

**LA FAVEUR,
Rouage du droit ou indice de non droit**

Compte rendu de la réunion de recherche
du mardi 22 mai 2007 au CERSA
établi par Céline BIGOT

Faveur et logique contractuelle

Etaient présents les professeurs Jacques Chevallier, directeur du CERSA, Gilles Guglielmi, de l'université Paris-II, Sébastien Canevet, maître de conférences à l'université de Poitiers, Madame Olivia Bui-Xan, maître de conférences à l'université d'Evry, Jean-François Boudet, maître de conférences à Paris-V, J.-C. Pacitto, maître de conférences à Paris-XII, Clément Chauvet, Naïma Sobesky, Mélanie Dulong de Rosnay, Julien Dupuis, David Lambert, Chris Bete-Siba, doctorants à Paris-II, Céline Bigot, Docteur de Paris-X.

Etaient excusés, les Pr Geneviève Koubi (Cergy), Géraldine Chavrier (Lille-II), Michel Borgetto (Paris-II), Olivier Badot (ESCP-EAP), Claudine Haroche (CNRS) en déplacement, Mme Florence Boizard en surveillance.

I. - La séance s'ouvre par une communication de M. Sébastien Canevet.

Sébastien Canevet : La faveur, le droit d'auteur et les droits voisins (résumé de l'auteur)

Le droit d'auteur est construit tout entier pour étendre le domaine de « l'onéreux », pas celui de la faveur. Il s'est construit dans un contexte technique où « l'utilisation » d'un droit d'auteur est généralement coûteuse (édition d'un film, réalisation d'un film, etc...) plus coûteuse en tous cas que « l'achat du droit d'utiliser l'œuvre ». Cette situation a conduit les spécialistes de la matière, qu'il s'agisse du législateur, de la jurisprudence ou de la doctrine, à considérer comme marginale la question de la demande de faveur faite à l'auteur.

Mais l'usage créant le besoin, la demande de faveur faite à l'auteur prend son véritable sens avec les NTIC : le coût d'utilisation d'un droit d'auteur est souvent marginal, d'où l'apparition d'une demande qui n'est plus négligeable, ce qui renouvelle partiellement la question.

D'une part, en raison de la nature même de « l'objet » soumis à droit d'auteur (l'objet est utilisé par des tiers, qui achètent généralement cette possibilité sans que cela leur confère pour autant un droit quelconque sur le droit de l'auteur), le droit d'auteur tend à un certain « absolutisme ». En l'absence de concessions raisonnables consenties l'industrie culturelle, le législateur lui même est venu poser certaines limites minimum à ce que « l'auteur ne peut interdire ». Ces exceptions au droit d'auteur sont pour nous des faveurs subies par l'auteur, puisqu'elle lui sont imposées afin de respecter a minima les intérêts des usagers des oeuvres protégées. Deux exemples sont examinés, les exceptions traditionnellement prévues par l'article L 122-5 du code de la propriété intellectuelle et la création du salarié ou du fonctionnaire.

D'autre part, alors que l'utilisation des technologie de l'information et de la communication marginalise le coût d'utilisation d'une oeuvre protégée, divers usages nouveaux apparaissent. Certaines demandes nouvelles de faveur sont refusées (copie privée, P2P, extension du droit de citation) d'autres, au contraire, connaissent un succès sans précédent, qui eût été

inconcevable sans l'utilisation d'Internet. Il s'agit de la faveur faite aux tiers par les auteurs de logiciels libres, qui constitue le premier exemple massivement répandu en la matière. Il s'agit également de celle faites par les créateurs d'oeuvres littéraires ou artistiques, qui entendent mettre leurs créations à la disposition des tiers, en les plaçant sous des régimes juridiques plus permissifs que ce que permet le droit d'auteur habituel. (licences libres, Creative Commons, etc.)

II. - L'exposé de M. Sébastien Canevet a suscité les réactions suivantes :

Gilles Guglielmi évoque la question de l'autorisation de photocopier accordée aux enseignants, considérant celle-ci comme une faveur présumée. Naïma Sobesky souligne le cas particulier des photocopies de partitions dans un conservatoire de musique, la législation autorisant les photocopies à condition que les originaux se trouvent dans la salle de cours. En revanche, Gilles Guglielmi rappelle que lors de spectacles, tous les musiciens doivent disposer d'une partition originale, ce qui pose problème lorsqu'il y a une grosse distribution.

