres entre individus[1425]. En effet, et afin d'assurer un meilleur « contrôle » de ces échanges, il est judicieux d'écarter ces acteurs de l'espace non marchand. En leur attribuant le soin de percevoir la rémunération due au titre de la licence globale ou rémunération proportionnelle, cela impliquerait que l'ensemble des échanges réalisés par les internautes au sein de la sphère Internet serait légalisé. Or, resserrer l'étau autour des intermédiaires dont l'objet repose uniquement sur le partage des œuvres permet d'assurer un meilleur suivi de ces échanges. En ce sens, la solution proposée par l'Hadopi est intéressante, d'autant plus que l'évolution législative nationale a instauré une obligation de loyauté à l'égard des plateformes. Dans ce cadre, il pourrait être envisagé d'imposer aux intermédiaires une véritable obligation de transparence quant à leur activité et à leur modèle économique, que ce dernier repose sur un système de rémunération direct – droit d'entrée, service subsidiaire – ou indirect – publicité. Cependant, comme cela est admis et a été avancé précédemment[1426], le modèle économique fondé sur la gratuité d'accès rémunéré indirectement par la publicité n'est pas pérenne dans l'accès numérique aux contenus culturels. Cela s'explique, d'une part, par le fait que l'économie d'Internet apporte de plus faibles revenus par rapport à l'environnement physique – même si pour certaines industries, comme la musique, un regain de forme est constaté –, et d'autre part, par le fait que la rémunération issue de l'usage à titre gratuit ne permettrait pas de financer la production culturelle. Ainsi, le modèle économique semblant pérenne repose sur le modèle de l'abonnement ou du paiement d'un droit d'accès aux œuvres. Dans une telle perspective, l'utopie d'un accès gratuit et illimité aux œuvres ne semble pas réalisable.

330. L'approche économique de la « licence globale » : de l'impossibilité d'accéder gratuitement aux œuvres. La question du préjudice économique a été soulevée à maintes reprises et constitue l'un des arguments principaux des opposants

[1425] Hadopi, *Travaux engagés sur la rémunération proportionnelle du partage, Rapport intermédiaire*, *op. cit.*, p. 27.
[1426] V. *supra* n° 288.

à la licence globale. Il a ainsi été mis en avant que voir cohabiter « licence globale » et « offres légales » reviendrait à offrir *« aux industries culturelles un revenu certes garanti mais également plafonné, et rendrait impossible la création de valeur par le développement d'offres culturelles innovantes »*[1427]. Or, certains économistes ont démontré la viabilité d'un tel système : *« tablant sur une disposition à payer voisine de sept euros par mois, confirmée par des enquêtes récentes, le calcul indique que (…) un taux de 32% d'internautes contributeurs à la licence globale suffirait à rétribuer les auteurs-compositeurs ainsi que les artistes-interprètes »*[1428]. Néanmoins, cette étude ne prend en compte que l'élargissement du champ d'application de la licence légale pour les phonogrammes, rétribuant alors artistes-interprètes, producteurs, auteurs et éditeurs. *« Si elle devait concerner l'ensemble des contenus culturels protégés par le droit d'auteur, la contribution créative devrait être d'un montant très élevé. (…) Le montant de 5€ par mois et par foyer, avancé dans certaines propositions, ne suffirait même pas à compenser l'intégralité du chiffre d'affaires de la musique enregistrée et à la vidéo, qui s'élevait en 2012 à un peu plus de 2 milliards d'euros (ventes physiques et numériques confondues). En incluant le livre (dont la transition numérique sera probablement plus lente et partielle), le jeu vidéo, la presse et la photographie, on aboutirait à des sommes largement supérieures, de l'ordre de 20 à 40 € par mois »*[1429]. Toutefois, d'autres admettent que la licence globale, avec des tarifs allant de 2 à 7 euros par mois, pourrait financer le téléchargement des fichiers audio, vidéo et des jeux vidéo, d'autant plus que si le partage de fichier par le *peer-to-peer* devient légal, le calcul de la contribution pour copie privée pourrait y être intégré, ce qui s'avèrerait, par conséquent, très rémunérateur[1430].

Cette démonstration économique de la faisabilité de la licence globale rappelle une nouvelle fois la nécessité d'imposer un paiement garantissant une rémunération pour les ayants droit : il en va de la survie de l'industrie culturelle de lui assurer des revenus. Cependant, il est ici fait l'objet d'une licence globale « publique » qui serait

---

[1427] Rapport Lescure, *op. cit.*, p. 356.

[1428] N. CURIEN, « La licence globale permettra de rétribuer les artistes » : Le Figaro, 4 mars 2000, p. 18.

[1429] Rapport Lescure, *op. cit.*, p. 356.

[1430] E. BARREIRO, « Imputer, sans aucune forme de nuance, les difficultés que peuvent rencontrer les industries culturelles au téléchargement *peer-to-peer* est un procédé douteux et périlleux », *in* Propriété intellectuelle : création et Internet, une confiance virtuelle ? : *RLDI*, 2009/47.

issue d'une légalisation des échanges non marchands en contrepartie du paiement d'une taxe ou d'un droit d'entrée. Le principe du paiement d'un droit d'entrée permettant un accès illimité à du contenu, rend possible le parallèle avec les modèles économiques développés par certaines plateformes connaissant des croissances fulgurantes – Netflix par exemple. Leur modèle est simple : en contrepartie du paiement d'une somme forfaitaire, sous forme d'abonnement, l'internaute a accès à l'ensemble du catalogue – exclusif ou non – pendant la totalité de la durée de son abonnement. Si l'on ne dit pas son nom, il est possible de réaliser une analogie entre cette forme d'offre légale et la licence globale : il est alors possible d'affirmer, qu'en présence d'une telle offre, il s'agit d'une « licence globale privée ». La différence réside dans le fait que les internautes ont accès à un contenu limité propre à la plateforme, contenu qu'elle a, elle-même produit, ou qu'elle met à disposition après autorisation des ayants droit. De plus, ce ne sont pas les internautes qui échangent, mais l'intermédiaire qui met à disposition. Enfin, cette mise à disposition ne résulte pas d'un téléchargement, d'une reproduction de l'œuvre, mais du droit de l'utiliser, de l'écouter ou de la regarder, sous forme de streaming.

Et si la licence globale « privée » était la solution à l'accès illimité aux contenus en ligne ? Ce modèle d'offre légale faisant de plus en plus d'émules, est-il envisageable, qu'un jour, une plateforme voie le jour, proposant l'accès à l'ensemble des œuvres, moyennant un droit d'entrée ? Si elles font le bonheur des internautes, la multiplication des offres légales dites de « licence globale privée » soulève certaines problématiques, notamment concurrentielles : la course à l'intermédiaire qui proposera un catalogue le plus exhaustif possible est lancée, ce qui pourrait aboutir – et ce qui l'est, déjà, en quelque sorte – à la création d'un véritable monopole. Par ailleurs, cette problématique du monopole soulève d'autres questions : comment assurer une véritable diversité culturelle quand quelques intermédiaires – voire un – ont l'ensemble des parts de marché ? Le marché des contenus culturels en ligne a évolué, et il apparaît nécessaire, dès à présent, d'anticiper leur évolution afin d'assurer une garantie juridique, économique, mais également, une garantie de pluralité.

331. Conclusion de la Section 2. La reconnaissance d'un espace de partage non marchand devra nécessairement passer par une évolution du droit d'auteur afin de pouvoir tracer ses contours juridiques.

L'évolution de la matière impliquera alors de revoir la notion « d'exceptions » et de se demander si, dans l'environnement numérique, ces dernières trouvent encore à s'appliquer et s'il n'apparaît pas opportun de se pencher plus particulièrement sur le critère de commercialité et non commercialité de l'usage. L'évolution de la matière impliquera également de revoir les différents régimes de responsabilités des internautes et des intermédiaires afin d'insister sur la lutte contre la contrefaçon lucrative. Si cette étude permet d'étudier quelques pistes juridiques dans la reconnaissance juridique d'un espace non marchand, elle permet également de mener des pistes de réflexion quant à l'évolution du droit d'auteur.

Néanmoins, si certaines de ces réflexions s'avèrent réalisables, la question d'une acceptation juridique d'un espace non marchand amène tout droit dans une impasse. Bien qu'une telle approche semble séduisante, au premier abord, quant à la possibilité d'accéder gratuitement et légalement à une quantité illimitée d'œuvres protégées ou non, force est de constater que la matière du droit d'auteur, attribuant un véritable contrôle dans l'exploitation des œuvres aux auteurs, va à l'encontre d'un tel principe. En effet, l'idée d'enlever aux titulaires de droit leur pouvoir de contrôle serait contraire à la notion même de droit d'auteur, quand bien même ce dernier aurait, en contrepartie, un droit à rémunération. Cependant, il faut constater que la philosophie consistant à pouvoir accéder à un catalogue d'œuvres de façon illimitée, a trouvé écho dans la sphère marchande. Ainsi, en contrepartie du paiement d'un abonnement, l'internaute a accès à un catalogue – certes limité car ne contenant pas toutes les œuvres existantes – de façon illimitée dans le temps – tant qu'il s'acquitte de son abonnement. L'idée d'un accès gratuit et légal à une quantité illimitée d'œuvres semble alors faire défaut.

332. Conclusion du Chapitre 2. L'espace de partage non marchand, encore appelé licence globale ou rémunération proportionnelle du partage, selon son modèle, peut être considéré comme un espace de partage gratuit et économiquement désintéressé d'œuvres protégées par le droit d'auteur de la part des internautes, personnes

physiques, sur un réseau de communication électronique. Voulant prendre le contre-pied de la gratuité marchande inhérente à l'économie numérique en revenant au fondement même de l'Internet, les promesses d'un espace économiquement désintéressé s'évaporent quand l'on prend le soin de l'étudier en détail. Véritable impasse juridique, l'accès gratuit et illimité perd une nouvelle fois de sa verve quand il s'avère nécessaire, afin de permettre aux titulaires de droit de percevoir une rémunération, d'instaurer le paiement d'une somme sous forme de taxe ou de droit d'entrée. L'usage à titre gratuit non commercial apparaît alors comme un doux rêve qui, lors de son éveil, se retrouve confronté aux réalités économiques et juridiques de la matière.

333. Conclusion du Titre 2. Il est indéniable qu'Internet est venu redistribuer les cartes dans l'appréhension de l'économie des biens marchands et plus particulièrement des œuvres. En effet, les règles encadrant leur exploitation et leur distribution dans un environnement physique se sont vues être confrontées à l'essence même d'Internet et des effets de réseaux mais également au fait qu'à la différence de l'environnement physique, l'environnement numérique ramène l'œuvre à sa nature première : celle de bien informationnel.

La gratuité s'est alors révélée être le moteur d'une économie marchande certaine et ce, par le résultat d'un modèle juridico-économique propre. Néanmoins, ce schéma fondé sur la gratuité et respectant les règles du droit d'auteur ne s'avère pas pérenne : il est en effet admis que l'économie de mise à disposition de contenus culturels à titre gratuit financée par la publicité ne bénéficie non seulement pas aux éditeurs de services, mais surtout, ne bénéficie pas aux acteurs de la culture, notamment dans le domaine musical. Il s'agit d'un très bon exemple quand, contrairement aux œuvres audiovisuelles, la musique représente un bien dit « réutilisable » – s'il apparaît possible d'écouter cent fois un même morceau, il apparaît plus difficile de regarder cent fois un même film.

Si la gratuité a permis la mise en place d'une véritable économie marchande, celle-ci s'est également avérée être le moteur d'une économie non marchande dont l'objectif principal est de permettre la reproduction et la représentation d'œuvres en dehors de tout aspect intéressé – et nécessitant, de fait, une véritable refonte de

certains aspects du droit d'auteur. Bien que séduisante au premier abord, cette utopie de permettre aux internautes d'accéder à un « catalogue » d'œuvres de façon illimitée moyennant le versement d'une contrepartie financière mensuelle se heurte aux principes même du droit d'auteur. Mais, bien que difficilement envisageable dans un cadre « public », il est important de relever que des initiatives privées ayant comme toile de fond un véritable intérêt économique et commercial et fondées sur cette idée d'accès illimités moyennant contrepartie financière prospèrent et s'avèrent être le modèle de référence d'accès aux contenus culturels en ligne. De la propriété d'usage propre à l'environnement physique – par la propriété du support –, le numérique a transformé l'usage des biens culturels en véritable service, celui de pouvoir accéder à un véritable service culturel en ligne sans nécessité de détention du support de l'œuvre.

Les promesses d'une gratuité d'usage de biens culturels issue d'Internet semblent ainsi s'effriter au fil du temps et au fil des adaptations des industries culturelles à l'environnement numérique, comme si le mirage d'une gratuité absolue d'usage disparaissait à force d'avancer dans la compréhension de l'économie numérique. L'usage à titre gratuit et de là, la « gratuité numérique », revient alors à sa fonction première, celle de produit de promotion ou plus particulièrement, de produit d'appel[1431].

334. Conclusion de la Partie 2. Que ce soit par le jeu des règles issues de la matière – exceptions, domaine public – ou par le jeu d'une organisation propre – par la gratuité marchande –, l'usage à titre gratuit fait partie intégrante du droit d'auteur et alimente les débats sur l'avenir de la matière et notamment la façon de savoir comment usage à titre gratuit et droit d'auteur peuvent cohabiter. Cela s'explique notamment par le fait que la révolution numérique a amené son lot de chamboulement dans les usages et plus particulièrement dans les usages à titre gratuit, venant même apporter, au cœur des conditions de ces derniers, la notion de « commercialité », notion tendant à prendre une importance particulière : la « commercialité » apparaît

[1431] Cela s'explique notamment par le fait que la rémunération issue de la gratuité – représentant la majorité des usages du numérique – est insuffisante par rapport aux coûts de production et de rémunération demandés.

alors, dans son aspect positif ou négatif, comme l'un des éléments fondamentaux à l'usage à titre gratuit.

Il a ainsi été possible de s'apercevoir, d'une part, qu'usage à titre gratuit et « commercialité » peuvent se confronter quand il est question de la protection d'intérêts préexistants – que ce soit notamment dans le cadre du bénéfice des exceptions – ou lorsque l'interdiction d'usage commercial résulte simplement de la volonté des titulaires de droit – quand, par exemple, l'auteur a placé volontairement son œuvre dans le domaine public. Dans ce cadre, la notion de « non commercialité » peut alors apparaître comme une contrepartie à l'usage à titre gratuit : l'usager peut accéder librement et gratuitement à une œuvre à condition – la contrepartie – que cet usage soit à titre non commercial.

