

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

LA LIBERTÉ DE PANORAMA

RAPPORT DE RECHERCHE DE MASTER I
« DROIT ET MANAGEMENT DE LA CULTURE ET DES MÉDIAS »

PRÉSENTÉ PAR

Valentin BOURDARIE

Sous la directive de Monsieur Philippe MOURON
Maître de conférence Aix-Marseille Université

Remerciements

Ce rapport de recherche fut réellement passionnant à écrire, tout d'abord parce que l'introduction d'une liberté de panorama me concerne et m'intéresse tout particulièrement, mais également et surtout parce qu'il m'a permis d'approfondir les connaissances que j'avais en propriété littéraire et artistique, ce qui m'a permis de me rendre compte que celles-ci n'étaient que superficielles. J'allais embrasser une matière pleine de finesses.

Mais ce rapport n'aurait pas été ce qu'il est sans plusieurs personnes qui m'ont offert leur aide, ou donné des précisions sur certains points.

À ce titre il m'est important de remercier Sarah Velté, juriste pour l'ADAGP qui m'a donné des orientations de recherche ; Myriam Berard, Chargée de projet en relations publics et propriété intellectuelle qui m'a donné plus de précision sur le projet de Wikimedia France et son rôle dans l'introduction d'une liberté de panorama en France ; Harut Yekmalyan, secrétaire général du Syndicat National des Sculpteurs et Plasticiens, autant intéressé que moi sur ce sujet et qui m'a aidé à trouver des chiffres concernant les revenus des sculpteurs ; Marion Pruneau, artiste plasticienne qui a tout fait pour que je puisse avoir le maximum d'informations ; Philippe Puvieux, architecte ayant aussi répondu à mes questions ; et enfin, même s'il nous a conseillé de ne pas le faire, mon professeur tuteur Philippe Mouron qui m'a donné les conseils nécessaires à la construction de ce rapport.

Table des abréviations

Art. : Article

Ass. : Assemblée

C.A. : Cour d'appel

C. Cass : Cour de cassation

Ch. : Chambre

Civ. 1^{ère} : Première chambre civile de la Cour de cassation

Conv. EDH : Convention européenne des droits de l'Homme

CPI : Code de propriété intellectuelle

Ed. : Edition

Et S. : Et suivant

I.R.D.I : Droit intellectuel

Rev. : Revue

Trib. : Tribunal

TGI : Tribunal de grande instance

Sommaire

Remerciements	p.5
Table des abréviations	p.7
Introduction	p.11
Partie I - Les exceptions au droit d'auteur permettant d'ores et déjà la reproduction et la représentation d'œuvres architecturales et de sculptures	p.17
Paragraphe 1 - L'exception contenue dans le CPI : l'exception d'actualité ou exception de presse	p.17
Paragraphe II - La théorie prétorienne de l'accessoire	p.21
Partie II - L'opportunité de transposition de la liberté de panorama par le législateur français	p.27
Paragraphe I - Les justifications de l'introduction de la liberté de panorama dans le droit d'auteur français	p.28
Paragraphe II - L'effectivité de la liberté de panorama telle qu'introduite par le législateur français	p.36
Conclusion	p.43

Introduction

« *La majorité des lois ont été conçues pour et dans un monde d'atomes, non de bits* ». Ainsi s'exprimait l'informaticien Nicholas Negroponte, professeur et chercheur aux Massachusetts Institute of Technology. Cette phrase illustre à la perfection les problématiques que connaît le droit d'auteur de nos jours. Il est nécessaire qu'il s'adapte à la réalité numérique. Mais des intérêts, souvent particuliers, le maintiennent dans une réalité qui est maintenant dépassée. Le droit d'auteur a pourtant connu maintes transformations avant d'arriver à ce qu'on connaît de nos jours.

Avant que n'existe le droit d'auteur tel qu'on l'entend, ce qui importait était la prestation, la remise de la commande, la représentation, et donc le moment *t*. Les interdictions existaient tout de même, mais l'artiste, le créateur, l'auteur, n'étaient pas au centre du dispositif. Si l'on parle de droit d'auteur, et par là on entend le droit d'auteur français, européen¹, c'est-à-dire un droit privatif et d'exclusivité, on peut en trouver des prémices dans certains privilèges royaux, notamment liés à l'imprimerie. On en trouve également des traces en ce qui concerne les dénaturations d'œuvres. Le Parlement de Paris avait par exemple reconnu à Guillaume de Cop le droit de signer son almanach, et par là de contrôler l'utilisation qui pouvait être faite de son œuvre en autorisant ou non sa publication. Mais le régime corporatiste de l'Ancien régime donne en réalité de vrais privilèges aux libraires en ce qui concerne les écrits.

Les premières lois², ou en tout cas, les premières mesures concernant le droit d'auteur proviennent de Pierre-Auguste Caron de Beaumarchais, défenseur de la propriété des auteurs, qu'il considérait comme sacrée car émanant de la personne même de l'auteur³. Le décret visait en réalité les dramaturges, leur reconnaissant un monopole d'exploitation *ad vitam* sur leurs œuvres, qui bénéficiait également à leurs héritiers jusqu'à 5 ans après leur mort. Vient ensuite le rapport Le Chapelier⁴ où l'on trouve la célèbre formule « *La propriété la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable et la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage, le fruit de la pensée de l'écrivain* ». Cette formulation, faite en pleine période de troubles postrévolutionnaires, montre la volonté de rapprocher le droit d'auteur des droits de l'Homme, afin d'éviter qu'il ne soit interprété comme une résurrection des privilèges alors abolis.

C'est ensuite en juillet 1793 qu'un décret vient compléter cette disposition. Ce décret « relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs », leur reconnaît un droit de reproduction de leurs œuvres, leur vie durant et au profit de leurs héritiers jusqu'à 10 ans après leur mort. Cela vient alors reconnaître le lien qu'il existe entre un créateur et sa création, issue du pur fruit de son esprit.

Même si elles ont fait l'objet de plusieurs réformes, ces lois révolutionnaires⁵ resteront en vigueur jusqu'en 1958 avec l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957⁶.

La loi de 1957 se présente comme « un texte définitif, fixant les derniers états de la doctrine française »⁷ en la matière. On en discerne d'ailleurs encore aujourd'hui des traces dans notre codification. Cette loi perdurera près de 30 ans puisque le législateur n'interviendra à propos

¹ Qui s'oppose en plusieurs points du copyright de la common law anglo-saxonne

² Que l'on appelait alors décrets, mais qui avaient une vraie valeur législative

³ Pétition à L'Assemblée nationale contre l'usurpation des propriétés des auteurs par les directeurs de spectacle

⁴ Rapport fait par M. Le Chapelier, au nom du comité de constitution, sur la pétition des auteurs dramatiques, dans la séance du jeudi 13 janvier 1791

⁵ Tant par leur objet que par la période où elles ont été édictées

⁶ Loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique

⁷ Exposé des motifs

du droit d'auteur et de la propriété littéraire et artistique qu'en 1985¹. D'après le ministre de l'époque, Jack Lang, cette nouvelle loi servait d'adaptation de la législation française au monde contemporain. Celle-ci offrait une forte protection aux œuvres, tout en se voulant adapter cette protection aux exigences de leur exploitation². Le texte introduit également les droits voisins au droit d'auteur et les logiciels sous le champ de la propriété littéraire et artistique. Comme le souligne Frédéric Pollaud-Dulian, la loi du 3 juillet 1985 « est probablement la dernière fois que le législateur français aura légiféré en matière de propriété littéraire et artistique selon sa propre logique et ses propres choix, sans avoir à suivre les orientations décidées à Bruxelles, par les autorités communautaires à coup de directives ». En effet, la dernière grande loi concernant et touchant le droit d'auteur est la loi DADVSI de 2006³. Celle-ci n'est à l'origine que la transposition d'une directive communautaire sur « l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information »⁴. On peut dire de cette loi, qu'elle ancre encore plus le droit d'auteur dans le marché⁵. Elle est par exemple à l'origine de la création d'Hadopi⁶, ce qui démontre la volonté du législateur d'adapter le droit d'auteur aux réalités numériques de notre époque⁷.

Toutes ces lois ont essayé d'appréhender le droit d'auteur, mais qu'est-ce qui le caractérise véritablement ?

Il s'agit tout d'abord d'une branche de la propriété littéraire et artistique⁸, elle-même une branche de la propriété intellectuelle⁹. Mais pour ne parler que du droit d'auteur, il est avant toute chose un droit privatif, c'est-à-dire qu'on peut parler d'un droit de propriété¹⁰, un lien juridique entre une personne, le titulaire des droits, et un bien immatériel. Le droit d'auteur pourrait même être appelé « droit du titulaire du droit d'auteur »¹¹ tant le monopole d'exploitation ne vise en réalité que le titulaire des droits, qui est parfois, voire souvent dans la pratique, distinct de la personne de l'auteur.

Mais le droit d'auteur est également un formidable créateur de richesses : « *Aujourd'hui la véritable richesse n'est pas concrète, elle est abstraite. Elle n'est pas matérielle, elle est immatérielle* »¹². Or l'immatériel se rapproche forcément de la propriété intellectuelle. On se rend en effet vite compte de l'importance du droit d'auteur dans l'économie nationale : les activités qui lui sont directement liées représentent de 2,5 à 3% du PIB —contre 1% pour le transport aérien et maritime par exemple—¹³. C'est sûrement pour cette raison que chaque réforme touchant de près ou de loin la propriété intellectuelle fait autant de vagues et crée autant de débats. Mais en plus de sa valeur économique propre, le droit d'auteur est en réalité à la base de la valeur des biens immatériels. Il ne faut pas essayer de confondre un bien

¹ 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

² On reprochera d'ailleurs au ministre d'être passé d'une approche humaniste à une approche industrielle

³ Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

⁴ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001

⁵ Même si l'auteur reste tout de même au centre de la protection en France

⁶ Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet

⁷ Même si la création de la Haute autorité peut être discutable au vue de sa non effectivité, et de sa non adaptation à la réalité du net

⁸ Avec les droits voisins au droit d'auteur

⁹ Avec de l'autre côté la propriété industrielle

¹⁰ Même si certains auteurs répugnent à parler véritablement de propriété

¹¹ Les exceptions au droit d'auteur, état des lieux et perspectives dans l'Union Européenne. « Les exceptions au regard du fondement du droit d'auteur en droit français » C. Caron, p. 21

¹² Rapport Lévy-Jouyet présenté au nom de la Commission sur l'économie de l'immatériel nov. 2006, spéc. P. I.

¹³ M. Hammel, The economic importance of copyright

immatériel et un bien matériel. La valeur d'un bien dépend, entre autres, de sa rareté ; or c'est justement le droit d'auteur qui crée la rareté d'un bien immatériel. Et si l'on parle de rareté, on parle alors en conséquence de propriété¹.

De par son caractère exclusif le droit d'auteur à vocation à protéger l'auteur justement, à lui créer un monopole sur son œuvre, afin qu'il puisse exploiter pleinement et comme bon lui semble, sa création.

Mais comme le souligne Christophe Caron, un des caractères essentiels du droit d'auteur doit être son pragmatisme, c'est-à-dire sa capacité à s'adapter aux formes que prend la société, sa capacité à coller à une certaine réalité pratique pour pouvoir être appliqué pour lui-même. Et c'est en cela que l'on doit parler également d'un droit d'équilibre. Un équilibre entre les intérêts de l'auteur (ou du titulaire des droits d'auteur), et d'autres intérêts, notamment collectifs, comme ceux du public. Le droit d'auteur n'est donc pas un droit absolu, ni au service du seul monopole de l'auteur, ni entièrement dédié à l'intérêt du public. La vérité se situe à mi-chemin. Ceci est mis en évidence par l'existence des exceptions au droit d'auteur : elles existent pour venir poser des limites aux prérogatives dévolues au titulaire des droits, mais doivent être interprétées strictement pour ne pas que l'auteur subisse une atteinte anormale au droit patrimonial dont il dispose sur son œuvre.

À travers le prisme des exceptions que connaît le droit patrimonial du titulaire des droits on arrive à définir ce qu'est réellement le droit d'auteur : « Dis moi quelles sont tes exceptions, je te dirai quel est ton droit »². On arrive en effet à travers elles à connaître l'étendue de la protection que confère le droit d'auteur à son titulaire et à son œuvre.

Mais il faut être attentif au vocabulaire utilisé lorsque l'on traite des « exceptions » en droit d'auteur. La législation française parle d'exceptions, de limites ou de dérogations au droit d'auteur comme si les termes étaient synonymes. Pourtant, en son article 5, la directive sur la société de l'information de 2001 semble faire une distinction puisqu'elle vise « les limitations et les exceptions », distinguant donc bien les deux notions. Ce détail illustre parfaitement bien le débat doctrinal sur le sujet ; Si l'article L 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, contient la quasi-totalité de ce qu'il qualifie « d'exceptions », beaucoup d'auteurs préfère procéder à une distinction entre les exceptions et autres limites³. Afin d'illustrer au mieux le sujet traité il semble important d'approfondir ce point ici.

Les exceptions visent les cas où la loi écarte le monopole, l'exclusivité des droits d'un auteur, que ce soit pour ne pas l'étendre plus que de raison ou pour le concilier avec d'autres droits en présence, d'autres intérêts. Les exceptions viennent donc « amputer » le droit exclusif de l'auteur à un endroit où il trouverait normalement à s'appliquer. D'où le terme d'exception, bien utilisé dans ce contexte⁴. L'exception de courte citation⁵ est une parfaite illustration : le droit d'auteur devrait trouver à s'appliquer, mais la liberté d'expression et donc d'information du public rentre aussi en jeu afin de venir le borner.

Les limites quant à elles se présentent plus comme des barrières, des bornes⁶ au monopole de l'auteur. Mais dans les limites, faut-il encore distinguer les limites externes des limites internes. Une limite interne découle de la définition que l'on a d'un droit : le droit d'auteur ne s'applique pas car il ne peut techniquement pas le faire. Un exemple sera sans doute la

¹ « La rareté appelle la propriété » E. Mackaay et J. Rousseau

² Droit d'auteur et droits voisins, M. Vivant et J.M. Bruguière, p. 470.

