

Vol. 21, n° 1

La crise du droit d'auteur : dix principes directeurs

Paul Edward Geller*

1. Introduction : la crise.	51
1.1 Les tensions théoriques	51
1.2 La crise dans la pratique	57
1.3 Pourquoi de nouveaux principes ?	61
2. Dix propositions de principes	66
2.1 Le droit fondamental du créateur	66
2.1.1 Premier principe : Toute personne a le droit fondamental de diffuser ses propres créations. . .	66

© Paul Edward Geller, 2009.

* L'auteur est avocat à Los Angeles. Le présent article représente un travail en cours tel qu'il a été affiché au début de 2008, et tel qu'il est de temps en temps révisé à l'URL <<http://www.criticalcopyright.com/principles.htm>>, où les documents visuels référencés ici sont l'objet d'hyperliens, et tel qu'il a été publié dans (2008) 55 *Journal of the Copyright Society of the USA* 165. Pour leurs critiques des versions provisoires, l'auteur remercie Maurizio Borghi, James Boyle, Julie Cohen, Kevin Emerson Collins, Adolf Dietz, Robert Donovan, Abraham Drassinower, Bernard Edelman, Mihály Ficsor, Axel Gosseries, Thomas Heide, Laurence Helfer, Ejan Mackaay, Emil Markov, Jerome Reichman, Mark Rose et Pamela Samuelson. Dans cet essai, la notion de « droit d'auteur » est entendue dans un sens assez large pour comprendre la notion de *copyright*, qui ne sera elle-même employée que pour désigner les régimes anglo-américains connus sous ce terme. Tous les sites d'Internet cités ci-dessous ont été revisités en juillet 2008. La traduction est de Ève Renaud, pour Bibliothèque et Archives nationales du Québec.

- 2.1.2 Deuxième principe : Le créateur ne doit pas pouvoir exercer son droit de façon à empêcher la production ou la diffusion des créations d'un autre créateur 67
- 2.1.3 Troisième principe : Le créateur ne doit pas pouvoir exercer son droit de manière à empêcher l'utilisation de techniques intégrées à ses créations ni exiger de paiement en contrepartie de cette utilisation 68
- 2.2 Droits et mesures de réparation spécifiques 71
 - 2.2.1 Quatrième principe : Toute personne jouit de droits moraux au renvoi à la paternité de ses créations, au renvoi à ses créations diffusées sous formes manifestement retravaillées, aux dommages-intérêts faute de tels renvois et aux mesures de réparation équitables pour la diffusion ou les exemplaires qui ne font que dénaturer ses créations 72
 - 2.2.2 Cinquième principe : Toute personne jouit de droits patrimoniaux l'autorisant à empêcher la diffusion non autorisée de copies routinières de ses créations qui comporte un risque de préjudice irréparable et à toucher des dommages-intérêts ou une part équitable des profits qu'occasionne la diffusion non autorisée de ses créations, même sous forme retravaillée. 75
 - 2.2.3 Sixième principe : Les droits du créateur sont limités dans le temps ; les droits patrimoniaux ne doivent pas pouvoir s'appliquer aux rediffusions que le sens commun juge nécessaires à des fins d'information tels la critique, l'illustration, le reportage d'actualités ou l'étude 78
- 2.3 Titularité des droits et qualité pour agir 82
 - 2.3.1 Septième principe : Les créateurs sont titulaires des droits sur leurs créations susceptibles de diffusion et peuvent se partager eux-mêmes les droits patrimoniaux par consensus équitable ou les céder aux tiers au moyen de contrats qui doivent être interprétés restrictivement 82

2.3.2	Huitième principe : Le requérant peut obtenir la réparation pécuniaire en prouvant son droit aux dommages-intérêts ou aux profits, mais l'utilisateur peut garder ses profits en prouvant qu'il a tenté de bonne foi d'obtenir l'autorisation de rediffuser la création en cause	84
2.4	Principes d'ensemble	85
2.4.1	Neuvième principe : Le juge ne doit donner aux mesures d'autoprotection des créateurs aucune portée plus large que celle des droits de ces créateurs, ni imposer aucune sanction pénale pour un acte que, dans les limites de ces droits, la législation ne précise pas.	86
2.4.2	Dixième principe : Dans les affaires de droits des créateurs, d'autres lois peuvent interdire des recours qui risquent d'aller à l'encontre de leurs objectifs respectifs, telles la protection de la vie privée, la liberté d'expression ou la communication ouverte	87
3.	Conclusion : Changements envisagés	89

Le droit d'auteur est en crise. De l'imprimé à l'Internet, ce droit fait face aux pressions croissantes. Les dispositions législatives deviennent de plus en plus compliquées et de moins en moins fiables, tout en perdant de leur légitimité. Nous proposons ici dix principes en espérant qu'ils nous aident à traverser cette crise, et nous allons terminer en essayant d'entrevoir des changements que ces principes suggèrent.

1. Introduction : la crise

Sur le plan théorique, la crise du droit d'auteur date des siècles passés. Surtout, les droits ont proliféré et leur portée s'est élargie, donnant lieu à de nouvelles tensions autant entre les droits eux-mêmes qu'avec des limitations des droits. Dans la pratique actuelle, c'est par les difficultés que rencontrent le législateur et le juge en réglant les affaires d'Internet que la crise se manifeste le plus sensiblement. Mais allons d'abord voir comment les tensions se sont fait jour sur le plan théorique et comment la crise a éclaté dans la pratique¹. Nous verrons ensuite comment les principes directeurs peuvent nous aider à trancher des questions de droit nouvelles.

1.1 Les tensions théoriques

Le droit d'auteur est censé protéger des créations culturelles difficiles à monopoliser et faciles à partager. La nourriture pour le corps semble un bien privé : nul autre que vous ne peut en profiter après que vous la digérez. La nourriture pour l'esprit, au contraire, semble être un bien public : d'autres pourront, après vous, apprécier un poème ou une peinture. De fait, la législation sur le droit d'auteur n'est entrée dans l'histoire qu'au moment où l'évolution des médias a franchi un certain seuil d'accessibilité des créations culturelles, faisant de celles-ci, de plus en plus, des biens publics². Sous l'empire

-
1. Voir, de manière générale, Paul Edward GELLER, « Dissolving Intellectual Property », (2006) 28 *Eur. Intell. Prop. Rev. [E.I.P.R.]* 139 (qui retrace l'évolution de la crise de la propriété intellectuelle du XVIII^e siècle à nos jours).
 2. Pour une analyse des biens publics relatifs et références à d'autres sources, voir Christopher YOO, « Copyright and Public Good Economics : A Misunderstood Relation », (2007) 155 *U. Pa. L. Rev.* 635.

romain, ce seuil n'avait pas encore été franchi : des esclaves recopiaient les textes littéraires et reproduisaient des objets d'art à l'échelle industrielle, mais à la main, et tout concurrent devait payer ce qu'il en coûtait pour acheter et entretenir les esclaves nécessaires à la reproduction. En Europe, à partir du milieu du XV^e siècle, l'imprimerie commençait à permettre la reproduction de textes et d'images à moindre coût, à tel point que les concurrents pouvaient casser les prix de l'éditeur d'origine tout en faisant des profits. C'est ainsi que la colossale *Encyclopédie* d'Alembert et de Diderot, texte riche en images qui a été fondateur du XVIII^e siècle, a été massivement piratée³.

Jetons un coup d'œil sur la genèse de la législation sur le droit d'auteur tel que nous le connaissons. À partir du XVI^e siècle, les premières dispositions, notamment celles du régime des *Stationers* de Londres, permettent d'interdire aux concurrents la publication de copies⁴. En Angleterre le *Statute of Anne* de 1710 accorde aux auteurs le droit exclusif et cessible d'« imprimer » leurs « livres » et crée un recours contre l'importation et la commercialisation illicites⁵. Cette loi pionnière se donne comme fin explicite « l'encouragement des activités savantes », et la constitution des États-Unis élargit cet objectif à « la promotion du progrès de la science »⁶. Au XVIII^e siècle, pour justifier la propriété que les auteurs doivent exercer sur les copies, des tribunaux et juristes invoquent la théorie de la transsubstantiation : le travail créatif est censé se concrétiser dans les copies⁷. En France, les Lois de 1791 et de 1793 reconnaissent à l'auteur le droit exclusif de représenter son œuvre en public et de mettre en circulation des exemplaires, lorsque le législateur parle de ce droit comme « la plus sacrée des propriétés »⁸. Au XIX^e siècle, les

3. Voir Robert DARNTON, *The Business of Enlightenment : Publishing History of the Encyclopédie, 1775–1800* (Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, 1979), au chapitre 4.
4. Pour une analyse historique et références à d'autres sources, voir Paul Edward GELLER, « Copyright History and the Future : What's Culture Got to Do With It ? », (2000) 47 *J. Copr. Soc'y* 209, 210-235.
5. *Statute of Anne*, 8 Anne, ch. 19, § 1 (1710).
6. *Ibid.*, préambule ; *Constitution des États-Unis*, art. I, § 8, cl. 8.
7. Voir, de manière générale, Brad SHERMAN et Lionel BENTLY, *The Making of Modern Intellectual Property Law : The British Experience, 1760–1911* (Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1999), aux chapitres 1 et 2 (qui analysent comment la théorie selon laquelle le travail justifie la propriété facilite l'avènement du droit d'auteur).
8. *Loi du 13-19 janvier 1791*, art. 3, et *Loi du 19-24 janvier 1793*, art. 1 et 7, et les rapports respectifs de Le Chapelier et de Lakanal, textes français et traductions anglaises de J.A.L. STERLING, dans son *World Copyright Law* (London, Sweet & Maxwell, 1998), aux p. 1002-1007. Pour une mise en contexte, voir Bernard EDELMAN, *Le sacre de l'auteur* (Paris, Éditions du Seuil, 2004), dans la 4^e partie.

tribunaux et les juristes d'Europe continentale élargissent le droit d'auteur pour y inclure les droits moraux à la paternité et au respect de l'intégrité de l'œuvre⁹. À compter de 1886, la Convention de Berne assure le droit de traduction, qui s'inscrit dans le droit émergent que l'auteur peut exercer sur les œuvres dérivées de la sienne¹⁰. Le XX^e siècle voit se multiplier des droits « voisins », notamment les droits des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes¹¹.

L'évolution du droit d'auteur empiète inexorablement sur les droits fondamentaux issus de la liberté d'expression et de la vie privée. Dès le XVI^e siècle, une charte royale autorise la guilde des *Stationers* de Londres à réprimer les livres interdits, et la Couronne française réglemente le commerce du livre à cette même fin aussi¹². Les lois fondatrices, comme le *Statute of Anne* de 1710 en Angleterre et les Lois de 1791 et de 1793 en France, rompent certes avec les régimes anciens de censure étatique. Mais à la fin du XIX^e siècle, comme on l'a vu, fort de son droit à l'égard des œuvres dérivées, l'auteur antérieur peut limiter la liberté des auteurs postérieurs de s'exprimer en retravaillant l'œuvre de ce premier¹³. Plus subtilement encore, la doctrine du droit d'auteur ferme les yeux depuis toujours sur le droit à la vie privée, à l'exception bien entendu des intérêts de

9. Voir, de manière générale, Stig STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur* (Stockholm, P.A. Norstedt & Söners förlag, 1966), tome 1, à la p. 196. (« C'est par le détournement de l'élaboration théorique du concept de « droit de la personnalité » que la doctrine allemande a pour ainsi dire « découvert » le droit moral, tandis que la jurisprudence française, confrontée à des faits, trouvait des solutions équitables. »).
10. Pour les débats sur le droit de traduction de la Convention de Berne, voir « Records of the First International Conference for the Protection of Author's Rights Convened in Berne, 1884 », dans ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, *1886 – Berne Convention Centenary – 1986* (Genève, OMPI, 1986), aux p. 83-135. Sur l'émergence des droits à l'égard d'œuvres dérivées, voir Paul GOLDSTEIN, « Adaptation Rights and Moral Rights in the United Kingdom, the United States and the Federal Republic of Germany », (1983) 14 *Int'l Rev. Indus. Prop. & Copyright L. [I.I.C.]* 43.
11. Comparer Adolf DIETZ, « Transformation of Authors Rights, Change of Paradigm », (1988) 138 *Rev. Int'l du droit d'auteur [R.I.D.A.]* 22 (qui justifie, au-delà des droits de l'auteur, les droits voisins afin de stimuler l'investissement dans les productions médiatiques), avec Jerome H. REICHMAN et Pamela SAMUELSON, « Intellectual Property Rights in Data ? », (1997) 50 *Vand. L. Rev.* 51 (qui critiquent les droits voisins sur les contenus des bases de données, estimant qu'ils restreignent l'accès à des faits que la législation sur le droit d'auteur laisse accessibles tant pour la recherche que pour la poursuite de fins créatives).
12. Voir Lyman Ray PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective* (Nashville, Vanderbilt University Press, 1968), à la p. 29 ; Lucien FEBVRE et Henri-Jean MARTIN, *L'apparition du livre*, nouvelle éd. (Paris, Éditions Albin Michel, 1971), aux p. 343-347.
13. Voir *supra*, le texte connexe à la note 10.

l'auteur lui-même à décider de la divulgation de son œuvre. Ainsi, avant les lois du XVIII^e siècle, la guilde des *Stationers* de Londres est habilitée à perquisitionner les maisons, ainsi que les ateliers et entrepôts adjacents, pour saisir et détruire les contrefaçons et les presses illicites¹⁴. La nécessité d'un recours aussi importun semble alors évidente : en autorisant des intrusions dans des domaines privés, le législateur tente d'éviter l'introduction des contrefaçons dans les circuits commerciaux publics. Il faut attendre les Lumières du XVIII^e siècle pour qu'on commence à distinguer entre les sphères privée et publique, qui vont du foyer au marché en passant par de petits groupes tels les salons et les cafés¹⁵. Mais la pratique déjà établie de la législation sur le droit d'auteur ne va pas tenir compte systématiquement de cette nouvelle branche qu'est le droit à la vie privée. Au mieux, les lois sur le droit d'auteur excusent ceux qui se font justice dans les cas comme l'étude, la recherche et l'exécution en privé où, de toute façon, la surveillance aurait été difficile¹⁶. Cependant, assurant la propriété d'une œuvre partout où celle-ci se trouve, la doctrine du droit d'auteur reste dépourvue de tout critère pouvant limiter les intrusions dans la sphère privée. Et voici que, de nos jours, la protection du droit d'auteur s'étend aux entrailles de nos ordinateurs personnels¹⁷.