D'autre part, la gratuité peut servir la commercialité, notamment dans l'environnement numérique où il est admis que la majorité des modèles économiques est fondée sur l'usage à titre gratuit. Néanmoins, si cette gratuité d'usage semble juridiquement possible, les problématiques économiques semblent difficilement surmontables. Par ailleurs, l'acquisition gratuite – issue du domaine public – d'une œuvre n'empêche pas sa commercialisation, notamment lorsqu'un éditeur prend le risque financier de la rééditer.

Il est alors possible d'affirmer que le rapport entre « usage à titre gratuit » et « commercialité » résulte de la recherche d'un certain équilibre entre les droits accordés aux usagers – d'user gratuitement d'une œuvre – et les intérêts dévolus à l'auteur, qu'il soit issu de la loi – dans le cadre des exceptions – ou de sa volonté.

CONCLUSION GÉNÉRALE

335. **Une gratuité sous de formes multiples.** L'étude de la gratuité en droit d'auteur a permis de mettre à jour l'affirmation selon laquelle la gratuité et le droit d'auteur peuvent coexister malgré l'antinomie de ces deux notions. Néanmoins, si la finalité de la gratuité – celle de faire ou donner « *sans qu'il n'en coûte rien, dont on jouit sans payer* »[1432] – reste la même, son acception par la matière se réalise de différentes manières.

336. **Une approche timide de la gratuité par le Code de la propriété intellectuelle.** Le Code de la propriété intellectuelle prévoit que l'auteur peut être source de gratuité et même « créateur » de celle-ci[1433]. Néanmoins, pour que cette gratuité voit le jour et puisse avoir force d'application, il est nécessaire de pouvoir démontrer son existence dans les relations contractuelles entre l'auteur et les bénéficiaires de cette gratuité. À cette fin, le Code de la propriété intellectuelle mentionne la possibilité de conclure des actes à titre gratuit mais reste muet quant aux régimes juridiques pouvant leur être applicable. Il est alors apparu indispensable, afin de faire respecter la lettre des articles L. 122-7 et L. 122-7-1 et afin de garantir

[1432] P. DEPREZ, « Gratuité et propriété intellectuelle », *in* Le prix de la culture, dir. P. MBONGO : Mare & Martin, 2011, p. 19.
[1433] En faisant notamment référence au fait que l'auteur peut céder ses droits d'auteur ou mettre à disposition ces derniers gracieusement, v. CPI, art. L. 122-7 et L. 122-7-1.

l'application de la gratuité en la matière, d'identifier les actes à titre gratuit à l'aune de la notion de « contrepartie » qui apparait alors fondamentale dans la qualification des actes à titre gratuit en droit d'auteur.

Ainsi, en l'absence de contrepartie matérielle, il sera possible de se rapprocher du droit commun et plus particulièrement des libéralités. Il est alors admis qu'en droit d'auteur, lorsque l'auteur cherche à gratifier une tierce personne, cette gratification revêtira la forme des libéralités et devra nécessairement réunir deux éléments : un élément matériel – un appauvrissement corrélé à un enrichissement – et un élément moral – la volonté de s'appauvrir au profit d'autrui. La forme choisie des libéralités aura son importance quant à la recherche d'une meilleure protection de l'auteur dans sa volonté de gratifier un tiers de ses droits d'auteur.

Par ailleurs, il est apparu, lors de l'étude des actes à titre gratuit en présence de contrepartie, qu'il était possible de qualifier des actes comme étant des actes à titre gratuit même en présence de contrepartie. En effet, et même s'il est admis que la matière tend à protéger l'auteur, pourquoi ne pas venir lui reconnaître la faculté de conclure des contrats d'exploitation « à titre gratuit » – sans rémunération – à partir de l'instant où le cessionnaire a l'obligation d'exploiter l'œuvre et que l'auteur a pleinement conscience de son geste ? En ce sens, le Code de la propriété intellectuelle et la doctrine semblent réticents à l'idée de reconnaître cette possibilité alors que la gratuité voulue, volontaire, pourrait faire sens. Dans la continuité de l'étude des actes à titre gratuit en présence de contrepartie, il est également possible d'identifier l'existence de contrepartie lors de la conclusion des licences de droits d'auteur et ce, même si elles sont reconnues comme étant des actes à titre gratuit : la contrepartie se retrouvera dans les conditions d'usage de l'œuvre ou encore dans l'accès à des services particuliers : la présence d'une contrepartie matérielle n'apparaît ainsi pas comme étant un frein à la qualification des actes à titre gratuit en droit d'auteur. Le principe d'une rémunération en contrepartie de l'exploitation d'une œuvre – que ce soit dans le cadre d'un acte de cession ou d'une licence – apparaît ainsi être au cœur de la *summa divisio*, en droit d'auteur, entre actes à titre gratuit et actes à titre onéreux.

337. À la recherche d'un juste équilibre entre gratuité et intérêts des auteurs. Dans l'hypothèse d'une gratuité issue des usages et imposée par ces derniers, la gratuité n'apparaît pas provenir uniquement de la volonté de l'auteur – dans le cadre du domaine public volontaire – mais peut lui être imposée par le jeu de la loi et celui d'un environnement organisé autour de l'usage à titre gratuit : la gratuité d'usage doit alors s'articuler avec la notion de « commercialité ».

D'une part, cette articulation prendra la forme d'une confrontation. Celle-ci se retrouve notamment dans l'encadrement des exceptions au droit d'auteur mais également dans l'usage des œuvres communes. Si la commercialité était considérée comme l'une des conditions du bénéfice des exceptions, elle tend à devenir, à l'aune de l'environnement numérique et de la multiplication des usages, l'une des conditions essentielles : cela s'explique notamment par « l'obsolescence » de certaines conditions tenant au bénéfice des exceptions dans l'environnement numérique. Néanmoins, et dans le cadre de l'usage des œuvres communes, la commercialité trouve un certain équilibre avec les principes fondamentaux du droit d'auteur. Il est alors possible d'envisager la confrontation entre ces deux notions comme l'encadrement, par la commercialité, de l'usage à titre gratuit.

D'autre part, cette articulation prendra la forme d'une collaboration. En effet, la gratuité peut servir la commercialité et même être un outil de commercialité. Cela se retrouve notamment dans la reconnaissance d'un schéma juridico-économique organisé autour de l'usage à titre gratuit, notamment dans l'environnement numérique. Néanmoins, cet usage à titre gratuit assurant une rémunération aux auteurs ne semble économiquement pas pérenne et doit rester à la marge d'une exploitation « normale » de l'œuvre. Enfin, et à côté de cette gratuité marchande s'est développée l'idée d'une gratuité non marchande : celle d'échanger – et ainsi de reproduire – des œuvres uniquement à des fins non commerciales. La recherche de la légalisation d'un espace non-marchand, si elle a le mérite de remettre en question certains principes actuels du droit d'auteur afin de le faire s'adapter aux nouveaux usages, semble cependant juridiquement utopique.

338. **La gratuité en droit d'auteur : un outil devant servir les auteurs et non leur porter préjudice.** La gratuité fait partie de l'essence même du droit d'auteur – notamment dans la recherche d'un juste équilibre entre l'application du droit d'auteur et l'intérêt du public – mais peine à s'imposer d'elle-même en la matière.

Si le Code de la propriété intellectuelle envisage la possibilité, pour les auteurs, de céder ou mettre à disposition leurs droits gracieusement, il ne prévoit pas la possibilité d'une exploitation à titre gratuit : en effet, si le droit d'auteur a notamment vu le jour afin de protéger les auteurs, il peut sembler paradoxal qu'il leur laisse la possibilité de voir leurs droits être exploités sans qu'il n'y ait de rémunération à leur égard.

Cependant, il a été admis que la gratuité peut servir la commercialité et ainsi l'exploitation d'une œuvre : par la cession à titre gratuit dans le cadre d'une exploitation, l'auteur prend, certes, le risque de ne percevoir aucune rémunération issue de l'exploitation de ses droits, mais voit la possibilité d'être édité afin de, peut-être, connaître un succès *a posteriori*, succès qui n'eut été possible sans l'exploitation de ses droits.

Ce même constat peut être réalisé dans l'étude de l'usage des œuvres à titre gratuit : pourquoi venir empêcher l'usage d'une œuvre à titre gratuit si celle-ci ne vient pas porter préjudice à l'auteur dans son droit moral mais également et surtout, dans l'exploitation de son œuvre ? En effet, laisser la possibilité d'un usage à titre gratuit dans le cadre d'une certaine limite commerciale peut servir l'auteur – qui plus est dans un univers où l'usage à titre gratuit est l'un des principes de son fondement –, notamment à l'époque où les œuvres dérivées issues de la pratique amateur sont monnaies courantes et peuvent servir l'exploitation de l'œuvre première.

L'appréhension de la gratuité en droit d'auteur doit donc être admise dans son aspect purement commercial et plus particulièrement dans son aspect purement « marketing » : celui de servir l'auteur dans le cadre de la promotion de sa carrière ou de son œuvre.

Pourtant, cette gratuité doit être encadrée afin de protéger l'auteur de sa décision : celui-ci doit avoir pleinement conscience de son geste et l'exploitation de l'œuvre issue d'une cession à titre gratuit doit rester exceptionnelle, à la marge d'une exploitation « normale » – dans laquelle une rémunération est prévue pour l'auteur – ;

l'usage de l'œuvre à titre gratuit ne doit pas porter préjudice aux intérêts de l'auteur et à l'exploitation de son œuvre ; l'exploitation d'une œuvre monétisant l'usage à titre gratuit ne doit pas devenir la norme, mais l'exception – en effet, une telle exploitation ne semble pas pérenne afin d'assurer une rémunération à l'égard des auteurs.

Ainsi, par la gratuité, l'auteur permet l'exploitation de son œuvre afin de faire connaître son travail et avoir une popularité future ; par la gratuité, l'auteur réalise la promotion de son œuvre afin d'en permettre une meilleure exploitation commerciale.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, Traités, Manuels, Précis et Dictionnaires

A. Droit civil et droit commun

ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil, Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7e éd., 2014

ASSOCIATION HENRI CAPITANT
- *Linguistique juridique* : Montchrestien, 1990
- *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant : PUF, 10e éd., 2014

AYNÈS (L.), MALAURIE (P.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux* : LGDJ, 7ème éd., 2014

BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* : LGDJ, 10ème éd., 2013

BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle* : LexisNexis, 4ème éd., 2016

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens et les obligations*, *Les obligations* : PUF, 1955, réédité par PUF, 2004, Quadrige, 1re éd.

FLOUR (J.) et SOULEAU (H.), *Droit civil, Les libéralités* : Armand Colin, coll. U, 1982

GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations* : Dalloz, 2004

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, dir. GHESTIN (J.) : LGDJ, 4ème éd., 2013

GRIMALDI (M.), *Libéralités partages d'ascendants* : Litec, 2000

GUIHO (P.), *Donation et testament* : L'Hermès, 1997

JUBAULT (C.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités* : Montchrestien, 2ème ed., 2010

LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire complet des codes français* : t. IX, 1827

MALAURIE (P.) et BRENNER (C.), *Les successions, les libéralités*, LGDJ, 6ème éd., 2014

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les obligations* : Dalloz, t. 1, 1989

MAZEAUD (H.-L.) et (J.), *Leçons de droit civil, Les obligations et les biens*, Montchrestien, 3ème ed., t. 2, 1966

RONDONNEAU (J.), *Corps de droit français, civil, commercial et criminel*, t. II, Garnery, 1811

TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.) et GAUDEMET (S.), *Les successions, les libéralités* : Dalloz, 4ème éd., 2014

B. Droit d'auteur, propriété intellectuelle

CARON (C.), *Droit d'auteur et droits voisins* : LexisNexis, 5ème éd., 2017

CLÉMENT-FONTAINE (M.), *Jcl. PLA*, fasc. 1975, *L'œuvre libre*, 2014

DESBOIS (H.), *Le droit d'auteur en France* : Dalloz, 3ème éd., 1978

DURRANDE (S.), *Jcl.* PLA, fasc. 1116, *Objet du droit d'auteur*, 2016, actualisé par C. ZOLYNSKI

GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique* : PUF Droit, 10e éd., 2016

LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *Traité de la propriété littéraire et artistique* : LexisNexis, 5ème éd., 2017

MAFFRE-BAUGÉ (A.), *Jcl*. PLA, fasc. 1310, *Droit d'auteur, Exploitation des droits*, 2010

PFISTER (L.), *Jcl*. PLA, fasc. 1110, *Histoire du droit d'auteur*, 2010

POLLAUD-DULIAN (F.), *Le droit d'auteur* : Economica, coll. Corpus Droit Privé, 2005

POUILLET (P.), *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique* : LGDJ, 3e éd., 1908, par Maillard et Claro

ROUBIER (P.), *Le droit de la propriété industrielle* : Sirey, 1954, t. II.

VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M), *Droit d'auteur et droits voisins* : Précis Dalloz, 3ème éd., 2015

II. Monographies, thèses, ouvrages spéciaux

A. Droit civil et droit commun

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat* : Economica, 2002, préf. L. AYNÈS

BENILSI (S.), *Essai sur la gratuité en droit privé*, Thèse, Montpellier, 2006

BOUYSSOU (M.), *Les libéralités avec charges en droit civil français*, 1947, préf. G. MARTY

CHARDEAUX (M.-A.), *Les choses communes* : LGDJ, 2006, préf. G. LOISEAU

CLOS (M.), *Le rôle de l'intention libérale dans la donation déguisée*, th. Montpellier, 1941

DUPEYROUX (J.-J.), *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. Toulouse, 1955

DUPOUEY (C.), *Essai sur la notion de contrepartie : contribution à l'étude des rapports entre droit du travail et droit des contrats*, th. Toulouse I, 2007

LAMBERT (S.), *L'intention libérale dans les donations* : Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2006, préf. E. PUTMAN

MAURY (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, t. 1, th. Toulouse, 1920

MÉAU-LAUTOUR (H.), *La donation déguisée en droit civil français* : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, préf. P. RAYNAUD

PACILLY (G.), *Le don manuel*, th., Caen, 1936

PETERKA (N.), *Les dons manuels* : LGDJ, 2001, préf. P. CATALA

POUGHON (J.-M.), *Histoire doctrinale de l'échange, Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 1987, préf. J.-P. Baud

RAY (J.), *La notion de donation en droit civil français*, th., Paris, 1912

RAYMOND (G.), *Jcl. Concurrence-Consommation*, fasc. 820, *Clauses abusives*, 2015

TIROLE (J.), *Économie du bien commun* : PUF, 2016

ZÉNATI (F.), *Essai sur la nature juridique de la propriété*, th. Lyon-III, 1981

B. Droit d'auteur, propriété intellectuelle

BENABOU (V.-L.) et ROCHFELD (J.), *À qui profite le clic ? Partage de la valeur à l'ère du numérique* : Odile Jacob, coll. Corpus, 2015

BENHAMOU (F.) et FARCHY (J.), *Droit d'auteur et copyright* : La Découverte, coll. Repères, 2014

BLANC (N.), *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés* : Dalloz, 2010, préf. P.-Y GAUTIER

BOISSON (A.), *La licence de droit d'auteur* : Lexis Nexis, 2013, préf. J. RAYNARD

BRONZO (N.), *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux* : L'Harmattan, 2007

CATALA (P.), *Les transformations du droit par l'informatique. Émergence du droit de l'informatique* : Éditions du Parques, 1983

CHANTEPIE (P.), LE DIBERDER (A.), *Révolution numérique et industries culturelles* : La Découverte, coll. Repères, 2010

CHOISY (S.), *Le domaine public en droit d'auteur,* th. Paris II : LexisNexis, coll. IRPI, 2002

CLÉMENT-FONTAINE (M.), *L'œuvre libre* : Larcier, 2014, préf. M. VIVANT

DERIEUX (E.), GRANCHET (A.), *Lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI et HADOPI* : coll. Lamy Axe Droit, 2010

DUSOLLIER (S.), *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres* : Larcier, 2007

GALOPIN (B.), *Les exceptions à usage public en droit d'auteur* : LexisNexis, coll. IRPI, 2012

HARDOUIN (R.), *La responsabilité limitée des prestataires techniques dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique*, th. Versailles, 2011

HEINZMANN (L.), *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation en droit d'auteur français, allemand et européen* : HAL, 2016

HOVASSE-BANGET (S.), *La propriété littéraire et artistique en droit des successions*, th. Rennes I, 1990

LEGER (P.), *La recherche d'un statut de l'œuvre transformatrice. Contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, th. 2015, Paris-Sud

MATTATIA (F.), *Internet et les réseaux sociaux : que dit la loi ?* : Eyrolles, 2ème éd, 2015

MORE (K.), *Les dérogations au droit d'auteur, l'exception de copie privée* : PUR, 2009

PIATEK (D.), *La crise des exceptions en droit d'auteur* : Institut universitaire Varenne, coll. des Thèses, 2017

RECHT (P.), *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété* : LGDJ, 1969

SALORD (G.), *La propriété collective des œuvres, Contribution du modèle d'auteur au droit commun*, th. Paris II, 2007

VILBOIS (J.), *Du domaine public payant en matière de droit d'auteur*, th., 1928

ZOLYNSKI (C.), *Méthode de transposition des directives communautaires, Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, préf. P-Y. GAUTIER : Dalloz, 2007

C. Autre

AIGRAIN (P.),

- *Cause commune, l'information entre bien commun et propriété* : Fayard, 2005
- *Internet et création* : Inlibroveritas, 2008

ANDERSON (C.), *Free ! Entrez dans l'économie du gratuit* : Pearson, Paris, 2009

BOMSEL (O.), *Gratuit ! Du déploiement de l'économie numérique* : Folio actuel, 2009

CARDON (D.), *La démocratie Internet. Promesses et limites* : Seuil, coll. « La république des idées », 2010

DE CONDILLAC (E.), *Le commerce et le gouvernement considérés relativement l'un à l'autre* : Institut Coppet, févr. 2012

FARCHY (J.), MEADEL (C.) et SIRE (G.), *La gratuité, à quel prix ?* : Les cahiers de l'EMNS, Presses des Mines, Paris, 2015

FLICHY (P.), *Le sacre de l'amateur, Sociologie des passions ordinaires à l'ère numérique* : Seuil, 2010.

GODBOUT (J.-T.), *L'esprit du don* : La Découverte, 2003

MALIN. (E.), PENARD (T.)., *Économie du numérique et de l'Internet* : Vuibert, 2014

MAUSS (M.), *Essai sur le don : Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, originalement publié dans L'année sociologique, seconde série, 1923-1924, éd. électronique par J-M TREMBLAY, 2002

SAGOT-DUVAUROUX (J.-L.), *De la gratuité* : L'Éclat, 2006

III. Ouvrages collectifs, actes de colloque

A. Droit civil et droit commun

Actes du colloque, La transmission successorale du droit d'auteur, questions d'actualité et difficultés pratiques : Institut Art et Droit, 9 avr. 2014

BLOCH (C.), GUETTIER (C.), GIUDICELLI (A.), JULIEN (J.), KRAJESKI (D.) et POUMARÈDE (M.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, dir. LE TOURNEAU (P.) : Dalloz, 10ème éd., 2014

B. Droit d'auteur, propriété intellectuelle

Actes du colloque de Besançon des 4 et 5 octobre 2012, La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit, ss. dir. MARTIAL-BRAZ (N.) et ZOLYNSKI (C.) : LGDJ, 2013, p. 239-262

Droit d'auteur et liberté d'expression, Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs, ss. dir. STROWEL (A.), TULKENS (F.) : Larcier, 2006

Le prix de la culture, ss. dir. P. MBONGO : Mare & Martin, 2011

Le téléchargement d'œuvres sur Internet, Perspectives en droits belge, français, européen et international, ss. dir. A. DOUTRELEPONT, F. DUBUISSON et A. STROWEL : Larcier, 2012

VIVANT (M.), RAPP (L.), WARUSFEL (B.), MALLET-POUJOL (N.), LICHERE (F.), VERCKEN (G.) et BILON (J.-L.), *Le lamy droit du numérique* : Wolters Kluwers France, 2015

IV. Articles

A. Droit civil et droit commun

ARONICA C. et OSTOJSKI L., « Les conditions générales de vente, un incontournable des relations commerciales » : *AJ Contrats d'affaires, Concurrence et Distribution*, 2014, p. 165

BOFFA (R.), « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme de droit des contrats » : *D.* 2015, p. 335

DESHAYES (O.), « Gratuité et contrat : l'acte à titre gratuit est-il un contrat ? », *in* La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit, dir. N. MARTIAL-BRAZ, C. ZOLYNSKI : LGDJ, 2013, p.133-149

DUPIN (H.), « De l'art de bien rédiger son testament », *in* Actes du colloque, La transmission successorale du droit d'auteur, questions d'actualité et difficultés pratiques : Institut Art et Droit, 9 avr. 2014, p. 41-46

DUPIN (H.)., NARDON (A.-S.), « Proposition de clausier », *in* Actes du colloque, La transmission successorale du droit d'auteur, questions d'actualité et difficultés pratiques : Institut Art et Droit, 9 avr. 2014, p. 47-55

GRIMALDI (C.), « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots » : *D.* 2015. 814

JOURDAIN (J.), « Sur la perte d'une chance » : *RTD civ*. 1992, p. 109

LIBCHABER (R.), « Pour une redéfinition de la donation indirecte » : *D.* 2000 n° 24, p. 1409

MARTIAL-BRAZ (N.), « Essai d'une définition fonctionnelle de la gratuité », *in* La gratuité, Un concept aux frontières de l'économie et du droit, dir. N. MARTIAL-BRAZ, C. ZOLYNSKI : LGDJ, 2013, p. 4

MAZEAUD (D.), « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! » : *D. P*, oct. 2014, p. 38

MOLFESSIS (N.),
- « Droit des contrats : l'heure de la réforme » : *JCP* G 2015, doctr. 199
- « Droit des contrats : que vive la réforme ! » : *JCP* G 2016, 180

POUGHON (J.-M.), « Une constante doctrinale, l'approche économique du contrat » : Le contrat, Droits, Revue français de théorie juridique, n° 12

RAYNAUD (P.), « La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en Droit civil » : *RTD civ,* 1936, p. 763

ROCHFELD (J.), « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français ? », *in* Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire : éd. LLL, 2015, p. 87-105

SÉDALLIAN (V.), « Les conditions générales d'utilisation ont-elles une valeur juridique ? » : La Revue documentaliste – science de l'information, vol. 49, mars 2012

B. Droit d'auteur, propriété intellectuelle

ALLEAUME (C.),
- « La contractualisation des exceptions » : *Propr. intell*. 2007, n° 25, p. 436
- « Les exceptions de pédagogie et de recherche » : *Comm. com. électr*. 2006, étude 27

AZZARIA (G.), « Les logiciels libres à l'assaut du droit d'auteur » : Les Cahiers de Propriété intellectuelle, 2004, vol. 16, n° 2, p. 405

AZZI (T.),
- « La cession à titre gratuit du droit d'auteur » : *RIDA* 2013, n° 237, p. 91-137
- « La gratuité en droit d'auteur », *in* Actes du colloque des 4 et 5 octobre 2012, La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit, dir. N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI : LGDJ, 2013, p. 239-262
- « Open data et propriété intellectuelle » : *D.* 2017, p. 583

BARREIRO (E.), « Imputer, sans aucune forme de nuance, les difficultés que peuvent rencontrer les industries culturelles au téléchargement *peer-to-peer* est un procédé douteux et périlleux », *in* Propriété intellectuelle : création et Internet, une confiance virtuelle ? *: RLDI* 2009/47

BENABOU (V.-L), GOOSENS (S.), « Où en est le value gap ? Le transfert de valeur dans le projet de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique » : *Propr. intell*. 2017, n° 65, p. 6

BENSAMOUN (A.), « Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne » : *Dalloz IP/IT* 2016, p. 182

BERNAULT (C.), BRILLANCEAU (O.), CARRE (S.), CLÉMENT-FONTAINE (M.), GEIGER (C.), GITTON (A.), KERBOURC'H (J.-Y.), PASCAL (C.), VERCKEN (G.), VINCENT (J.) et VIVANT (M.), « DADVSI 2, HADOPI, « Création et Internet » », De bonnes questions, de mauvaises réponses ? » : *D.* 2008, p. 2290

BONNIER (A.), « La mise à disposition de musique sur Internet peut s'avérer très coûteuse. Retour sur la condamnation record sur site Radioblogclub.fr » : *RLDI* 2009, n° 54, n° 1790

BRUGUIÈRE (J.-M.),
- « Autre regard… » : *Propr. intell*. 2005, n° 15, p. 225
- « Loi « sur la protection de la création sur Internet » : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ? » : *D.* 2009, p. 1770
- « Exceptions – Loi pour une République numérique, art. 11, 30, 38 et 39 » : *Propr. intell*. 2017, n° 62, p. 22
- « Exploitation des images d'œuvres d'art plastiques et photographiques : les nouvelles dispositions des lois « créations » et « République numérique » » : *Légipresse* 2017, n° 345

CARON (C.),
- « L'HADOPI est en marche ! » : *Comm. com. électr*. sept. 2010, repère 8
- « La propriété littéraire et artistique et les successions » : *D.* 2001, p. 1112
- « Les exceptions au regard du fondement du droit d'auteur en droit français », *in* Les exceptions au droit d'auteur, État des lieux et perspectives dans l'Union européenne, dir. A. LUCAS, P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN : *D.* 2012, p. 19
- « Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français » : *D.* 2003, p. 1556
- « LCEN, Aspects de propriété intellectuelle : analyse d'un saupoudrage discret » : *Comm. com. électr*. 2004, étude 23
- « République numérique rime avec exceptions et limitations au droit d'auteur » : *Comm. com. électr*. 2016, comm. 96
- « Loi « liberté de création » et propriété intellectuelle : généralités » : *Comm. com. élect.* 2016, comm. 98

CAYRON (J.) et ALBARIAN (A.), « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne » : *Legicom* 2006/2, n° 36, p. 117-131

CLÉMENT-FONTAINE (M.),

- « Faut-il créer un statut légal de l'œuvre libre ? » : *Propr. intell.* janv. 2008, n° 26, p. 69
- « Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », *in* Les modèles propriétaires : LGDJ, 2012, p. 51-67
- « Les communautés épistémiques en ligne : paradigme de la création » : *RIDA*, n° 135, p. 3-79. Janv. 2013
- « La clause « non commerciale » dans les contrats ouverts », *in* Les contrats de la propriété intellectuelle, dir. J.-M. BRUGUIÈRE : Dalloz, 2013, p. 87-96
- « Internet et la résurgence des communs », *in* Repenser les biens communs, dir. B. PARANCE., J. DE SAINT-VICTOR : CNRS Éditions, 2014, p. 261-273
- Obs. ss. Cass. 1re civ., 28 févr. 2006, *in* Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, dir. M. VIVANT : Dalloz, 2e ed., 2015
- « La genèse de l'économie collaborative : le concept de communauté » : *Dalloz IP/IT* 2017, p. 140

COLIN (C.) et DUSOLLIER (S.), « Les perspectives de légitimation des échanges des œuvres sur les réseaux peer-to-peer en Belgique », *in* Le téléchargement d'œuvres sur Internet, Perspectives en droits belge, français, européen et international, dir. A. DOUTRELEPONT, F. DUBUISSON et A. STROWEL : Larcier, 2012, p. 259-305

COLLIN (C.), « La contractualisation des exceptions en droit d'auteur : oxymore ou pléonasme ? » : *Comm. com. électr*, 2010, étude 3

CORIAT (B.), « Communs foncier, communs intellectuels. Comment définir un commun ? », *in* Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire : éd. LLL, 2015, p. 29-50

DEPREZ (P.), « Gratuité et propriété intellectuelle », *in* Le prix de la culture, ss. dir. P. MBONGO : Mare & Martin, 2011, p. 19-54

DERIEUX (E.), « Distinction entre éditeur de service et prestataire technique » : *JCP* G 2008, II, 10140

DUBUISSON (F.), « Quand le « droit » du public à l'information rencontre les "droits" sur l'information : vrai ou faux débat ? », *in* Droit d'auteur et liberté d'expression, Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs, dir. A. STROWEL, TULKENS (F.) : Larcier, 2006, p. 91

DUSOLLIER (S.),
- « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes » : *IRDI* (Intellectuele Rechten – Droits Intellectuels), 2005, p. 213-223
- « Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître » : *Propr. intell*, janv. 2006, n° 18, p. 10
- « Pour un régime positif du domaine public », *in* Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire : éd. LLL, 2015, p. 223-249

FELDMAN (J.-P.), « Le Conseil constitutionnel, la loi « HADOPI » et la présomption d'innocence » : *JCP* G, 2009, n° 28

FRANÇON (A.), « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur » : *D.* 1976, p. 55

GAUBIAC (Y),
- « La liberté de citer une œuvre de l'esprit » : *RIDA* 1/1997, p. 3
- « La responsabilité des fournisseurs de logiciels dans la diffusion illégale des œuvres et autres prestations protégées » : *Comm. com. électr*. 2006, étude 34

GAUDRAT (P.) et SARDAIN (F.), « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur » : *Comm. com. électr*. 2005, étude 37

GEIGER (C.),
- « De la nature juridique des limites au droit d'auteur. Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux » : *Propr. intell.* 2004, n° 13, p. 882
- « Liberté de l'image et droit d'auteur » : *Légicom* 2005/2, n° 34, p. 65
- *Légipresse* 2005, n° 223, II, p. 84
- « Le dispositif juridique français de lutte contre le téléchargement sur les réseaux peer-to-peer. Une volonté préventive affichée, une solution répressive retenue », *in* Le téléchargement d'œuvres sur Internet, Perspectives en droits belge, français, européen et international, dir. A. DOUTRELEPONT, F. DUBUISSON et A. STROWEL : Larcier, 2012

GHESTIN (J.), « Le contrat en tant qu'échange économique » : Revue d'économie industrielle, 2000, n° 92, p. 81-100

GRYNBAUM (L.), « Loyauté des plateformes : un champ d'application à redéfinir dans les limites du droit européen. À propos du projet de loi pour une République numérique » : *JCP* G 2016, 456

HUGUET (A.), « L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur. Études sur la loi du 11 mars 1957 » : *RIDC* 1962, n° 4, p. 813-814

LAPOUSTERLE (J.), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique* : Dalloz, 2009, préf. P.-Y. GAUTIER

LOISEAU (G.),
- « La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux » : *Comm. com. électr*. 2012, n° 7-8, comm. 78
- « Les maîtres du monde numérique coupables d'abus » : *Comm. com. électr*. 2015, n° 1, comm. 4

LUCAS SCHLOETTER (A.), « Le domaine commun informationnel » : *Dalloz IP/IT* 2018, p. 90

MANARA (C.), Lutte contre les contenus illicites en ligne : frapper au portefeuille ? » : EDHEC, sept. 2012

MARÉCHAL (C)., « Les exceptions au droit d'auteur sur les œuvres d'art » : *Comm. com. électr.,* 2015, étude 18

MAUREL (L.), « Droit d'auteur et création dans l'environnement numérique. Des conditions d'émancipations à repenser d'urgence » : *Mouvements* 2014/3, n° 79, p. 100-108

PASSA (J.), « Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ? » : Actes du colloque « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation » : *RLDI* 2013, supplément au n° 94, p. 13-17.