³ Il faut également distinguer les limites internes des limites externes au droit d'auteur

⁴ « Exception » vient du latin « *excipere* » signifiant « retirer »

⁵ Art. L 122-5, 3°, a) CPI

⁶ « Limite » venant du latin « *limes* » signifiant « la lisière, la bordure »

meilleure solution pour envisager la notion. Le droit d'auteur n'est que s'il y a publicité, avec en plus une dimension commerciale¹. Faute de publicité donc, le droit d'auteur ne peut pas jouer, on se situe en dehors de son emprise. Par là, toutes les utilisations non publiques de l'œuvre ne peuvent être atteintes par le monopole, et ce ne sont donc pas des exceptions, mais des limites découlant de la définition du droit d'auteur. C'est par exemple le cas de la copie privée² ou de l'exception du cercle de famille³.

Les limites externes vont elles venir jouer comme de véritables bornes. Il s'agit de l'hypothèse où un droit concurrent au droit d'auteur exerce son influence sur l'exclusivité des droits, de sorte qu'elle ne peut plus s'exercer comme elle l'aurait naturellement fait. Il s'agit ici d'un véritable jeu de valeurs, concurrentes entre elles. On peut citer comme exemple la représentation à des fins pédagogiques ou de culture. Un arrêt intéressant de la Cour d'Amsterdam a par exemple admis la reproduction intégrale d'un ouvrage de l'Eglise scientologue, malgré la violation du droit d'auteur, car elle était « le seul moyen d'assurer la réalité du débat démocratique »⁴.

Il faut tout de même admettre que malgré la nécessaire précision, les frontières entre ces différentes catégories restent poreuses, et une « exception » peut facilement être intégrée dans l'une ou l'autre des catégories. La représentation dans le cercle de famille par exemple, faute de publicité, est une limite interne ; mais l'influence du respect de la vie privée est également à prendre en compte, ce qui ferait d'elle une limite externe. Tout dépend donc de la justification que l'on apporte à ces restrictions.

La directive sur la société de l'information de 2001 fait donc une légitime distinction en traitant des exceptions ET des limites. Cette directive joue un rôle important en ce qui concerne le droit d'auteur. Mais la plupart des limites et exceptions que celle-ci prévoit reste facultative, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune obligation de transposition pour les Etats membres de l'Union européenne. La plupart n'a d'ailleurs pas été transcrite en droit français lors de la loi de transposition DADVSI de 2006, et ce malgré la tentative de plusieurs parlementaires. L'article 5 de la directive⁵ prévoit une nouvelle exception au droit d'auteur, qui n'avait jusqu'ici jamais été retranscrite en droit français. Cette exception, que l'on appelle « liberté de panorama »⁶ envisage de reproduire et de représenter librement les œuvres qui se trouvent en permanence sur la voie publique. L'article 5 dispose en effet en son paragraphe 3 : « Les Etats membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3⁷, dans les cas suivants : (...) h) : lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'œuvres, telles que les réalisations architecturales ou des sculptures, réalisées pour être placées en permanence dans les lieux publics ». La France fait partie des rares pays à ne l'avoir pas transposé dans son droit national, tout comme l'Italie et la Belgique⁸ ; même si dans les pays l'ayant intégré, des différences persistent, notamment sur le caractère commercial ou non de son utilisation. Le rapport de l'eurodéputé allemande Julia Réda déplore ce manque d'harmonisation et préconise de rendre obligatoire les exceptions prévues par la directive.

¹ « Le fondement du droit d'auteur est l'usage public de l'œuvre dans un cadre et dans une dimension perspective économique » P.Y. Dussolier, 6^e ed. n° 338

² Art. L 122-5, 2^o CPI

³ Art. L 122-5, 1^o CPI

⁴ Amsterdam, 4 sept. 2003

⁵ Art. 5, §3, h)

⁶ De l'allemand « Panoramafreiheit », signifiant littéralement « panorama » et « liberté », étant introduite en Allemagne dès 1876

⁷ Art. 2 : droit de reproduction ; Art. 3 : droit de communication au public

⁸ La Belgique, tout comme la France, a introduit un projet de loi prévoyant de retranscrire cette exception

Mais à l'occasion du projet de loi pour une République numérique, cette liberté de panorama est introduite, s'ajoutant à la liste des exceptions de l'article L 122-5 du CPI. Adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale, puis quelque peu modifiée par le Sénat, la nouvelle exception sera donc en tout état de cause, prochainement introduite dans la législation française.

Pourtant de par les préoccupations liées à la culture, et le lobbysme actif de certains acteurs tels que les sociétés de gestion collective des droits d'auteurs, c'est une liberté de panorama amputée, que ce soit par les amendements de l'Assemblée nationale ou du Sénat, qui semble se dessiner en France. Il est alors juste de se demander si, telle qu'elle sera introduite dans le CPI, la liberté de panorama sera vraiment opportune à la vue du droit d'auteur français actuel.

Afin d'envisager l'opportunité de l'introduction de cette nouvelle exception au droit d'auteur, en rajoutant un alinéa à l'article L 122-5 du CPI, il semble nécessaire, avant d'étudier ses justifications et sa probable effectivité au vue des restrictions apportées par le législateur français à la liberté de panorama prévue par la directive de 2001 (Partie II), d'essayer d'envisager les exceptions déjà prévues —ou non— par le Code de la propriété intellectuelle qui s'en rapprocheraient et qui verraient donc leur champ d'application restreint par cette nouvelle dérogation au monopole de l'auteur (Partie I).

Partie I :

Les exceptions au droit d'auteur permettant d'ores et déjà la représentation et la reproduction d'œuvres architecturales et de sculptures

La plupart des exceptions au monopole d'exploitation de l'œuvre d'un auteur sont prévues à l'article L 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, et certaines d'entre elles permettent déjà la reproduction d'œuvres architecturales¹ et de sculptures. L'exception de panorama, telle qu'envisagée par la directive 2001/29/CE, prévoit en effet des dérogations aux droits de reproduction et des représentations d'œuvres « telles que des réalisations architecturales ou de sculptures (...) », tandis que le projet de loi pour une République numérique semble ne prévoir cette exception uniquement pour les œuvres architecturales et les sculptures. Mais à la différence de certaines exceptions de l'article L 122-5, la liberté de panorama permettrait une reproduction intégrale de tels ouvrages.

Il n'est donc pas nécessaire de s'attarder sur les exceptions, pourtant nombreuses, permettant une reproduction partielle de ces œuvres, telle que l'exception de courte citation² ou l'exception de reproduction ou de représentation d'œuvre à des fins pédagogiques³. De plus il apparaît que la liberté de panorama n'oblige pas ceux qui s'en prévaudraient de citer la source ou le nom de l'auteur, tandis que ces deux dernières, si⁴.

Quelles sont alors les exceptions ou les limites que l'on peut d'avantage rapprocher de la future exception en droit français ?

Si certaines, comme l'exception d'actualité, sont contenues dans le CPI (section 1), d'autres en revanche n'ont jamais été codifiées et ne sont envisagées que par la doctrine et par la jurisprudence. On parlera ici de la « théorie de l'accessoire » (section II).

Section I : L'exception contenue dans le Code de la propriété intellectuelle : l'exception d'actualité ou l'exception de presse

L'exception d'actualité, ou exception de presse, n'était à l'origine pas présente dans le CPI, mais uniquement prévue par la directive de 2001 sur la société de l'information : « Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3 dans les cas suivants :

(...)

f) lorsqu'il s'agit de l'utilisation de discours politiques ainsi que d'extraits de conférences publiques ou d'œuvres ou d'objets protégés similaires, dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi et pour autant, à moins que cela ne s'avère impossible, que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée »⁵.

¹ Il est préférable d'utiliser le terme « œuvre architecturale » plutôt que « bâtiment » étant donné les conditions de protections d'un tel ouvrage, la première étant son originalité

² Article L 122-5, 3°, a) CPI

³ Art. L 122-5, 3°, e) CPI

⁴ Le 3° de l'art. L 122-5 disposant explicitement « Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source »

⁵ Directive 2001/29/CE, art. 5, 3°, f).

Cette dérogation au monopole de l'auteur sur son œuvre n'avait été envisagée uniquement par les juridictions et la doctrine, comme illustrant la concurrence entre le droit d'auteur et le droit du public à l'information (§1). Ce n'est qu'avec la loi de transcription de la directive¹ que cette disposition fut introduite dans le Code de la propriété intellectuelle (§2).

§1. La jurisprudence Utrillo, ou la concurrence entre le monopole de l'auteur son œuvre et le droit du public à l'information

Tous deux des droits fondamentaux, le droit du public à l'information² et le droit d'auteur³ se font normalement rarement obstacle, grâce notamment à l'exception de courte citation. Mais ceci n'est plus aussi pertinent lorsqu'il s'agit de retranscrire une œuvre architecturale par exemple, étant donné la difficulté —voire même l'inutilité— d'une représentation ou d'une reproduction partielle de tels ouvrages, qui sont souvent eux-mêmes le véhicule de l'information, se retrouvant sur des supports photographiques ou de presse.

Mais avant même de se poser la question en ce qui concerne l'architecture ou la sculpture, la question s'est posée pour les œuvres d'art graphique. En effet, la liberté de communication, et donc le droit du public de recevoir l'information, peut-elle justifier d'écarter le monopole dont dispose l'auteur sur son œuvre ?

Ce que l'on appelle « l'affaire Utrillo » illustre parfaitement ce débat, malgré le fait que la décision ait été parfois mal comprise ou mal interprétée par certains.

Dans cette affaire une chaîne de télévision, France 2 pour ne pas la citer, voulait annoncer l'ouverture d'une exposition consacrée au célèbre peintre de l'école de Paris, Maurice Utrillo. Pour ce faire, la chaîne décida de montrer à l'écran par moins de 12 toiles de l'artiste. L'ayant droit de ce dernier assigne donc la société en contrefaçon. Pour les premiers juges du fond⁴ la représentation des toiles de l'œuvre, qui était de courte durée (un peu plus de 2 minutes), à l'occasion du journal télévisé, devait être tenue comme licite à partir du moment où les représentations illustraient le reportage, et qu'il s'agissait d'informer le public « de manière appropriée ». Pourtant la Cour d'appel de Paris⁵ donna une solution opposée, en affirmant que France 2 disposait de moyens pour informer le public de cette exposition sans devoir procéder aux reproductions incriminées.

La Cour de cassation le 13 novembre 2003⁶ confirma la décision des juges du second degré en en affirmant : « Attendu que pour rejeter le grief d'atteinte au droit du public à l'information (...) l'arrêt énonce, à bon droit, 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, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées, tant par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même Code ; qu'il a, en outre, constaté que la société France 2 avait la possibilité d'informer les téléspectateurs de l'existence de l'exposition sans qu'il lui fût indispensable de représenter des œuvres du peintre dans les conditions critiquées (...) que le moyen tiré d'une violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme s'avère, ainsi, inopérant ».

¹ Loi n°2006-961 du 1 août 2006, 3 août 2006

² Rattaché à la liberté d'expression et de communication de l'article 10 de la Conv. EDF

³ Rattaché à la protection de la propriété de l'article 1 de la Conv. EDH

⁴ TGI Paris, 23 février 1999

⁵ C.A Paris, 30 mai 2001

⁶ Civ. 1ère 12 novembre 2003. 01-14385

Cette jurisprudence a été allégrement débattue et combattue, tant certains auteurs y voyaient la victoire de monopole de l'auteur sur la liberté du public de recevoir des informations. Cet arrêt peut être en réalité interprété selon différents versants. On peut y voir en effet d'abord la limitation par la Cour de cassation du nombre d'exceptions prévues au droit d'auteur, pratiquement toutes comprises à l'article L 122-5 du CPI¹. L'article prévoyant une liste limitative des exceptions, il ne serait alors pas possible d'en rajouter une, sans prise en compte de la « valeur » du droit du public à l'information comparativement à celle du droit d'auteur. Une autre possibilité serait d'envisager le triomphe du droit d'auteur sur la liberté d'information.

Ces deux analyses me paraissent erronées. Le tribunal de Paris puis la Cour de Paris semblent vraisemblablement avoir décidé d'opposer deux droits, deux prérogatives que sont le droit d'auteur et la liberté de communication. Mais la Cour de cassation, elle, n'oppose pas ces deux droits, et signifie qu'il s'agit plutôt d'apprécier concrètement les conséquences qu'aura le choix de l'un ou de l'autre droit à un moment et dans une situation donnée. Nous retrouvons cette analyse avec la Cour d'Amsterdam en 2003 et la validité de la reproduction d'un livre de l'Eglise scientologue, malgré la violation avérée du monopole d'exploitation des détenteurs du droit d'auteur : le débat démocratique, à ce moment-là et pour ces faits là, devait primer sur le droit d'auteur.

Le droit d'auteur étend son champ d'application à des objets de plus en plus diversifiés, que ce soit par exemple pour les bases de données ou les logiciels ; certains auteurs se demandent même si l'information elle-même n'est pas couverte par lui². Il est donc d'autant plus nécessaire de trouver un équilibre entre le droit d'auteur et les autres droits et libertés fondamentaux, étant donné qu'il ne peut pas obtenir à chaque fois la primauté, puisqu'il n'est pas « plus fondamental » que peuvent être les autres. Un équilibre est donc à établir, voire à rétablir pour que des limites³ lui soit posées par les autres droits et libertés fondamentaux, comme celui du public à l'information. Nous parlons donc ici d'une limite externe au droit d'auteur, une limite externe personnalisée par le droit fondamental concurrent qu'est le droit du public à l'information et plus globalement la liberté de communication prévue par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

L'affaire Utrillo date de 2003 et est donc postérieure à la directive sur la société de l'information, qui elle est de 2001. Même si cette jurisprudence n'ouvre explicitement pas une exception au droit d'auteur justifiée par des raisons d'actualité, celle-ci était prévue par la directive de 2001, et ce n'est qu'à l'occasion de la transcription en 2006 qu'elle a été véritablement introduite en droit d'auteur français à l'article L 122-5 du Code de la propriété intellectuelle.