Passons sur l'argument suranné selon lequel la protection accrue des auteurs et des entrepreneurs stimulerait les uns et les autres d'apporter toujours plus de créations au marché¹⁸. Les moti-

14. Voir PATTERSON, *supra*, note 12, au chapitre 3 ; Adrian JOHNS, *The Nature of the Book : Print and Knowledge in the Making* (Chicago, Univ. of Chicago Press, 1998), aux p. 128-136.
15. Pour des mises en contexte, voir Jürgen HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, nouvelle éd. (Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1990), aux chapitres 2 et 3 ; Michael McKEON, *The Secret History of Domesticity : Public, Private, and the Division of Knowledge* (Baltimore, The Johns Hopkins Press, 2005), aux chapitres 4 et 5.
16. Voir, par exemple, Eugène POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3^e éd. (Paris, Marchal et Billard, 1908), à la p. 601 (« La copie faite dans un but d'étude [privée] échappe aux peines de contrefaçon [...] »). Voir aussi Samuel WARREN et Louis D. BRANDEIS, « The Right to Privacy », (1890) 4 *Harv. L. Rev.* 193, 198-207 (qui trouvent, dans le *common law copyright*, les signes annonciateurs d'un droit général à la vie privée).
17. Voir, par exemple, Julie E. COHEN, « Overcoming Property (Does Copyright Trump Privacy) ? », 2003 *U. Ill. J.L. & Tech. Pol'y* 375 (qui critique l'avis très répandu selon lequel le droit d'auteur doit souvent justifier l'intrusion dans la vie privée) ; Sonia K. KATYAL, « Privacy vs. Piracy », (2004/2005) 7 *Yale J.L. & Tech.* 222, 263-335 (qui analyse la législation, l'autoprotection et la jurisprudence pertinente).
18. Pour une analyse critique de cet argument, voir Brett M. FRISCHMANN, « Evaluating the Demsetzian Trend in Copyright Law », (2007) 3 *Rev. L. & Econ.*, URL : <<http://www.bepress.com/rle/vol3/iss3/art2>>.

vations des auteurs vont de la perspective des bénéfices pécuniaires et de la gloire personnelle à la passion de réaliser des percées culturelles ; seuls les mobiles des entrepreneurs se réduisent aisément aux profits commerciaux¹⁹. La variabilité même de la dynamique créative demande plutôt un régime de droit d'auteur plus souple que celui que nous avons forgé jusqu'ici en multipliant et en renforçant les droits à l'égard de la commercialisation à travers des médias²⁰. Avant de jeter des bases pour une telle loi flexible, retournons brièvement à nos racines doctrinales : de la législation en général, Locke et Kant nous ont fourni des théories fondatrices distinctes, qui forment toujours les cadres respectifs des régimes du *copyright* et du droit d'auteur²¹. Lorsque Locke explique la nécessité de protéger la propriété de ce qu'une personne tire « de son industrie » pour l'inciter à produire une richesse accrue, il stipule sa condition qui limite la propriété de chaque personne pour laisser « aux autres assez de semblables et d'aussi bonnes choses à s'approprier »²². Kant formule, de sa part, l'impératif qui gouverne l'autonomie de chacun par rapport à celle d'autrui, compte tenu de l'ensemble de la société : « Est juste toute action qui permet ou dont la maxime permet à la liberté de l'arbitre de tout un chacun de coexister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle »²³. Inspiré de Locke, la législation anglo-américaine institue le *copyright* comme bien aliénable pour stimuler l'accroissement de la richesse culturelle ; suivant Kant, les lois de l'Europe continentale rendent inaliénables certains droits d'auteur en reconnaissance de l'autonomie créative²⁴. Pour voir comment

-
19. Pour une analyse empirique et références à autres sources, voir Julie E. COHEN, « Creativity and Culture in Copyright Theory », (2007) 40 *UC Davis L. Rev.* 1151, 1177-1192.
 20. Voir, par exemple, Yochai BENKLER, « Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm », (2002) 112 *Yale L.J.* 369, 423-436 (qui préconise des réformes législatives pour faciliter la collaboration des créateurs à travers l'Internet).
 21. Locke n'a appliqué ses théories au *copyright* que de façon implicite. Voir Justin HUGHES, « Locke's 1694 Memorandum (and More Incomplete Copyright Histories) », (2006) *Cardozo Legal Studies Research Paper* n° 167, URL : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936353>. Kant a pour sa part préconisé expressément le droit d'auteur. Voir Emmanuel KANT, *De l'illégitimité de la contrefaçon des livres*, traduction dans Augustin-Charles RENOUEAU, *Traité des droits d'auteurs* (Paris, Jules Renouard, 1838), tome 1, aux p. 253-261.
 22. John LOCKE, *Second Treatise of Government*, sous la direction de C.B. Macpherson (Indianapolis, Hackett Publ. Co., 1980), à la p. 21.
 23. Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs : Première partie : Doctrine du droit*, traduction d'Alexis Philonenko (Paris, J. Vrin, 1971), à la p. 104. Voir aussi *ibid.*, p. 169-170 (où il démontre que la « contrefaçon d'un livre est juridiquement interdite »).
 24. Pour une analyse plus approfondie, voir Paul Edward GELLER, « Must Copyright Be For Ever Caught Between Marketplace and Authorship Norms ? », dans *Of Authors and Origins : Essays on Copyright Law*, sous la direction de Brad Sherman et Alain Strowel (Oxford, Clarendon Press, 1994), p. 159, révisé et

concilier ces deux logiques dans la pratique, considérons ce truisme : la culture s'enrichit à mesure que nous y accédons pour la développer chacun de nous de manière autonome. Nous retravaillons les créations d'autrui, d'abord de manière plus ou moins privée, pour ensuite réintroduire nos créations dans la culture, à la condition d'être libres de nous exprimer publiquement²⁵.

Comment délimiter le droit d'auteur pour éviter de compromettre l'accès à la culture, ainsi que la vie privée et la libre expression ? Devant l'élargissement des droits en la matière, les juges du XIX^e siècle ont entrepris d'élaborer, pour le droit d'auteur, des doctrines limitatives. Dans une affaire critique pour la jurisprudence du *copyright* américain, le juge Story préconise une défense souple de *fair use*, épargnant ainsi aux juges de faire des distinctions « évanescentes » pour voir clair dans des cas de contrefaçon problématiques²⁶. Avec l'émergence des droits relatifs aux œuvres dérivées, les tribunaux et les juristes de *common law* et la plupart de leurs homologues de droit civil se sont employés à préciser que ces droits ne s'appliquent pas à l'appropriation des idées et des faits, mais uniquement à la traduction et à la transformation des expressions, tandis qu'à cette même fin certains juristes en droit civil développent une doctrine de la libre utilisation²⁷. L'avènement du dessin industriel a incité les tribunaux à élaborer de nouveaux principes restrictifs pour empêcher le recours au droit d'auteur comme moyen d'exercer un monopole à l'égard des techniques intégrées aux produits industriels²⁸. La jurisprudence des divers régimes suit des approches différentes pour limiter les droits patrimoniaux aliénables ou les droits moraux inaliénables ou pour coordonner ces droits distincts²⁹. Par

présenté sous le titre « Vers une métanorme directrice pour le droit d'auteur : La richesse sémiotique », (1994) 159 *R.I.D.A.* 2 [aussi en anglais et espagnol].

25. Pour une autre analyse, voir Jed RUBENFELD, « Freedom of Imagination : Copyright's Constitutionality », (2002) 112 *Yale L.J.* 1, 30-46.
26. *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 348 (C.C.D. Mass 1841) (No. 4901).
27. Voir, de manière générale, Ivan CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur* (Lausanne, CEDIDAC, 1985), aux p. 143-181 (qui compare la distinction entre idée et expression aux États-Unis et idée et forme en France à la doctrine allemande de la libre utilisation).
28. Comparer Jerome H. REICHMAN, « Design Protection and the New Technologies : The United States Experience in a Transnational Perspective », (1991) 30 *Indus. Prop.* (1^{re} partie) 220, (2^e partie) 257 (qui compare la doctrine américaine de la *séparabilité* à celles d'autres lois), et Pamela SAMUELSON, « Why Copyright Law Excludes Systems and Processes from the Scope of its Protection », (2007) 85 *Tex. L. Rev.* 1921 (qui porte spécifiquement sur l'exclusion des idées, méthodes, systèmes, etc. dans la loi américaine).
29. Pour des exemples, voir les chapitres consacrés à divers pays, à § 7, dans *International Copyright Law and Practice*, sous la direction de Paul Edward Geller (Newark et San Francisco, LexisNexis, 2007).

ailleurs, les législateurs dans divers régimes ont créé des panoplies d'exceptions pour des utilisations spécifiques qui, en périphérie des circuits commerciaux, s'étendent de la citation à la recherche³⁰.

Il est temps de récapituler les tensions essentielles à notre domaine. D'abord, des tensions se manifestent entre les règles qui gouvernent les droits patrimoniaux et celles qui gouvernent les droits moraux. Certaines règles confèrent les droits patrimoniaux aliénables pour stimuler le marché ; d'autres rendent certains droits moraux inaliénables pour préserver l'autonomie créative des auteurs³¹. Des tensions assez différentes s'exercent à travers tous les régimes : les demandeurs se réclament de droits toujours plus nombreux et plus vastes, lorsque les défenseurs invoquent de larges doctrines limitatives ou des exceptions plus restreintes. Trop souvent, les cas problématiques débouchent sur tout ou rien pour le demandeur ou pour le défendeur, sans qu'on puisse prévoir de quel côté penchera la balance. Les tribunaux sont amenés à déterminer soit contrefaçon ouvrant droit à la réparation, soit absence de contrefaçon et donc de réparation, ou bien une défense complète au recours³². Ces cas problématiques, à l'issue desquels les tribunaux hésitent entre accorder ou non l'interdiction et éventuellement entre imposer ou non la responsabilité civile, sont symptomatiques de la crise.

1.2 La crise dans la pratique

Revenons aux progrès des médias. Cette évolution tend à transformer les créations culturelles en biens publics³³. De fait, l'Internet présage maintenant la production de créations culturelles qui seront des biens publics quasi parfaits. Ce bond en avant annonce-t-il une crise du droit d'auteur ou une chance à saisir pour la culture ? Il y a matière à controverse³⁴. D'une part, si la législation sur le droit d'auteur confère à l'auteur un droit d'intervention à l'égard de biens partiellement publics, son application risque d'être compliquée de

30. Pour des exemples, voir les chapitres consacrés à divers pays, à § 8[2], *ibid.*

31. Pour une analyse plus approfondie, voir GELLER, « Between Marketplace and Authorship Norms », *supra*, note 24, p. 170-174 et 191-199 ; GELLER, « Vers une métanorme directrice pour le droit d'auteur », *supra*, note 24, p. 24-29 et 64-93.

32. Voir, par exemple, David NIMMER, « "Fairest of them All" and other Fairy Tales of Fair Use », (2003) 66 *Law & Contemp. Probs.* 263 (qui illustre les contradictions de la jurisprudence sur ce que sont les utilisations équitables).

33. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 2-3.

34. Voir, par exemple, James BOYLE, « A Politics of Intellectual Property : Environmentalism for the Net ? », (1997) 47 *Duke L.J.* 87 (selon lequel faire de l'Internet des possibilités d'enrichissement de la culture nous mènerait à rééquilibrer les droits et les limitations en matière de droit d'auteur).

beaucoup par l'existence de biens publics plus parfaits. Les créations culturelles devenant toujours plus faciles à rediffuser, les requérants arrivent de plus en plus au point où il n'est plus rentable de faire respecter leurs droits. D'autre part, il semble que la culture soit davantage enrichie par le *feedback* plus massif et plus rapide des créations culturelles en ligne³⁵.

Suivons cette évolution à l'échelle la plus vaste possible. Commençons par les petites tribus et les petits villages, où l'information se transmet de bouche à oreille³⁶. Un membre d'un tel petit groupe rapporte quelques potins à un voisin qui, à son tour, les transmet à un autre, et ainsi de suite ; ou tout le groupe se réunit pour célébrer ou discuter. Passons maintenant aux réseaux plus complexes de l'histoire : les élites instruites des anciens empires, monopolisant des systèmes d'écriture ésotériques, imposaient leurs ordres du haut en bas de la pyramide sociale ; dans les cités de la Grèce et de la Rome antiques, les citoyens partageaient les forums publics et l'écriture phonétique ; dans les États-nations modernes, l'imprimé, puis la télécommunication, nous lient à travers des réseaux toujours plus vastes³⁷. Dans tout réseau, nous pouvons définir les points suivants : un « nœud » est un point d'un réseau où l'information est reçue et d'où elle est transmise ; un « concentrateur » est un nœud relié à d'autres nœuds. Si les nœuds faisant office de concentrateurs sont peu nombreux, le réseau tend à être centralisé ; s'ils sont plus nombreux, le réseau est d'autant plus distribué³⁸.