POLLAUD-DULIAN (F.),
- « Dispositions intéressant la propriété intellectuelle de la loi « liberté de la création, architecture et patrimoine » » : *RTD com*. 2016, p. 481.
- « Hyperliens et droit d'auteur, l'imagination de la Cour de justice de l'Union européenne… à l'œuvre » : *D.* 2016, p. 1905

PONTIER (J.-M), « Liberté de création, architecture et patrimoine » : *AJDA* 2016 p. 2027

ROCHFELD (J.), ZOLYNSKI (C.), « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? » : *Dalloz IP/IT* 2016, p. 520

SIRINELLI (P.), BÉNAZÉRAF (J.-A.), BENSAMOUN (A.), « Pour une évolution des textes applicables à certains prestataires de services ? » : *Dalloz IP/IT* 2016, p. 186

VIVANT (M.),
- « Internet, piratage et contrefaçon » : *D.* 2009, p. 1808
- « La pratique de la gratuité en droit d'auteur » : *RLDI* 2010/60, n° 1993

- « Rapport de synthèse », *in* La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, Bilans et perspectives : *Propr. intell*. janv. 2002, p. 73

ZOLYNSKI (C.),
- « Loyauté des plateformes. De la réglementation à l'inter-régulation » : Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2017, dossier 16
- « Réseaux sociaux et Propriétés intellectuelles : quelle efficacité face aux géants de l'internet ? », *in* L'efficacité du droit face aux géants de l'internet, dir. M. Behar-Touchais : IRJS éd., Tome II, 2016, p. 105
- « L'épuisement en ligne » : *Propr. intell*. 2015, n° 55, p. 133

C. Autre

AUTANT (E.), « Le partage, un nouveau paradigme ? » : *Revue du MAUSS*, 2010/1, n° 35, p. 587-610

BEAUVISAGE (T.), BEUSCART (J.-S), CARDON (V.), MELLET (K.) et TRESPEUCH (M.), « Notes et avis des consommateurs sur le web » : *La Découverte, Réseaux*, 2013/1 n° 177

BENGHOZI (P.-J.), « Économie du numérique et industries de contenu : un nouveau paradigme pour les réseaux » : *Hermès, La revue*, 2011/1 n° 59, p. 31-37

BOUTHINON-DUMAS (H.), « À la recherche d'un concept socio-économique de gratuité » *in* La gratuité. La réception par le droit d'un concept polymorphe, Actes du Colloque de Besançon des 4 et 5 octobre 2012, ss. dir., C. ZOLYNSKI et N. MARTIAL-BRAZ : LGDJ, 2012

CHEVALLIER (M.), « Internet : Facebook, l'empire fragile » : *Alternatives économiques*, 11/2010, n° 296

CHONÉ (A.-S.), « Google en position dominante : affaire à suivre… » : *Legipresse*, févr. 2011, n° 280

CORIAT (B.), « Des communs "foncier" aux communs "informationnels". Traits communs et différences », actes du séminaire « Propriété et communs. Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés », 2013

DANG NGUYEN (G.), DEJEAN (S.), PÉNARD (T.), « Gratuité sur Internet : entre logiques individuelles et logiques communautaires », *in* Cahier de recherches, 2012/11, Marsouin

DANG NGUYEN (G.) et PENARD (T.),

- « Interaction et coopération en réseau. Un modèle de gratuité » : *Revue économique*, hors-série, 2001, p. 57-76
- « La gratuité à la croisée des nouveaux modèles d'affaires sur l'Internet » : *La Découverte, Réseaux*, 2004/2 n° 124, p .81-109

DEJEAN (S.), « La gratuité est-elle une fatalité sur les marchés numériques ? Une étude sur le consentement à payer pour des offres de contenus audiovisuels sur internet » : *Economie & prévision*, 2010/3 n° 194, p. 15-32

EVANS (D.-S.), « Some empirical aspects of multi-sided platform industries », *in* Revue of Network Economics, Vol.2, Issue.3, sept. 2003, p. 191-209

EVANS (D.-S.) et SCHMALENSEE (R.), « The antitrust analysis of multi-sided platform business », *in* Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper, n° 623, 2012, p. 6.

FINDIKIAN (D.), « YouTube : destruction créatrice pour l'industrie musicale ? », 16 mai 2016

FORSE (M.), « Les réseaux sociaux d'aujourd'hui » : *Revue de l'OFCE*, 2012/7 n° 126

GABSZEWICZ (J.), LAUSSEL (D.), SONNAC (N.), « TV-Broadcasting competiton and advertising », *in* CORE Discussion Paper, 6, Université Catholique de Louvain et Lucarnes Bleues, n° 9972 CREST/LEI

GENSOLLEN (M.), « La création de valeur sur Internet » : *Réseaux* 1999, Vol. 17, n° 97, p. 15-76

GOWERS (A.), « Gowers review of Intellectual Property », déc. 2006

KAPLAN (A.-M.), « Twitter ou le pouvoir de 140 caractères » : *L'expansion Management Review*, 2011/1 n° 140

KIYINDU (A.), « Réseaux socionumériques et solidarité » : *Hermès, La revue*, 2011/1 n° 59

LASSÈGUE (J.), « Quelques interrogations sur le phénomène de la gratuité sur Internet », Exposé présenté au groupe de travail « Économie » du Forum d'Action Modernité, janv. 2007

LEIBENSTEIN (H.), « Bandwagon, Snob, and Veblen Effects in the Theory of Consumers' Demand » : The Quartely Journal of Economics, Vol. 64 n° 2, mai 1950, p. 183-207

MUSELLI (L), « Les licences informatiques, un instrument stratégique des éditeurs de logiciels », *Réseaux 2004/3*, n° 125, p. 143-174

PROULX (S.) et GOLDENBERG (A.), « Internet et la culture de la gratuité », *in* La gratuité, éloge de l'inestimable : *Revue du MAUSS*, n° 35, premier semestre 2010, p. 273-288

REBILLARD (F.), « Du Web2.0 au Web² : fortunes et infortunes des discours d'accompagnement des réseaux socionumériques » : *Hermès, La Revue*, 2011/1 n° 59, p. 25-30

ROCHET (J.-C) et TIROLE (J.), « Two sided-markets : on overview » : *RANDS, Journal of Economics*, 37(3), p. 645-667

ROHLFS (J.), « A theory of interdependant demand for a communication services » : *Bell Journal Of Economics and Management Science*, 1974, p. 16-36

SOUBROUILLARD (R.), « Gratuit, le prix à payer » : *Le Débat*, 2006/2 n° 139, p. 92-108

TCHUENTE D., BAPTISTE-JESSEL N et CANUT M.-F., « Accès à l'information dans les réseaux socionumériques » : *Hermès, La revue*, 2011/1, n° 59, p. 59

TESTART (A.), « Échange marchand, échange non marchand » : *Revue française de sociologie*, 2001, 42-4, p. 719-748

VASSELIN (F.), « Les fondements économiques de la gratuité des biens et services informationnels. Financement indirect et investissement en gratuité » : *Cahiers de la MSE*, 2005/37

VELARDOCCHIO (D.), « Juillet 2015 - Juillet 2016 : Un départ et des rapprochements » : *D. P. 2016*, n° 262

WEINSTEIN (O.), « Comment se construisent les communs : question à partir d'Ostrom », *in* Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire : éd. LLL, 2015, p. 69-86

V. Sitographie

A. Par auteurs

AIGRAIN (P.), « Comment délimiter le partage non marchand entre individus », *in* Commons, Blog de Philippe Aigrain, 13 févr. 2012

AUBERT (P.), « Twitter, plus que jamais plateforme d'information en temps réel » : Zdnet.fr, 5 sept. 2015

BENABOU (V.-L.), « GS MEDIAaaaargh ! », *in* Le « chat » et la souris, Déclic en droit du net, Blog

BEUTH (M.-C.), « Twitter dévoile son modèle économique » : Lefigaro.fr, 13 avr. 2010

BRETEAU (P.), « Streaming musical : combien touche les artistes ? » : Lemonde.fr, 25 juin 2015

CONGE (P.), « HADOPI, de pire en pire ? » : Marianne.net, 11 juill. 2015

DAHAN (S.), « Les réseaux sociaux, nouveaux héros de l'art ? » : Greenroom.fr, 19 août 2015

DREYFUS (F) et ROCHER (J.), « De bonnes raisons de refuser la licence globale » : Le Figaro, 18 janv. 2006

FERRAN (B.),

- « Daylimotion met l'accent sur les vidéos payantes » : Lefigaro.fr, 13 juin 2013.
- « Le site de musique Vevo débarque en France » : Lefigaro.fr, 15 nov. 2012

FOURNIER (A.), « Combien coûterait Internet sans publicité ? » : Lemonde.fr, 24 août 2014

FUENTES CAMACHO (T.) et DE BADIRAC (B.), « « Les logiciels libres » : Plus de démocratie ou d'argent dans la société de l'information ? » : http://www.unesco.org

HIDALGO (A.), GIRARD (C.), « Coup dur pour la création » : Le Monde, 27 déc. 2005

HUGENHOLTZ (B.), « Fierce creatures. Copyright exemptions : Toward extinction », *in Rights, limitations and exceptions : striking a proper balance*, Conférence AFLA/IMPRIMATUR, Amsterdam, 30-31 oct. 1997, www.ivir.nl

KAYALI (L.), « Bruxelles s'attaque au retrait des contenus illégaux en ligne » : Contexte, 12 sept. 2017

MADELAINE (N.), « YouTube a reversé 1 milliard de dollars à la filière musicale » : LesEchos.fr, 6 déc. 2016

ORESKOVIC (A.), EXBRAYAT (W.), « Facebook affiche un chiffre d'affaire en hausse de 59% au 3ème trimestre » : Capital.fr, 28 oct. 2014

PHILIPPE (J.), « De la vidéo sur Facebook, quel impact pour les ayants droit ? » : Irma.fr, 29 janv. 2015

PRODHAN (G.)., « YouTube wins German court case over artists' fee » : Reuteurs.com, 30 juin 2015

RESNIKOFF (P.), « Youtube : We'll never stop focusing on Free content » : DigitalMusicNews.com, 2 juin 2015

ROLFE (W.), « YouTube : 1 billion viewers, no profit » : Wall Street Journal, WSJ.com, 25 févr. 2015

RONFAUT (L.), « Avec la vidéo en ligne, Facebook concurrence la publicité télé » : Lefigaro.fr, 10 juill. 2014

VERSIEUX (A.) et PHANEN (S.), « L'Allemagne déconne à plein YouTube » : Liberation.fr, 6 févr. 2013

B. Par sites internet

« Les FAI à la HADOPI : ça fera 2,5 millions pour les adresses IP » : Zdnet.fr, 14 févr. 2012

« Des artistes indépendants bientôt bloqués sur YouTube » : Lemonde.fr, 18 juin 2014

« Paul Budnitz, créateur d'Ello : la publicité, c'est le diable » : Lemonde.fr, 30 sept. 2014

« Chiffres clés : le marché français de la musique sur Internet » : Zdnet.fr, févr. 2015

« Twitter : pub ciblée en fonction des applications » : Lefigaro.fr, 11 juin 2015

« Twitter test la pub ciblée » : Lesechos.fr, 20 juin 2015

« Facebook : un milliard d'utilisateur en une journée » : Les Echos.fr, 28 août 2015

« Facebook franchit le cap du milliard d'utilisateurs sur une journée » : Lemonde.fr, 28 août 2015

VI. Avis et Rapports

ALPA, *La consommation illégale de vidéos sur Internet, période 2009-2016*, févr. 2017

ARCEP, *Avis n°2015-1316 relatif au projet de loi pour une République numérique*, novembre 2015

MARTIN (J.), BEAUFILS (C.), *Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique,* oct. 2015

CCE (Commission des Communautés Européennes), *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, Livre Vert, COM (2008) 466/3

Commissions des clauses abusives, *Recommandation n°2014-02 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux*, http://www.clauses-abusives.fr

Commission européenne,

- Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, juill. 2014 ;
- Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social et au comité des régions sur l'examen à mi-parcours de la mise en œuvre de la stratégie pour le marché unique numérique, mai 2017 ;
- Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Lutter contre le contenu illicite en ligne, Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, 28 sept. 2017.