§2. L'introduction de l'exception d'actualité dans le CPI : l'article L 122-5, 9°

La loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006, transposant la directive européenne de 2001 incorpore à l'article L 122-5 du CPI de nouvelles exceptions aux droits patrimoniaux de l'auteur, notamment ce qui nous intéresse ici l'exception d'actualité, en ajoutant un neuvième alinéa disposant que l'auteur ne peut interdire: « La reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite,

¹ Puisque l'exception d'actualité n'y figurait pas encore

² La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle, M. Vivant

³ Et c'est ici le terme approprié

audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur ».

Plusieurs observations et tempéraments doivent être nécessairement apportés. Tout d'abord la transposition en France de l'exception d'actualité prévue par la directive apporte d'importantes restrictions quant à sa portée originale. Le texte envisage uniquement « une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale » quand que le texte de la directive ne parle que des « œuvres ou objets protégés ». Ce point est intéressant car la situation se rapproche de celle de la liberté de panorama, dont le projet de loi a considérablement réduit son éventuel champ d'application¹. De plus le législateur français a procédé à une importante restriction catégorielle dans l'alinéa suivant : « Le premier alinéa du présent 9° ne s'applique pas aux œuvres, notamment photographiques ou d'illustration, qui visent elles-mêmes à rendre compte de l'information ». Cette « exception à l'exception »² était à la base justifiée pour défendre le photojournalisme. Mais plusieurs interprétations peuvent être faites en réalité. Il s'agirait soit de l'exclusion totale des photographies de l'exception d'actualité justement car « elles visent elles-mêmes à rendre compte de l'information », mais cette interprétation semble paradoxale étant donné que c'est justement principalement pour les photographes que joue cette exception³ ; soit de l'exclusion des photographies (et des illustrations) qui rendent compte elles-mêmes de l'information. Cette dernière interprétation semble préférable puisque les photographies ayant pour but d'informer, si elles pouvaient être reproduites librement, se verraient vider de leur substance et du droit exclusif des photographies d'actualité.

La lettre de la loi prévoit ensuite cette exception seulement pour certains médias : « (...) par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne ». Ce qui ici la différencie de la liberté de panorama, qui, si limitée à certains types d'œuvre, ne semble pas limiter les médias par lesquels elle pourra être utilisée.

L'élément qui apparaît comme le plus important dans l'alinéa 9 de l'article L 122-5 du CPI est la finalité de la reproduction : « (...) dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière (...) ». Ceci semble bien reconnaître l'existence du droit du public à l'information dans les restrictions et limitations apportées en droit d'auteur, et donc des limites externes à celui-ci.

À première vue l'article qui reprend restrictivement la directive de 2001 semble aller *a contrario* de la jurisprudence Utrillo. Mais il n'en est rien en réalité puisque cette exception est subordonnée à un véritable principe de proportionnalité. En effet en son dernier alinéa, le 9° de l'article L 122-5 précise 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 poursuivi 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 ». On retrouve ici le discours que tenait la Cour de cassation lors de l'affaire, précisant « (...) qu'il a, en outre, constaté que la société France 2 avait la possibilité d'informer les téléspectateurs de l'existence de l'exposition sans qu'il lui fût indispensable de représenter des œuvres du peintre dans les conditions critiquées ». Le texte rejoint donc en ce point la décision de la Cour de cassation et celle de la Cour d'appel. La proportionnalité sera donc envisagée en fonction de l'usage matériel que l'on fait de l'œuvre par rapport au but poursuivi⁴. Dans le cas contraire l'usage de l'œuvre serait disproportionné et ouvrirait donc, selon l'article, droit à rémunération pour l'auteur. En cas de disproportion

¹ En réservant l'application de l'exception de panorama aux seules œuvres architecturales et aux sculptures.

² Droit d'auteur et droit voisin p.517

³ Il serait en effet paradoxal que les auteurs revendiquant l'exception refusent qu'elle joue pour leurs créations

⁴ Le but poursuivi devant obligatoirement être de rendre compte de l'information immédiate

on sort donc de l'exception, pour revenir au principe : celui de la rémunération de l'auteur en cas d'utilisation de son œuvre¹.

Si l'on résume cette disposition, un auteur d'une œuvre graphique, plastique ou architecturale ne peut s'opposer à sa reproduction intégrale (ou partielle) par voie de presse écrite, par voie audiovisuelle ou par voie numérique ; si cette reproduction est faite dans un but exclusif d'information immédiate en relation stricte avec l'œuvre ; et sous réserve d'indiquer le nom de l'auteur. Il faut souligner tout d'abord que la notion « d'information immédiate » sera forcément sujette à interprétation, est sera surtout restrictive puisque l'information peut également ne pas être immédiate². De plus cette exception de presse est très restrictive sur plusieurs points, ce qui en limite fortement la portée. Si l'on veut donc essayer de la rapprocher de la liberté de panorama de la directive de 2001, l'exception d'actualité telle que prévue par l'article L 122-5 perdra de sa substance puisque l'exception de panorama permet la reproduction et la représentation intégrale d'œuvres architecturales et de sculptures sans que celles-ci ne soient conditionnées à une condition d'information immédiate. Mais ce tempérament n'est, que de par la transposition très restrictive qu'en a fait le législateur français, comparèrent à ce que la directive prévoyait originellement. Cette analyse sera cependant à conditionner, puisque celui-ci a récidivé, en restreignant au maximum les applications qui pourront être faites de la liberté de panorama en France.

L'exception de presse permet donc, tout comme celle de panorama, de reproduire intégralement des œuvres architecturales et des sculptures, à la condition que la reproduction soit faite dans un but d'information immédiate. Cette dernière condition amène à constater que malgré cela, les deux exceptions sont très différentes. Il est pourtant une dernière exception³ qui n'est envisagée que par la doctrine et par la jurisprudence, qui se rapproche de la liberté de panorama. Il s'agit de ce que l'on appelle « la théorie de l'accessoire ».

Section II : La théorie prétorienne de l'accessoire

Comme nous l'avons vu la plupart des exceptions au monopole d'exploitation de l'auteur sur son œuvre sont prévues dans le Code de propriété intellectuelle en son article L 122-5. Pourtant, et ce depuis longtemps, la Cour de cassation ne qualifie pas de contrefaçon les reproductions ou représentation d'œuvres, qui seraient accessoires au sujet traité. Cette « exception prétorienne » au droit d'auteur ne semblait concernait uniquement les œuvres situées dans l'espace public. De cette condition il découlait que pratiquement seules les œuvres d'architecture et de sculpture étaient touchées par cette exception (§1). Mais en 2001, la directive européenne prévoit une exception facultative : l'exception d'inclusion fortuite⁴, que beaucoup ont vu comme l'assise textuelle européenne de la théorie de l'accessoire, combinée avec justement la liberté de panorama. Pourtant après la loi de transposition de la directive de 2006, et la non inscription en droit français de ces deux exceptions facultatives⁵, la théorie de l'accessoire continue d'être appliquée par les juridictions (§2).

¹ À moins qu'il s'agisse d'un renvoi à une licence légale, c'est-à-dire que l'auteur ne pouvant refuser la reproduction de son œuvre, mais ayant tout de même droit à rémunération ?

² Un documentaire informe, mais se situe souvent hors de « l'actualité immédiate »

³ Il s'agira vraisemblablement d'une limite plutôt qu'une exception

⁴ Directive 2001, art. 5, 3), i

⁵ Puisque les juges ne peuvent normalement ni ajouter des exceptions non comprises dans le CPI, ni prendre appui sur des disposition facultative d'une directive pour rendre leur décision

§1. La reproduction et la représentation accessoire d'une œuvre située dans l'espace public

Depuis pratiquement le début du XX^e siècle la jurisprudence est constante sur la question de la représentation accessoire ; représentation accessoire en ce qui concerne les œuvres situées dans l'espace public. En 1924 déjà le tribunal de Mirecourt rejetait les demandes d'un architecte, dont l'œuvre avait été reproduite sur des cartes postales, au motif que son œuvre était accessoire par rapport au sujet traité sur les cartes postales : l'inauguration du bâtiment¹. Si l'on résume la position de la jurisprudence à ce sujet, toute représentation d'un œuvre (qui sera le plus souvent une œuvre architecturale ou une sculpture) qui serait accessoire par rapport au sujet traité ne peut être empêchée par l'auteur.

De nombreuses affaires célèbres traitent de cette théorie de l'accessoire, comme celle des statuts du sculpteur Aristide de Maillol, où la théorie avait été rejetée car les œuvres avaient été filmées en gros plan et surtout pour elles-mêmes, ce qui exclut le caractère accessoire de la reproduction et de la représentation.

Mais l'application la plus connue de la théorie de l'accessoire reste celle de la place des Terreaux, qui en plus de la détailler au maximum, répond à une question importante concernant cette théorie prétorienne : s'agit-il d'une exception au droit d'auteur non comprise dans le CPI, ou alors d'une limite au monopole de l'auteur ?

L'architecte Christian Devet et l'artiste plasticien Daniel Buren réaménagent la fameuse place des Terreaux à Lyon, mais se rendent compte que des éditeurs de cartes postales exploitent la nouvelle place en la présentant de jour comme de nuit. Ils les assignent alors en contrefaçon. Le 4 avril 2001 le tribunal de grande instance de Lyon² les déboute de leur demande au motif que les photographies sur la carte postale ne représentaient leurs ouvrages que de manière accessoire au sujet traité, ne reproduisant par leurs œuvres isolément. Les juges du fond précisent tout de même que le nom des auteurs aurait dû être mentionné, au moins « par courtoisie ».

En appel³, les juges du second degré confirment la décision au motif que la représentation incriminée des œuvres n'était que l'accessoire des vues de la place des Terreaux, dont elles sont des éléments inséparables de l'ensemble, celui-ci appartenant au patrimoine commun. Or la représentation accessoire d'une œuvre échappe au monopole d'exploitation de l'auteur. La Cour de cassation⁴ confirme cette décision en affirmant : « Mais attendu qu'ayant relevé que, telle que figurant dans les vues en cause, l'œuvre (...) se fondait dans l'ensemble architectural de la place des Terreaux dont elle constituait un simple élément, la cour d'appel en a exactement déduit qu'une telle présentation de l'œuvre litigieuse 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 ».

La théorie de l'accessoire occupe donc une place importante dans la vision que l'on peut avoir du monopole d'exploitation qu'a l'auteur sur son œuvre. Celui-ci ne peut s'opposer à la reproduction de son œuvre lorsqu'elle est secondaire, accessoire, par rapport à la reproduction prises dans son ensemble.

¹ Le tribunal a en réalité également fait une application de l'exception de presse, puisque pour lui l'information du public quant à l'inauguration requérait cette reproduction

² TGI Lyon, 1^{ère} ch. 4 avr. 2001

³ C.A. Lyon, 1^{ère} ch. 20 mars 2003

⁴ Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005

Certains voyaient dans cette théorie la création d'une véritable exception prétorienne par la Cour de cassation, et cela pour plusieurs raisons. Tout d'abord la jurisprudence admet depuis longtemps que la présence d'une œuvre dans l'espace public ne prive pas son auteur de la protection légale qui lui est due, et ensuite elle admet la libre reproduction des paysages. L'exception de l'accessoire était donc conditionnée à deux éléments : le fait que l'œuvre soit située dans un lieu public d'abord, et le fait que sa reproduction soit accessoire au sujet traité. La réunion de l'une et de l'autre conditions était donc nécessaire à l'application de cette exception de l'accessoire. Ces conditions d'application rapprochent d'ailleurs l'accessoire de l'exception de panorama et de l'inclusion fortuite, toutes deux prévues par la directive sur la société de l'information. De plus de véritables interrogations sont nées quant à la création d'une exception prétorienne au droit d'auteur surtout lorsqu'il est observé que la Cour de cassation, et plus globalement les juges du fond, s'appuient sur le seul critère de l'accessoire pour rejeter ou admettre la reproduction ou la représentation d'une œuvre protégée. Cela a été le cas notamment pour l'affaire citée plus haut, où les reproductions des sculptures de Maillol avaient été sanctionnées en l'absence de caractère accessoire de ces reproductions. L'abandon également de la condition de placement dans un lieu public pouvait également être interprété en ce sens. En effet le caractère accessoire de la reproduction va au delà des œuvres situées dans l'espace public, puisque par exemple la photographie d'un couteau protégé par le droit d'auteur dans pour une publicité avait été admise, car il n'apparaissait que comme un élément parmi d'autres¹. Seul le caractère accessoire de la reproduction ou de la représentation était donc important pour caractériser ou non la contrefaçon.

Mais il semble que dans l'affaire de la place des Terreaux, soit exclue la qualification d'exception à la théorie de l'accessoire. Tout d'abord, en ce qui concerne les reproductions d'œuvres situées dans un espace public on peut y voir plutôt une limite externe, c'est-à-dire l'impossibilité pour le droit d'auteur d'empêcher un photographe de représenter l'espace commun. Mais cela sera sûrement plus difficile à admettre puisque, nous l'avons vu, la théorie de l'accessoire ne concerne pas uniquement ces œuvres en public, mais toute sorte d'œuvres dès que leur représentation est accessoire. On peut donc déjà en déduire que la mise en œuvre de l'accessoire ne prend pas en compte les conditions particulières de la reproduction, mais questionne la reproduction elle-même. En effet la Cour de cassation souligne : « (...) de sorte qu'elle ne réalisait pas la communication de cette œuvre au public ». Les juges suprêmes semblent donc affirmer que ce n'est pas le caractère accessoire ou non de la reproduction qui permet d'écarter le droit d'auteur, mais le fait qu'une représentation ou une reproduction accessoire ne communique pas l'œuvre au public, de sorte que, comme nous l'avons vu, le droit d'auteur ne trouve pas à s'appliquer. En effet en l'absence de publicité le droit d'auteur perd sa substance puisque c'est elle en premier lieu qui le caractérise : sans public il n'est pas possible que soit appliqué le monopole car on se situe en dehors de son emprise. Par là donc, une communication accessoire d'une œuvre ne serait pas une communication. La théorie de l'accessoire, si l'on suit cette explication, n'est pas une exception, amputant le droit d'auteur lorsqu'il devrait s'appliquer, mais une limite interne, découlant même de la définition du droit d'auteur, ne pouvant être appliqué uniquement quand la publicité rentre en jeu, tout comme la copie privée par exemple.