Ces notions vont nous aider à expliquer comment les créations culturelles sont devenues des biens de plus en plus publics. Dans notre époque moderne, les entrepreneurs dans les médias ont été les principaux concentrateurs de la culture. Les éditeurs fabriquaient et vendaient des livres et les impresarios organisaient des représenta-

35. Voir, par exemple, Eben MOGLEN, « Anarchism Triumphant : Free Software and the Death of Copyright », dans *The Commodification of Information*, sous la direction de Niva Elkin-Koren et Neil Weinstock (The Hague, Kluwer Law International, 2002), p. 107, et dans (1999) 4 *First Monday* 1, URL : <http://firstmonday.org/issues/issue4_8/moglen/index.html> (selon lequel les médias en réseau stimulent la créativité mais affaiblissent tout régime de droit d'auteur).

36. Voir Robert REDFIELD, *The Primitive World and Its Transformations* (Ithaca, Cornell Univ. Press, 1953), au chapitre 1.

37. Pour une analyse de pointe, voir Harold A. INNIS, *Empire and Communication*, sous la direction de David Godfrey (Victoria et Toronto, Press Porcépic, 1986), aux p. 12-16, 32-36, 59-106 et 143-166.

38. Pour une analyse de pointe, voir Paul BARAN, « History, Alternative Approaches, and Comparisons », document n° RM-3097-PR, série Rand Corporation, *On Distributed Communications* (1964), URL : <http://www.rand.org/pubs/research_memoranda/RM3097/>.

tions publiques. Les capitaux nécessaires à la publication commençaient à diminuer avec l'avènement de l'imprimerie, et les coûts des représentations publiques baissaient avec l'arrivée du film, de la radio et de la télévision. Ces frais tendent même vers le point zéro depuis peu : la diffusion numérique n'entraîne pas de coûts de démarrage récurrents comme l'impression de chaque livre, le tournage de chaque film ou l'organisation de chaque émission³⁹. Les créateurs postmodernes, sans passer par l'éditeur ou l'impresario, font office de concentrateurs sur l'Internet où ils explorent et modifient plus aisément les créations d'autrui, collaborent sur l'échelle éventuellement mondiale à de nouvelles créations en équipe et livrent directement leurs propres créations aux utilisateurs. De même, les utilisateurs, aux nœuds concentrateurs non autorisés, peuvent rediffuser les créations d'autrui sans presque rien investir. Les réseaux transparents de l'Internet font parfois place au *darknet*, c'est-à-dire au web invisible qui est alimenté des recoins de plus en plus obscurs du cyberspace. En conséquence, les créations culturelles deviennent de plus en plus des biens publics parfaits⁴⁰.

Dans tous les régimes de droit d'auteur, les législateurs déploient de grands efforts pour faire face à la crise qui sévit dans notre domaine, tout en se perdant dans des imbroglios législatifs. La confusion des doctrines en la matière ne leur facilite pas la tâche, qui se complique du fait qu'ils doivent réagir aux pressions contradictoires de l'industrie et du public. Ils ont été aussi dupes des idées reçues, notamment celle-ci : « Le droit de reproduction [sous forme matérielle] est l'un des éléments les plus importants du droit d'auteur »⁴¹. Certes, pour protéger le droit d'auteur, il faut souvent viser la reproduction des imprimés, des enregistrements sonores, des films, *etc.* : nous avons vu de tels exemplaires confisqués dans les ateliers et les entrepôts pour éviter leur diffusion au public⁴². Mais il est difficile d'appliquer le droit de reproduction à des copies volatiles entreposées ou manipulées dans nos ordinateurs ou affichées sur Internet, autant qu'il l'aurait été dans les cabinets et studios privés où les utilisateurs travaillaient sur les exemplaires tangibles. Le

39. Pour une analyse plus approfondie, voir GELLER, « Copyright History », *supra*, note 4, p. 236-240.

40. Pour une analyse de pointe, voir Peter BIDDLE et coll., « The Darknet and the Future of Content Distribution », dans *Digital Rights Management Workshop, 2002*, sous la direction de J. Feigenbaum (Berlin and New York, Springer-Verlag, 2003), p. 155, URL : <<http://www.dklevine.com/archive/darknet.pdf>>.

41. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, *OMPI Glossaire du droit d'auteur et des droits voisins* (Genève, OMPI, 1980), à la p. 228.

42. Voir *supra*, le texte connexe à la note 14.

fétichisme de la copie que nous voyons dans des dispositions législatives les plus récentes a conduit à formuler le droit de reproduction dans les termes les plus généraux, compliqués par des exceptions assorties de conditions complexes pour, par exemple, des copies électroniques privées ou provisoires. Ces méthodes surchargent la structure déjà lourde des exceptions, qui en sont venues à exempter les cas limites comme la citation et la recherche. Simultanément, les moyens de recours les plus envahissants ont été préconisés⁴³.

Les revendicateurs du droit d'auteur s'essaient aussi à l'auto-protection. Pour maîtriser la diffusion, ils appliquent des mesures d'ordre technologique, tels l'encodage ou l'intégration de données. Certains demandent aux fournisseurs de services d'Internet de filtrer, voire de bloquer, les contrefaçons présumées, avant que celles-ci ne passent en ligne. Il est difficile de savoir dans quelle mesure les protections technologiques peuvent se substituer efficacement au régime du droit d'auteur ou en compléter simplement les sanctions⁴⁴. D'une part, en effet, l'utilisateur habile peut arriver à contourner des protections technologiques ; d'autre part, l'entrepreneur qui déploie ces moyens de protection peut accroître sa mainmise sur la création culturelle et ainsi court-circuiter les limitations et exceptions dont le droit d'auteur est assorti, de sorte que des créations culturelles redeviennent des biens privés. Réagissant à ces tactiques, les législateurs ont rendu leurs imbroglios plus inextricables encore, en multipliant notamment les sanctions applicables à ceux qui contournent les protections technologiques. Simultanément, ils imposent aux administrateurs et aux juges la tâche d'essayer divers moyens de protéger de l'effet de ces sauvegardes les limitations et exceptions au droit d'auteur⁴⁵.

43. Voir, par exemple, *Directive 2001/29/EC 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*, art. 5, 2001 J.O. n° L 167, arts. 10, 16 et 17 (qui impose des exceptions pour les reproductions à usage privé, les reproductions provisoires, etc.) ; *Directive 2004/48/EC du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, sur le respect des droits de propriété intellectuelle*, art. 9, 2004 J.O. n° L 195, art. 16 et 22 (qui autorise dans certains cas la saisie *ex parte*).

44. Comparer Tom W. BELL, « Escape from Copyright : Market Success vs. Statutory Failure in the Protection of Expressive Works », (2001) 69 *U. Cincinnati L. Rev.* 741 (qui évoque l'occultation de la législation sur le droit d'auteur par les moyens de protection technologique), et Alexander PEUKERT, « A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment », (2005) 28 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 1 (qui envisage des systèmes parallèles de droit d'auteur et de protections technologiques).

45. Voir, par exemple, Jerome H. REICHMAN, Pamela SAMUELSON, et Graeme B. DINWOODIE, « A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Works », (2007) 22 *Berkeley Tech. L.J.* 981 (qui

Que faire ? L'on peut adopter, dans les médias numériques, de nouvelles stratégies de commercialisation. Par exemple, des auteurs peuvent offrir en ligne des échantillons gratuits ou de petits extraits de leurs créations, afin de stimuler la demande ou de contrer le pillage généralisé⁴⁶. Par contre, la protection technologique de la diffusion numérique risque de coûter cher au revendicateur du droit d'auteur, lorsque l'utilisateur risque de laisser exposer une part de sa vie privée⁴⁷. Somme toute, les lois sur le droit d'auteur se compliquent sans cesse tout en répondant de moins en moins bien aux tensions théoriques décrites plus haut et aux difficultés pratiques que nous venons d'évoquer dans le contexte des nouveaux médias⁴⁸. Les lois sont, dans notre domaine, donc de moins en moins accessibles aux profanes et y perdent en légitimité, ce qui ne fait qu'ajouter à la crise juridique même. Nous allons proposer quelques principes pour aider les tribunaux à s'orienter dans cette crise, surtout de trancher les affaires où elle se fait le plus sentir. Ces principes doivent permettre aux juges de rendre leurs décisions plus conformes aux raisons qui justifient le droit d'auteur.

1.3 Pourquoi de nouveaux principes ?

Nous voici au cœur d'un vieux débat sur la méthode juridique. Pour certains philosophes du droit, le juge doit appliquer la loi à la lettre ou bien exercer un pouvoir discrétionnaire si la loi, faute de précision, ne permet pas de trancher une affaire ; d'autres souhaitent que le juge suive les principes qui gouvernent la loi dans son ensemble⁴⁹. Voici deux siècles, Portalis, principal rédacteur du code civil français, a bien tenu compte de cette problématique, reconnaissant que les lois sont inévitablement formulées de manière générale, voire floue, ce qui complique leur application dans des circonstances

proposent une procédure judiciaire générale pour faire entendre les demandes de permettre des utilisations licites, mais empêchées par les protections technologiques).

46. Pour une analyse plus approfondie, voir Diane L. ZIMMERMAN, « Living without Copyright in a Digital World », (2007) 70 *Alb. L. Rev.* 1375.

47. Voir, de manière générale, Julie E. COHEN, « Pervasively Distributed Copyright Enforcement », (2006) 95 *Geo. L.J.* 1 (qui explique comment les mesures d'auto-protection technologiques peuvent porter atteinte à la vie privée).

48. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 31-32 et 41-45.

49. Comparer H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2^e éd. (Oxford, Clarendon Press, 1994), au chapitre 7 et au « Postscript » (qui insiste sur le pouvoir discrétionnaire), avec Ronald DWORKIN, « Hard Cases », dans *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, 1978), p. 81, et « Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy », (2004) 24 *Oxford J. Legal Stud.* 1 (qui insiste sur les principes).

imprévues⁵⁰. Portalis conclut qu'en statuant sur les cas d'espèce, « [c]'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application » à la lumière de « maximes » ainsi que de « décisions et de doctrines », c'est-à-dire de principes⁵¹.

Nous venons de suivre l'évolution historique de tels principes dans notre domaine. Tant le *copyright* que le droit d'auteur protègent les fruits du travail des auteurs, ainsi que des entrepreneurs dans les médias, pour les inciter tous à enrichir la culture, tandis que le droit d'auteur protège aussi l'autonomie créative⁵². Ces objectifs restent les mêmes lorsque les éditeurs et les imprésarios modernes, intermédiaires entre auteurs et utilisateurs, maintenant cèdent le pas aux créateurs postmodernes réunis en réseaux, à la fois entre eux et avec les utilisateurs. D'où la question : dans ces réseaux de plus en plus distribués, quels droits nous autorisent le mieux d'accéder à l'information, de retravailler cette information et de diffuser des créations résultantes vers d'autrui ? Nous proposons un critère à deux branches qui tient compte du marché tout en insistant sur l'autonomie : d'abord, au sein des réseaux, ces droits doivent nous permettre d'agir librement aux nœuds où nous retravaillons de l'information ; en plus, ces droits doivent nous permettre aussi d'agir librement comme concentrateurs pour diffuser des créations qui en résultent⁵³.

L'évolution de la législation sur le droit d'auteur a fait émerger un droit fondamental du créateur qui, *de lege ferenda*, se conforme toujours davantage au double critère que nous venons de formuler. Nous avons vu qu'en Angleterre la *Statute of Anne* de 1710 instituait le droit d'imprimer, élargi plus tard à toute forme de reproduction,

50. Voir Jean-Étienne-Marie PORTALIS et coll., « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement » (1804), dans *Naissance du Code civil, La raison du législateur*, sous la direction de P.A. Fenet et François Ewald (Paris, Flammarion, 1989), aux p. 41-43. Voir, de manière générale, Ejan MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », (1979) 53 *Langages* 33 (selon lequel les concepts législatifs ouverts délèguent pratiquement le pouvoir de légiférer aux juges).

51. PORTALIS et coll., *supra*, note 50, à la p. 42. Comparer Guido CALABRESE, *A Common Law for the Age of Statutes* (Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, 1982), au chapitre 9 (qui préconise la révision de la législation par les tribunaux, en vue de l'harmonisation avec l'ensemble du droit), et Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, traduction de Rainer Rochlitz et de Christian Bouchindhomme (Paris, Gallimard, 1997), au chapitre 6 (qui justifie la révision sur les plans plus et moins constitutionnels).

52. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 4-11 et 18-25.

53. Pour une autre analyse, voir Yochai BENKLER, *The Wealth of Networks : How Social Production Transforms Markets and Freedom* (New Haven, Yale Univ. Press, 2006), aux p. 154-175.

tandis qu'en France les Lois de 1791 et de 1793 reconnaissaient le droit de représentation et le droit de vendre des exemplaires⁵⁴. Avançons vite de quelques siècles et nous voici au *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, dans lequel nous trouvons le « droit de communication au public », qualifié par l'inclusion éventuelle d'autres droits composant le droit d'auteur⁵⁵. Ce droit « parapluie » préfigure notre droit fondamental du créateur, que nous allons définir de sorte que l'acte de reproduction ne soit visé que dans la mesure où il donne lieu à l'acte de communiquer la création elle-même au public⁵⁶. Non seulement cette tactique conceptuelle élimine la nécessité d'imposer des exceptions comme celles qui visent actuellement la copie à caractère privé ou provisoire, mais elle ne permet plus d'invoquer le droit d'auteur pour envahir la sphère privée à seule fin de contrôler les copies qui y sont faites⁵⁷.

Nous allons aussi essayer de rendre plus cohérentes les manières dont le droit fondamental du créateur, y compris tous les droits qui le composent, est assorti de limitations et d'exceptions⁵⁸. L'article 13 de l'*Accord sur les ADPIC* oblige le législateur à restreindre ces limitations et exceptions « à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit »⁵⁹. Commençons par interdire, en principe, tout créateur anté-

54. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 5-8. Voir aussi Bernard EDELMAN, *Droits d'auteur, Droits voisins : Droit d'auteur et marché* (Paris, Dalloz, 1993), aux p. 76-77 (selon lequel il devient de plus en plus difficile de distinguer le droit de reproduction en tant que conceptuellement autonome dans la mesure où ce qui était à l'origine le droit de représentation, c'est-à-dire un droit d'exécution en public, s'étend à un nombre toujours croissant de médias).

55. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, art. 8 (adopté le 20 déc. 1996 et entré en vigueur le 6 mars 2002), URL : <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html#P86_9886>. Mais voir aussi Mihály FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet : The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation* (Oxford, Oxford Univ. Press, 2002), aux p. 493-510 (selon lequel ce droit « parapluie » de communication peut, mais ne doit pas forcément, inclure le droit de distribution).

56. Pour une autre proposition, voir Jessica LITMAN, *Digital Copyright* (Amherst, Prometheus Books, 2001), aux p. 176-195.

57. Au sujet du silence de la doctrine à cet égard, voir *supra*, le texte connexe aux notes 14-17.

58. Pour une autre analyse, voir Abraham DRASSINOWER, « Authorship as Public Address : On the Specificity of Copyright vis-à-vis Patent and Trademark », 2008 *Mich. St. L. Rev.* 199.

59. *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce [ADPIC]*, art. 13 (annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé le 15 avril 1994), URL : <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips_01_f.htm>. Notons que l'*Accord sur les ADPIC* ne vise que les législateurs qui, en incorporant l'article 13 tel quel dans la lettre

rieur d'exercer son droit fondamental au préjudice des intérêts évidemment légitimes de tout créateur postérieur à produire librement ses propres créations, même à partir d'œuvres préalables, puis à diffuser ces créations. Ainsi limité en soi, le droit fondamental du créateur guide le juge avec une précision nouvelle lorsqu'il formule des ordonnances : pour protéger le droit moral, le tribunal peut obliger tout tiers à citer les créateurs et leurs créations ; pour protéger les droits patrimoniaux, il lui suffit de stopper la diffusion de copies faites en utilisant des techniques dont les résultats sont prévisibles, ce que nous allons traiter de « copies routinières ». Un autre principe permet de déterminer quels cas limites sont susceptibles d'exception : il faut préciser à l'intention de l'utilisateur, en termes génériques et accessibles au sens commun, ce que l'utilisateur est autorisé à faire avec les contenus protégés par le droit d'auteur. L'utilisateur moyen n'a tout simplement pas la connaissance spécialisée en matière économique qu'il lui faut pour appliquer le critère de l'*Accord sur les ADPIC* et ainsi pour éviter de porter atteinte à « l'exploitation normale » de l'œuvre⁶⁰.

Étant donné son droit fondamental, rien n'empêche le créateur, ni son ayant droit, de recourir à la technologie pour limiter la diffusion de ses créations, pas plus que la loi ne peut empêcher l'un ou l'autre d'entre nous d'envoyer un billet doux en code à un amant ou une amante. Par ailleurs, le requérant peut aviser tout fournisseur de services d'Internet qu'il y a atteinte à son droit, et rejeter ainsi sur le fournisseur la tâche de déterminer s'il y a lieu de stopper la diffusion en cause. Mais certaines questions demeurent : les moyens technologiques, tel l'encodage, doivent-ils prendre effet du seul fait de

de la loi, ne s'acquittent pas de leur obligation de préciser les droits et obligations en une langue compréhensible aux citoyens. Pour des analyses critiques des clauses dérivées de la directive de la CE, voir Thomas HEIDE, « The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive », (1999) 21 *E.I.P.R.* 105 ; Christophe GEIGER, « The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law ? », (2006) 37 *I.I.C.* 683.

60. Il faut noter que ce critère de l'*Accord sur les ADPIC* présuppose l'existence d'une norme reflétant un marché médiatique caractérisé par un minimum de stabilité. Or, il était peut-être facile d'imaginer ce genre de norme dans le passé, mais l'évolution des médias s'est tellement accélérée qu'il est de plus en plus difficile de le faire. Même si la législation sur le droit d'auteur pouvait réglementer de manière prévisible les fournisseurs de contenu sur un marché médiatique dynamique, elle ne suffirait pas nécessairement pour résoudre les tensions entre divers secteurs industriels, notamment entre fournisseurs de contenu, d'équipement ou de services. Ces tensions se font inévitablement jour dès que s'opère la destruction créative engendrée par l'innovation technologique et l'innovation des entrepreneurs. Pour une mise en contexte, voir Joseph A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 3^e éd. (Boston, Harper Torchbooks, 1962), au chapitre 7.

leur propre efficacité ? Sinon, dans quelle mesure la loi doit-elle intervenir pour en garantir les effets et empêcher notamment que ces moyens puissent être contournés⁶¹ ? Quelles conditions doivent exister pour que le fournisseur de services d'Internet puisse être tenu de rendre une création culturelle inaccessible ? N'oublions pas que le droit fondamental d'un créateur ne justifie pas d'interdire à d'autres créateurs la diffusion de *leurs* propres créations. D'où la nécessité d'un autre principe : la loi ne doit pas sanctionner des mesures d'autoprotection prises pour empêcher une utilisation qu'elle ne doit pas interdire⁶².

Pourquoi proposer de nouveaux principes en ce domaine ? La réponse se trouve dans la logique globale du droit d'auteur. En formulant et en coordonnant des principes, nous verrons cette logique présider à la transition entre justification et réparation, ce qui devrait faciliter aux juges l'adaptation des moyens de recours et leur permettre de rendre leurs ordonnances plus cohérentes et plus efficaces⁶³. L'interdiction, par exemple, ne doit pas servir à bâillonner l'expression créative, mais uniquement à cibler le plagiat et le piratage au sens strict, et des indemnités doivent être accordées là où les préjudices ou les profits suffisent à justifier une action en justice. Dans la mesure où ces principes suffisent à guider les tribunaux et les demandeurs à ces égards, on peut se demander pourquoi il faudrait davantage légiférer en matière de droit d'auteur⁶⁴.

61. Pour une autre analyse, voir Ejan MACKAAY, « Intellectual Property and the Internet : The Share of Sharing », dans *Commodification of Information, supra*, note 35, p. 133.

62. Pour une autre analyse, voir Julie E. COHEN, « Copyright and the Jurisprudence of Self-Help », (1998) 13 *Berkeley Tech. L.J.* 1089.

63. Dans la mesure où ils permettent aux tribunaux de formuler des moyens de réparation à peu près semblables pour des cas similaires, peu importe la loi applicable suivant le droit international privé, les principes peuvent contribuer à minimiser les conflits entre les lois, notamment dans les affaires issues de la diffusion sur Internet, qui peuvent être assujetties aux lois de tous les coins du monde. Pour des analyses plus approfondies, voir Paul Edward GELLER, « Conflicts of Laws in Copyright Cases : Infringement and Ownership Issues », (2004) 51 *J. Copr. Soc'y* 315 ; Graeme B. DINWOODIE, « A New Copyright Order : Why National Courts Should Create Global Norms », (2000) 149 *U. Pa. L. Rev.* 469.

64. Nous allons faire valoir que les ordonnances et les réparations spécifiques à une affaire, si elles reposent sur les bons principes, non seulement suffisent à trancher les questions en litige, mais représentent souvent les meilleures solutions des questions de droit dans notre domaine. Du reste, que vaut, tant pour les citoyens particuliers que pour la société en général, une loi qui ne laisse aux profanes d'autres choix que de recourir aux avocats le moment où ils veulent diffuser des informations, voire leurs créations ? Pour d'autres critiques des efforts de légiférer sur le droit d'auteur, voir David LANGE et H. Jefferson POWELL, *No Law : Intellectual Property in the Image of an Absolute First Amendment* (non encore publié), dans la 5^e partie.

2. Dix propositions de principes

Quelle voie suivre dans ce projet ? Nos trois premiers principes, partant des définitions de base, vont nous permettre de cerner le droit fondamental du créateur. Ces principes seront ensuite développés en deux principes qui précisent les mesures de réparation pour les droits moraux et patrimoniaux. Nous proposerons ensuite un principe qui limite la durée des droits et autorise, suivant le sens commun, les utilisations à titre informatif. Deux principes s'appliqueront respectivement à la titularité et à la chaîne des droits sur les créations. Enfin, nous énoncerons des principes d'ensemble pour toute notre analyse.

2.1 *Le droit fondamental du créateur*

Le créateur a des droits : *copyrights*, dit-on en anglais, lorsque « droits d'auteur » est la notion usuelle employée partout ailleurs dans le monde. Ces droits trouvent des justifications diverses sur le plan théorique, justifications qui se réconcilient toutefois diversement dans la pratique⁶⁵. Mais d'abord nous posons une question critique : Comment des créateurs différents peuvent-ils exercer leurs droits sur leurs propres créations, surtout si celles-ci sont semblables, sans en venir à l'affrontement ? Pour y répondre, nous allons essayer de formuler le droit fondamental du créateur dans une optique d'enrichissement de la culture, tout en essayant d'atténuer les tensions entre les différents créateurs de culture.

2.1.1 *Premier principe : Toute personne a le droit fondamental de diffuser ses propres créations*

Voici quelque 500 ans, la presse à imprimer commence à produire des copies plus vite et moins cher. Au début du XVIII^e siècle, la première loi sur le droit d'auteur accorde au créateur le droit de restreindre ces reproductions. Avec le temps, le législateur reconnaît au créateur d'autres droits, dont le droit de représentation présage le droit de communication au public⁶⁶. L'évolution historique des médias, culminant avec l'Internet, entraîne une certaine convergence des modes de diffusion sur lesquels les créateurs se sont vus munis de droits correspondants. Notre premier principe propose donc un droit de diffusion fondamental qui réunit éventuellement en lui-même tous les droits du créateur. Ce droit permet au créateur

65. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 18-30 et 51-64.

66. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 4-11 et 54-55.

de déterminer comment ses créations arriveront aux membres du public.

2.1.2 Deuxième principe : Le créateur ne doit pas pouvoir exercer son droit de façon à empêcher la production ou la diffusion des créations d'un autre créateur

Regardons les estampes d'Hiroshige et les études que Van Gogh en a faites⁶⁷. Van Gogh a copié les estampes d'Hiroshige, qui ont été imprimées à partir des planches gravées, et ce peintre a retravaillé ses copies sous forme d'études à l'huile. Hiroshige aurait-il dû avoir le droit d'empêcher Van Gogh de copier ses estampes, peu importe la créativité apportée par ce dernier ? N'oublions pas qu'aux termes du premier principe, le créateur ne peut faire interdire que les actes qui occasionnent la diffusion éventuelle de ses propres créations⁶⁸. Le deuxième principe ne permet pas à Hiroshige d'interdire à Van Gogh de faire des études privées de ses estampes. Le droit fondamental du créateur n'empêche pas la copie en soi ; il ne s'applique qu'à la reproduction qui risque de donner lieu à la diffusion.

Qu'est-ce que Van Gogh doit pouvoir faire de ses propres études, surtout à l'extérieur de son studio ? Lui ou ses héritiers seraient-ils autorisés, par exemple, sans le consentement d'Hiroshige, d'exposer ces études en public ou d'en publier des exemplaires ? Plus généralement, comment les divers créateurs peuvent-ils exercer leur droit fondamental de diffuser leurs « propres » créations si celles-ci retravaillent des créations d'autrui, surtout si elles en constituent des refontes créatives ? Commençons par les copies routinières, c'est-à-dire celles engendrées en appliquant des techniques ou des règles prévisibles aux créations pour en faire des copies identiques ou semblables. Supposons par exemple qu'il ne faille qu'une habileté technique, mais pas de créativité, pour tirer des estampes à partir des planches gravées : toute copie qui en résulte est routinière⁶⁹. Hiroshige peut invoquer son droit fondamental d'empêcher l'imprimeur de diffuser ces exemplaires machinalement produites à partir de ses planches, à savoir des copies qui ne représentent que des créations « propres » d'Hiroshige. Mais on distingue les estampes d'Hiroshige des études de Van Gogh au premier coup d'œil : tout en

67. Pour des reproductions de ces œuvres, voir le site Ando Hiroshige, Van Gogh, URL : <<http://www.hiroshige.org.uk/hiroshige/influences/VanGogh.htm>>.

68. Voir *supra*, le texte connexe à la note 66.

69. Voir, par exemple, *Bridgeman Art Library, Ltd. c. Corel Corp.*, 36 F. Supp. 2d 191, 195 à 99 (S.D.N.Y. 1999) (qui détermine l'absence de créativité dans des « copies photographiques exactes » [traduction] des œuvres d'art).

copiant la création du premier artiste, le second y a intégré une substance qui ne saurait être machinalement engendrée. Des estampes de l'un aux études de l'autre, la composition n'est plus statique mais dynamique, la couleur n'est plus atténuée mais éclatante et l'émotion qui s'en dégage est complètement transformée. Selon notre second principe, donc, Hiroshige n'a pas le droit d'empêcher Van Gogh de diffuser les études subséquentes, qui représentent les créations « propres » de ce dernier⁷⁰. Le créateur doit rester libre de contribuer à la culture en la retravaillant.

Au XIX^e siècle, la législation sur le droit d'auteur est élargie pour instituer un nouveau droit⁷¹. Ce droit permet désormais au créateur de contrôler les créations dérivées des siennes par la traduction, la transformation ou l'adaptation. Nous expliquerons, au moment d'énoncer nos quatrième et cinquième principes ci-dessous, comment nos deux premiers principes peuvent aider les tribunaux à formuler des mesures de réparation pour ce droit sur les créations dérivées⁷². Ils peuvent entre autres accorder au créateur préalable une participation équitable aux profits gagnés par l'exploitation de toute création dérivée de la sienne, cela dans la mesure de sa contribution au succès commercial de la création dérivée. Pour l'heure, accordons par principe le bénéfice du doute au créateur subséquent, qui ne peut pas être empêché de donner au public le bénéfice de sa propre création.