Sébastien Canevet remarque qu'il faudrait que les fonds non attribués soient reversés à des fonds d'aide à la création, par le biais de la SACEM. Actuellement, le modèle est archaïque et ne témoigne d'aucune volonté d'ouverture. Mélanie Dulong de Rosnay souligne que les fonds de soutien sont financés par les irrépartissables et par 25% de la rémunération pour copie privée mise en place par la loi Lang de 1985 ; il existe donc une remise à disposition dans un intérêt public. Cependant, ce système est inaccessible aux auteurs qui ont fait le choix de la faveur, les apports aux sociétés de perception et de répartition des droits étant pour le moment statutairement de nature exclusive. Une forme de faveur, la mutualisation privée, est notamment observée sur certaines plates-formes de musique dont 17% des recettes sont reversées à des fonds de soutien. La faveur privée évite également aux copistes de se retrouver contrefacteurs. Mélanie Dulong de Rosnay souligne également qu'il est important de distinguer la faveur individuelle de la faveur collective. D'une part, le phénomène du libre engendre une impossibilité d'appropriation, ainsi, l'ensemble de la collectivité est destinataire : la faveur est donc pérenne et collective. D'autre part, la faveur peut être intéressée, par exemple lorsqu'un auteur autorise la copie tout en se réservant les exploitations commerciales de son œuvre ou lorsque des entreprises mettent à disposition du public des espaces de stockage dans le but de gagner de l'argent en faisant travailler des individus gratuitement (My Space).

Sébastien Canevet fait remarquer que concernant la production d'une œuvre, il ne faut pas confondre la notion de coût et la notion de prix. En effet, la production de l'œuvre peut nécessiter un effort personnel important mais ne générer aucun profit (ex : sites Internet non marchand).

Jacques Chevallier s'interroge sur la pertinence de la notion de faveur pour décrire ces phénomènes. Selon Sébastien Canevet, il existe une forme de faveur que l'industrie culturelle n'a pas voulu admettre vis-à-vis des utilisateurs. Autrefois, au bout de dix ans, les œuvres tombaient dans le domaine public, il s'agissait alors d'une véritable faveur. Pour Gilles Guglielmi, la faveur collective accordée par un auteur relève plus de l'expression de la tolérance. Il est donc nécessaire de distinguer les notions de faveur et de tolérance.

III. - La séance se poursuit par une communication de Mme Naïma Sobesky.

Naïma Sobesky : Faveur et contrats publics (résumé de l'auteur).

L'intervention a porté exclusivement sur le droit de la commande publique.

La mise en place, au fil des siècles, de règles de publicité et mise en concurrence a été complétée par l'instauration de principes fondamentaux. Ces derniers ont essentiellement pour objectif de limiter l'obtention de toute faveur au titulaire d'un contrat public. Issus du droit communautaire, ils ont été codifiés en droit français et certains ont été élevés au rang de principes à valeur constitutionnelle. Ces principes sont : l'égalité de traitement des candidats, la non discrimination et sa résultante : la transparence des procédures, la liberté d'accès au contrat (prescription du droit interne).

Ces principes s'appliquent aux marchés soumis au code des marchés publics et à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 (art. 6), aux contrats de partenariat (art. L. 1414-3 CGCT), au bail emphytéotique administratif passé par des établissements publics hospitaliers (art. L. 6148-5 CSP).

Pour autant, ce corpus juridique n'empêche pas la présence de faveur en droit public des contrats.

D'une part, du fait de l'existence de carence des textes. Mais comme bien souvent, le juge administratif pallie au silence du législateur (CE, 15 décembre 2006, req. n° 298618, Société Corsica ferries : application du principe d'égalité à une délégation de service public ; CE, avis, 8 nov. 2000, n° 222208, Sté Bernard Consultant : édicition de règles applicables aux personnes publiques se portant candidate à un contrat, afin de rééquilibrer les chances entre soumissionnaires).

D'autre part, la faveur ne serait-elle pas consubstantielle à l'existence même des contrats publics ? (présence de clause exorbitante ; fiscalité avantageuse des personnes publiques soumissionnaires). Par ailleurs, il existe plusieurs mécanismes de contournant du droit commun de la commande publique très favorables à leur bénéficiaire (concession de plage pour les collectivités ; concession d'outillage pour les CCI ; contrat de partenariat autorisant le paiement différé et la prise en charge globale par un même titulaire de l'opération envisagée - conception, réalisation, maintenance, exploitation -; allègement procédurale et droit de priorité d'attribution pour certains marchés soumis au code des marchés publics).

Ces faveurs sont le plus souvent encadrées par le juge ou la loi. Mais, dans ce dernier cas, peut-on alors parler de faveur ? Oui, si l'on considère le volume des contrats bénéficiant de facilités procédurales. En outre le pouvoir législatif a eu pleinement conscience de s'écarter des dogmes de la commande publique lorsqu'il a mis en place ces dérogations.

En tout état de cause, des sanctions du juge pénal, du juge administratif, etc., sont prévues pour tout écart fait aux principes fondamentaux de la commande publique ou pour tout dépassement des exceptions procédurales autorisées. A noter cependant que la diminution des contrôles administratifs risque de porter un coup à l'efficacité de la lutte contre les faveurs interdites en droit public des contrats (ex : perte de vitesse de l'action de la MIEM ; diminution des contrôles administratifs préalables à la signature des contrats).

IV. - L'exposé de Mme Naïma Sobesky a suscité les réactions suivantes :

Gilles Guglielmi souligne que l'exposé témoigne de la faveur dans le choix des procédures de passation des contrats publics. Il existe une déréglementation qui ne dit pas son nom.