S'il n'est normalement pas possible pour les juges de créer de toute pièce une nouvelle exception au droit d'auteur non envisagée dans le Code de la propriété intellectuelle, ce n'est pas le cas des limites internes. Il ne s'agit pas là d'empêcher l'application du monopole de l'auteur, mais simplement de tirer des conclusions de la définition même de ce droit, qui n'est que lorsqu'une publicité existe.

¹ Versailles, 4^e ch. 22 février 2002

Toutefois il ne faut pas confondre « accessoire » et « fortuit », et se rappeler qu'une représentation partielle peut d'abord être qualifiée de contrefaçon partielle, et que dans tous les cas le droit moral de l'auteur sur son œuvre continue à jouer quoi qu'il arrive. Il ne faut donc pas que la reproduction porte atteinte au respect de l'œuvre.

Certains ont d'ailleurs rapproché cette théorie de l'accessoire aux exceptions prévues par la directive sur la société d'information de 2001, l'exception d'inclusion fortuite et l'exception de panorama, en ce qu'ils voyaient la condition de l'accessoire pour l'une, et la possibilité de reproduire des œuvres situées dans l'espace public pour l'autre. Après que le législateur n'ait pas transposé ces deux exceptions lors de la loi de transposition de 2006, les juges ne pouvant créer de toute pièce une nouvelle exception ni pouvant se servir d'une disposition facultative pour interpréter ou étendre la portée d'une disposition nationale¹, la théorie de l'accessoire a quand même continué à être appliquée par les juridictions française, notamment dans la fameuse série jurisprudentielle sur le documentaire « être et avoir ».

§2. L'affaire « être et avoir » : la survie de la théorie de l'accessoire après la loi de transposition de 2006 ?

La directive européenne du 22 mai 2001 prévoit toute une série d'exception au droit de reproduction et de représentation de l'auteur. Mais ces exceptions telles que l'intrusion fortuite ou la liberté de panorama sont en réalité facultatives, c'est-à-dire que le législateur n'a pas l'obligation de les transposer dans le droit national. Malgré des tentatives de quelques parlementaires, toutes les exceptions prévues à l'article 5 de la directive n'ont pas été transposées, et c'est notamment le cas de l'inclusion fortuite et de la liberté de panorama permettant l'utilisation d'œuvres placées en permanence dans l'espace public. De plus il ne peut être prévu, d'après la directive, aucune nouvelle exception au droit d'auteur qui ne serait pas envisagée par celle-ci ; le législateur ne pouvant non plus se servir de dispositions facultatives pour interpréter ou étendre la portée d'une disposition nationale. De par ces deux conditions, et après la loi de transposition, intervenue en 2006, beaucoup ont vu donc en cela la fin de l'application de la théorie de l'accessoire par la Cour de cassation et les juridictions françaises. Pourtant il n'en est rien, et l'arrêt de la Cour de cassation, concernant le documentaire « être et avoir » le montre.

Ce documentaire portait sur la vie quotidienne d'une classe primaire et de son professeur, en zone rurale. Mais le film faisait apparaître sur le fond de la classe des fresques, illustrant une méthode d'enseignement de la lecture, appelée « méthode Super Gafi », créée par plusieurs auteurs. Un des auteurs, l'illustrateur de la méthode pour être précis, Michel Schickler, assigne le producteur du documentaire en contrefaçon.

En première instance², les juges avait donné raison à l'auteur au motif justement que la théorie de l'accessoire ne pouvait plus être mise en œuvre après la loi de transposition, celle-ci n'ayant pas repris les exceptions d'intrusion fortuite ni la liberté de panorama. Les juges ne pouvant créer de nouvelles exceptions se devaient de reconnaître là une reproduction contrefaisante, et ce même cette reproduction pouvait être qualifiée d'accessoire par rapport au sujet traité. Il suffisait que l'on discerne là l'écran es planches incriminées pour que la contrefaçon soit caractérisée.

¹ Civ. 1^{ère} 22 janv. 2009

² TGI Paris, 20 dec. 2006

Fort heureusement la juridiction d'appel¹ va à l'encontre des juges du premier degré, et raisonne comme nous l'avons fait auparavant : elle rappelle tout d'abord que si le droit d'auteur est un droit fondamental, il l'est au même titre que les autres droits et libertés fondamentaux et cela signifie qu'un équilibre des droits doit être trouvé. Par là la Cour d'appel rappelle la jurisprudence antérieure et affirme que la reproduction ou la représentation d'une œuvre qui serait accessoire par rapport au sujet traité « en ce qu'elle est imbriquée avec le sujet » ne constitue pas une communication au public et ne porte donc pas atteinte au monopole de l'auteur sur son œuvre. Les juges du second degré reprennent alors ici le raisonnement antérieur de la Cour de cassation concernant la représentation accessoire d'une œuvre, qui n'entre pas dans le champ du droit d'auteur, en ce qu'elle ne communique pas l'œuvre au public. La cour confirme ici que la théorie de l'accessoire n'est pas une exception au droit d'auteur, et qu'il importe donc peu qu'elle ne soit pas prévue dans la directive, ni que la loi de transposition n'ait pas fait entrer en droit français toutes les exceptions au droit d'auteur vu plus haut.

Tout cela se complique en revanche avec l'arrêt de la Cour de cassation². Elle rejette le pourvoi, va donc dans le sens de la Cour d'appel, mais ne reprend pas pour autant son raisonnement. Elle affirme en effet que la représentation de l'œuvre « (...) devait être regardée comme l'inclusion fortuite d'une œuvre, constitutive d'une limitation au monopole d'auteur, au sens de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, telle que le législateur a, selon les travaux préparatoires, entendu la transposer en considération du droit positif (...) ». Le problème ici est que la Cour de cassation va à l'encontre du raisonnement par lequel il est admis que la théorie de l'accessoire ne serait pas une exception mais une limite interne au monopole de l'auteur. En effet en la rattachant comme cela à l'exception d'inclusion fortuite de la directive de 2001³, et donc directement à cette directive, la première chambre civile de la Cour de cassation fait de la théorie de l'accessoire une exception. Pourtant, elle rejette tout de même le pourvoi de l'auteur malgré le fait que l'inclusion fortuite était une exception facultative et que justement les dispositions facultatives ne peuvent permettre d'interpréter une disposition nationale, ou pour en étendre sa portée.

C'est en réalité sûrement pour cette raison que les juges suprêmes se réfèrent également aux « travaux préparatoires, entendu la (l'exception d'inclusion fortuite) en considération du droit positif ». Pourtant il semble toujours autant difficile de rapprocher la théorie de l'accessoire —qu'apparemment donc ni le législateur ni la Cour de cassation ne voulaient écarter pour l'avenir— de l'exception d'inclusion fortuite de la directive. En effet, on peut dire qu'une inclusion fortuite sera normalement accessoire, de par son caractère non volontaire ; en revanche une inclusion accessoire n'est en aucun cas forcément fortuite. Cela ferait perdre de sa substance cette limite de l'accessoire qui permet la reproduction, même volontaire, d'une œuvre lorsque celle-ci est accessoire au sujet traité.

En tant que limite interne au droit d'auteur, la théorie de l'accessoire devrait donc continuer à jouer, et ce, même malgré l'absence de transposition des exceptions de la directive.

Il existait donc, avant l'introduction par le projet de loi pour une République numérique de la liberté de panorama, que des exceptions ou des limites au droit d'auteur permettaient de reproduire et de représenter, sous certaines conditions, des œuvres architecturales et des

¹ C.A. Paris 12 sept. 2008

² Civ. 1^{ère} 12 mai 2011

³ « (...) regardée comme l'inclusion fortuite d'une œuvre (...) »

sculptures, placées en permanence dans les lieux publics. On peut même se demander si la théorie de l'accessoire ne devrait pas prendre le qualificatif de « liberté de panorama », si l'on s'attache à la définition même d'un panorama, CAD une représentation, en largeur, qui permet d'observer la totalité d'un paysage. Une disposition permettant de prendre en photo l'intégralité d'un paysage, même si des œuvres protégées y apparaissent, cela semble être une véritable liberté de panorama.

Mais la liberté de panorama, l'exception de panorama, telle qu'envisagée par la directive sur la société de l'information puis par le législateur français¹, permet d'aller au delà : de représenter des œuvres protégées, situées en permanence dans un lieu public, sans que la représentation ait un caractère accessoire.

Il faut tout de même s'interroger sur l'opportunité d'une telle transposition en droit français.

¹ Même si cela se fera, nous allons le voir, d'une manière très restrictive.

Partie II

L'opportunité d'une transposition de la liberté de panorama par le législateur français

La liberté de panorama, bien que pour l'instant absente du droit d'auteur français, est une exception au monopole de l'auteur sur son œuvre plutôt ancienne puisque l'on en retrouve la trace dès la fin du XIXe siècle en Allemagne. Elle tire d'ailleurs son nom de là, puisque les allemands l'avaient consacré comme « Panoramafreiheit » ce qui signifie littéralement « liberté » et « panorama ».

Cette exception permet de reproduire et de représenter toute œuvre se trouvant en permanence dans les lieux publics. Il s'agit évidemment, la plupart du temps, de bâtiments ou de sculptures, mais quelque fois elle s'applique également pour les œuvres de street art, les gravures ou les fresques murales. Cela dépend en réalité de la portée qu'ont voulu lui conférer les différents états, lorsqu'elle a été introduite dans leur droit national.

La directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information prévoit une liste exhaustive d'exceptions facultatives que les États membre de l'Union européenne pouvaient, ou non, transposer dans leur propre législation. La liberté de panorama y figure en son article 5, 3^e telle que : « Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3¹ dans les cas suivants :

(...)

h) Lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'œuvres, telles que des réalisations architecturales ou des sculptures, réalisées pour être placées en permanence dans des lieux publics ; ».

La quasi-totalité des États membres de l'Union européenne ont désormais intégré à leur droit d'auteur une exception de panorama. Du fait que les exceptions de la directive soient pratiquement toutes facultatives, il en résulte que chaque pays ayant intégré cette nouvelle exception ne lui accorde pas la même portée. Certains vont exclure toute exploitation commerciale de la représentation ou de la reproduction, d'autres vont d'admettre² ; certains vont y exclure certains types d'œuvres, et d'autres ne faire aucune restriction. Ceci à tel point que l'on pourrait presque faire un « panorama de la liberté de panorama ».

La France a transposé la directive de 2001 à l'occasion de la loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006. Plusieurs des exceptions prévues par le Conseil de l'Europe figurent donc désormais à l'article L 122-5 du CPI, notamment l'exception d'actualité que nous avons déjà évoquée. Cependant la liberté de panorama n'a elle pas été introduite, et ce malgré la tentative de plusieurs parlementaires et de plusieurs acteurs concernés par cette exception. Diverses raisons ont été avancées afin d'expliquer le refus de transposition, la première étant le flou de l'article, ou la perte éventuelle de revenus pour les architectes, les artistes plasticiens, et pour les sociétés de gestion collective des droits d'auteur³.

Suite à cette loi, plusieurs acteurs de la culture, et Wikimedia le premier, ont tout mis en œuvre pour que l'exception de panorama soit introduite, tant elle permettrait selon eux un bien meilleur partage de la culture, et également car le droit d'auteur ne pourrait pas s'appliquer à l'espace public, qui par définition est commun à tous.

¹ Respectivement le droit de reproduction et le droit de représentation

² C'est notamment le cas du Royaume-Uni et de L'Allemagne

³ Qui sont sûrement les acteurs ayant fait le plus de levées de boucliers contre l'introduction éventuelle de la liberté de panorama en France

La pression se sentant de plus en plus, le législateur a finalement décidé d'introduire l'exception de panorama de la directive à son projet de loi pour une République numérique. Mais l'exception, telle que prévue par la directive, étant, une nouvelle fois, facultative, c'est une liberté de panorama bien différente de l'originale qui va être transposée en France. En effet, que ce soit à l'Assemblée nationale ou au Sénat, les examens du texte, et ce qui nous intéresse ici, de son article 18 *ter*, conduisent à toujours plus de restrictions de cette nouvelle exception. La première ayant été l'exclusion d'autres formes d'expression artistique que l'architecture ou la sculpture. Il semble donc normal de s'interroger sur la pertinence de l'introduction de la liberté de panorama en droit français. Nous avons vu dans la première partie quelles sont les exceptions¹ qui permettaient déjà la reproduction et la représentation d'œuvres d'art se trouvant dans un lieu public, et en quoi elles diffèrent de cette liberté de panorama. Il en reste qu'il n'est pas moins important de s'attarder sur ce qui justifie son introduction (section I), et surtout de se demander quelle sera sa réelle effectivité telle qu'elle sera transposée en droit français (section II).

Section I : Les justifications de l'introduction de la liberté de panorama dans le droit d'auteur français

Le droit d'auteur est un droit d'équilibre. De ce fait des exceptions existent afin de contrebalancer le monopole de l'auteur avec d'autres prérogatives, avec d'autres droits et libertés fondamentaux. Chacune des exceptions, chacune des limites aux droits patrimoniaux de l'auteur trouve sa justification.

Avant toute chose, il semble nécessaire de s'interroger sur la nature de la liberté de panorama : s'agit-il d'une exception, ou alors d'une limite ?

§1. La liberté de panorama : exception ou limite au monopole de l'auteur sur son œuvre ?

La question de la qualification d'exception ou de limite de la liberté de panorama peut paraître anodine et futile. Pourtant la doctrine traite le sujet avec grand intérêt, tant l'application qui en sera faite variera selon qu'il s'agit d'une exception ou d'une limite².

On peut voir dans la liberté de panorama à première vue une limite, externe. Une limite au droit d'auteur est qualifiée d'externe lors de l'hypothèse où un droit fondamental concurrent au droit d'auteur exerce son influence sur l'exclusivité de celui-ci. En effet le droit d'auteur des sculpteurs, mais surtout celui des architectes empêche toute reproduction et représentation d'œuvres situées en public. Cela peut être vu comme une appropriation d'un espace qui par définition n'appartient normalement à personne. Le monopole d'exploitation rentre alors ici en concurrence avec des droits et libertés fondamentaux, notamment la liberté d'expression et de communication. La liberté de panorama viendrait alors borner ce droit d'auteur à la possibilité pour n'importe qui de représenter librement l'espace public dans lequel il évolue.