CE, *Le numérique et les droits fondamentaux* : La documentation française, 2014

Conseil Économique et Social, *Les droits d'auteur*, M. MULLER, 2004

CNNum (Conseil National du Numérique),

- *Ambition numérique, Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, juin 2015
- *Avis n°2015-3 relatif au projet de loi pour une République numérique*, novembre 2015
- *Plateformes – Compte rendu réunion de travail du 4, 22 octobre et 15 novembre 2013*

Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), *Étude exploratoire sur les droits d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, 2011

CSA, *Plateformes et accès aux contenus audiovisuels*, sept. 2016

CSPLA

- *Commission spécialisée portant sur la distribution des œuvres en ligne*, Avis 2005-2
- *Rapport de la commission spécialisée « Informatique dans les nuages »,* 2012
- Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, oct. 2014

- *Mission articulation des directives 2000/31 et 2001/29, Rapport et propositions*, 2015
- Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique, oct. 2015
- Mission droit de communication au public, Rapport et propositions, déc. 2016
- Rapport sur la protection du droit d'auteur sur les plateformes numériques : les outils existants, les bonnes pratiques et leurs limites, déc. 2017
- Rapport de la mission sur l'état des lieux de la *blockchain* et ses effets potentiels pour la propriété littéraire et artistique, janv. 2018.
- Rapport sur l'objet et le champ d'application du droit voisin des éditeurs de publications de presse, janv. 2018.

CSPLA, CNC, HADOPI, Rapport de la mission : vers une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage, État de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus, nov. 2019.

DARCHE (M.-A.), SEGUIN (L.), FERMIGIER (S.), ELIE (F.), DI COSMO (R.), MEISTER (G.), *Modèles économiques liés aux logiciels libres*, Association Francophone des utilisateurs de Linux et des logiciels libres, 2007

DGCCRF, *Injonction – Facebook Ireland LTD et Facebook Payments International LTD*, Février 2016,
http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/injonctions-clauses-abusives

IFPI,
- Digital Music Report 2015, *Le marché mondial de la musique enregistrée*
- Global Music Report 2017, *Annual state of the industry*, avr. 2017

Ernst & Young, Piratage en France, Estimation du manque à gagner lié à la consommation illégale de contenus audiovisuels, févr. 2017

European Commission, *Communication from the commission to the European parliament, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions*, 2015

FOURGOUS (J.-M), *Réussir l'école numérique*, Rapport de la mission parlementaire sur la modernisation de l'école par le numérique, 15 févr. 2010

FARCHY (J.), DE LA TAILLADE (M.), *Les licences libres dans le secteur culturel, Rapport de mission pour le CSPLA*, déc. 2017

HADOPI
- *Rapport d'activité 2015-2016*
- *Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicite,* par M. IMBERT-QUARETTA., M.-F., MARAIS, février 2013
- *Travaux engagés sur la rémunération proportionnelle de partage, Rapport intermédiaire*, 30 juin 2014

HERVÉ (L.), BOUCHOUX (C.), *Rapport d'information*, juillet 2015

IFPI, *Digital Music Report*, 2015

IMBERT-QUARETTA (M.), *Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne*, Rapport à Madame la ministre de la culture et de la communication, mai 2014

Médiamétrie,
- « L'audience de l'Internet en France en avril 2017 », mai 2017
- « L'audience de la vidéo sur Internet en France en mars 2017 », mai 2017

Mission « Acte II de l'exception culturelle », *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, P. LESCURE, t.1, mai 2013, dit « Rapport Lescure »

OCDE, *Internet participatif : contenu créé par l'utilisateur*, 2007

PARANCE (B.) et DE SAINT-VICTOR (J.), « « Commons, biens communs, communs » : une révolution juridique nécessaire », *in* Repenser les biens communs, dir. B. PARANCE., J. DE SAINT-VICTOR, CNRS Éditions, 2014, p. 9-32

Parlement européen, *Rapport sur les plateformes en ligne et le marché unique numérique*, mai 2017

PAUL (C.) et FÉRAL-SCHUHL (C.), *Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique*, Rapport n° 3119

PHÉLINE (C.), *Musique en ligne et partage de la valeur, États des lieux, voies de négociation et rôle de la loi*, nov. 2013

Rapport 2015-2016 de la Charte de bonnes pratiques dans la publicité pour le respect du droit d'auteur et des droits voisins

Rapport Olivennes, novembre 2007

Rapport REDA, juin 2015

Rapport Thiollière, avril 2006

SACEM,
- *Le poids des biens culturels pour les géants du net »*, novembre 2015
- *Droit d'auteur et streaming – Créer de la valeur, inspirer le futur*, novembre 2016

SIRINELLI (P.), *Exceptions et limites aux droits d'auteur et droits voisins*, Atelier sur la mise en œuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, décembre 1999
SNEP,
- *Le partage des revenus de la musique enregistrée*, avr. 2014
- *L'économie de la production musicale 2017*, juin 2017

VOSS (A.), *Proposal for a directive on copyright in the digital market*, févr. 2018

VII. Notes, observations et conclusions

BEAUGRAND (T.) et BELIN (B.),
Obs. sur United States District Court, Southern District of New York, Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 30 mars 2013, n° 12 Civ. 95 (RJS) : *RLDI* janv. 2014, n° 3306

BENABOU (V.-L.),
Obs. sur CEDH, 29 janv. 2008, n° 19247/03 : *Propr. intell*. 2008, p. 338
Obs. sur CJUE, 4 oct. 2011, aff. C-403/08, Football Association Premier League / QC Leisure : *Propr. intell*. 2012, p. 51
Obs. sur CJUE, 3e ch., 15 mars 2012, aff. C-135/10, Società Consortile Fonografici (SCF) c/ Marco Del Corso : *Propr. intell. 2012*, p. 429
Obs. sur CJUE, 31 mai 2016, aff. C-117/15, Reha Training : *Dalloz IP/IT* 2016, p. 420

BENSAMOUN (A.),
Obs. sur Cass. 1re civ., 30 janv. 2007 : *RLDI* 2007/25, n° 831

BERNAULT (C.),
Obs. sur CJUE, 22 sept. 2016, aff. C-110/15, Microsoft Mobile Sales International Oy c/ MIBAC et SIAE : *Propr. intell*. 2017, n° 62, p. 27

BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.),
Note sous Cass. 1re civ., 3 févr. 1999 : *JCP* 1999. II. 10083,

BLANC (N.),
Note sous CJUE, 3 sept. 2014, aff. C-201/13, Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds c/ Helena Vandersteen : *Légipresse* 2014, p. 604

BOUCHE (N.),
Note sous Cass. 1re civ., 13 nov. 2003 : *D.* 2004, jur. 200

BRUGUIÈRE (J.-M.),
Obs. sur Cass. 1ère civ., 21 nov. 2006, n° 05-15.674 : *Propr. intell.* 2006, n° 22, p. 94
Obs. sur CJUE, 3 sept. 2014, aff. C-201/13, Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds c/ Helena Vandersteen : *Propr. intell*. 2014, p. 393
Obs. sur CJUE, 31 mai 2016, aff. C-117/15, Reha Training : *Propr. intell*. 2016, p. 433
Obs. sur TGI, Paris, 9 mars 2017 : *Propr. intell*. 2017, n° 64, p. 69
Obs. sur CJUE, 26 avr. 2017, aff. C-527/15, Stichting Brein c/ Wullems : *Propr. intell.* 2017, n° 64, p. 67
Obs. sur CJUE, 11 juin 2017, aff. C-610/15, Stichting Brein c/ Ziggo BV, XS4All Internet BV : *Propr. intell*. 2017, n° 65, p. 62

BUIG (P.),
Note sous Cass. 1re civ., 18 févr. 2009 : *RDC*, juill. 2009, n° 3 p. 1138

CARBONNIER (J.),
Obs. sur Cass. soc., 16 juin 1951 : *RTD civ*. 1952. 239

CARON (C.),
Obs. sur Cass. 1re civ., 23 janv. 2001 : *Comm. com. électr. comm*. 2001, n° 34
Note sous CA Paris, 4e ch., 30 mai 2001 : *D.* 2001, jur. 2504
Obs. sur CA Nancy, 4e ch. corr., 20 mai 2003 : *Comm. com. électr*. 2004, comm. 73
Note sous Cass. 1re civ., 13 nov. 2003 : *Comm. com. électr.* 2004, comm. 2
Note sous Cass. 1re civ., 1er mars 2005 : *JCP G* 2005, II 10 053
Obs. sur Cass. 1re civ., 15 mars 2005 : *Comm. com. électr*. 2005, comm.78
Obs. sur CA Toulouse, 30 mars 2005 : *Comm. com. électr*. 2005, comm. 155
Note sous CA Paris, 4ème ch. 22 avr. 2005 : *Comm. com. électr.* 2005, comm. 98
Note sous Cass. crim. 30 mai 2006 : *Comm. com. électr*. 2006, comm. 118
Note sous Cass. 1re civ., 30 janv. 2007 : *Comm. com. électr*. 2007, comm. 34
Note sous CA Aix, 5 sept. 2007 : *Comm. com. électr*. 2007, comm. 130
CEDH, 29 janv. 2008, n° 19247/03 : *Comm. com. électr*. 2008, comm. 76
Note sous CJCE, 4e ch., 17 avr. 2008, aff. C-456/06, Peek & Cloppenburg c/ Cassina SpA : *Comm. com. électr.* 2008, comm. 87
Note sous CE, 11 juill. 2008 : *Comm. com. électr*. 2008, comm. 112
Note sous CA Paris, 18 févr. 2011 : *Comm. com. électr*. 2012, comm. 1
Note sous CJUE, 4 oct. 2011, aff. C-403/08, Football Association Premier League / QC Leisure : *Comm. com. électr*. 2011, comm. 110
Note sous CJUE, 3e ch., 15 mars 2012, aff. C-135/10, Società Consortile Fonografici (SCF) c/ Marco Del Corso : *Comm. com. électr. 2012*, comm. 48
Note sous CJUE, 3e ch., 15 mars 2012, aff. C-162/10, Phonographic Performance c/ Irlande : Comm. com. électr. 2012, comm. 48
Note sous CJUE, 3 juill. 2012 : *Comm. com. électr*. 2012, comm. 106

Obs. sur CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, Svensson : *Comm. com. électr*. 2014, comm. 34
Obs. sur CJUE, 3 sept. 2014, aff. C-201/13, Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds c/ Helena Vandersteen : *Comm. com. électr*. 2014, comm. 82
Obs. sur CJUE, 22 janv. 2015, aff. C-419/13, Art & AllPosters International BV : Comm. com. électr. 2015, comm. 18
Note sous CJUE, 4e ch., 13 mai 2015, aff. C-516/2013, Dimensione Direct Sales et Labianca c/ Knoll International SpA : *Comm. com. électr. 2015*, comm. 56
Note sous Cass. 1re civ., 15 mai 2015 : *Comm. com. électr*. 2015, comm. 55
Note sous CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, GS Media : *Comm. comm. électr. 2016,* comm. 78
Note sous CJUE, 3e ch., 12 oct. 2016, aff. C-166/15, Ranks et al. c/ Microsoft corp. et al. : *Comm. com. électr*. 2016, comm. 99
Note sous CJUE, 26 avr. 2017, aff. C-527/15, Stichting Brein c/ Wullems : *Comm. com. électr.* 2017, comm. 50
Note sous CJUE, 11 juin 2017, aff. C-610/15, Stichting Brein c/ Ziggo BV, XS4All Internet BV : *Comm. com. électr*. 2017, comm. 70
Note sous Cons. const., 4 août 2017, n° 2017-649 : *Comm. com. électr*. 2017, comm. 86
Note sous CJUE, 29 nov. 2017, aff. C-265/16, VCAST Limited c/ RTI SpA : *Comm. com. électr. 2018*, comm. 1

CASTETS-RENARD (C.),
Obs. sur CJUE, 3 sept. 2014, aff. C-201/13, Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds c/ Helena Vandersteen : *RLDI* août-sept. 2014, n° 3583

CAZET (S.),
Obs. CJUE, 31 mai 2016, aff. C-117/15, Reha Training : *Europe* 2016, comm. 249

CHAMPENOIS (G.),
Obs. sur Cass. 1re civ., 3 avr. 2002 : *D.* 2003, p. 46

CHAPPERT (A.),
Note sous Cass. com., 5 oct. 2004 : *Défrénois* 2005, p. 132

CHOISY (S.),
Obs. sur TGI Lyon, 4 avr. 2001 : *RIDA*, 4/2001, p. 421
Note sous Cass. 1re civ., 30 janv. 2007 : *D.* 2007, p. 920

COHEN (D.),
Note sous Cass. com., 22 oct. 1996 : *Bull. civ. IV*, n° 261, p. 223 ; *JCP G* 1997. II. 22881

COLOMBET (C.),
Obs. sur CA Versailles, 20 janv. 1987 : *D.* 1998, somm. 207
Obs. sur Cass. 1re civ., 17 nov. 1981 : *D.* 1983

COSTES (L.),
Obs. sur Cass. 1re civ., 13 nov. 2003 : *RLDA* 2004, n° 4249,

DALEAU (J.),
Note sous Cass. 1re civ., 30 janv. 2007 : *D.* 2007, p. 497
Obs. sur Cass. 1re civ., 16 nov. 2016 : *Dalloz IP/IT* 2017, p. 172

DAVERAT (X.),
Note sous TGI Paris, 15 janv. 2010 : *Comm. com. électr*. 2010, chron. 4

DERIEUX (E.),
Note sous TGI Paris, 3ème ch. 15 avr. 2008 : *JCP-G* 2008, II, 10140

DESBOIS (H.),
Obs. sur TI Reims, 26 oct. 1960 : *RTD com*. 1961, p. 89
Obs. sur CA Douala, 3 mars 1967 : *RTD com.* 1968, p. 346
Obs. sur CA Grenoble, 28 févr. 1968 : *RIDA* 1968, n° 57, p. 166 ; *RTD Com*. 1968, p. 349
Obs. sur Cass. 1re civ., 14 juin 1972 : *RTD com*. 1973, p. 262

DORMONT (S.),
Note sous CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, GS Media : *Comm. com. électr.* 2017*,* étude 4
Note sous CJUE, 29 nov. 2017, aff. C-265/16, VCAST Limited c/ RTI SpA : *Dalloz IP/IT* 2018, p. 188

DREYER (E.),
Note sous Cass. crim. 30 mai 2006 : *D.* 2006, p. 2676

EDELMAN (B.),
Note sous CJCE, 7 déc. 2006, aff. C-306/05, SGAE c/ Rafael Hoteles SA : *D.* 2007, p. 1236

FRANÇON (A.),
Obs. sur Cass. crim, 30 janv. 1978 : *RTD com*. 1979, p. 456
Obs. sur TGI Paris, 20 févr. 1981 : *RTD com*, 1981, p. 83

GALOPIN (B.),
Note sour CJUE, 3 sept. 2014, aff. C-201/13, Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds c/ Helena Vandersteen : *D.* 2014, p. 2097

GEIGER (C.),
Note sous Cass. 1re civ., 13 nov. 2003 : *JCP G* 2004, II, 10080
Obs. sur Cass. 1re civ., 30 janv. 2007 : *RLDI* 2007/26, n° 871 et s.