Olivia Bui-Xan s'interroge sur la définition de la faveur et souligne que si l'on considère que les clauses exorbitantes du droit commun sont considérées comme des mesures de faveur, alors toute mesure devient faveur. Ce ne sont pas les exceptions qui constituent des mesures de faveur. Ainsi, dans l'arrêt Commune d'Aix-en-Provence (23 mars 2007), le Conseil d'Etat refuse d'appliquer les règles relatives à la conclusion d'une délégation de service public (transparence, mise en concurrence). Naïma Sobesky s'interroge sur le point de savoir si, lorsque une mesure est instituée par la réglementation, elle peut être considérée comme une faveur ? Qu'en est-il lorsque cette mesure est sanctionnée par le juge communautaire ? Olivia Bui-Xan souligne que les exceptions mentionnées dans le Code des marchés publics ne sont pas illégales, qu'elles ne peuvent être considérées comme l'expression d'une faveur. Naïma Sobesky répond que les exceptions procédurales sont soumises aux grands principes - transparence, égalité, liberté d'accès, etc. - en revanche les règles de publicité et de mise en concurrence sont plus ou moins écartées. L'allègement, voire l'absence de publicité et mise en concurrence peut poser problème lorsque les exceptions représentent, statistiquement, la majorité des marchés passés et signés.

Olivia Bui-Xan soulève plus particulièrement la situation des associations. Jean-François Boudet souligne l'existence de l'ordonnance de 2005 dont le contenu déroge aux principes de la commande publique. Ce texte constitue-t-il une faveur ou contient-il de simples dérogations ? Si l'on prend l'exemple de la Caisse des dépôts ou de la Banque de France, ces organismes ne sont pas soumis au code des marchés publics mais ils doivent respecter la réglementation communautaire et ainsi respecter les principes fondamentaux.

Sébastien Canevet s'interroge sur la délimitation de la notion de faveur. Considérer que toute faveur légalisée ne serait plus une faveur ne conduit-il pas à adopter une conception trop juridico-juridique ? Selon Gilles Guglielmi, la faveur se situe plutôt dans le choix qu'il est possible de faire entre invoquer, ou non, la clause exorbitante du droit commun. En cas de problème, l'autorité administrative peut choisir de faire jouer la clause ; si elle ne la fait pas jouer, elle octroie un avantage.

Olivia Bui-Xan pose plus particulièrement la question de la place de la faveur dans les relations entre un auteur et son éditeur, notamment lorsque l'auteur renonce à ses droits pour se faire connaître. Selon Gilles Guglielmi, tout dépend du cadre dans lequel l'avantage est accordé. L'INA dispose ainsi d'une faveur législative pour son site. Les dérogations dépendent en revanche de la capacité de décision de l'autorité administrative.

Jean-François Boudet pose la question de savoir si la Cour de cassation emploie la notion de faveur ? Selon Naïma Sobesky, ce n'est pas le cas, en revanche, il est question de délit de favoritisme (arrêt rendu par la chambre criminelle en février 2007 sur les marchés à procédures adaptées).

J.-C. Pacitto s'interroge sur ce qui génère les pratiques déviantes et les trafics d'influence ? Il existe parfois de bonnes raisons (aller plus vite, motivations économiques). Naïma Sobesky répond que le juge pénal est relativement bienveillant et peut imposer des sanctions sans beaucoup de vigueur (délit, amendes), par exemple lorsque des emplois sont en jeu (voir Circulaire du ministère de la justice de 1998 sur le bilan du délit de favoritisme). Sébastien Canevet souligne les dérives possibles de ce type de comportements qui évite que se pose la question de la présomption d'innocence. Sébastien Canevet s'interroge également sur la place de la

faveur dans la jurisprudence, par exemple, à la lumière de la théorie de l'imprévision qui est reconnue par le Conseil d'Etat mais pas par la Cour de cassation. Pour reprendre la discussion sur les pratiques déviantes, Gilles Guglielmi souligne que s'il y a recours, c'est qu'il y a eu pratique déviante. On ne recherche pas pour autant les causes de cette pratique qui doivent finalement être cherchées dans la théorie économique, et notamment dans la théorie de la capture et dans la théorie du principal agent.

Concernant les marchés à procédure adaptée (MAPA), Céline Bigot s'interroge sur leur qualification de faveur ? En effet, les MAPA offrent a priori une grande liberté aux cocontractants dans la mesure où il existe peu de règles pour les encadrer. Cependant, cette liberté est limitée au fur et à mesure par le juge, ce qui permet difficilement aux cocontractants de connaître les limites de la légalité de leur action. Les risques de voir les marchés annulés empêchent que de telles procédures puissent être considérées comme une faveur. Naïma Sobesky répond que les MAPA ont été créés pour permettre aux cocontractants de faire ce qu'ils voulaient et offrent donc, en théorie, plus de souplesse. Clément Chauvet demande s'il est juste de parler d'allègement lorsque ce dernier engendre plus d'insécurité juridique ?