Mais nous avons ici souvent employé le terme « d'exception » pour la désigner, et cela paraît en réalité plus approprié. Comme il a été discuté plus haut, nous pouvons parler véritablement d'exception lorsque le législateur écarte le monopole de l'auteur, car il n'est pas souhaitable³ de l'étendre aussi largement. Ici donc, le droit d'auteur qui trouverait normalement à s'appliquer, se trouve amputer par des dispositions législatives.

¹ Et les limites donc

² Nous l'avons vu avec la qualification de limite de la théorie de l'accessoire

³ Notamment pour le public

Il semblerait que ce soit effectivement le cas en ce qui concerne la liberté de panorama. En effet tout d'abord il est communément admis que ce n'est pas parce qu'une œuvre est exposée en public qu'elle n'est plus protégée et que son auteur perd son monopole d'exploitation¹. De plus, le droit d'auteur protège une œuvre quelque soit son genre, son mérite et sa destination. Or le projet de loi pour une République numérique réserve la liberté de panorama aux seules œuvres architecturales et sculptures. Si les autres formes d'expression artistiques continuent d'être protégées de la même manière, mais que la liberté de panorama permet de reproduire et de représenter librement les sculptures et œuvres architecturales placées en public, cela constitue bien une exception au monopole des architectes et des sculpteurs sur leurs ouvrages, puisqu'il devrait normalement s'appliquer indifféremment. De plus, la liberté de panorama, contrairement à la théorie de l'accessoire, permet de représenter une œuvre pour elle-même, à la condition qu'elle soit placée en permanence dans un lieu public. La monopolisation de l'espace public par le droit de ces artistes, empêchant normalement toute reproduction ou représentation de celui-ci, si l'œuvre en question n'est pas représentée accessoirement, serait donc injustifiée, tant l'espace public est par nature inappropriable.

La liberté de panorama peut donc être perçue selon l'angle sous laquelle on la regarde tantôt comme une limite externe, tantôt comme une exception au monopole de l'auteur sur son œuvre. Et c'est cette dernière qualification qui semble être appropriée.

Cette nouvelle exception est d'ores et déjà présente dans la grande majorité des pays de l'Union européenne. La France² est l'une des dernière à l'introduire. Mais de par la volonté d'uniformisation au sein de l'Union, la volonté d'harmoniser le droit d'auteur, et donc ses exceptions, est l'une des principales justifications à la transposition de l'article 5, 3, h de la directive de 2001.

§2. La nécessaire harmonisation du droit d'auteur et de ses exceptions en Europe

La propriété intellectuelle, et avec elle donc le droit d'auteur revêtent une importance considérable dans l'économie européenne, dans le marché intérieur. En effet la culture joue un rôle non négligeable dans le développement d'une identité européenne commune, d'autant plus à l'ère actuelle du numérique où les échanges culturels transfrontaliers deviennent de plus en plus faciles et de plus en plus répandus. Une harmonisation des règles portant sur le droit d'auteur, et par là donc la suppression d'un maximum d'obstacle au partage des idées, des courants, ou de tout médias véhicule d'informations sont d'une importance capitale pour les instances européennes, désireuses d'ancrer au maximum un marché commun.

Mais le droit d'auteur, son application, ses prérogatives, dépendent en réalité grandement de l'idée que se fait chaque Etat sur son compte. L'exemple le plus parlant demeurant les différences entre le droit d'auteur français et le copyright anglo-saxon, qui tous deux se présentent avec des caractéristiques individuelles.

C'est dans ce contexte que 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 intervient. Comme son nom l'indique son principal but était l'uniformisation de certains aspects du droit d'auteur dans le but notamment « d'empêcher les distorsions de concurrence dans le marché intérieur »³.

¹ TGI Paris, 12 juillet 1990

² Et une minorité d'autres pays comme l'Italie ou la Belgique

³ Considérant 1, directive 2001/29/CE du 22 mai 2001

Dans les différents considérants, introduisant la directive, il nous est expliqué toutes les raisons pour lesquelles une harmonisation du droit d'auteur au niveau européen est nécessaire. Tout d'abord cela permettrait aux citoyens européens de bénéficier d'une plus grande sécurité juridique. En effet il semble nécessaire qu'un européen se trouvant dans un autre Etat membre que le sien puisse savoir ce qui lui est permis ou non de faire, ce qu'il pourra publier sur le web etc. On retrouve d'ailleurs dans les considérants de la directive, que celle-ci doit fixer « Un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur et des droits voisins, en améliorant la sécurité juridique »¹. Le problème étant que d'une part les disparités qu'il existe au sein des législations des Etats membres et le fait que les développements technologiques, notamment de l'Internet, permettent l'augmentation des échanges transfrontaliers, en même temps que leur célérité : « L'incidence de ces disparités législatives et de cette insécurité juridique se fera plus sensible avec le développement de la société de l'information, qui a déjà considérablement renforcé l'exploitation transfrontalière de la propriété intellectuelle. Ce développement est appelé à se poursuivre »².

Mais le Parlement européen et le Conseil précisent tout de même que cette insécurité juridique toucherait bien entendu les particuliers, mais pas que. En effet, les droits d'auteur doivent également être appréciés du point de vue du rôle qu'ils jouent dans l'économie et l'industrie européenne : « Le droit d'auteur et les droits voisins jouent un rôle important dans ce contexte, car ils protègent et stimulent la mise au point et la commercialisation de nouveaux produits et services, ainsi que la création et l'exploitation de leur contenu créatif »³. Du fait de l'importance économique du droit d'auteur, l'insécurité juridique créée par la disparité des législations en la matière aurait donc aussi des répercussions sur le marché commun : « Des disparités et une insécurité juridiques importantes en matière de protection sont susceptibles d'entraver la réalisation d'économies d'échelle pour les nouveaux produits et services protégés par le droit d'auteur et les droits voisins »⁴.

Le but de la directive du 22 mai 2001 est donc clair : empêcher que les disparités législatives ne persistent, et permettre qu'une orientation commune soit donnée aux Etats membres afin qu'un minimum d'entraves à la circulation des idées et des informations dans le marché commun. De plus les évolutions technologiques exponentielles ne doivent pas être traitées séparément par les différents Etats de l'Union européenne, mais au contraire être envisagées dans une orientation commune émanant de l'Union, toujours dans l'objectif de limiter les possibles entraves que peuvent engendrer une disparité législative : « Il convient, à cet effet, d'adapter les dispositions nationales sur le droit d'auteur et les droits voisins qui varient sensiblement d'un Etat membre à l'autre ou qui entraînent une insécurité juridique entravant le bon fonctionnement du marché intérieur et le développement de la société de l'information en Europe et il importe d'éviter que les Etats membres réagissent en ordre dispersé aux évolutions technologiques »⁵.

Dans une logique de stabilisation du marché commun cette directive d'harmonisation prend donc tout son sens. Pourtant un détail vient la rendre tous ces objectifs, si ce n'est inopérant, mais en tout cas moins applicables qu'on pourrait le penser : le fait que la directive prenne en compte les disparités dans les traditions juridiques, notamment celles liées au droit d'auteur, des différents Etats membres : « La liste tient dûment compte de la diversité des traditions

¹ Considérant 4, directive 2001/29/CE du 22 mai 2001

² Considérant 6 directive 2001/29/CE

³ Considérant 2, directive 2001/19/CE

⁴ Considérant 6, directive 2001/29/CE

⁵ Considérant 7, directive 2001/29/CE

juridiques des États membres tout en visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur »¹. C'est cette particularité qui conduit à une flexibilité des règles qui émanent du texte, et donc au fait que la plupart des exceptions soient facultatives pour les États membres. En effet si les règles de droit d'auteur doivent être harmonisées en Union européenne, il est évident que les exceptions que connaît le droit d'auteur le soient aussi, ne serait-ce que pour permettre une véritable sécurité juridique, afin d'éviter les disparités dans l'étendue du champ de protection que confère le monopole de l'auteur.

Mais du fait que ces exceptions soient, pour la plupart, facultatives, il en résulte qu'elles ne sont soit pas appliquées de la même manière de partout en Europe, ou qu'elles sont appliquées différemment selon le pays dans lequel on se place. La liberté de panorama, prévue à l'article 5 de la directive, illustre cette problématique à la perfection. En effet 74% des pays de l'Union européenne l'applique et seuls des pays comme la France, la Belgique, l'Italie et la Grèce ne l'ont pas du tout, ou pas encore, transposée. Mais malgré le fait que la majorité des États disposent d'une liberté de panorama, ne signifie pas qu'elle est la même de partout : certains l'appliquent à toutes les œuvres d'art, d'autres en excluent certains types ; certains permettent l'exploitation commerciale, d'autres non ; certains considèrent qu'elle s'applique y compris à l'intérieur des bâtiments publics, d'autres la réserve à l'extérieur, aux espaces publics. Toutes ces disparités législatives conduisent à un même point : une insécurité juridique.

Toutes ces problématiques ont bien été soulignées par le rapport de l'eurodéputée allemande du parti pirate, Julia Réda, sur la mise en œuvre de la directive du 22 mai 2001. Elle observe avec pertinence que les disparités sur la mise en œuvre des exceptions créent une insécurité juridique ayant des « incidences négatives sur le fonctionnement du marché unique numérique »². Madame Réda demande même que toutes les exceptions et les limitations de la directive soient rendues obligatoires afin de permettre « un accès égal à la diversité culturelle par delà les frontières dans le marché intérieur », ce qui améliorerait la sécurité juridique. En effet il devient difficile que ce soit pour les individus, les entreprises ou même les institutions publiques de comprendre la loi applicable après la directive de 2001.

Afin de soutenir sa thèse, elle prend l'exemple de la liberté de panorama. Si la protection du droit d'auteur des architectes était à la base pour les « prémunir contre l'exploitation commerciale inappropriée »³ de leurs ouvrages, elle n'avait pas pour but d'empêcher le vacancier lambda de prendre des photos de ses vacances et de les diffuser sous le seul prétexte qu'une œuvre soumise au droit d'auteur y est représentée. Il y a eu depuis d'importantes évolutions technologiques, qui continuent à courir aujourd'hui. Il est donc nécessaire de « formuler les exceptions du droit d'auteur d'une manière plus neutre sur le plan technologique et à l'épreuve du temps ». L'eurodéputée rajoute que les « changements juridiques doivent être introduits pour permettre l'adaptation à de nouvelles formes inattendues d'expression culturelle ».

Cette disparité législative ne conduit donc à une seule chose : une insécurité juridique. La proposition de Julia Réda, quant à rendre non plus facultatives mais obligatoires la liste des exceptions au droit d'auteur contenue dans la directive peut alors sembler pertinente. La France par exemple est entrain de transposer l'exception de panorama dans son propre panel d'exceptions, mais elle va être transposée de manière très restrictive : toute utilisation commerciale ou indirectement commerciale sera prohibée. Cette limitation de l'exception existe bien évidemment pour protéger l'architecte de toute utilisation de son œuvre qui lui porterait une atteinte injustifiée. Mais d'un autre côté cela montre également parfaitement

¹ Considérant 32 ; directive 2001/29/CE

² Considérant du projet de rapport

³ Projet de rapport, exposé des motifs

l'incompétence de certains politiques en ce qui concerne le monde numérique, et en particulier Internet. Sur le web, où se situent les utilisations non commerciales ? Il y a en effet très peu d'endroits où une application commerciale, au moins indirecte, n'existe pas : « Une distinction entre les utilisations commerciales et non commerciales crée de nouveaux problèmes dans l'environnement en ligne » souligne Julia Réda. Afin d'empêcher au maximum les atteintes disproportionnées aux droits des architectes, une autre solution devrait donc être envisagée.

Il est donc nécessaire qu'une harmonisation sur la question des exceptions au monopole de l'auteur soit effectuée en Europe, surtout quand ces exceptions sont parfaitement justifiées. Mais ne faut-il pas craindre une dénaturation de notre droit d'auteur si particulier, protecteur de la personne créatrice et de son œuvre, quand la seule logique que connaît le Conseil de l'Europe et le Parlement européen est une logique de marché ?

En dehors de la question de l'harmonisation législative en Europe, la liberté de panorama pose une autre question intéressante. Qu'est-ce qui justifie qu'on ne puisse reproduire librement des éléments présents dans l'espace commun ?

§3. Le problème des œuvres situées en permanence dans l'espace public et payées avec des deniers publics

Les œuvres concernées par la liberté de panorama, les œuvres architecturales et autres sculptures¹ exposées en permanence dans les lieux publics, proviennent pour la plupart de commandes publiques, c'est-à-dire que c'est la personne publique qui demande à un artiste, à un architecte, un ouvrage dans le but de l'intégrer à l'espace public, ou achète une œuvre préexistante pour la même fin. Or si la commande est publique, le paiement l'est aussi.

Qu'en est-il alors pour ces œuvres réalisées grâce à de l'argent public ? Cela prive-t-il leur créateur des prérogatives de droit d'auteur ?

Il est nécessaire de rappeler les conditions et les particularités de la protection d'une œuvre architecturale, du fait que son côté pratique prime autant —voire souvent plus— que son originalité². Plusieurs principes sont alors à rappeler :

Tout d'abord une œuvre architecturale sera protégée par le droit d'auteur même si elle est réalisée au profit d'une personne publique.

Ensuite si l'œuvre est intégrée à l'espace public en lui donnant une fonction particulière parce qu'elle a une fonction autre qu'une œuvre d'art. Le droit d'auteur viendrait en contradiction avec le droit du public l'information et n'aurait donc pas à être appliqué. Enfin si l'ouvrage est appréhendé pour lui-même, comme œuvre originale dans ce cas là le droit d'auteur s'appliquera ; au contraire si elle ne fait que se fondre dans l'espace public la théorie de l'accessoire s'appliquera et le droit d'auteur devra s'effacer.

Une précision tout de même : l'œuvre sera protégée par le droit d'auteur dès le moment où une reproduction est faite de l'œuvre elle-même, et non de l'espace public, intégrant donc aussi l'ouvrage.