GRIMALDI (M.),
Note sous Cass. 1re civ., 3 févr. 1999 : *D.* 1999, p. 307

GRYNBAUM (L.),
Note sous Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-27.729 : *RLDI* 2013, n° 89, p. 27

GUILLOUX (J.-M.),
Obs. sur Cass. 1re civ., 15 mai 2015 : *RLDI* 2015, n° 116

HASSLER (T.),
Obs. sur Cass. 1re civ., 20 oct. 1992 : *D.* 1992, p. 72

HUET (J.),
Note sous CJUE, 3 juill. 2012 : *D.* 2012, p. 2101

IDOT (L.),
Obs. sur CJUE, 3e ch., 15 mars 2012, aff. C-135/10, Società Consortile Fonografici (SCF) c/ Marco Del Corso : *2012*, comm. 217

KAMINA (P.),
Note sous TGI Paris, 23 févr. 1999 : *D.* 1999, jur. 580
Note sous Cass. 1re civ., 13 nov. 2003 : *Propr. ind.* 2004, comm. 8

KÉRÉVER (A.),
Note sous TGI Paris, 23 févr. 1999 : *RIDA* 2000, n° 184, p. 374
Obs. sur Cass. 1re civ., 13 nov. 2003 : *RIDA* 2004, n° 200, p. 291

KHALVADJIAN (B.),
Note sous CA Paris, 18 sept. 2013, n° 12/02480 : *Légipresse* 2014, n° 313, p. 103

LARRIEU (J.),
Obs. sur Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-27.729 : *Propr. ind*. 2013, comm. 18

LEBOIS (A.),
Obs. sur CJUE, 4e ch., 13 mai 2015, aff. C-516/2013, Dimensione Direct Sales et Labianca c/ Knoll International SpA : *juill. 2015*, p. 2

LOISEAU (G.),
Note sous TGI Paris, ord., 5 mars 2015 : *Comm. com. électr.* 2015, comm. 51
Note sous Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-27.729 : *Comm. com. électr.* 2013, comm. 14

LUCAS (A.),
Obs. sur CA Paris, 4e ch., 30 mai 2001 : *Propr. intell.* 2001, n° 1, p. 66
Obs. sur Cass. 1re civ., 13 nov. 2003 : *Propr. intell.* 2004, n° 10, p. 549,
Obs. sur CA Paris, 4ème ch., 10 déc. 2004 : *Propr. intell.* 2005, n° 15 p. 175
Obs. sur CA Paris, 4e ch. 9 mars 2005 : *Propr. intell*. 2005, p. 337
Obs. sur CJCE, 12 sept. 2006, aff. C-479/04 : *Propr. intell*. 2007, p. 211

Obs. sur CJCE, 7 déc. 2006, aff. C-306/05, SGAE c/ Rafael Hoteles SA: *Propr. intell*. 2007, p. 87
Obs. sur Cass. 1re civ., 30 janv. 2007 : *Propr. intell.* 2007, n° 23, p. 207
Obs. sur CA Aix, 5 sept. 2007 : *Propr. intell*. 2008, p. 110
Obs. sur CA Bruxelles, 9ème Ch. 5 mai 2011 : *Propr. intell*. 2011, p. 300
Obs. sur United States District Court, Southern District of New York, Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 30 mars 2013, n° 12 Civ. 95 (RJS) : *Propr. intell*. juill. 2013, p. 308
Obs. sur CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, Svensson : *Propr. intell*. 2014, n° 51, p. 165
Note sous Cass. 1re civ., 15 mai 2015 : *Propr. intell*. 2015, p. 281
Obs. sur CJUE, 3e ch., 12 oct. 2016, aff. C-166/15, Ranks et al. c/ Microsoft corp. et al. : *Propr. intell*. 2017, n° 62, p. 17

LUCAS-SCHLOETTER (A.),
Obs. sur CJUE, 31 mai 2016, aff. C-117/15, Reha Training : *LEPI* 2016, n° 126

LUCAS (A.), et SIRINELLI (P.),
Obs. sur CA Paris, 4ème ch. 22 avr. 2005 : *Propr. intell.* 2005, p. 340

MALAURIE-VIGNAL (M.),
Note sous CA Paris, 5 janv. 2000 : LPA, 18 juill. 2000, p. 25, n° 42

MARCHI (J.-F.),
Note sous Trib. Corr, 24 janv. 1984 : *Gaz. Pal.* 1984, 1, p. 240

MARÉCHAL (C.),
Note sous CJUE, 22 janv. 2015, aff. C-419/13, Art & AllPosters International BV : *D.* 2015, p. 776

MAZEAUD (D.),
Obs. sur Cass. 1re civ., 3 févr. 1999 : *Défrénois* 1999, p.783

PASSA (J.),
CA Paris, 18 oct. 2000 : *D.* 2001, p. 850

PATARIN (J.),
Obs. sur CA Versailles, 20 janv. 1987 *RTD civ*. 1988, p. 802
Obs. sur Cass. 1re civ., 17 déc. 1996 : *RTD civ*. 1998, p. 450

POLLAUD-DULIAN (F.),
Obs. sur TGI Lyon, 4 avr. 2001 : *JCP G*, 2001, II, 10563
Obs. sur Cass. 1re civ., 30 janv. 2007 : *RTD com*. 2007, p. 354
Obs. sur CE, 11 juill. 2008 : *RTD. com*. 2008, p. 747
Obs. sur TGI Paris, 3ème ch., 25 nov. 2008 : *RTD com*. 2009, p. 312
Obs. sur CJUE, 4 oct. 2011, aff. C-403/08, Football Association Premier League / QC Leisure, : *RTD com*. 2011, p. 744

Obs. sur CA Paris, 8 févr. 2012 : *RTD com.* 2012, p. 332
Obs. sur CJUE, 3e ch., 15 mars 2012, aff. C-135/10, Società Consortile Fonografici (SCF) c/ Marco Del Corso : *RTD com*. 2012, p. 322
Obs. sur CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, Svensson : *RTD com*. 2014, p. 600
Obs. sur CJUE, 3 sept. 2014, aff. C-201/13, Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds c/ Helena Vandersteen : *RTD com*. 2014, p. 815
Note sous Cass. 1re civ., 15 mai 2015 : *RTD com*. 2015, p. 515
Obs. sur CJUE, 3e ch., 12 oct. 2016, aff. C-166/15, Ranks et al. c/ Microsoft corp. et al. : *RTD com*. 2017, p. 83, obs.

VOIRIN (P.),
Note sous Cass. 1re civ., 11 juill. 1960 : *D.* 1960, p. 702

SERIAUX (P.),
Note sous Cass. com., 22 oct. 1996 : *Bull. civ. IV*, n° 261, p. 223 ; *D.* 1997. 121 note

SIRINELLI (P.),
Obs. sur Cass. 1re civ., 15 mars 2005 : *Propr. intell*. 2005, p. 165
Obs. sur TGI Paris, 3ème ch., 25 nov. 2008 : *RIDA* 1/2009, p. 219
Obs. sur Cass. 1re civ., 12 juill. 2012 : *RIDA* 4/2012, p. 547
Obs. sur CJUE, 4 oct. 2011, aff. C-403/08, Football Association Premier League / QC Leisure : *D.* 2011, p. 2836
Obs. sur CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, Svensson : *D.* 2014, p. 2083
Obs. sur CJUE, 3 sept. 2014, aff. C-201/13, Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds c/ Helena Vandersteen : *RIDA* 4/2014, p. 387

STOFFEL-MUNCK (Ph.),
Obs. sur Cass. 1ère civ., 21 nov. 2006, n° 05-15.674 *JCP G* 2007. I. .115, n° 3

TRÉPOZ (E.),
Obs. sur CJUE, 4 oct. 2011, aff. C-403/08, Football Association Premier League / QC Leisure : *RTD eur*. 2011, p. 855

VARET (V.),
Note sous CA Paris, 4e ch., 30 mai 2001 : *Légipresse* 2001, n° 184, III, p. 137
Note sous Cass. 1re civ., 13 nov. 2003 : *Légipresse* 2004, n° 209, III, 23

VIVANT (M.) et GEIGER (C.),
Note sous Cass. 1re civ., 15 mai 2015 : *Propr. intell*. 2016, n° 58, p. 89

ZOLLINGER (A.),
Obs. sur CA Paris, 4e ch., 30 mai 2001 : *JCP E* 2003, chron. 278
Obs. sur Cass. 1re civ., 13 nov. 2003 : *JCP E* 2004, chron. 1898
Obs. sur CJCE, 12 sept. 2006, aff. C-479/04 : *JCP E* 2008, 1144
Obs. sur CEDH, 29 janv. 2008, n° 19247/03 : *JCP E* 2008, 1934

Obs. sur CJUE, 3 sept. 2014, aff. C-201/13, Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds c/ Helena Vandersteen : *JCP E* 2015, 1389, n° 7

Jurisprudence

Partie 1

Titre 1 : Identification des actes à titre gratuit de droit d'auteur en l'absence de contrepartie

- Req., 24 avr. 1863 : *D*. 1863. 1 .402 ; *S*. 1863. 1 .362
- Trib. civ. Mamers, 2 févr. 1875 : *D. P 1875. 2. 188*
- Cass. 1ère civ., 8 nov. 1911 : *D. P*. 1912. 1.289
- CA Paris, 24 juill. 1913 : *D*. 1914. 2. 53
- Cass. 1re civ., 11 juill. 1960 : *D.* 1960, p. 702
- Cass. 1re civ., 28 févr. 1984 : *Bull. civ*. I, n° 78
- Cass. 1re civ., 3 juill. 1996 : *Bull. civ. I*, n° 286, p. 200
- Cass. com., 22 oct. 1996 : *Bull. civ. IV*, n° 261, p. 223
- CA Paris, 1er juill. 1998 : *RIDA* 1999, p. 390, n° 179
- Cass. 1re civ., 3 févr. 1999 : *JCP* 1999. II. 10083 ; *D.* 1999, p. 307 ; *Défrénois* 1999, p.783.
- Cass. 1re civ., 3 avr. 2002 : *D.* 2003, p. 46
- Cass. com., 5 oct. 2004 : *Défrénois* 2005, p. 132

Titre 2 : Identification des actes à titre gratuit de droit d'auteur en présence de contrepartie

- Cass. 1re civ., 26 févr. 1919 : *S.* 1920, I, 203
- Cass. soc., 16 juin 1951 : *RTD civ*. 1952. 239
- Cass. 1re civ., 14 nov. 1958 : *Gaz. pal.* 1959, I. p.31
- Cass. 1re civ., 9 mai 1966 : *Bull. civ*. I, n° 262
- Cass. 1re civ., 20 déc. 1966 : *Bull. civ*. 1966, n° 558, p. 423
- Cass. com., 19 juill. 1971 : *Bull. civ*. IV, n° 213
- CA Versailles, 20 janv. 1987 : *D.* 1998, somm. 207 ; *RTD civ*. 1988, p. 802
- Cass. 1re civ., 17 déc. 1996 : *RTD Civ*. 1998, p. 450
- TGI Paris, 1re ch., 23 avr. 1997 : *RIDA* 3/1997, p. 366
- CA Paris, 1er juill. 1998 : *RIDA* 4/1999, p. 390, n° 179
- TGI Paris, 3e ch., 30 nov. : *Comm. com. électr.* 2001, comm. 87 ; *RIDA* 2000, n°185, p. 435
- TGI Chambéry, 15 nov. 2007, inédit
- Cass. 1re civ., 23 janv. 2001 : *Comm. com. électr. comm*. 2001, n° 34
- CA Paris, 4ème ch., 10 déc. 2004 : *Propr. intell.* 2005, n° 15 p. 175 ; *RIDA* 2005. p. 286.

- Cass. 1ère civ., 21 nov. 2006, n° 05-15.674 : Bull. civ. I, n° 498 ; *Propr. intell.* 2006, n° 22, p. 94 ; *JCP G* 2007. I. .115, n° 3
- CA Paris, 4ème ch. B, 25 nov. 2005 : Comm. com. électr. 2006, comm. 40, n° 3
- TGI Chambéry, 15 nov. 2007, inédit
- Cass. 1re civ., 18 févr. 2009 : *RDC*, juill. 2009, n° 3 p. 1138
- CE, 30 sept. 2011 : Jurisdata n° 2011-020388
- TGI Paris, ord., 5 mars 2015 : *Comm. com. électr.* n° 6, 2015, comm. 51
- Cass. 1re civ., 16 nov. 2016 : Dalloz IP/IT 2017, p. 172

Partie 2

Titre 1 : L'usage à titre gratuit confronté à la commercialité

Jurisprudences nationales

- TI Reims, 26 oct. 1960 : *RTD Com*. 1961, p. 89
- CA Douala, 3 mars 1967 : *RTD Com.* 1968, p. 346
- CA Grenoble, 28 févr. 1968 : *RIDA* 1968, n° 57, p. 166 ; *RTD Com*. 1968, p. 349
- Cour de Paris, 17 mars 1970 : *RIDA* 1/1970, p. 179.
- Cass. 1re civ., 14 juin 1972 : *D.* 1972, p. 659 ; *RTD com*. 1973, p. 262
- Cass. crim, 30 janv. 1978 : *D.* 1979, p. 583 ; RTD com. 1979, p. 456
- TGI Paris, 20 févr. 1981 : *RTD com*, 1981, p. 83
- Cass. 1re civ., 17 nov. 1981 : *D.* 1983
- Trib. Corr, 24 janv. 1984 : *Gaz. Pal.* 1984, 1, p. 240
- Cass. 1re civ., 27 mars 1990 : *JCP G* 1990, IV, p. 203.
- Cass. crim, 4 janv. 1991 : JurisData n° 1991-003606.
- Cass. 1re civ., 20 oct. 1992 : *D. 1992*, p. 72
- CA Paris, 11 mai 1993 : *RIDA* 3/1993, p. 340.
- TGI Paris, 23 févr. 1999 : *D.* 1999, jur. 580 ; *RIDA* 2000, n° 184, p. 374
- CA Paris, 5 janv. 2000 : LPA, 18 juill. 2000, p. 25, n° 42
- CA Paris, 18 oct. 2000 : *D.* 2001, p. 850
- TGI Lyon, 4 avr. 2001 : *JCP G*, 2001, II, 10563 ; *RIDA*, 4/2001, p. 421
- CA Paris, 4e ch., 30 mai 2001 : *D.* 2001, jur. 2504 ; *JCP E* 2003, chron. 278 ; *Propr. intell.* 2001, n° 1, p. 66 ; *Légipresse* 2001, n° 184, III, p. 137
- CA Nancy, 4e ch. corr., 20 mai 2003 : *Comm. com. électr*. 2004, comm. 73
- Cass. 1re civ., 13 nov. 2003 : *D.* 2004, jur. 200 ; *JCP G* 2004, II, 10080 ; *JCP E* 2004, chron. 1898 ; *Propr. intell.* 2004, n° 10, p. 549 ; *RIDA* 2004, n° 200, p. 291 ; *Propr. ind.* 2004, comm. 8 ; *RLDA* 2004, n° 4249 ; *Légipresse* 2004, n° 209, III, 23 ; *Comm. com. électr.* 2004, comm. n° 2
- CA Paris, 4ème ch. 22 avr. 2005 : *RIDA 1/2006*, p. 374 ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 98 ; *Propr. intell.* 2005, p. 340