2.1.3 Troisième principe : Le créateur ne doit pas pouvoir exercer son droit de manière à empêcher l'utilisation de techniques intégrées à ses créations ni exiger de paiement en contrepartie de cette utilisation

Comparons les chaises d'Alvar et d'Aino Aalto⁷³ au mobilier de Charles et de Ray Eames⁷⁴. Les Aalto ont été les premiers à concevoir

70. Pour une analyse plus approfondie, voir Paul Edward GELLER, « *Hiroshige v. Van Gogh* : Resolving the Dilemma of Copyright Scope in Remediating Infringement », (1998) 46 *J. Copr. Soc'y* 39, reproduit dans *Dear Images : Art, Copyright and Culture*, sous la direction de Daniel McLean et Karsten Schubert (London, Ridinghouse/ICA, 2002), p. 421.

71. Voir *supra*, le texte connexe à la note 10.

72. Voir *infra*, le texte connexe aux notes 84-107.

73. Pour une photo de l'une de ces chaises, voir le site du Museum of Modern Art, New York, URL : <http://www.moma.org/collection/browse_results.php?object_id=92879>.

74. Pour des illustrations et explications, voir « The Work of Charles & Ray Eames » (20 août 2004), sur le site de la Bibliothèque du congrès des États-Unis, URL : <<http://www.loc.gov/exhibits/eames/furniture.html>>.

des chaises en bois lamellé et moulé en courbes simples. Les Eames ont élaboré leurs propres modèles en perfectionnant la technique de moulage en courbes composées. Les Eames doivent-ils pouvoir invoquer un droit d'auteur à l'égard de leurs dessins et modèles pour empêcher d'autres personnes d'utiliser des techniques incorporées aux produits faits à partir de leurs créations ou pour faire payer cette utilisation ? Si la lettre de la loi porte à confusion sur ce point, les meilleures décisions jurisprudentielles en la matière répondent depuis longtemps par la négative. Dans une cause déterminante aux États-Unis, le requérant revendiquait un droit d'auteur à l'égard de formulaires qui effectuaient l'application de nouvelles techniques comptables. La Cour suprême l'a débouté, affirmant que l'utilisation de ces formulaires relevait plutôt du droit des brevets⁷⁵. Notre troisième principe ne change en rien cette orientation ; il la cristallise.

Supposons que la technique employée par les Aalto pour mouler le bois lamellé en simples courbes soit devenue notoire. À partir de ce savoir-faire, un concurrent pourrait prendre les chaises Eames comme gabarit et mouler à son tour ses propres chaises en courbes composées. Supposons en outre que le concurrent exécute des variations à partir du modèle de la chaise des Eames, mais en employant des méthodes de fabrication différentes, par exemple pour améliorer la solidité de la structure. Qu'arriverait-il si les Eames, munis d'un droit d'auteur sur leurs dessins et modèles, portaient plainte contre le concurrent pour tenter de l'empêcher de fabriquer et de vendre des chaises moulées de façon comparable⁷⁶ ? S'ils réussissaient leur coup, ils pourraient garder le monopole sur des techniques de moulage, leur permettant seuls de fabriquer toutes sortes de meubles dans la perspective de la science ergonomique. Ce monopole aurait, sous le régime du droit d'auteur, une durée plus longue que sous le régime des dessins et modèles ou des brevets qui protègent les tech-

75. *Baker c. Selden*, 101 U.S. 99 (1879). La Cour suprême des États-Unis a refusé d'appliquer le droit d'auteur aux formulaires du requérant, qui suivaient « une présentation semblable, soit des lignes et des colonnes à en-tête » [traduction]. Précisant que l'effet global de la réparation éventuelle en l'espèce serait d'empêcher l'usage des formulaires, la Cour a déclaré que l'affaire relevait « du domaine des lettres patentes et non du droit d'auteur » [traduction]. *Ibid.*, p. 100-102. Pour une analyse plus approfondie, voir Pamela SAMUELSON, « The Story of Baker v. Selden : Sharpening the Distinction Between Authorship and Invention », dans *Intellectual Property Stories*, sous la direction de Jane C. Ginsburg et Rochelle C. Dreyfuss (New York, Foundation Press, 2005), p. 159.

76. Voir, par exemple, l'arrêt *Chaise longue*, OLG (cour d'appel) Frankfurt a.M. (R.F. d'All.), 19 mars 1981, 1981 *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [GRUR]* 739, traduction anglaise dans (1982) 13 *I.I.C.* 777 (sur la possibilité d'appliquer le droit d'auteur à une chaise Eames tout en invoquant le fait qu'un exemplaire est exposé au Museum of Modern Art de New York).

niques mêmes. Par ailleurs, la législation sur le droit d'auteur n'est pas assortie de conditions rigoureuses de priorité comme le sont ces lois sur la propriété industrielle. Maintes dispositions font déjà en sorte que cette législation ne se substitue pas à la propriété industrielle pour protéger des techniques⁷⁷. Notre troisième principe en assimile la teneur et fait en sorte que les droits du créateur ne servent à protéger aucune technique.

Toute culture suit des voies frayées par des techniques. Pensons aux intrigues typées de mythes et de contes, reprises dans la littérature, et aux formules de couleurs et de composition dans la peinture. Non seulement en matière de dessins et modèles, mais éventuellement dans toute affaire de droit d'auteur, le tribunal doit distinguer la création culturelle de l'utilisation machinale de techniques. Tirons de l'histoire quelques cas de figure : Gerard Manley Hopkins pourrait empêcher quiconque de republier ses poèmes⁷⁸ ; Georges Seurat pourrait empêcher tout tiers de vendre des copies exactes de sa toile *Un dimanche à la Grande Jatte*⁷⁹. Cependant, Hopkins ne pourrait pas empêcher d'autres poètes d'adopter le rythme sautillant qu'il a créé à partir de l'anglais couramment parlé, et Seurat ne pourrait pas non plus empêcher d'autres peintres de recourir à la technique pointilliste qu'il a lui-même tirée de l'impressionnisme. Bien sûr, tout comme les dramaturges peuvent écrire des myriades de tragédies sur le modèle aristotélicien du héros dont l'orgueil démesuré conduit à sa chute, tous les auteurs peuvent écrire des myriades de textes suivant des techniques qui, entre autres, recombinent les éléments du récit ou les tournures du langage commun, et tous les artistes peuvent produire des myriades d'images à partir de techniques telles la perspective et la palette impressionniste. Le choix est souvent plus restreint dans les cas limites : le cartographe ne dispose que d'une gamme limitée de traits, de couleurs et de pictogrammes pour représenter un lieu sur une carte ; un répertoire ne peut présenter les noms et les coordonnées que d'un certain nombre de façons pour rester exact et facile à consulter⁸⁰. En matière de droit d'auteur, diverses doctrines ont été

77. Pour des exemples, voir les chapitres consacrés aux divers pays, à § 2[4][c], dans *International Copyright Law and Practice*, supra, note 29. Pour poursuivre l'analyse, voir Jerome H. REICHMAN, « Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms », (1994) 94 *Colum. L. Rev.* 2432, 2448 à 2504.

78. Pour textes, voir « Gerald Manley Hopkins », sur le site Poet's Corner, URL : <<http://www.theotherpages.org/poems/hopkins1.html>>.

79. Pour une reproduction, voir le site de l'Art Institute de Chicago, URL : <http://www.artic.edu/artaccess/AA_Impressionist/pages/IMP_7_lg.shtml>.

80. Pour une analyse plus approfondie, voir Paul Edward GELLER, « US Supreme Court Decides the *Feist* Case », (1991) 22 *I.I.C.* 802 et (1991) 150 *R.I.D.A.* 115.

élaborées pour éviter de monopoliser les techniques, qu'il s'agisse de produire des œuvres littéraires ou artistiques ou de fabriquer des produits tels des cartes géographiques, des répertoires téléphoniques ou des chaises. Notre troisième principe développe ces doctrines, incitant les tribunaux à ne protéger les textes, les images, *etc.*, que dans la mesure où l'utilisation machinale de techniques ne suffit pas à générer ces formes.

Ce principe n'implique d'ailleurs pas que nous acceptions l'actuel régime de propriété industrielle. Certes, il faut protéger les techniques novatrices dans les champs et au niveau appropriés, un but pour lequel un régime législatif est indispensable. Mais le régime actuel, constitué actuellement des brevets, la loi sur les dessins et modèles et lois connexes, déborde le cadre de la présente analyse⁸¹.

2.2 Droits et mesures de réparation spécifiques

C'est en imposant des mesures de réparation que les tribunaux font respecter les droits. Ils ordonnent à une partie de cesser certains actes ou d'en faire d'autres, notamment verser une indemnité. Nous allons maintenant mettre en évidence les mesures de réparation pour les droits des créateurs, en particulier les droits moraux et patrimoniaux. Notre but est de guider le choix et la formulation de ces mesures pour atteindre de manière aussi cohérente et efficace que possible les objectifs de ces droits. Comment, à cette fin, tenir compte de notre premier principe, qui a défini le droit fondamental du créateur en le formulant en termes de diffusion au public⁸² ? Nous supposons que les risques de préjudice ou les chances de profit augmentent à mesure que la diffusion au public s'étend : le tribunal, tranchant une affaire civile, peut donc ajuster ses mesures en conséquence. Par contre, notre neuvième principe, proposé ci-dessous, exigera du législateur qu'il définisse plus précisément le terme « public » quand un acte justifie une sanction pénale⁸³.

81. Pour une proposition de réforme, voir Paul Edward GELLER, « An International Patent Utopia ? », (2003) 25 *E.I.P.R.* 515.

82. Voir *supra*, le texte connexe à la note 66.

83. Voir *infra*, le texte connexe aux notes 133-135.

2.2.1 *Quatrième principe : Toute personne jouit de droits moraux au renvoi à la paternité de ses créations, au renvoi à ses créations diffusées sous formes manifestement retravaillées, aux dommages-intérêts faute de tels renvois et aux mesures de réparation équitables pour la diffusion ou les exemplaires qui ne font que dénaturer ses créations*

Le film *Quand la ville dort* a été tourné dans des nuances de noirs et de gris lugubres et troubles comme il sied à une sombre histoire de cambriolage manqué⁸⁴. Les enfants du réalisateur John Huston et le scénariste Ben Maddow se sont adressés aux tribunaux pour bloquer la télédiffusion de la version colorisée de ce film en France. La Cour de cassation de la République française a confirmé que Huston et Maddow, en tant que créateurs du film, avaient le droit moral d'empêcher ce film d'être présenté au public dans la forme qu'ils n'avaient pas voulue⁸⁵. Cette décision reconnaissait un solide droit moral à l'intégrité d'une œuvre, droit qui permettrait au créateur préalable d'imposer ses intentions à des créateurs subséquents de nouvelles versions. Pourtant, la colorisation du film implique une certaine créativité, de sorte que notre deuxième principe, qui écarte la possibilité d'interdire la diffusion des créations d'autrui, s'appliquerait en l'espèce⁸⁶. Sous réserve de ce deuxième principe, donc, notre quatrième principe précise les types de recours dont le créateur dispose pour protéger ses intérêts moraux.

Notre quatrième principe prévoit trois types de mesures pour obliger autrui, non seulement à reconnaître le créateur en tant que tel, mais à faire connaître ses créations, même sous formes retravaillées. Premièrement, affirmant son droit à la paternité d'une œuvre, le créateur peut obtenir une ordonnance obligeant quiconque veut diffuser sa création à préciser son nom véritable ou son nom de plume et son rôle ou interdisant au contraire toute allusion à sa paternité. Le scénariste de *Quand la ville dort*, par exemple, pouvait demander ou interdire que son nom soit laissé au générique de la

84. Pour des photos et brèves informations, voir « The Asphalt Jungle », sur le site Dark City : Film Noir and Fiction, URL : <<http://www.eskimo.com/~noir/ftitles/asphalt/index.shtml>>.

85. *Huston c. Société Turner*, cass., 1^{re} ch. civ., 28 mai 1991, 149 *R.I.D.A.* 197, 1991. Au début des procédures, les consorts Huston et Maddow ont obtenu une ordonnance interdisant la télédiffusion d'une version colorisée du film. La Cour d'appel de Paris a toutefois renversé la décision qui fondait cette ordonnance, mais la Cour de cassation a cassé cette dernière décision et elle a renvoyé l'affaire à l'instance inférieure, qui a accordé des dommages-intérêts pour la diffusion qui avait eu lieu entre-temps.

86. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 67-70.

version colorisée, puis télédiffusée, demander qu'un autre nom soit utilisé et demander ou interdire que son rôle dans l'équipe de création soit indiqué. Mais notre quatrième principe ne permet pas au créateur de revendiquer ce large droit à l'intégrité qui, selon certaines lois, lui permettrait d'obtenir une ordonnance interdisant la diffusion d'une version retravaillée qui porterait atteinte à sa réputation ou serait contraire à ses intentions⁸⁷. Imaginons ce cas de figure : Beaumarchais s'adresse au tribunal pour mettre fin à la production de l'opéra *Les Noces de Figaro*, inspiré de sa pièce de théâtre, faisant valoir que la musique de Mozart, comme les couleurs destinées à enjoliver un film en noir et blanc, nous empêcherait d'apprécier son texte que, d'ailleurs, Da Ponte avait tronqué dans le livret d'opéra pour échapper à la censure⁸⁸. Au lieu d'aider le créateur antérieur à censurer ainsi les créateurs postérieurs, le tribunal peut accorder le second type d'ordonnance envisagé ici, à savoir faire référencer la création préalable lorsque toute version manifestement retravaillant celle-ci est diffusée, si bien que le public puisse éventuellement bénéficier des deux créations⁸⁹. Mais quel est le recours du créateur plagié, dont la création est rediffusée sous une forme partiellement retravaillée, mais sans aucune référence à son nom ou à son rôle qui puisse renseigner le public ? Notre quatrième principe laisse alors s'imposer le troisième type de mesure : le créateur peut obtenir des dommages-intérêts, notamment, mais pas seulement, pour atteinte à sa réputation faute de lui attribuer la paternité de sa création⁹⁰.