Dans notre droit d'auteur actuel, protégeant l'œuvre originale quelque soit son mérite, son genre ou sa destination, l'architecte est tout de même dépositaire d'un droit d'auteur sur son œuvre, même si elle est située sur la place publique et si la commande est effectuée par une personne publique.

¹ En France il ne s'agira d'ailleurs que des œuvres architecturales et des sculptures

² Condition essentielle de la protection par le droit d'auteur

Il était pourtant tentant de rapprocher la situation d'un architecte ou d'un sculpteur recevant une commande de la part de l'Etat ou d'une collectivité territoriale, de celle des agents publics créant pour le compte de l'Etat. En effet l'article L 131-3-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'Etat ». Un agent de l'Etat lui cède donc le droit d'exploitation dont il dispose sur son œuvre et ce dès sa création. Mais plusieurs points sont à souligner avant de procéder à un rapprochement entre les deux situations considérées. L'agent d'Etat tout d'abord créé « dans l'exercice de ses fonctions » et « d'après les instructions reçues ». Ce n'est en aucun cas la situation d'un sculpteur ni d'un architecte qui répondent surtout à un appel à projet avec une proposition initiée par eux seuls. Même quand ce n'est pas le cas et que la commande leur revient directement ils exercent leur activité librement, même si certaines demandes ou obligations légales doivent être respectées. Ensuite pour que le droit d'exploitation d'une œuvre d'un auteur fonctionnaire soit directement cédé à l'Etat il est précisé dans l'article que cela se déroule « Dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public (...) ». Plusieurs indices permettent de qualifier une activité de service public, mais on peut retenir l'accomplissement d'une activité d'intérêt général. Le Conseil d'Etat a à plusieurs reprises reconnu la culture comme pouvant être une mission d'intérêt général et pouvant donc être rapproché d'un service public. Si en effet l'activité d'un architecte qui réalise un bâtiment peut être rapproché d'une activité répondant à un intérêt général, ce ne sera le cas que pour quelques ouvrages bien spécifiques, et surtout cela semble être difficilement le cas pour l'activité d'un sculpteur. La définition de l'intérêt général reste dans tous les cas floue, pleine d'ambiguïtés et souvent sujette à interprétations. Le rapprochement de la situation de l'architecte ou du sculpteur avec celle de l'auteur fonctionnaire est donc inopportune. Dans la tradition française de droit d'auteur, ce n'est pas parce qu'une œuvre a été réalisée à partir d'argent public que son auteur perd le lien qu'il a avec sa création. Il conserve normalement son monopole d'exploitation.

Mais ce n'est pas à cause de la provenance de la rémunération de l'artiste que la liberté de panorama est avancée. La problématique se trouve davantage sur le fait que l'œuvre qui est exposée en permanence dans un lieu public se situe dans un endroit qui est naturellement commun à tous. Comment empêcher alors la libre reproduction de cet espace commun, que ce soit d'un point de vue moral ou technique ?

Représenter presque librement l'espace public est admis en droit français, notamment grâce à l'application de la théorie de l'accessoire. Une reproduction d'un paysage urbain où figurerait une œuvre protégée est permises à partir du moment où l'œuvre en quoi est traitée accessoirement par rapport au sujet global de la représentation. Traditionnellement, comme il a déjà été souligné, le monopole de l'auteur sur son œuvre entre en jeu lorsque qu'est représentée l'œuvre pour elle-même. En effet ce n'est pas parce qu'elle est exposée en public que l'auteur perd ses prérogatives. C'est justement là où intervient la liberté de panorama : le photographe, le peintre ou le dessinateur pourront reproduire l'œuvre pour elle-même à partir du moment où elle est située en permanence dans un lieu public.

Le monopole d'exploitation de l'auteur sur son œuvre empêche pour l'instant de telles reproductions, et ce n'est pas vraiment illogique à la lumière de la tradition française et sa vocation à protéger d'avantage l'auteur. Mais cela rentre bien en concurrence avec la possibilité pour chacun de représenter librement l'espace public. L'Union européenne préfère elle de son côté mettre en avant les intérêts du public, et notamment sa liberté d'expression et de communication. Les deux conceptions, bien qu'ayant des points de vue divergents, sont

tout à fait admissibles et compréhensibles. Il s'agit donc ici de faire une préférence pour une prérogative plutôt qu'une autre, d'autant plus que, nous allons le voir, les pertes potentielles pour les auteurs concernés ne semblent pas excessives.

Enfin il est nécessaire de se poser la question du propriétaire du support. En effet même si elle est exposée en permanence dans un lieu public, une sculpture ou un bâtiment ont souvent des propriétaires distincts de la collectivité. Le problème des deniers publics ne se pose plus, mais celle de sa présence dans un lieu commun si. En réalité la jurisprudence règle déjà la question : la représentation et la reproduction sont permises si elles ne causent pas de préjudice anormal au propriétaire¹.

Une liberté de panorama, combinée avec la théorie de l'accessoire permettra donc la représentation complète de l'espace public. Mais avant que ne soit appliquée cette nouvelle exception au droit d'auteur, les architectes et les sculpteurs bénéficiaient de certains revenus liés à l'exploitation de l'image de leur œuvre. Qu'en sera-t-il lorsqu'ils perdront cette prérogative avec l'arrivée de la liberté de panorama ?

§4. La liberté de panorama : une perte de revenus pour les auteurs concernés ?

Nous l'avons vu, jusqu'à présent ce n'est pas parce qu'une œuvre est exposée dans un lieu public que son auteur perd son monopole d'exploitation. Il peut donc tirer tous les revenus qu'il souhaite grâce à l'exploitation de l'image de son œuvre. Mais cela change lorsque la liberté de panorama rentre dans le jeu des exceptions au droit d'auteur².

En effet la liberté de panorama permettra donc de reproduire et de représenter librement l'image d'un bâtiment ou d'une sculpture. Le droit patrimonial des architectes et des sculpteurs se trouvera donc amputé de cette prérogative qui représente une part importante de leurs droits patrimoniaux. Cette dernière idée est l'un des arguments principaux des détracteurs de la l'introduction de la liberté de panorama en France. L'ADAGP³ première société de gestion collective des droits d'auteur pour les artistes plasticiens prévient même que « l'introduction de cette exception provoquerait une perte de 10 à 19% des droits versés annuellement aux auteurs »⁴. Cela paraît donc être une perte très importante pour les artistes. Mais quand on se penche un peu plus sur la question, on se rend compte qu'il n'existe aucun chiffre permettant de fixer la proportion que représente le droit de représentation et le droit de reproduction dans les revenus globaux moyens d'un architecte ou d'un artiste plasticien. L'ADAGP m'a même affirmé qu'aucune étude n'existait à ce sujet. La question se pose alors de savoir d'où est-ce que la société tire les chiffres lui permettant de fixer une perte aussi précise pour les artistes quand la liberté de panorama sera introduite en France ? Quand on met ce paradoxe à côté de différentes études montrant qu'en réalité le droit d'auteur ne fait vivre en lui-même qu'une minorité d'artiste en France, surtout en ce qui concerne les artistes plasticiens dont l'essentiel des revenus provient de la vente du support, on se rend vite compte que les seuls revenus que les sociétés de gestion collective s'opposant à la liberté de panorama désirent protéger, sont les leurs.

¹ Tout en gardant à l'esprit que la reproduction et la représentation doivent pour l'instant être également autorisées par l'auteur s'il n'a pas cédé ses droits.

² Nous ne prenons pas en compte pour l'instant le fait qu'une utilisation commerciale de l'image ne sera pas permise en droit français. Cette problématique sera traitée dans la partie sur l'effectivité de l'exception en France.

³ Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques

⁴ Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur l'exception de panorama, ADAGP.fr

En ce qui concerne le cas des architectes, c'est en réalité la même chose. Tout d'abord la protection du droit d'auteur ne concerne pas tous les ouvrages architecturaux, mais une petite minorité qui seront qualifiés « d'originaux ». Ceci s'explique essentiellement par les considérations pratiques de tels ouvrages. N'importe quel bâtiment ne sera donc pas une « œuvre architecturale ». Ensuite très peu d'architectes engagent une procédure quand une violation de leur monopole de reproduction et de représentation est constatée. La première raison étant la faible, voire l'inexistante proportion que représente ces droits dans leurs revenus. En effet une très faible proportion des architectes peut prétendre à une protection de leur ouvrage d'abord, et surtout une minorité construit des bâtiments susceptibles d'être reproduits. Ensuite si on s'intéresse à une étude du Conseil des architectes d'Europe¹ on se rend compte que les architectes ont un revenu moyen globalement plus élevé dans les états où est instaurée la liberté de panorama. Cela peut paraître à première vue étrange, mais peut également être vite expliqué.

Le monopole des auteurs sur les œuvres empêche des sites comme Wikipédia de diffuser des images d'œuvres protégées pour illustrer leurs articles². De ce fait par exemple on trouve très peu d'image de la ville du Havre car elles ne seront publiables qu'en 2035, c'est-à-dire 70 ans après la mort de l'architecte ayant réaménagé la ville, Auguste Perret. Pourtant dans les pays où elle est en place, la liberté de panorama permet de diffuser librement des œuvres ce qui donc permet une meilleure communication. Qu'est-ce que les artistes auraient à perdre à part se faire mieux connaître, et donc obtenir de nouvelles commandes ? Appliquées à certaines villes et à certains bâtiments elle permettrait par ailleurs de développer le tourisme grâce à la mise en avant de leur création. De plus il ne faut pas oublier l'instauration du triple test pour chaque exception, vérifiant qu'elle correspond bien à un cas spécial, qu'elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et qu'elle ne crée pas de préjudice injustifié aux intérêts de l'auteur. A travers ces conditions, la liberté de panorama, qui vraisemblablement ne causera pas de pertes disproportionnées pour les auteurs concernés, ne peut que venir supporter la création et le partage de connaissance et de la culture à travers les états membres.

La perte de revenus pour les architectes et les sculpteurs peut donc difficilement être arguée pour s'opposer à la transposition de la liberté de panorama. Mais cela n'est pas forcément le cas pour les autres œuvres d'art qui peuvent être exposées en permanence sur la voie publique.

§5. Les formes d'expression artistique exclues par la liberté de panorama française : la question du « street art »

De nombreux pays de l'Union européenne, disposant de l'exception de panorama dans leur législation ne font aucune distinction sur le type d'œuvre concernée. C'est notamment le cas de l'Allemagne ou du Royaume-Uni. Cela s'explique par le fait que le texte de la directive prévoyant la liberté de panorama, s'il n'évoque que les créations architecturales, emploie l'expression « telles que » pour les désigner, ce qui signifie que d'autres formes d'expression d'artistique peuvent être prévues lors de l'instauration de l'exception.

Ça n'a pas été le cas en France, où le législateur n'envisage la liberté de panorama uniquement pour les œuvres architecturales ou les sculptures. C'est une version restrictive de

¹ The Architectural Profession in Europe 2012. A sector Study Commissioned by the Architects' Council of Europe

² Puisqu'ils ne bénéficient ni de l'exception de presse ni de l'exception pédagogique

l'exception originale qui sera donc introduite. Cela peut bien sûr être expliqué par le fait que la majorité des sculptures et des œuvres d'architectures se trouvent dans l'espace public. Les autres formes d'art n'y sont qu'exceptionnellement. Pourtant, il y en a une qui est forcément présente dans l'espace urbain : le street art. Son statut est complexe, et dépend de la légalité de la création.

En effet d'abord il faut rappeler que si un artiste urbain crée une œuvre sans l'accord du propriétaire du support, que ce soit un particulier ou une collectivité, elle sera illégale et son auteur sera privé de tout droit d'auteur. La question de la reproduction ou de sa représentation ne se pose pas.

Par contre si un accord existe entre l'artiste et le propriétaire du support, le droit d'auteur s'applique pleinement¹. La reproduction sera alors subordonnée à l'accord de l'artiste et au fait qu'elle ne cause pas de trouble anormal au propriétaire du support.

D'où vient alors l'exclusion de l'art urbain dans la liberté de panorama ? Celle-ci peut être expliquée par les mêmes arguments que les sociétés de gestion collective avancent pour s'y opposer : les revenus des artistes. Le street art est depuis longtemps sorti des ruelles sombres, et les artistes ne sont plus considérés comme des vandales. L'exemple parfait étant celui de Banksy, devenue une véritable star internationale alors que personne ne connaît sa réelle identité². En revanche les revenus des street artistes dépendent bien plus de leur droit de représentation et de reproduction, que ceux d'autres artistes comme les sculpteurs. C'est en tout qu'à ce qu'avance Wikimedia, qui fait partie de ceux à l'origine de l'inscription de cette nouvelle exception au droit d'auteur dans le droit français. D'après eux, les revenus des street artistes et des photographes dépendent bien trop de leur droit de reproduction sur leurs œuvres, contrairement aux architectes et aux sculpteurs. L'exemple de l'artiste Miss Tic est parlant : elle ne touche presque plus de rémunération dans les pays où la liberté de panorama permet de reproduire librement ses fresques murales. Ceci explique la volonté de la part de l'association d'exclure de champ de l'exception de panorama ces deux types d'œuvres. Ce n'est donc pas uniquement par un formidable élan humaniste que le gardien de la tranquillité des artistes urbains et des photographes que leurs œuvres sont exclues de la liberté de panorama telle qu'elle sera introduite en France.

Ce qui semble également étonnant, c'est l'exclusion de la photographie du champ de l'exception. En effet si en France elle ne s'appliquera qu'aux œuvres situées en permanence dans les lieux publics, ce qui n'est que rarement le cas d'une photographie, et qu'elle en réserve même l'application aux bâtiments et sculptures, les premiers bénéficiaires de cette nouvelle exception seront les photographes.

En réalité la question du street art ne s'est jamais posée au Parlement en ce qui concerne la transposition de la liberté de panorama, seule la problématique des photographes a été envisagée alors que la grande majorité des œuvres d'art urbain se trouvaient concernées par l'exception. Cela montre bien la distance qu'existe entre certains politiques et la réalité artistique, où le street art prend une place de plus en plus importante.