- Cass. 1re civ., 1er mars 2005 : *JCP G* 2005, II 10 053
- CA Paris, 4e ch. 9 mars 2005 : *Propr. intell*. 2005, p. 337
- Cass. 1re civ., 15 mars 2005 : *Propr. intell*. 2005, p. 165 ; *Comm. com. électr*. mai 2005, n° 78
- CA Toulouse, 30 mars 2005 : *Comm. com. électr*. 2005, comm. 155
- Cass. crim. 30 mai 2006 : *RIDA* 4/2006 p. 327 ; *Comm. com. électr*. 2006, comm. 118 ; *D.* 2006, p. 2676
- Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540
- Cass. 1re civ., 30 janv. 2007 : *D.* 2007, p. 920 ; *Comm. com. électr*. 2007, comm. 34 ; *Propr. intell.* 2007, n° 23, p. 207 ; *RTD com*. 2007, p. 354 ; *RLDI* 2007/25, n° 831 ; *RLDI* 2007/26, n° 871 et s.
- CA Paris, 4ème ch., 4 avr. 2007 : *D.* 2007, p.1209
- CA Aix, 5 sept. 2007 : *RIDA* 4/2007, p. 346 ; *Comm. com. électr*. 2007, comm. 130 ; *Propr. intell*. 2008, p. 110
- CA Aix, 5ème ch. 13 févr. 2008 : JurisData n° 2008-358043
- CE, 11 juill. 2008 : *RIDA* 3/2008, p. 279 ; *Comm. com. électr*. 2008, comm. 112 ; *RTD. com*. 2008, p. 747
- TGI Paris, 3ème ch., 25 nov. 2008 : *RLDI* 2008/4, 1449 ; *RTD Com*. 2009, p. 312 ; *RIDA* 1/2009, p. 388 et p. 219
- CA Paris, 18 févr. 2011 : *Comm. com. électr*. 2012, comm. 1
- CA Bruxelles, 9ème Ch. 5 mai 2011 : *Propr. intell*. 2011, p. 300
- Cass. 1re civ., 12 mai 2011 : *Bull. civ*. I, n° 87
- CA Paris, 8 févr. 2012 : *RTD Com.* 2012, p. 332
- Cass. 1re civ., 12 juill. 2012 : *RTD. Com*, 2012, p. 775 ; *RIDA* 4/2012, p. 547
- CA Paris, 18 sept. 2013, n° 12/02480 : Légipresse, n° 313, 2014, p. 103
- Cass. 1re civ., 15 mai 2015 : *Comm. com. électr*. 2015, comm. 55 ; *RTD com*. 2015, p. 515 ; *Propr. intell*. 2015, p. 281 ; *Propr. intell*. 2016, n° 58, p. 89 ; *RLDI* 2015, n° 116
- TGI, Paris, 9 mars 2017 : *Propr. intell*. 2017, n° 64, p. 69
- CA Versailles ,16 mars 2018, n° 15-06029.

Jurisprudences européennes

- CJCE, 12 sept. 2006, aff. C-479/04 : *Propr. intell*. 2007, p. 211 ; JCP E 2008, 1144, n° 13
- CEDH, 29 janv. 2008, n° 19247/03 : *Comm. com. électr*. 2008, comm. 76 ; *Propr. intell*. 2008, p. 338 ; *JCP E* 2008, 1934
- CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-467/08, Padawan SL c/ Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), dit « Padawan »
- CJUE, 4 oct. 2011, aff. C-403/08, Football Association Premier League / QC Leisure, dit « Football Association Premier League » : *Comm. com. électr*. 2011, comm. 110 ; *RTD com*. 2011, p. 744 ; *RTD eur*. 2011, p. 855 ; *Propr. intell*. 2012, p. 51 ; *D.* 2011, p. 2836
- CJUE, 27 juin 2013, aff. jointes C-457/11 à C-460/11, dites « VG Wort ».

- CJUE, 27 févr. 2014, aff. C-351/12, 27 févr. 2014, OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. / Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.
- CJUE, 10 avr. 2014, aff. C-435/12, ACI Adam BV e.a. / Stichting de Thuiskopie, Stichting Onderhandelingen Thuiskopie vergoeding
- CJUE, 3 sept. 2014, aff. C-201/13, Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds c/ Helena Vandersteen : *RIDA* 4/2014, p. 387 ; *Comm. com. électr*. 2014, comm. 82 ; *D.* 2014, p. 2097 ; *Légipresse* 2014, p. 604 ; *Propr. intell*. 2014, p. 393 ; *RTD com*. 2014, p. 815 ; *JCP E* 2015, 1389, n° 7 ; *RLDI* août-sept. 2014, n° 3583
- CJUE, 11 sept. 2014, aff. C-117/13, Technische Universität Darmstadt / Eugen Ulmer KG
- CJUE, 5 mars 2015, aff. C-463/12, Copydan Båndkopi c/ Nokia Danmark A/S
- CJUE, 12 nov. 2015, aff. C-572/13, Hewlett-Packard Belgium SPRL / Reprobel SCRL, dit « Reprobel ».
- CJUE, 9 juin 2016, aff. C-470/14, dit « Egeda »
- CJUE, 22 sept. 2016, aff. C-110/15, Microsoft Mobile Sales International Oy c/ MIBAC et SIAE : *Propr. intell*. 2017, n° 62, p. 27
- CJUE, 29 nov. 2017, aff. C-265/16, VCAST Limited c/ RTI SpA : *Dalloz IP/IT 2018*, p. 188, obs. S. Dormont ; *Comm. com. électr. 2018*, comm. 1

USA

- Campbell v. Acuff Rose Music Inc., 510 U.S. 569 (1994)
- Blanch v. Koons 467 F.3d244 (2d Cir. 2006)
- Cariou v. Prince, 714 F. 3D 694 (2d cir. 2013) – 25 avr. 2013, Cour fédérale d'appel du 2e circuit – : 127 Harv. L. Rev., 1228, Feb. 2014

Titre 2 : L'usage à titre gratuit servant la commercialité : de l'économie numérique

Jurisprudences nationales

- TGI Paris, 3ème ch. 15 avr. 2008 : *JCP-G* 2008, II, 10140
- TGI Paris, réf. 15 déc. 2008, n° 08/59920
- TGI Paris, 15 janv. 2010 : *Comm. com. électr*. 2010, chron. 4
- Cass. 1re civ., 2011 : JurisData n° 2011-001674
- Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 11-84.224.
- Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-27.729 ; *Propr. ind*. 2013, comm. 18 ; *RLDI* 2013, n° 89, p. 27 ; *Comm. com. électr*. 2013, comm. 14
- CA Paris, 1ère ch., 17 avr. 2013 : JurisData n° 2013-009101
- Cass. 1re civ., 16 mai 2013 : JurisData n° 2013-009446

- TGI Paris, 19 mars 2015, inédit
- TGI Paris, ch. corr., 12 mai 2015, n° 06194090023.
- TGI La Rochelle, 22 oct. 2015, inédit
- Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 15-84.620
- Cons. const., 4 août 2017, n° 2017-649 : *Comm. com. électr*. 2017, comm. 86, C. Caron

Jurisprudences européennes

- CJCE, 7 déc. 2006, aff. C-306/05, SGAE c/ Rafael Hoteles SA : *D.* 2007, p. 1236 ; *Propr. intell*. 2007, p. 87
- CJCE, 4e ch., 17 avr. 2008, aff. C-456/06, Peek & Cloppenburg c/ Cassina SpA : *Comm. com. électr.* 2008, comm. 87
- CJUE, 3 juill. 2012 : *Comm. com. électr*. 2012, comm. 106 ; *JCP G* 2012, 978, n° 9 ; *D.* 2012, p. 2101
- CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, Svensson : *Comm. com. électr*. 2014, comm. 34 ; *Propr. intell*. 2014, n° 51, p. 165 ; *D.* 2014, p. 2083 ; *RTD com*. 2014, p. 600
- CJUE, 21 oct. 2014, aff. C-348/13, BestWater
- CJUE, 4e ch., 13 mai 2015, aff. C-516/2013, Dimensione Direct Sales et Labianca c/ Knoll International SpA : *Comm. com. électr. 2015*, comm. 56 ; *LEPI juill. 2015*, p. 2
- CJUE, 22 janv. 2015, aff. C-419/13, Art & AllPosters International BV : *Comm. com. électr*. 2015, comm. 18 ; *D.* 2015, p. 776
- CJUE, 3e ch., 15 mars 2012, aff. C-135/10, Società Consortile Fonografici (SCF) c/ Marco Del Corso : *Comm. com. électr. 2012*, comm. 48 ; *Europe 2012*, comm. 217 ; *Propr. intell. 2012*, p. 429 ; *RTD com*. 2012, p. 322
- CJUE, 3e ch., 15 mars 2012, aff. C-162/10, Phonographic Performance c/ Irlande : *Comm. com. électr*. 2012, comm. 48
- CJUE, 31 mai 2016, aff. C-117/15, Reha Training : *RIDA* 2017/251, p. 206 et s. ; *LEPI* 2016, n° 126 ; *Europe* 2016, comm. 249 ; *Propr. intell*. 2016, p. 433 ; *Dalloz IP/IT* 2016, p. 420
- CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, GS Media : *Comm. comm. électr.* 2016*,* comm. 78 *; Comm. com. électr.* 2017*,* étude 4
- CJUE, 3e ch., 12 oct. 2016, aff. C-166/15, Ranks et al. c/ Microsoft corp. et al. : *Comm. com. électr*. 2016, comm. 99 ; *RTD com*. 2017, p. 83 ; *Propr. intell*. 2017, n° 62, p. 17
- CJUE, 26 avr. 2017, aff. C-527/15, Stichting Brein c/ Wullems: *Comm. com. électr.* 2017, comm. 50 ; *Propr. intell.* 2017, n° 64, p. 67 ; *D.* 2017, p. 983.
- CJUE, 11 juin 2017, aff. C-610/15, Stichting Brein c/ Ziggo BV, XS4All Internet BV : *Comm. com. électr*. 2017, comm. 70 ; *Propr. intell*. 2017, n° 65, p. 62

USA

- United States District Court, Southern District of New York, Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 30 mars 2013, n° 12 Civ. 95 (RJS) : *Propr. intell*. juill. 2013, p. 308 ; *RLDI* janv. 2014, n° 3306, obs. T. Beaugrand et J.-B. Belin

Index

Les numéros indiqués renvoient aux paragraphes

A

Actes :
- cession de droits (de) : 8, 27 et s., 51, 90 et s.
- mise à disposition de droits (de) : 100 et s.
- renonciation (de) : 242 et s.
- unilatéral : 248

Actes à titre gratuit : 70
- contrepartie : 90 et s.
- identification (en droit d'auteur) : 13 et s.
- qualification (en droit d'auteur) : 112 et s.
- transfert de droits (de) : 92 et s.
- typologie (des) : 91 et s.

Actes à titre onéreux : 7 et s., 84 et s., 111

Artistes-interprètes : 11, 101, 115, 288

Audience (gratuité d') : 267 et s. 278 et s.

C

Clauses abusives : 151 et s.

Commercialité :
- directe : 211
- indirecte : 104 et s., 211
- non (commercialité) : 210 et s., 292 et s.
- usage à titre gratuit (et) : 172 et s., 260 et s.

Communautés : 260 et s.

Communication (droit de) : 307 et s.

Communs :
- biens : 215 et s., 283

Conditions générales d'utilisation (CGU) : 150 et s.

Consentement : 93 et s.
- défaut (de) : 156 et s.

Contenu :
- création du contenu : 270
- monétisation du contenu : 268 et s.
- partage du contenu : 287, 292 et s.
- propriété du contenu : 273

Contrat :
- adhésion (d') : 152
- innomé 131 et s.
- non exclusif : 136 et s.

Contrat de bienfaisance : 15, 28

Contrats innomés : 131 et s.

Contrefaçon :
- lucrative : 302 et s.

Contrepartie : 83
- absence (de) : 14, 54 et s.
- actes à titre gratuit (dans les) : v. actes à titre gratuit
- financière : 85 et s., 115 et s.
- licences libres (dans les) : 103 et s.
- licences non exclusives (dans les) : 108 et s.
- matérielle : 85 et s., 95
- morale : 25, 69 et s., 99, 107
- présence (de) : 23, 42, 77
- qualification (critère de) : 88 et s.

D

Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2001/29/CE) : 174

Domaine public : 219 et s.
- consenti : 241 et s.
- payant : 222, 227 et s.

Donation : 30 et s., 64
- avec charge : 37, 127
- directe : 33, 41
- don : 64 et s**.**
- indirecte : 35
- manuelle : 34, 41
- rémunératoire : 38

Données personnelles : 274 et s.

Droits patrimoniaux :
- dans les contrats d'exploitation : 121
- dans les libéralités : 47 et s.
- dans les licences des conditions générales d'utilisation : 154, 160
- dans les licences libres : 138, 140 et s.

Droit moral : 165, 225, 246 et s.

Droits voisins : 51, 101, 285

E

Échange : 80, 82

Éditeurs : 93 et s., 228

Effets de réseaux : 262

Épuisement des droits : 324 et s.

Espace non-marchand : 294, 313 et s., 323 et s.

Espoir de gains futurs : 128

Exceptions : 172 et s., 315
- à des fins d'information par voie de presse : 173, 182
- analyse et de citation : 189
- copie privée : 178 et s., 182, 206, 208
- compensées : 176 et s.
- copie provisoire : 209
- de handicap : 182, 204
- de panorama : 183, 196 et s., 210 et s.
- de pédagogie : 181 et s., 203
- diffusion de discours publics : 190
- exploration et de fouille de texte : 183, 191, 205
- inclusion fortuite : 174
- non compensées : 184 et s.
- parodie, pastiche et caricature : 189, 197

- pratique amateur : 195 et s., 205, 209
- recherche : 191, 205
- représentation privée : 203
- revue de presse : 190

Exploitation :
- obligation (d') : 24, 124 et s.

F

Fair Use : 174, 197

Formalisme :
- des donations : 39 et s.
- des legs : 46 et s.
- des licences des conditions générales d'utilisation : 166

Fiducie : 117

Freemium : 266

G

Gains futurs :
- espoir (de) : 128

Gratuit :
- actes à titre : 9 et s.