87. Voir la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, art. 6bis (Acte de Paris adopté le 24 juillet 1971), URL : <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P123_20726> (qui pose comme critère toute « atteinte [à l'œuvre] préjudiciable à [l']honneur et à [la] réputation [de l'auteur] »). Comparer Henri DESBOIS, André FRANÇON, et André KÉRÉVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins* (Paris, Dalloz, 1976), aux p. 40-41 (qui compare cette formulation et le critère puriste de « l'intégrité »), et Bernard EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. (Paris, Presses Univ. de France, 1999), p. 35-53 (qui explique l'approche puriste dans le contexte du droit français).

88. Pour information, voir Wolfgang STÄHR, « When the Masks are Off – The Marriage of Figaro : Mozart follows Beaumarchais », *Friends' Mag. for Friends and Patrons of the Salzburg Festival*, URL : <http://www.festspielfreunde.com/english/frames/200012/ef_200012_08.htm>.

89. Pour la formulation originelle de la proposition, voir Paul Edward GELLER, « The Universal Electronic Archive : Issues in International Copyright », (1994) 25 *I.I.C.* 54, 65-66 ; P.E. GELLER, « Vers une métanorme directrice pour le droit d'auteur », *supra*, note 24, p. 74-83.

90. Voir, par exemple, Neil BOWERS, *Words for the Taking : The Hunt for a Plagiarist*, nouvelle éd. (Carbondale, Southern Illinois Univ. Press, 2007) (qui dresse l'inventaire des préjudices causés par le plagiat, lesquels dépassent largement le préjudice causé à la réputation).

Notre quatrième principe envisage également les recours pour atteinte à l'intégrité d'une œuvre en l'absence de remaniement créatif⁹¹. Que faire si une création est simplement l'objet d'une diffusion qui la déprécie, notamment si elle est présentée sous forme de copies routinières de mauvaise qualité ou dans un contexte préjudiciable ? Dans des espèces de cet ordre, le tribunal n'a pas à tenir compte de quelque droit fondamental d'un créateur subséquent de diffuser une version retravaillée ni de l'intérêt du public à connaître des refontes créatives. Le tribunal peut bien exiger que la diffusion en cause soit interdite ou pour le moins équitablement améliorée et, le cas échéant, accorder des dommages-intérêts pour les préjudices qui ne sont pas ainsi évités⁹². Il devient plus difficile de trouver une mesure de réparation adaptée s'il n'y a qu'un ou quelques exemplaires d'une création qui puissent être modifiés ou détruits, par exemple un seul objet d'art ou un faible tirage. Les droits du créateur risquent d'aller à l'encontre d'autres droits, surtout du droit à la propriété d'un bien matériel de quiconque possède l'exemplaire en cause. Notre quatrième principe invite le tribunal à exercer sa discrétion et, ce faisant, à chercher des solutions équitables pour réconcilier les revendications contraires qui en résultent. La jurisprudence française comporte un arrêt instructif : le peintre Whistler refusa de livrer un portrait de Lady Eden commandé et payé par Lord Eden. Le tribunal permit à Whistler de conserver le portrait, sous réserve de conditions équitables, pour protéger à la fois son modèle et son patron dans l'affaire⁹³. Récemment, Richard Serra a créé le *Tilted Arc* pour un espace public, mais les gens qui fréquentaient l'espace voulaient faire enlever cette sculpture⁹⁴. Notre quatrième principe insiste sur les intérêts du créateur à conserver ses créations intactes, bien qu'une solution équitable puisse se conformer à l'intérêt public.

91. Voir aussi l'analyse de Leslie Kim TREIGER-BAR-AM, « Adaptations with integrity », dans *Copyright and Other Fairy Tales : Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity*, sous la direction de Helle Porsdam (Cheltenham, Edward Elgar, 2006), p. 61.

92. Voir, par exemple, *Germi c. Rizzoli e Reteitalia* (l'affaire *Serafino*), Tribunale, Rome (Italie), 30 mai 1984, (1985) 56 *Il Diritto di Autore* 68 (proposant aux diffuseurs de ne pas interrompre trop souvent la télédiffusion des films par des messages publicitaires à des moments critiques de l'action, etc.), décision renversée par la Corte di Appello, Rome, 16 oct. 1989, (1990) 61 *Il Diritto di Autore* 98 (exemple de l'approche puriste).

93. *William Eden c. Whistler*, cass. civ., 14 mars 1900, D.P. 1900, 1, 497. L'artiste dut dédommager le client pour défaut de livrer, restituer tout l'argent reçu et rendre le modèle méconnaissable dans l'éventualité de toute divulgation ultérieure.

94. Pour des photos et explications, voir « Richard Serra's Tilted Arc », sur le site Culture Shock, URL : <http://www.pbs.org/wgbh/cultureshock/flashpoints/visualarts/tiltedarc_a.html>.

Que l'on songe au Parthénon d'Athènes et à l'art bouddhiste sur la route de la soie⁹⁵ : avec le temps, les sculptures se sont dégradées et la peinture a pâli. Parfois les tribunaux doivent défendre l'intérêt du public à éviter l'amnésie culturelle⁹⁶.

2.2.2 *Cinquième principe : Toute personne jouit de droits patrimoniaux l'autorisant à empêcher la diffusion non autorisée de copies routinières de ses créations qui comporte un risque de préjudice irréparable et à toucher des dommages-intérêts ou une part équitable des profits de la diffusion non autorisée de ses créations, même sous forme retravaillée*

Sans action rapide, les droits du créateur manquent de mordant. Imaginons la diffusion imminente de copies routinières sans le consentement du créateur. Des copies assez bonnes mais néanmoins défectueuses risquent de détourner le marché du créateur. Des copies tout à fait fidèles peuvent usurper une part de marché visée par la création copiée. Dans un cas comme dans l'autre, il y aurait risque de préjudice irréparable si la diffusion n'était pas interdite. Ces copies routinières ne font qu'imiter l'original que le créateur est autorisé à diffuser, de sorte que le public ne perd rien à ce que la diffusion des copies routinières soit stoppée au plus vite. En revanche, interdire la diffusion des versions retravaillées, voire des refontes créatives, risque de porter atteinte à la richesse culturelle en rendant inaccessibles de nouvelles créations⁹⁷. Grâce à notre cinquième principe, le créateur peut obtenir une forme distincte de réparation pour atteinte à ses droits patrimoniaux, selon le cas. Il peut obtenir que seule la diffusion non autorisée de copies routinières soit stoppée s'il se trouve menacé d'un préjudice irréparable. Il peut aussi obtenir une somme en contrepartie de la diffusion de sa création, même sous une forme retravaillée⁹⁸.

95. Pour une reconstruction du Parthénon d'autrefois, voir « Scientists retrace Parthenon's brilliant hues », sur le site MSNBC (21 mars 2006), URL : <<http://www.msnbc.msn.com/id/11945940/>> ; pour une photo de l'art bouddhiste, voir « Dun Huang Grottoes : West wall of Cave 285 », sur le site China the Beautiful, URL : <<http://www.chinapage.com/images/C285w-F.jpg>>.

96. Voir Adolf DIETZ, *Das Droit Moral des Urhebers im neuen französischen und deutschen Urheberrecht : eine rechtsvergleichende Untersuchung* (Munich, Beck Verlag, 1968), aux p. 188-193.

97. Pour d'autres analyses, voir RUBENFELD, *supra*, note 25, p. 48-59 ; Tim WU, « Intellectual Property, Innovation, and Decentralized Decisions », (2006) 92 *Va. L. Rev.* 123, 144-146.

98. Voir, de manière générale, *Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 578, n. 10 (1994) (où la Cour affirme que « les objectifs de la législation sur le droit

L'auteur consacre beaucoup de temps et d'énergie à écrire un texte, tout comme l'artiste qui produit une image. Mais au contraire d'un bien privé, comme un terrain, ces œuvres sont généralement des biens publics, difficiles à monopoliser et aisément partagés⁹⁹. Quand, par exemple, est née la presse à imprimer, les créateurs ont donné leurs manuscrits et leurs illustrations à des entrepreneurs chargés de les publier. Un concurrent aurait pu refaire la composition ou remonter les plaques et usurper le marché avec des réimpressions peu coûteuses, portant préjudice au créateur et à l'entrepreneur. De nos jours, les créations passent facilement et souvent sans autorisation du cercle privé aux cercles étendus sur Internet, où le risque de préjudice atteint des proportions mondiales. Le tribunal hésitera peut-être à s'immiscer dans un petit cercle de communication, notamment en imposant une injonction, surtout si le préjudice éventuel est vraisemblablement minimal¹⁰⁰. Il peut toutefois provisoirement accorder au requérant une ordonnance pour protéger un droit s'il se trouve devant l'imminence d'une violation qui risque de porter un préjudice irréparable. Mais notre cinquième principe, qui permet justement ce recours, est assujéti au second, qui ne permet de stopper la diffusion que des copies routinières, pas des versions retravaillées ou des refontes créatives¹⁰¹. Pour distinguer la contrefaçon d'une version retravaillée, voire d'une refonte créative, le tribunal doit déterminer si la production présentée comme préjudiciable a été entièrement engendrée à partir de la création préalable par l'utilisation machinale de techniques. Ainsi, une traduction automatique pourrait être considérée comme une copie routinière, et donc interdite, si elle n'a pas été autorisée, lorsqu'une traduction inspirée d'un texte novateur, par exemple d'un poème de Mallarmé, ne serait pas traitée de la même façon¹⁰². Le tribunal pourrait aussi imposer une injonction contre une anthologie de textes et d'images disposés de manière conventionnelle, laissant les textes et les images tels que leur auteur les avait créés. Une règle empirique peut

d'auteur qui sont entre autres « de stimuler la création et la publication de contenus édifiants » [citation omise], ne sont pas toujours servis au mieux si la Cour accorde automatiquement une mesure injonctive » [traduction] et que les tribunaux peuvent bien se limiter à « accorder un montant [...] pour le préjudice établi, quel qu'il soit » [traduction]). Voir aussi *eBay, Inc. c. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388, 392-393 (2006) (confirmant cette même approche).

99. Sur la notion de biens publics, voir *supra*, texte connexe à la note 2.

100. Voir *BMG Canada Inc. c. John Doe*, (2005), 39 C.P.R. (4th) 97 (CAF) (où la Cour rejette une requête demandant l'identification de personnes qui partageaient leurs fichiers, faute de preuves suffisantes d'une violation du droit d'auteur à une échelle suffisamment grande).

101. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 67-70.

102. Pour une analyse et exemples, voir C. John HOLCOMBE, « Translating Mallarmé », URL : <<http://textetc.com/workshop/wt-mallarme-1.html>>.

aider dans de semblables cas d'espèce, où la production dérivée ne manifeste aucune trace de créativité saillante. Le tribunal peut en effet apprécier si cette production risque d'accaparer un marché que visait effectivement la création du requérant. Cette production tend-elle à se substituer, aux yeux du public, à l'image ou au texte du requérant ? Le cas échéant, l'injonction est peut-être justifiée¹⁰³.

Le tribunal peut accorder une somme au requérant en contrepartie d'une diffusion passée, mais non autorisée. Notre cinquième principe admet le recours classique, en l'occurrence une ordonnance portant le paiement de dommages-intérêts, notamment pour la perte du marché visé par une création. Même en l'absence de préjudice de ce type, il n'est que juste de restituer au créateur antérieur une part équitable de la valeur marchande de ce que le créateur postérieur tire de la création préalable¹⁰⁴. Citons, comme cas de figure, le roman de Dashiell Hammett intitulé *Le Faucon maltais*, dont le dialogue intense, les personnages forts et l'intrigue fascinante ont inspiré une adaptation cinématographique à John Huston. Le roman a connu une nouvelle vie grâce au film de Huston qui a fait preuve de créativité dans les choix et la direction des acteurs, qui a concrétisé l'action romanesque à l'écran et qui lui a donné une nouvelle allure visuelle¹⁰⁵. À l'évidence, avant d'investir dans la production et d'optimiser les profits en aval, le producteur du film jouerait de prudence et négocierait un contrat qui lui permette d'exploiter une création dérivée d'une autre. Supposons néanmoins que le studio de Huston n'eût pas obtenu les droits d'adaptation cinématographique du roman de Hammett : il aurait risqué d'avoir à se défendre en cour, de voir ses revenus mis sous séquestre et d'avoir à remettre au romancier une part substantielle des profits¹⁰⁶. Le tribunal aurait eu alors

103. Pour une analyse plus approfondie des mesures injonctives et des réparations pécuniaires, voir P.E. GELLER, « Dilemma of Copyright Scope », *supra*, note 70, p. 59-70.
104. Comparer Wendy J. GORDON, « Of Harms and Benefits : Torts, Restitution, and Intellectual Property », (1992) 21 *J. Legal Stud.* 449, repris dans (2003) 34 *McGeorge L. Rev.* 541 (qui prône la restitution des profits enlevés au créateur, même par un autre, pour réduire au minimum les effets externes), avec Mark A. LEMLEY, « Property, Intellectual Property, and Free Riding », (2005) 83 *Tex. L. Rev.* 1031 (pour qui il est utopique de tenter d'éliminer tous ces effets externes).
105. Pour des photos et brèves informations, voir « The Maltese Falcon », sur le site le site Dark City : Film Noir and Fiction, URL : <<http://www.eskimo.com/~noir/ftitles/maltese/index.shtml>>.
106. En fait l'autorisation de Hammett était assurée par contrat. Voir *Warner Bros. Pictures, Inc. c. Columbia Broad. Sys., Inc.*, 216 F.2d 945 (9th Cir. 1954), cert. refusé, 348 U.S. 971 (1955). Il faut noter que notre second principe minimiserait la question de l'opportunité d'interdire la suite, en l'espèce, et que notre septième principe forcerait une interprétation restrictive de toute cession contractuelle, en l'occurrence des droits d'adaptation.