Plusieurs justifications peuvent donc être apportées pour l'introduction d'une liberté de panorama en France, et nous avons vu la plupart ici. Mais il faut tout de même souligner que c'est une liberté de panorama bien différente qui sera instaurée dans notre pays. Telle que l'a prévu le législateur, quelle sera donc l'effectivité de la liberté de panorama en France ?

¹ Dans le respect des règles de l'urbanisme et de l'ordre public

² Encore faut-il qu'il s'agisse d'une seule personne

Section II : L'effectivité de la liberté de panorama telle qu'introduite par le législateur français

En France la liberté de panorama envisagée par la directive européenne du 22 mai 2001 n'a pas été transposée à l'occasion de la loi de 2006. C'est donc une autre loi, celle pour une République numérique qui se charge de la transposition de l'exception. Mais la liberté de panorama était facultative, et le législateur français ne l'a pas oublié : le texte prévoit l'exception mais d'une façon très restrictive si on la compare à l'originale. La restriction la plus importante apportée à la liberté de panorama demeure l'exclusion de toute utilisation directement ou indirectement commerciale de l'image de l'œuvre. Il convient donc de se demander s'il n'existe pas des protections de l'auteur et de son œuvre si cette exclusion commerciale n'avait pas été envisagée (§2), mais également d'étudier les apports des textes votés par le Parlement concernant cette liberté de panorama (§1).

§1. Les restrictions à la liberté de panorama par le Parlement français

Que ce soit le texte voté par l'Assemblée nationale (1) ou celui voté par le Sénat (2), tous deux apportent d'importantes restrictions à la liberté de panorama originellement prévue par la directive de 2001.

1- Le texte adopté en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 26 janvier 2016

Le projet de loi pour une République numérique ne prévoyait pas au départ une quelconque liberté de panorama même si Axelle Lemaire, secrétaire d'Etat au numérique avait annoncé le 18 mars 2015 à l'occasion de son audition par la Commission numérique de l'Assemblée nationale sa volonté d'introduire en France « un droit de panorama ». Mais le 21 janvier 2016 pendant le vote concernant le projet de loi, un amendement présenté par M. Belot est adopté. Cet amendement visait à modifier l'article L 122-5 du Code de la propriété intellectuelle en lui ajoutant un 10^e alinéa. Ainsi lorsque l'œuvre a été divulguée son auteur ne peut interdire¹ : « Les reproductions et représentations d'œuvres architecturales et de sculptures placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des particuliers à des fins non lucratives »².

Nous voyons d'ores et déjà les restrictions apportées à la liberté de panorama par l'Assemblée nationale. Tout d'abord nous pouvons observer la suppression des termes « telles que » qu'utilisait la directive. L'exception de panorama est donc réservée exclusivement aux réalisations architecturales et aux sculptures. Si celles-ci sont les principales œuvres que l'on trouvera dans un lieu public, il n'en reste pas moins qu'il n'en existe bien d'autres, dont certaines ont été déjà évoquées. Les fresques, photographies, peintures, gravures donc ne pourront être reproduites librement si elles se situent dans l'espace public, sauf si bien sûr elles ne sont reproduites qu'accessoirement par rapport au sujet traité.

¹ Art. 122-5 CPI

² Art. 18 *ter* projet de loi pour une république numérique

La deuxième restriction se trouve dans le fait que les œuvres doivent être placées « en permanence sur la voie publique ». Cela exclut donc du champ d'application de l'exception toutes les expositions ou constructions temporaires. Ceci peut tout-à-fait être admis, puisque ces œuvres ne se trouvent qu'exceptionnellement dans l'espace public, la contradiction avec la possibilité de reproduire cet espace est donc limitée dans le temps.

En revanche, il est précisé que ces œuvres devront être placées sur la « voie publique », contrairement à la directive qui parlait de « lieux publics ». La différence peut paraître bénigne mais elle illustre bien la disparité qu'il existe entre les différentes applications de la liberté de panorama selon les états. Les lieux publics englobent bien évidemment la voie publique, mais cela va un peu plus loin puisque les lieux publics désignent tout endroit où un citoyen peut se rendre sans restriction : l'intérieur des bâtiments publics par exemple. En cantonnant l'exception de panorama à la voie publique, qui elle ne concerne que l'extérieur urbain, le législateur prive les citoyens de l'application de cette liberté aux œuvres se situant à l'intérieur de ces bâtiments, et il est très courant que les mairies ou autres bâtiments publics disposent de sculptures en leur sein, ainsi que de l'intérieur même de ces bâtiments. Cette restriction ne représente sans doute pas grand chose, mais il est important de la souligner.

Ensuite il faut que ces reproductions et représentations soient « réalisées par des particuliers ». Un particulier est « une personne privée, quelconque, par opposition à l'Etat et aux personnes publiques »¹. Tout d'abord sont exclus, et cela semble normal, toute personne publique, tout agent agissant pour le compte de l'Etat. Ce qui est à souligner ici c'est outre les individus lambda, les associations de la loi de 1901 ainsi que certaines sociétés pourront *a priori* bénéficier de cette exception. Cela ne pourra que ravir Wikimedia, désireuse de l'introduction de la liberté de panorama en France depuis des années.

Mais de dernier caractère doit être mis en relation avec la dernière partie de l'article : « (...) à des fins non lucratives ». Tout particulier qui se prévaut de la liberté de panorama ne devra donc pas utiliser la reproduction de l'œuvre dans un but de réaliser un profit. Se pose ici la question de savoir si une association à but non lucratif pourra librement user de la liberté de panorama. Il faut en tout cas voir ici l'impossibilité d'utiliser l'image d'une œuvre située dans un espace public par un moyen quelconque qui permettrait d'engendrer du profit. Quoi qu'il en soit, la notion de « fins non lucratives » est trop floue et trop sujette à interprétation, surtout lorsque l'on parle de communication sur internet, l'objet principal du projet de loi pour une République numérique. Ceci sera d'ailleurs mis en exergue avec le texte modifié que propose le Sénat.

2- Le texte modifié par le Sénat en 1^{ère} lecture le 3 mai 2016

Après l'Assemblée nationale c'est donc au tour du Sénat d'étudier le texte du projet de loi pour une République numérique, à partir du 26 avril 2016. Tout comme l'Assemblée nationale, le Sénat est désireux de produire un texte d'équilibre. Un équilibre entre le droit des auteurs et celui des personnes désirant représenter et reproduire librement l'espace public. On s'est rendu compte que cet équilibre est quelque peu remis en question, puisque la liberté de panorama telle que l'a envisagée l'Assemblée nationale est extrêmement restrictive, d'autant plus avec les usages qu'il existe sur internet.

¹ Vocabulaire juridique, Gérard Cornu, p. 734

Le Sénat va aller dans le même sens, et propose une liberté de panorama encore plus limitée, à tel point que l'on peut se demander si elle pourra être réellement effective. En effet, à l'article 18 *ter* il est précisé que l'auteur ne pourra interdire « 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 directement ou indirectement commercial ». À première vue le texte semble très proche de celui de l'autre assemblée, pourtant les différences minimales ont un impact bien plus important.

Les sénateurs ont remplacé le terme « particuliers » par celui de « personne physique ». Si l'on pouvait se poser la question avec la version antérieure, ce n'est plus le cas ici. En effet la notion de personne physique est forcément exclusive de toutes les sociétés mais également des associations à but non lucratif. Il en résulte que seul le vacancier lambda pourra éventuellement se prévaloir de la liberté de panorama si la loi passe dans ces conditions¹. En plus d'exclure toutes les petites associations à but non lucratif, voulant reproduire des œuvres situées sur la voie publique, sans aucune intention mercantile, le texte du sénat exclut également Wikipédia, première demanderesse de l'introduction de cette exception depuis des années.

Cela se confirme d'ailleurs avec le remplacement des termes « à but non lucratif » par « exclusion de tout usage à caractère commercial ou indirectement commercial ». Même si on ne voit pas bien la finesse de la différence des deux notions, cela a en réalité un but avoué : exclure les associations du champ d'application de l'exception², car une association à but non lucratif peut très bien avoir une activité commerciale : la FIFA est officiellement une association à but non lucratif. L'idée est bien comprise, il est nécessaire d'éviter au maximum les atteintes que pourrait connaître l'auteur sur son monopole. L'exclusion de toute activité commerciale ou indirectement commerciale permettrait alors de réserver à un usage privé, dans une communauté d'intérêt.

Pourtant les Parlementaires sont passés à côté de deux choses : d'abord le but même de cette loi est l'adaptation au numérique ; ensuite il n'existe pratiquement aucun endroit sur le web qui puisse avoir une activité qui ne soit pas ni commerciale ni indirectement commerciale. En effet, que ce soit sur les réseaux sociaux, les blogs ou tout autre médias permettant le partage de photos en ligne, tous procèdent en réalité à une activité commerciale. Il est par exemple notifié dans les conditions d'utilisation de Facebook³, que lorsque l'on poste une photo sur le site, la société peut à tout moment l'utiliser à des fins commerciales, de publicité par exemple. Si l'hébergeur d'un blog intègre de la publicité à son site, et même si l'éditeur de ce blog ne perçoit aucune rémunération, cela pourra être qualifiée d'activité commerciale.

On se trouve ici avec une loi obsolète, qui ne prend pas en compte les changements inhérents au temps dans lequel on se trouve, à cause de Parlementaires qui ne perçoivent pas la réalité du numérique. Il en résulte que le but même de la loi, qui est de permettre aux individus de prendre en photo des monuments, des sculptures pour pouvoir les diffuser librement, ne sera jamais atteint puisque l'exclusion de toute activité commerciale ou indirectement commerciale, exclut de fait la possibilité de pouvoir diffuser ces mêmes photos sur un réseau social ou sur un blog.

¹ Et cela semble ne faire aucun doute, tant l'assemblée nationale et le sénat ont l'air de vouloir aller dans le même sens

² Cette idée a clairement été avancée lors des débats préliminaires au Sénat

³ Section 9.1

Mais alors, que change l'exception de panorama « à la française » à la situation qui existait ? Avant que la liberté de panorama ne soit transposée en France, une personne se prenant en photo devant la pyramide du Louvre ou le viaduc du Millau et diffusant l'image sur Facebook s'exposait à des poursuites en contrefaçon.

Après l'introduction de la liberté de panorama, telle que voulue par le législateur français, elle s'exposera également à des poursuites pour contrefaçon puisqu'il peut avoir ici une activité commerciale ou indirectement commerciale. Il en reste que les tribunaux devront sûrement mieux définir ce qu'est ou non un usage commercial. La sécurité juridique et la connaissance de la situation pour les utilisateurs n'est toujours pas acquise, et cela risque en plus d'emmener des particuliers devant le tribunal, alors même qu'ils ne savaient même pas que la publication de leur photo de vacances sur les réseaux pouvait être punie. On entendra bien entendu dire que les auteurs et leurs ayants droit ne deviendront pas plus procéduriers, et que les internautes pourront tout-à-fait poster leurs photos de vacances sur Facebook. Mais il n'empêche que le risque existe et que la situation est bel et bien créatrice d'insécurité juridique.

On se demande donc, après l'analyse des textes offerts par les deux assemblées, quelle est la réelle utilité de l'introduction d'une liberté de panorama, et surtout si elle pourra un jour réellement être effective, c'est-à-dire jouer le rôle d'une véritable exception au droit d'auteur.

À peu près 74% des Etats membres de l'Union européenne ont introduit la liberté de panorama dans leur législation. Parmi eux, près de 80% ont une liberté de panorama comportant l'utilisation commerciale de la reproduction. Pourtant il ne semble pas que les auteurs concernés vivent avec beaucoup moins de revenus que les auteurs français. Cette observation signifie peut-être qu'il existe déjà des protections, sans qu'il soit nécessaire d'exclure toute utilisation commerciale, afin d'éviter que l'auteur perde réellement un bénéfice sur son œuvre.

§2. Les garde-fous éventuels à l'utilisation commerciale de l'image de l'œuvre

De nombreux pays ont donc instauré une liberté de panorama sans aucune restriction commerciale. Pourtant on se rend compte, notamment avec les études du Conseil des architectes européens, que les revenus des architectes ne sont pas considérablement affaiblis dans ces Etats. Quels sont alors les garde-fous existants permettant d'éviter les atteintes trop importantes aux intérêts des auteurs ? Si le juge national doit interpréter de façon stricte les exceptions au droit d'auteur (B), le test en trois étapes de par sa nature même permet de ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (A).

1- Le triple test comme garant de l'exploitation normale de l'œuvre

Le triple test, ou test en trois étapes a été introduit en 1971, dans l'article 9.2 de la directive afin de limiter l'étendu du champ d'application des exceptions au droit d'auteur. Il est ainsi prévu que les Etats ont la faculté de permettre la reproduction des 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 ». Après avoir étendu aux prérogatives patrimoniales de l'auteur par l'article 10 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, le test en trois étapes a été repris par la directive 2001/29/CE en son article

5.5 : « Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1,2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ».

La question s'est posée de savoir si le triple test devait être ou non transposé dans les législations nationales. Certains auteurs estimaient que ce n'était pas le cas puisque pour eux, le test ne s'adresse qu'aux Etats membres de l'Union, et non au juge national. Pourtant ce test devrait normalement servir aux juges nationaux afin de corriger au mieux l'application des exceptions au droit d'auteur. Dans tous les cas, avant que ne soit transposé le test en droit interne à l'article L 122-5 du Code de la propriété intellectuelle¹ la Cour de cassation avait déjà utilisé l'article 5.5 de la directive pour interpréter le droit interne dans l'affaire *Mulholland Drive*².

La première étape du test demande que l'exception corresponde à un cas spécial. Cette condition n'est certainement pas la plus difficile à remplir, tant on peut estimer que la liste exhaustive d'exception prévue par la directive de 2001 correspond chacune d'ores et déjà à des cas spéciaux. Ce raisonnement ne peut être en revanche tenu avec les autres étapes puisque les disparités législatives au sein de l'Union européenne peuvent conduire à des conséquences sur le droit d'auteur bien différentes.