Gratuité : 61 et s.
- doit public (en droit) : 4
- droit privé (en droit) : 5
- droit d'auteur (en droit) : 7
- marchande : 263
- non marchande : 263
- usage : 171 et s.

H

Hadopi : 317, 328

I

Intention libérale : 56 et s., 66 et s., 98
- conception objective : 59, 65
- conception subjective : 59

Intermédiaire : 269

Intermédiaires techniques : 304, 311, 322

L

Legs : 44 et s.

Libéralités : 27 et s., 61 et s.

Liberté contractuelle : 122

Liberté fondamentale : 184 et s.
- liberté d'expression : 184 et s.
- liberté d'information : 190
- liberté de création : 188 et s.
- liberté de recherche : 191

Licence(s) : 16 et s., 21 et s., 100 et s., 149 et s.
- utilisation (d') : 132
- globale : 327 et s.
- libres : 103 et s., 132 et s.
- non exclusives : 108 et s., 153

Logiciels : 132

O

Œuvres :
- communes : 214 et s., 243 et s.
- composites : 197, 230 et s., 254
- futures : 164
- libres : 106, 242 et s., 253
- transformatives : 197

P

Peer-to-peer : 298, 311

Plateforme : 264 et s.

Préjudice :
- réparation : 181

Prêt à usage : 16, 22

Prestation réciproque : 13, 80
- matérielle : 86
- monétaire : 87
- objective : 80

- réciprocité : 84
- voulue : 13

R

Réponse graduée : 317

Réseaux sociaux : 108 et s., 270

Responsabilité :
- cessionnaire (du) : 129
- éditeurs (des) : 303, 321
- intermédiaires financiers (des) : 322
- intermédiaires techniques (des) : 303 et s., 316, 320 et s.
- internautes (des) : 317

S

Sociologie : 64 et s.

Subvention croisée : 265

T

Testament : 45 et s.

Triple test : 180

U

Usage :
- à titre gratuit : 172 et s., 222 et s., 249 et s., 260 et s., 292 et s.
- à titre non commercial : 201 et s.

V

Valeur :
- partage (de la) : 264 et s., 278 et s.
- propriété (de la) : 279 et s.

Value gap : 289

Table des matières

Sommaire……I
Remerciements……..……III
Liste des abréviations……V

Introduction……1

Première partie. Les actes à titre gratuit : l'auteur comme source de gratuité... 17

Titre 1. Identification des actes à titre gratuit en droit d'auteur en l'absence de contrepartie 23
Chapitre 1. L'absence de contrepartie..... 25
Section 1. – Le contrat de bienfaisance : une difficile application au droit d'auteur..... 26
§ 1. – Prêt à usage et droit d'auteur : les critères d'un rapprochement 27
A. – Le prêt des droits patrimoniaux 27
B. – L'usage des droits patrimoniaux..... 28
§ 2. – Prêt à usage et droit d'auteur : les critères d'une distinction..... 30
A. – Le prêt à usage : un prêt gratuit par principe..... 30
B. – La licence à titre gratuit : une licence intéressée 31
Section 2. – Les libéralités : un transfert de bien sans contrepartie réciproque applicable au droit d'auteur 33
§ 1. – Identification des libéralités en droit d'auteur..... 35
A. – Des donations..... 35
1- Identification des donations 35
α - Les donations classiques : des donations sans contrepartie 36
β - Les donations en présence de contrepartie..... 38
2 – La forme des donations en droit d'auteur..... 43

B. – Les legs 47
1 – Détermination des legs 47
2 – La forme des legs en droit d'auteur 48
§ 2. – Identification des droits patrimoniaux dans les libéralités 50
Chapitre 2. Une absence de contrepartie voulue : de l'intention libérale 57
Section 1. – L'intention libérale dans les actes à titre gratuit 58
§ 1. – Détermination de l'intention libérale 58
A. – La recherche d'une conception de l'intention libérale 58
1 – Les théories de l'intention libérale 59
2 – Distinction entre intention libérale et gratuité 60
B. – L'existence de contrepartie dans les actes à titre gratuit : étude sociologique du don 61
1 – L'étude sociologique du don 62
2 – L'appréhension de l'étude sociologique du don par le droit 64
§ 2. – L'intention libérale : cause abstraite des actes à titre gratuit 65
Section 2. – L'intention libérale de l'auteur 67
§ 1. – La contrepartie morale de l'auteur : critère insuffisant à la disqualification des actes à titre gratuit 67
§ 2. – Détermination de l'intention libérale de l'auteur dans les actes à titre gratuit 72

Titre 2. Identification des actes à titre gratuit en droit d'auteur en présence de contrepartie 75
Chapitre 1. Détermination de la contrepartie dans les actes de droit d'auteur 77
Section 1. – La contrepartie : une prestation objective réciproque 78
§ 1. – Le contrat : un instrument d'échange économique 79
A. – Le contrat : un instrument d'échange 79
B. – L'échange : une contrepartie 80
§ 2. – Une réciprocité des prestations : des actes à titre onéreux 81
A. – L'appréhension de la contrepartie matérielle et financière 81
B. – La contrepartie comme critère de qualification des actes à titre onéreux 84

Section 2. – La contrepartie dans les actes de droit d'auteur à titre gratuit 86
§ 1. – Typologie des actes de transfert de droits à titre gratuit en présence de contrepartie 87
A. – Les actes de transfert de droit à titre partiellement gratuit 87
1- Nécessité d'un consentement libre et éclairé 87
2- La présence d'une contrepartie matérielle : l'édition de l'œuvre 89
B. – Les actes de transfert de droit à titre gratuit dans leur globalité 90
1 - Une cession dénuée d'intention libérale 91
2 - La présence d'une contrepartie morale : le gain de notoriété 92
§ 2. – La contrepartie dans les actes de mise à disposition de droits d'auteur à titre gratuit 93
A. – La contrepartie dans les licences libres 97
1 - Une commercialité indirecte 98
2 - Une contrepartie morale par l'usage de l'œuvre 101
B. – La contrepartie dans les licences non exclusives des CGU : le droit d'user du service 102
Chapitre 2. Qualification des actes à titre gratuit de droit d'auteur en présence de contrepartie 107
Section 1. – Application du régime spécial des contrats d'exploitation dans les actes de transfert de droit à titre gratuit 111
§ 1. – L'absence de contrepartie monétaire comme critère non déterminant de la qualification de contrat d'exploitation 112
A. – La présence d'une contrepartie non monétaire 113
B. – La liberté contractuelle replacée au cœur du droit d'auteur 115
§ 2. – L'obligation d'exploitation comme contrepartie au contrat d'exploitation 116
A. – L'obligation d'exploitation 116
B. – L'espoir de gains futurs 120
Section 2. – Les actes à titre gratuit de mise à disposition des droits d'auteur : des contrats innomés à titre gratuit 122
§ 1. – La licence libre : un contrat d'exploitation non exclusif 123
A. – Un contrat non exclusif 126
1 - La licence libre : un contrat 126

2 - La licence libre : un contrat non exclusif 128
B. – Des licences libres 128
1 - La licence GNU GPL 129
2 - La licence Creative Commons 130
3 - La licence Art Libre 133
§ 2. – La licence dans les conditions générales d'utilisation : une licence non-exclusive 134
A. – La licence présente dans les CGU 134
1 – Les conditions générales d'utilisation : un contrat d'adhésion 135
2 – La licence stipulée dans les conditions générales d'utilisation : une licence non-exclusive à titre gratuit 136
B. – La clause attributive de licence non-exclusive à titre gratuit : une clause abusive 138
1 – Le défaut d'un consentement libre et éclairé 140
2 – Le non-respect des règles du droit d'auteur 142

Seconde partie. L'usage à titre gratuit : l'usage comme source de gratuité 153

Titre 1. L'usage à titre gratuit confronté à la commercialité 155
Chapitre 1. Les exceptions au droit d'auteur : un usage à titre gratuit non commercial 157
Section 1. – Détermination de l'usage à titre gratuit des exceptions : des exceptions compensées et non compensées 161
§ 1. – Les exceptions compensées : un usage à titre gratuit compensé justifié par l'existence d'un préjudice 162
A. – La compensation : une réparation du préjudice subi 162
B. – Les exceptions compensées : une espèce en voie d'extinction 168
§ 2. – Les exceptions non compensées : un usage à titre gratuit non compensé justifié par une balance des intérêts 169
A. – Un usage à titre gratuit non compensé résultant de l'équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression 171

1 – Un équilibre recherché dans l'usage des exceptions fondées sur la liberté d'expression 171
α – Les exceptions fondées sur la liberté de création 172
β – Les exceptions fondées sur la liberté d'information 176
γ – Les exceptions fondées sur la liberté de recherche 180
δ – La technique au service de la liberté d'expression 182
2 – Un usage à titre gratuit non compensé justifié par une balance des intérêts fondamentaux 184
B. – Nouvelles exceptions et nouveaux usages : extension du champ d'application de l'usage à titre gratuit non compensé 186
1 – L'exception de panorama et la pratique amateur 187
2 – Un déséquilibre naissant au profit de la liberté de création 194
Section 2. – La limite de l'usage à titre gratuit : l'usage à titre non commercial 196
§ 1. – L'usage à titre « non-commercial » dans le cadre du bénéfice des exceptions 196
A. – L'usage à titre non commercial : un critère cumulatif 196
B. – Vers une prédominance de l'usage à titre non commercial 202
§ 2. – Délimitation et évolution du critère de « non commercialité » 207
Chapitre 2. Usage à titre gratuit et commercialité de « l'œuvre commune » 211
Section 1. – L'œuvre « tombée » dans le domaine public : une extinction des droits patrimoniaux 215
§ 1. L'œuvre « tombée » dans le domaine public : un usage à titre gratuit remis en cause 217
A. – Un usage à titre gratuit encadré 217
1- Un usage non soumis à redevance 218
2 - La nécessité du respect du droit moral 219
B. – Le domaine public payant 221
1- La critique d'un domaine public « libre et gratuit » profitant aux éditeurs 222
2- Les difficultés juridiques relatives à la reconnaissance d'un domaine public payant : de l'exclusion du principe de domaine public payant 223

§ 2. L'exploitation commerciale de l'œuvre « tombée » dans le domaine public 227
A. – L'exploitation commerciale justifiée par la présence de nouveaux droits : de l'œuvre composite 228
1- L'attribution de droits nouveaux 229
2 - Un droit à « commercialiser » l'œuvre composite issue du domaine public 231
B. – L'exploitation commerciale justifiée par la réédition de l'œuvre .. 232
1 - Une exploitation de l'œuvre « en tant que telle » 233
2 - Une exploitation commerciale justifiée 234
Section 2. – L'œuvre libre comme propriété collective : une renonciation aux droits patrimoniaux 238
§ 1. La renonciation des droits patrimoniaux : qualification de l'œuvre libre en tant que « bien commun » 239
A. – Un acte de renonciation unilatéral 240
1 - Une volonté de renoncer aux droits patrimoniaux 240
2 - Une renonciation qualifiant l'œuvre libre de « bien commun » : de l'usage à titre gratuit de l'œuvre libre 242
B. – Un usage à titre gratuit soumis au respect du droit moral de l'auteur : du respect de la volonté de l'auteur 244
§ 2. L'impossible exploitation commerciale de l'œuvre libre 246
A. – L'exploitation commerciale rendue impossible par le caractère de l'œuvre libre 246
B. – L'impossible création de droits nouveaux : l'exclusion de la qualification d'œuvres composites 248

Titre 2. L'usage à titre gratuit servant la commercialité : de l'économie numérique 253
Chapitre 1. Usage à titre gratuit et commercialité des biens culturels dans l'environnement numérique : de la création et du partage de la valeur 261
Section 1. – La gratuité marchande dans l'environnement numérique : une gratuité reposant sur le modèle d'affaires d'audience 264

§ 1. – Le modèle d'affaires multi-faces d'audience : la plateforme comme intermédiaire 265
§ 2. – Un modèle dominant dans l'environnement numérique 267
A. – La monétisation de contenus 268
1 – Les plateformes de partage de contenus 268
2 – Un contenu créé par les internautes 271
B. – La monétisation des données personnelles 272
1 – Les réseaux sociaux 272
2 – Les données personnelles comme « valeur » 275
Section 2. – Le partage de la valeur dans l'environnement numérique : un modèle d'affaires d'audience non pérenne 277
§ 1. – De la création au partage de la valeur 278
A. – Une valeur issue de l'exclusivité des droits 278
B. – Un partage de la valeur inéquitable : l'exemple de l'industrie musicale 282
§ 2. – La monétisation de l'audience dans l'environnement numérique : un modèle d'affaires non satisfaisant dans le partage de la valeur de contenus culturels 285
A. – Un modèle dominant mais non pérenne 286
B – Une alternative juridico-économique 288
Chapitre 2. Usage à titre gratuit et non commercialité des biens culturels dans l'environnement numérique : la question de l'espace non-marchand 293
Section 1. – Détermination des contours de l'espace non marchand 295
§ 1. – L'espace non-marchand : un espace de partage non lucratif 296
A. – Un partage issu de communautés 296
B. – Un partage non lucratif 300
§ 2. – Une distinction nécessaire avec la contrefaçon lucrative 303
A. – Détermination de la contrefaçon lucrative 303
1 – De la responsabilité des prestataires 304
2 – Des liens hypertextes 308
B. – Une frontière imprécise entre lucratif et non lucratif dans l'univers numérique 314
Section 2. – L'espace non-marchand 315

§ 1. – Une évolution du droit nécessaire 316
A. – Détermination de l'usage non commercial inhérent aux exceptions du droit d'auteur 316
B. – De la responsabilité des internautes et des intermédiaires 318
1 – De la responsabilité des internautes 318
2 – De la responsabilité des éditeurs de logiciels 323
3 – Des « prestataires intermédiaires » 326
α – De la responsabilité des plateformes 326
β – De l'obligation de loyauté des plateformes 333
4 – Des intermédiaires financiers 336
§ 2. – Tentative de détermination d'un contour juridique de l'espace non-marchand 339
A. – De l'épuisement des droits dans l'environnement numérique 340
B. – De la licence globale 347

Conclusion générale……359
Bibliographie……..…….…….……. 365
I. Manuels et traités…….……...365
II. Monographies, thèses, ouvrages spéciaux…….367
III. Ouvrages collectifs, Actes de colloque……...370
IV. Articles…….371
V. Sitographie……...…379
VI. Avis et rapports……...381
VII. Notes, Observations et Conclusions……...385
Jurisprudence……..…….393
Index alphabétique…..……..……399
Table des matières……..……..……405