à départager, d'une part, la contribution de Hammett aux profits générés par le film et, d'autre part, la contribution de Huston et du reste de l'équipe créative du film. La perspective de perdre des profits, suivant l'appréciation du juge, devrait inciter le créateur postérieur et le producteur à obtenir au préalable l'autorisation d'exploiter une création dérivée¹⁰⁷.

Voilà donc les recours du créateur en droit civil¹⁰⁸. Les mesures injonctives sont limitées, de sorte qu'un créateur antérieur qui ne contribue que des éléments retravaillés dans une création postérieure ne peut pas y recourir pour faire interdire la diffusion de cette création dérivée. Il peut en tout cas demander des dommages-intérêts ou une part équitable de profits, mais la perspective même de l'action en justice devrait inciter les parties à s'entendre sur la commercialisation de la version préalable sous forme d'une version dérivée. Toutefois, l'évolution des médias a engendré le web invisible, certes propice à l'échange de fichiers, mais peu favorable à l'exercice des recours judiciaires¹⁰⁹. L'on a proposé des mesures technologiques afin de surveiller le flux de créations dans ce réseau invisible et d'y imposer un régime de rémunération¹¹⁰. Il existe aussi des mesures d'autoprotection ; elles seront sujettes à nos neuvième et dixième principes¹¹¹.

2.2.3 Sixième principe : Les droits du créateur sont limités dans le temps ; les droits patrimoniaux ne doivent pas pouvoir s'appliquer aux rediffusions que le sens commun juge nécessaires à des fins d'information tels la critique, l'illustration, le reportage d'actualités ou l'étude

Jusqu'où va le droit fondamental de diffusion ? La loi fait basculer une gamme de cas limites dans le domaine public, où l'utilisation est libre¹¹². D'abord, avec le temps, le créateur tend à avoir des liens si atténués avec tout public qu'il convient de permettre les utilisations de ses créations. De fait, les lois sur le droit d'auteur limitent

107. Voir, de manière générale, Dan L. BURK, « Muddy Rules for Cyberspace », (1999) 21 *Cardozo L. Rev.* 121 (qui montre comment les règles relatives à la responsabilité civile peuvent mener à la négociation).

108. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 82-107.

109. Sur le web invisible, voir *supra*, le texte connexe à la note 40.

110. Voir, par exemple, Neil W. NETANEL, « Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing », (2003) 17 *Harv. J.L. & Tech.* 1 (qui décrit une proposition de telles mesures en détail).

111. Voir *infra*, le texte connexe aux notes 131-142.

112. Pour une analyse plus approfondie, voir Pamela SAMUELSON, « Enriching Discourse on Public Domains », (2006) 55 *Duke L.J.* 783.

généralement la durée des droits patrimoniaux à 50 ou 70 ans après la mort du créateur. En vertu de notre sixième principe, les tribunaux peuvent aussi tenir compte du passage du temps en formulant la mesure de réparation appropriée à l'espèce. Par exemple, ils peuvent hésiter à assurer une forte protection des intérêts personnels du créateur qui, après avoir motivé un droit moral, se sont affaiblis avec le temps. C'est ainsi que la plus haute cour de France a renversé la décision fondée sur le droit moral, revendiqué par un héritier de Victor Hugo, d'empêcher la publication d'une suite à son classique du XIX^e siècle, à savoir *Les Misérables*¹¹³. Les tribunaux pourraient aussi réduire les dommages-intérêts futurs ou spéculatifs ou ne pas en tenir compte au moment d'évaluer le montant de l'indemnité à verser¹¹⁴.

Notre sixième principe permet tout un éventail d'utilisations à des fins d'information. Ces utilisations se déroulent souvent aux marges des circuits commerciaux¹¹⁵. Il s'agit entre autres de la critique, de l'illustration, du reportage d'actualités, de l'éducation et de la recherche. Reportons-nous à la cause des *Air Pirates Funnies* : ces dessins animés parodiaient des personnages créés par Walt Disney, montrant en l'occurrence Mickey et Minnie et leurs amis en pleine orgie de sexe et de drogue¹¹⁶. Les parodistes auraient trouvé inutile de demander le consentement du studio de Disney, qui les a implacablement poursuivis en justice et a gagné son procès¹¹⁷. Un critique

113. *Plon S.A. c. Pierre Hugo*, cass., 1^{re} ch. civ., 30 jan. 2007, (2007) 212 *R.I.D.A.* 248. La Cour d'appel de Paris avait jugé que toute suite à ce « véritable monument de la littérature mondiale » portait atteinte au droit moral de Victor Hugo. Cette décision a été cassée et l'affaire renvoyée à l'instance inférieure pour déterminer s'il y avait confusion réelle quant à la paternité de l'œuvre ou à la dénaturation réelle de l'œuvre. La Cour de cassation a invoqué la « liberté de création » en l'espèce.

114. Voir Justin HUGHES, « Fair Use Across Time », (2003) 50 *UCLA L. Rev.* 775. Voir aussi EDELMAN, *Droits d'auteur, droits voisins*, *supra*, note 54, p. 66-71 (qui explique comment la loi française sur le droit d'auteur autorise les juges à empêcher les représentants d'un auteur décédé de retenir une œuvre hors des circuits commerciaux en abusant du droit moral à la divulgation ou des droits patrimoniaux à l'égard d'œuvres déjà divulguées).

115. Pour une analyse plus approfondie, voir Wendy GORDON, « Fair Use as Market Failure : A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors », (1982) 82 *Colum. L. Rev.* 1600.

116. Pour des images tirées des dessins animés, ainsi qu'un bref historique de l'affaire, voir « Disney vs. the Air Pirates », sur le site Harlequin Comics Page, URL : <<http://home.freeuk.net/moondog/air.htm>>.

117. *Walt Disney Prods. c. Air Pirates*, 581 F.2d 751 (9th Cir. 1978), *cert. refusé*, 439 U.S. 1132 (1979). La Cour d'appel a rejeté les arguments basés sur la liberté d'expression, tout en donnant au parodiste des directives en matière artistique : « il en manquait bien peu pour évoquer la souris Mickey et son image dans l'esprit des lecteurs » [traduction]. *Ibid.*, p. 757-758.

hésitera sans doute aussi à demander la permission d'un écrivain de citer de longs passages de son roman récent pour montrer à quel point il est mal écrit. Un savant trouvera sans doute coûteux de demander l'autorisation d'utiliser des centaines de photos d'objets d'art pour illustrer un ouvrage d'histoire de l'art. Un journaliste n'aura souvent pas le temps d'attendre l'autorisation de capter une chanson ou un tableau qui se trouve en fond de scène d'un événement d'actualité. Enfin, il n'est pas toujours possible de demander à l'avance l'autorisation de fournir des extraits à une classe ou à un groupe de recherche. Les lois sur le droit d'auteur tendent d'ailleurs à créer des exceptions pour la plupart de ces usages. Mais les dispositions en question ne sont pas toujours claires ni simples¹¹⁸.

Comment guider l'utilisateur ? Les termes des conventions internationales obligent le législateur à demander en quoi le fait de soustraire à la loi telle utilisation d'un contenu protégé par le droit d'auteur peut influencer sur l'exploitation de ce contenu¹¹⁹. Mais pensons aux utilisateurs, qu'ils soient critiques, savants, journalistes, enseignants, chercheurs ou autres, qui veulent illustrer un argument, rendre compte d'un événement d'actualité ou simplement enseigner ou apprendre quelque chose. Malheureusement, ces utilisateurs sont le plus souvent incapables de calculer sur-le-champ, c'est-à-dire au moment de décider de faire l'utilisation en cause, l'incidence économique de la rediffusion envisagée si celle-ci était généralisée. Quoi qu'il en soit, la législation sur le droit d'auteur tend à permettre ces rediffusions pour deux raisons : d'abord, elles améliorent l'accès à l'information pour stimuler la créativité ; ensuite, elles ne se substituent généralement pas au marché où les éléments créatifs mêmes se laissent exploiter. Notre sixième principe, qui dépasse les clauses des conventions internationales en la matière, impose une condition de plus au législateur, à savoir celle d'éclaircir les exceptions à l'intention de l'utilisateur moyen. Ce dernier a besoin en

118. Pour des exemples tirés de la législation américaine, voir Keith AOKI, James BOYLE et Jennifer JENKINS, *Tales from the Public Domain : Bound by Law ?* (2006), URL : <<http://www.law.duke.edu/cspd/comics>>. Aux États-Unis, une abondante jurisprudence interprète la doctrine du *fair use* qui limite le *copyright*. Les spécialistes de cette jurisprudence pourraient évaluer comment cette doctrine peut autoriser certaines utilisations dans les cas problématiques. Pour des exemples, voir D. NIMMER, *supra*, note 32. Par ailleurs, d'autres lois sur le droit d'auteur tendent à codifier les exceptions au moyen de dispositions complexes et encombrantes. Pour des exemples, voir les chapitres consacrés à divers pays, à § 8[2], dans *International Copyright Law and Practice*, *supra*, note 29. Dans ces régimes, les cas problématiques ne s'inscrivent sous aucune doctrine unique, mais dépendent de petits détails de ces dispositions, elles-mêmes difficiles à saisir dans l'ensemble.

119. Voir *l'Accord sur les ADPIC*, *supra*, note 59, art. 13.

effet de critères qui lui fassent comprendre les utilisations permises à la lumière de ses fins et de sa situation propres, qu'il connaît de première main et qu'il comprend en suivant son bon sens. Notre sixième principe nous mène à proposer un critère en trois volets, chacun faisant appel au sens commun des utilisateurs. Premièrement, l'utilisation envisagée a-t-elle une fin informative tels la critique, l'illustration, le reportage d'actualités, l'éducation ou la recherche ? Deuxièmement, s'agit-il d'utiliser seulement des portions des créations protégées qui sont vraiment nécessaires à la fin poursuivie et à l'intention du public touché ? Troisièmement, le créateur et les sources seront-ils correctement mentionnés, comme l'exige notre quatrième principe¹²⁰ ?

Revenons à notre exemple des *Air Pirates Funnies*. Notre deuxième principe aurait soustrait ces dessins animés à toute ordonnance interdisant la diffusion, mais non à un procès en dommages-intérêts ou en partage des profits¹²¹. Quant à notre sixième principe, il incite l'utilisateur, s'il veut échapper au procès en responsabilité civile, à limiter à la fois l'ampleur de ce qu'il veut rediffuser et le public auquel il se propose de rediffuser, étant donné ses objectifs et ses circonstances. Le parodiste, par exemple, peut remanier un texte, une mélodie ou des images pour présenter la création en cause sous un angle tel qu'il en reste juste assez pour que le grand public la reconnaisse sous une toute nouvelle forme. Le critique, le savant ou autre qui rediffuse une création pour illustrer un point ou un argument se limitera à des citations focalisées ou à des échantillons d'images adaptés à l'objet de l'exemple voulu. Le journaliste pourra pour sa part inclure des créations entières dans son reportage sur les événements d'actualité, mais de manière éphémère, dans un bulletin de nouvelles destiné au public. En revanche, le bibliothécaire, l'enseignant ou le chercheur pourra partager de plus grands extraits, voire la création entière, avec un groupe restreint d'étudiants ou de collègues chercheurs¹²². Pour peu que l'utilisateur démontre que la

120. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 86-90. Ne s'appliquant qu'aux droits patrimoniaux, les exceptions n'ont en principe aucun effet sur le droit moral, notamment le droit à l'attribution de la paternité. Quoi qu'il en soit, c'est encore le sens commun qui détermine si tout renvoi au créateur et à sa création est adéquat dans le contexte des utilisations exemptées.

121. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 67-70.

122. Voir, par exemple, *Queneau c. Boue*, Trib. gr. inst., Paris (Fr.), 10 juin 1997, J.C.P. 1997, II, 22974, traduction anglaise dans 2000 *Eur. Copyright Design Rep.* 343. Le tribunal a refusé de faire droit à la requête à l'encontre d'une équipe de recherche du Centre national de recherche scientifique de France. L'équipe avait mis des poèmes protégés par le droit d'auteur à la disposition de ses membres sur un réseau interne qui était lui-même isolé de l'Internet.

rediffusion sert à une fin informative, le tribunal peut déterminer dans quelle mesure cet usage respecte le sens commun en vue de la fin démontrée. S'il est prouvé que cet usage pêche contre le sens commun, il ouvre droit à dommages-intérêts ou partage des profits.

2.3 Titularité des droits et qualité pour agir

Qui, tout d'abord, détient les droits du créateur ? La réponse semble facile : le créateur a ces droits sur sa création dès que celle-ci se laisse diffuser. Il y a pourtant des cas problématiques, notamment si la création est le fait d'une équipe ou si elle est produite dans le cadre d'un emploi ou sur ordre d'une autre personne. Le cas échéant, il est parfois impossible d'isoler les contributions respectives de divers créateurs. Il se peut aussi que l'employeur ait investi dans les produits du travail de création. Souvent le créateur aura besoin de céder ses droits pour les exploiter. Qui peut alors exercer les droits en question en pareil cas ?