La deuxième étape du test doit s'assurer que l'exception ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Cela peut sembler flou, mais dans son rapport du 15 juin 2000, l'OMC précise que pour que cette condition soit remplie, doivent être prises en considérations « les formes d'exploitation qui, avec un certain degré de probabilité (...) pourraient revêtir une importance économique ou pratique considérable » pour l'auteur. Cela signifie que l'exception ne doit pas priver le détenteur des droits d'auteur « de gains commerciaux significatifs et tangibles ». Si l'on suit ce raisonnement une exception validera cette étape du test à partir du moment où elle ne prive pas l'auteur de gains trop importants liés à l'exploitation de son œuvre. Nous avons vu précédemment que la liberté de panorama, telle que prévue par le droit français, ne fait entrer dans son champ d'application les seules œuvres architecturales et les sculptures. Or, le droit de représentation et de reproduction pour ces auteurs ne représentent qu'une part minime de leurs revenus. De ce fait, ils ne perdraient pas de « gains commerciaux significatifs ». Dans l'hypothèse où une exploitation commerciale de la liberté de panorama serait permise cette étape du test permettrait donc d'éviter une appropriation des droits d'exploitation des auteurs sur leurs œuvres.

La troisième étape du test précise que l'exception ne doit pas causer de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Cette dernière étape est essentiellement un outil afin d'apprécier la proportionnalité entre l'octroi de l'exception et la préservation des intérêts de l'auteur. Pour Séverine Dussolier³ dès qu'une exception est mise en place, les intérêts de l'auteur « sont donc forcément préjudiciés ». Ce ne sera alors que si ce préjudice est injustifié que l'exception sera illégitime. Le caractère injustifié doit être apprécié en fonction de

¹ Même si le législateur français a préféré limiter le test en deux étapes, estimant sûrement que les exceptions existantes répondaient déjà à des « cas spéciaux » : « Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ».

¹ Civ. 1^{ère} 28 février 2006

² S. Dussolier, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes » I.R.D.I. , 2005, p. 213-223

l'objectif poursuivi par l'exception. Si celle-ci cause un préjudice trop important à l'auteur en comparaison aux bénéfices¹ qu'elle apporte à ses bénéficiaires, l'exception sera donc considérée comme illégitime. Mais encore une fois, étant donné la maigreur des revenus engendrés par le droit de représentation et le droit de reproduction pour les architectes et les artistes plasticiens il semblerait difficile que la liberté de panorama cause un préjudice injustifié aux intérêts de l'auteur, tant elle permettrait une meilleure diffusion de son œuvre, de son travail, et lui apporterait donc plus de gains qu'il n'en perdrait.

La difficulté réside en réalité dans le fait qu'après l'instauration d'une liberté de panorama commerciale, des gains que l'auteur lui-même ne pouvait espérer réaliser grâce à la reproduction de son œuvre, soient engrangés pas ceux se prévalant de l'exception. Nous comprenons parfaitement la volonté du législateur de ne pas voir entre les mains de géants comme Facebook ou Wikimédia les droits de représentation et de reproduction des auteurs. Mais la restriction de la liberté de panorama à une utilisation strictement non commerciale conduit forcément à une effectivité moindre de cette nouvelle exception, puisque l'utilisateur de réseaux sociaux ne pourra pas diffuser comme il l'entend ses photos où des œuvres protégées figurent.

Si la loi n'avait pas précisé la restriction de la liberté de panorama à des utilisations non commerciales, un principe bien connu du droit d'auteur aurait quant à lui peut être permis d'éviter les abus dans l'utilisation de l'exception : l'interprétation stricte.

2- *L'interprétation stricte des exceptions en faveur de l'auteur*

En droit d'auteur français l'interprétation des exceptions au droit d'auteur doit se faire de façon stricte par le juge. Cela découle à la fois du droit commun : *exceptio est strictissimae interpretationis*, ce qui signifie que « l'exception doit être comprise strictement dans les limites du texte qui l'énonce »², et à la fois du droit spécial qui impose au juge d'interpréter l'exception aux droits patrimoniaux de l'auteur de façon stricte et surtout en faveur de l'auteur. Pour cela les juridictions peuvent procéder à une interprétation exégétique, c'est-à-dire en se référant à l'intention du législateur quand il a mis en place cette exception, ainsi qu'au fondement même de l'exception.

Ainsi, si l'on applique ces considérations à la liberté de panorama, la restriction à un usage non commercial, empêchant toute communication de l'œuvre sur les réseaux sociaux par exemple³, ne serait en aucun cas nécessaire, explicitement dans le texte, puisque l'interprétation stricte de l'exception en faveur de l'auteur, ici du sculpteur ou de l'architecte, permettrait de d'empêcher toute utilisation de l'œuvre à des fins purement commerciales qui priveraient l'auteur de revenus importants.

En se référant directement à la volonté du législateur, voulant permettre aux particuliers de reproduire et représenter des œuvres situées en permanence dans l'espace public, tout en voulant écarter une appropriation du monopole de l'auteur, le principe d'interprétation stricte des exceptions permettrait donc de pas recourir à la mention d'activité commerciale ou indirectement commerciale, empêchant toute effectivité de l'exception.

³ Non dans le sens commercial du terme

² J. Hilaire, Adages et maximes du droit français, p. 62

³ Alors que c'est justement pour cette raison que la liberté de panorama est introduite en France

Ensuite l'interprétation des exceptions se fait en faveur de l'auteur. Un auteur qui verrait donc son œuvre exploitée illicitement pourrait se prévaloir de cette considération pour empêcher cette exploitation illégitime.

On se rend donc vite compte que le principe d'interprétation stricte des exceptions permettrait d'empêcher ce que le législateur voulait éviter en restreignant l'application de la liberté de panorama à des activités non lucratives. Pourtant le Parlement persiste, et c'est bien une liberté de panorama non commerciale qui verra le jour en France, alors que cette condition risque de priver la nouvelle exception de toute effectivité, tant les activités commerciales sur internet sont difficilement discernables de celles qui ne le sont pas.

Conclusion

La liberté de panorama fait désormais partie des exceptions communes du droit d'auteur en Europe. Seuls quelques Etats minoritaires, dont faisait partie la France, ne l'ont pas transposé dans leur législation nationale. Dans notre pays plusieurs explications venaient expliquer ce refus de transposition.

Tout d'abord il existait déjà des exceptions ou des limites permettant de reproduire et de représenter pratiquement librement l'espace public notamment l'exception d'actualité, mais surtout la théorie de l'accessoire. Cette dernière est pourtant bien différente de la liberté de panorama. En effet si elle permet de reproduire l'espace public, même si une œuvre protégée se trouve sur la reproduction, elle ne le permet que si cette œuvre est reproduite de manière accessoire au sujet traité, que ce soit en arrière plan ou parce qu'elle s'intègre à un ensemble urbain.

Les réticences quant à une transposition provenaient également de la crainte de trop amputer le droit d'auteur des architectes et des sculpteurs. Mais également grâce au lobbyisme actif de certains acteurs de la culture, notamment des sociétés de gestion collective des droits d'auteur qui voyaient en cette nouvelle exception une probable perte de revenus.

Après la non transposition de cette exception à l'occasion de la loi de transposition de la directive en 2006, tout semblait perdu pour Wikimedia et autres, désireux depuis longtemps qu'elle soit introduite en droit français. Pourtant à l'occasion du projet de loi pour une République numérique un amendement est déposé, visant à l'introduction de la liberté de panorama à l'article L 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. L'espoir ne fut que de courte durée, puisque l'Assemblée nationale et le Sénat ont chacun leur tour alourdi les conditions d'application de cette exception¹, la limitant aux œuvres architecturales et aux sculptures, placées en permanence sur la voie publique, et surtout réalisée par une personne physique à fins non commerciales. Cette dernière condition pose de véritables problèmes quant à l'effectivité qu'au la liberté de panorama en France. En effet le rejet explicite de toute activité commerciale conduira à rejeter également toutes les diffusions d'œuvres faites au nom de cette liberté sur les réseaux sociaux, sur les blogs et plus globalement sur internet. En effet il est très difficile, voire impossible de trouver une activité sur le web qui ne relèvent, même pas indirectement, d'une activité commerciale, tant les publicités ou les conditions d'utilisation pernicieuses sont omniprésentes. Cela conduit donc à vider complètement la liberté de panorama, telle que prévue par la directive de 2001, de sa substance et de son intérêt.

Il existe pourtant de véritables garde-fous qui, tout en évitant l'inscription de l'exclusion de toute activité commerciale, permettraient de se prémunir contre les usages abusifs de cette liberté de panorama. L'application du test en trois étapes ou du principe d'interprétation stricte des exceptions aurait donc, semble-t-il, permis d'éviter se trop plein de bonnes attentions du législateur, conduisant finalement à une totale dénaturation de la liberté de panorama.

¹ Fruit encore une fois d'un important lobbyisme ou simple volonté de protéger les auteurs ?

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIALISÉS

- GAUTIER P.Y., *Propriété littéraire et artistique*, 8^e ed., PUF, Paris, 2012, 903p.
- LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e ed. Lexis Nexis, Paris, 2012, 1569p.
- VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droit voisin*, 2^e ed. Paris, 2012, 1453p.
- VIVANT M. [dir.] *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 2^e ed. Dalloz, Paris, 2015, 621p.
- HUET M. *L'architecte auteur, Pratiques quotidienne du droit d'auteur en architecture, paysage et urbain*, 1^{ère} ed., Le Moniteur, Paris, 2006, 244p.
- LINANT DE BELLEFONDS X. *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e ed., Dalloz, Paris, 2004, 564p.
- DOURNES M., *Les photographes et le droit, droit d'auteur et droit à l'image*, 1^{ère} ed., Paris, 2015, 325p.
- GREFFE X. *Economie de la propriété artistique*, 1^{ère} ed., Economica, Paris, 2005, 205p.
- LUCAS A. [dir.] *Les exceptions au droit d'auteur, état des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, 1^{ère} ed., Dalloz, 2012, 166p.
- FARCHY J., *Internet et le droit d'auteur*, 1^{ère} ed. CNRS éditions, Paris, 2003, 202p.

II- ARTICLES

- POLLAUD-DULLIAN F., « Accessoire », RTD. Com. Janv. 2009, p.137
- POLLAUD-DULLIAN F. , « Reproduction ou représentation accessoire. Inclusion fortuite », RTD Com. Juillet 2011, p.553
- GEIGER C. « Exception d'information et droit du public à l'information : une application cumulative », Rec. Dalloz, 2009, p.542
- GARÇON P. « Dans le panorama, l'auteur serait-il en trop ? » Juris art etc. 2015, n° 30, p.14

III- ARRÊTS

- C. cass. Civ. 1^{ère} ; 15 mars 2005 *M. Daniel X... et autres c/ M. Didier Y... et autres*
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 2011 *La société des auteurs des arts visuels et de l'image fixe et autres c/ La société Maia Film et autres*
- C. Cass. Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2003, *La société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) c/ La société France 2*

IV- CONCLUSIONS, DISCUSSIONS ET RAPPORTS

- Projet de loi pour une République numérique, NOR : EINI1524250L
- Travaux préparatoires, Assemblée nationale et Sénat sur le projet de loi pour une République numérique
- Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale du 19 janvier 2016 au 26 janvier 2016
- Compte rendu des séances du Sénat du 26 avril 2016 au 3 mai 2016

Julia REDA, *Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, 15 janvier 2015
Architects' council of Europe, *The architectural profession in Europe*, 2012

V- SITES INTERNET

Blog de Wikimedia

<http://blog.wikimedia.fr/category/wikimedia>

libertedepanorama.fr

Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques

adagp.fr

Société des auteurs des arts visuels et de l'image fixe

saif.fr

<https://commons.wikimedia.org/>

legifrance.gouv.fr/

numerama.com

Table des matières

Remerciements.....	p.5
Table des abréviations.....	p.7
Sommaire.....	p.0

Introduction.....	p.1
-------------------	-----

Partie I - Les exceptions au droit d'auteur permettait d'ores et déjà la représentation et la reproduction d'œuvres architecturales et de sculptures.....	p.17
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------

SECTION I – L'exception contenue dans le Code de la propriété intellectuelle : l'exception d'actualité ou exception de presse.....	p.17
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------

§1. La jurisprudence Utrillo, ou la concurrence entre le monopole de l'auteur sur son œuvre et le droit du public à l'information.....	p.18
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

§2. L'introduction de l'exception d'actualité dans le CPI : l'article L122-5, 9 ^e	p.19
----------------------------------------------------------------------------------------------------	------

SECTION II – La théorie prétorienne de l'accessoire.....	p.21
-----------------------------------------------------------------	-------------

§1. La reproduction et la représentation d'une œuvre située dans l'espace public.....	p.22
---------------------------------------------------------------------------------------	------

§2. L'affaire « être et avoir », la survie de la théorie de l'accessoire après la loi de transposition de 2006 ?.....	p.24
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

Partie II – L'opportunité d'une transposition de la liberté de panorama par le législateur français.....	p.27
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------

SECTION I – Les justifications de l'introduction de la liberté de panorama dans le droit d'auteur français.....	p.28
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------

§1. La liberté de panorama : exception ou limite au monopole de l'auteur ?.....	p.28
---------------------------------------------------------------------------------	------

§2. La nécessaire harmonisation du droit d'auteur et de ses exceptions en Europe.....	p.29
---------------------------------------------------------------------------------------	------

§3. Le problème des œuvres situées en permanence dans l'espace public et payées avec des deniers publics.....	p.32
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

§4. La liberté de panorama : une perte de revenus pour les auteurs concernés ?....	p.34
------------------------------------------------------------------------------------	------

§5. Les formes d'expression artistiques exclues de la liberté de panorama française :
la question du « street art ».....p.35

Paragraphe II – L'effectivité de la liberté de panorama qu'elle qu'introduite par le législateur français.....p.36

A. Les restrictions à la liberté de panorama par le législateur français.....p.37

1. Le texte adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 26 janvier 2016.....p.37

2. Le texte modifié en première lecture par le Sénat le 3 mai 2016.....p.38

B. Les garde-fous à l'utilisation commerciale de l'image de l'œuvre.....p.40

1. Le triple test comme garant de l'exploitation normale de l'œuvre.....p.40

2. L'interprétation stricte des exceptions en faveur de l'auteur.....p.42

Conclusion.....p.43

Bibliographie.....p.45