2.3.1 Septième principe : Les créateurs sont titulaires des droits sur leurs créations susceptibles de diffusion et peuvent se partager eux-mêmes les droits patrimoniaux par consensus équitable ou les céder aux tiers au moyen de contrats qui doivent être interprétés restrictivement

Imaginons un groupe de jazz qui improvise en direct. Supposons en outre qu'une personne enregistre la session sans le consentement du groupe avec un micro caché et tente ensuite de la diffuser au grand public. Notre septième principe, suivant la majorité des lois adoptées presque partout dans le monde, reconnaît les droits du créateur comme acquis le moment où sa création peut être rendue accessible à d'autrui. Dans notre cas de figure, les musiciens de jazz peuvent donc, dès leur improvisation en direct, exercer leurs droits des créateurs à l'égard de la diffusion de toute création que leur représentation peut éventuellement mettre à la disposition de tout membre du grand public¹²³. Supposons maintenant que le groupe

123. Sous le régime de la plupart des lois, nos musiciens hypothétiques pourraient se réclamer des droits voisins des artistes-interprètes. Voir *supra*, le texte connexe à la note 11. Les principes proposés ici minimiseraient la nécessité de ces droits en justifiant le recours contre la rediffusion de copies routinières des représentations qui manifesteraient la moindre trace de créativité, notamment dans l'interprétation, le style, *etc.* Mais nos principes ne permettraient pas d'interdire l'exécution par d'autres artistes qui varieraient l'interprétation, le style, *etc.*, même en vertu d'une créativité minimale. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 67-70. Le droit moral, assorti de recours adaptés, pourrait également

créé la majeure partie de sa musique en équipe mais que certains membres improvisent individuellement des passages distincts en solo. Notre septième principe permet de conférer au groupe les droits sur la musique improvisée en collaboration et aux membres individuels les droits sur les riffs créés en solo. Ce principe laisse au consensus du groupe le pouvoir de décider de l'exercice collectif des droits.

Plus il y a de créateurs, plus il est difficile d'isoler la contribution de chacun. Par une fiction législative, certaines lois considèrent l'employeur ou le directeur d'une équipe de créateurs, voire d'un créateur solitaire, comme l'« auteur » de la création qui en résulte¹²⁴. Notre septième principe, en revanche, ne confère de droit sur une création qu'aux créateurs de chair et d'os qui produisent cette création : au cas d'emploi ou d'équipe, il laisse repartir les droits par consensus ou, mieux, par contrat. Si l'employeur ou toute autre personne n'ayant pas participé à la création paie des mandataires pour qu'ils créent, cette personne a tout intérêt à négocier prudemment au préalable les dispositions contractuelles lui permettant d'acquérir les droits à l'égard de tout produit qui résulte du travail de création. Étant donné que les utilisations éventuelles d'une création sont souvent imprévisibles, la plupart des lois admettent que toute disposition contractuelle par laquelle un créateur cède à une autre partie les droits relatifs à sa création se laisse interpréter restrictivement. Mais passons à un cas de figure nouveau : un jeu vidéo ou un logiciel est créé par de nombreux créateurs, à l'échelle internationale, sur Internet, au fil du temps¹²⁵. Supposons que cette équipe n'ait ni employeur ni directeur et que ses membres ne se soient pas mis explicitement d'accord sur la répartition de leurs droits entre eux. Notre septième principe impose au tribunal la tâche de donner un effet équitable au consensus implicite de l'équipe. Les contrats habituels des cercles pertinents du réseau pourront témoigner des règles d'un tel consensus. Seule une renonciation explicite par contrat permettra alors de conférer les droits à un tiers¹²⁶.

s'appliquer en l'occurrence, tout comme des réparations pécuniaires et l'exception d'information. Voir *supra*, les textes connexes aux notes 86-92, 104-107 et 115-122.

124. Pour des exemples, voir les chapitres consacrés à divers pays, à § 4[1][b], dans *International Copyright Law and Practice*, *supra*, note 29.

125. Pour une analyse plus approfondie, voir Dan HUNTER et F. Gregory LASTOWKA, « Amateur-to-Amateur », (2004) 46 *Wm. & Mary L. Rev.* 951.

126. Pour des exemples de renonciation à des droits spécifiques en faveur de tiers qui « renseignent précisément les autres sur ce qu'ils peuvent et ne peuvent pas faire avec votre œuvre » [traduction], voir « License Your Work », sur le site du Creative Commons, URL : <<http://creativecommons.org/license/>>.

2.3.2 *Huitième principe : Le requérant peut obtenir la réparation pécuniaire en prouvant son droit aux dommages-intérêts ou aux profits, mais l'utilisateur peut garder ses profits en prouvant qu'il a tenté de bonne foi d'obtenir l'autorisation de rediffuser la création en cause*

Le créateur peut choisir de compter sur d'autres pour porter ses créations à travers notre univers médiatique dont l'expansion s'accélère toujours. À cette fin, il peut céder ses droits patrimoniaux en bloc ou à la pièce, autoriser des utilisations précises et plus ou moins exclusives ou renoncer plus ou moins totalement à ces droits. Or, comme le commerce des droits se fait de plus en plus large et complexe, quelles preuves le requérant doit-il fournir que c'est « son » droit qu'il exerce pour obtenir réparation ? Au moment de rendre une ordonnance préliminaire et provisoire, le tribunal considérera de nombreux facteurs, y compris l'atteinte aux droits, le préjudice éventuel et les droits et les qualités d'agir du requérant. Dans le cas d'une réparation pécuniaire, notre cinquième principe exige du requérant qu'il prouve qu'il y a eu violation et préjudices ou profits¹²⁷. Selon notre huitième principe, il ne pourra toucher d'indemnité que s'il répond dans l'affirmative à l'un des deux critères d'admissibilité. Soit il est le créateur, soit il a acquis ses droits à travers une chaîne de droits qui remonte au créateur.

Dans quelle mesure cette éventuelle chaîne de droits se laisse-t-elle constater par le public ? La réponse montre à quel point il est facile ou difficile de trouver les parties habilitées à autoriser telle ou telle utilisation d'une création. Le droit contractuel et le droit commercial incitent les cessionnaires à satisfaire les conditions de publicité, tout au moins de donner au monde avis des actes de cession dont ils veulent bénéficier, ainsi confirmant leur droits d'opposer tout autre acte de cession de ces mêmes droits¹²⁸. Pourtant, bon nombre de créations, déjà diffusées, sont orphelines parce qu'il n'est plus possible de trouver les parties habilitées à en autoriser la rediffusion : c'est le cas quand le créateur est mort et enterré, qu'il n'a pas

127. Voir *supra*, les textes connexes aux notes 90 et 104-107.

128. Voir, par exemple, *R. Griggs Group, Ltd. c. Evans*, [2004] EWCA 1088 (Ch.) (U.K.), confirmé [2005] EWCA 11 (C.A. Civ. Div.). Le tribunal a formulé ici une règle de priorité en se basant sur la comparaison de la jurisprudence de diverses juridictions. Selon cette règle, le premier contrat qu'un tiers est censé connaître est opposable au second contrat que ce tiers veut faire valoir. En l'occurrence, l'auteur a accepté de céder ses droits d'auteur à l'échelle mondiale à une partie et les a ensuite cédés à une autre partie qui était prévenue de l'accord initial.

d'héritier, que sa création ne se trouve plus sur le marché et que les données connues ne précisent pas qui détient ses droits. Imaginons, par exemple, qu'un éditeur, ayant depuis longtemps obtenu les droits sur une création donnée d'un créateur maintenant décédé, ait lui-même cessé ses activités après avoir cédé ces droits à un tiers qui reste inconnu. Dans un marché optimal, le titulaire de droits exclusifs n'abuserait pas de sa position dominante, à savoir celle assurée par ces droits mêmes, en refusant arbitrairement d'accorder aux tiers une licence d'exploitation¹²⁹. Un demandeur violerait donc cette condition en attendant comme un inconnu en coulisse, effectivement refusant de négocier toute licence, pour ensuite poursuivre en justice un utilisateur qui aurait payé une licence à un juste prix. Rappelons-nous qu'en vertu de notre cinquième principe, une partie peut éviter un procès en partage de profits en obtenant au préalable la licence d'exploiter une création dérivée d'une autre¹³⁰. Notre huitième principe exempte du partage des profits générés par une rediffusion donnée l'utilisateur qui a tenté de bonne foi d'en obtenir l'autorisation préalable.

2.4 Principes d'ensemble

Les législateurs, souvent myopes, tendent à formuler les lois sur le droit d'auteur sans tenir bien compte des principes qui gouvernent la loi dans son ensemble. En termes de la théorie, ces principes expriment souvent le sens que nous partageons de nos droits et privilèges fondamentaux, notamment des droits à la vie privée et à la liberté d'expression. Pour être réalisés dans la pratique, ces principes dépendent souvent des procédures et des mesures de réparation, dont les mystères sont l'objet du savoir-faire des avocats et des juristes. Comment ces principes s'appliquent-ils en matière de droit d'auteur ?

129. Voir, par exemple, *P.R.T.E. c. Comm'n et I.T.P. c. Comm'n* (l'arrêt *Magill*), auditions conjointes C-241/91 P et C-242/91, E.C. Cour de justice (E.U.), 6 apr. 1995, 1995 E.C.R. I-743. La Cour de justice a obligé les stations de télévision à donner une licence en termes raisonnables pour autoriser l'établissement des listes d'émissions à l'égard desquelles elles réclamaient des droits d'auteur. Il a été jugé qu'en refusant de le faire, les stations avaient abusé de leur position dominante sur le marché.

130. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 106-107.

2.4.1 *Neuvième principe : Le juge ne doit donner aux mesures d'autoprotection des créateurs aucune portée plus large que celle des droits de ces créateurs, ni imposer aucune sanction pénale pour un acte que, dans les limites de ces droits, la législation ne précise pas*

Le créateur dispose de protections technologiques, dont l'encodage ou l'incorporation des données de gestion, pour diriger la diffusion de sa création ou en interdire l'accès. Il peut aussi demander au fournisseur de services d'Internet de supprimer l'accès non autorisé à sa création en ligne ou de bloquer autrement l'accès à ce qu'il qualifie de contrefaçon. Que ferait un tribunal en imposant une ordonnance pour empêcher le contournement de mesures technologiques ou pour obliger un fournisseur de services à rendre une création inaccessible ? Effectivement, il exercerait le pouvoir public de l'État de sanctionner toute violation de la loi, mais il le ferait pour imposer une mesure d'autoprotection privée. Or, notre neuvième principe oblige le tribunal à respecter le critère qui, formulé dans notre cinquième principe, limite de telles ordonnances interdisant la diffusion des créations¹³¹. Ce critère ne permet de stopper que la diffusion non autorisée de copies routinières qui risque d'occasionner un préjudice irréparable, pas la diffusion de versions retravaillées, voire des refontes créatives. Le tribunal serait en outre tenu au respect de nos sixième et dixième principes, respectivement, le premier limitant les droits du créateur dans le temps et dans les cas d'utilisations à titre informatif, et le second réglant les tensions entre la législation sur le droit d'auteur et d'autres lois¹³². Autrement dit, les droits du créateur n'autorisent pas l'exécution forcée de mesures d'autoprotection par un tribunal dans le but d'empêcher une rediffusion qui ne serait pas autrement interdite par la loi. C'est ainsi que la Haute Cour de justice de l'Australie a refusé de stopper le contournement des codes qui empêchaient les utilisateurs de modifier les modes d'utilisation de certains jeux vidéo¹³³.

Les dommages-intérêts punitifs peuvent servir de sanctions effectivement pénales en matière civile, tout comme les amendes et

131. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 97-103.

132. Voir *supra*, les textes connexes aux notes 112-122 et *infra* aux notes 136-142.

133. *Stevens c. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entm't*, 2005 HCA 58. Sans l'appliquer, cet arrêt illustre le principe proposé ici. Tenue à appliquer un régime législatif problématique, la Haute Cour a souligné la nécessité « d'éviter une interprétation trop large, qui consoliderait le monopole du droit d'auteur au lieu de lui faire contrepoids » [traduction]. La Cour tenait particulièrement à éviter cette conséquence, étant donné le « caractère pénal » [traduction] du régime législatif. *Ibid.*, aux alinéas 45-47.

l'emprisonnement le font en matière criminelle. Le tribunal qui ordonne à une personne de mettre fin à la diffusion d'une création exerce déjà le pouvoir coercitif de l'État en matière civile ; il le fait d'autant plus en imposant une sanction pénale au contrevenant. Mais il ne doit donc pas punir la contrefaçon en imposant une sanction sans respecter les critères qui président à l'interdiction à caractère civil ; il ne doit pas non plus le faire à moins que l'État, au nom du principe de légalité, ait spécifié en toutes lettres au bénéfice des citoyens quels sont les actes susceptibles de sanctions pénales. Notre cinquième principe exige à la fois que la contrefaçon susceptible d'interdiction ne mette à la disposition du public que des copies routinières, ce qui représente un critère assez spécifique, et qu'il y ait risque de préjudice irréparable, critère plutôt vague dont l'application diffère selon le cas¹³⁴. Notre neuvième principe demande au législateur, en matière criminelle, de préciser ce dernier critère civil, notamment en formulant le type de diffusion qui déclenchera l'application d'une sanction pénale pour atteinte aux droits du créateur. Il s'agira par exemple de préciser le nombre minimal de personnes que la diffusion de copies routinières doit toucher avant que soit engagée la responsabilité criminelle du diffuseur. Quoi qu'il en soit, le tribunal devra interpréter de manière restrictive les dispositions qui ne font qu'ajouter aux critères à caractère civil une vague obligation de prouver l'intention criminelle¹³⁵. Notre neuvième principe met aussi en doute une loi qui définirait une infraction criminelle d'une manière trop complexe pour être comprise de la plupart des citoyens.

2.4.2 Dixième principe : Dans les affaires de droits des créateurs, d'autres lois peuvent interdire des recours qui risquent d'aller à l'encontre de leurs objectifs respectifs, telles la protection de la vie privée, la liberté d'expression ou la communication ouverte

Le créateur a le droit de diffuser sa création par l'intermédiaire des réseaux médiatiques, mais ce droit ne se laisse exercer qu'à

134. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 99 à 103.

135. Voir, par exemple, *Fox c. Aurélien*, Cour d'appel, 3^e ch. correct., Montpellier (Fr.), 10 mars 2005, URL : <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=650>> (qui refuse de reconnaître l'utilisateur coupable d'infraction criminelle, étant donné son aveu qu'il ne partageait des enregistrements qu'avec « quelques copains », c'est-à-dire dans un cercle privé), décision renversée par cass. crim, 30 mai 2006, (2006) 210 *R.I.D.A.* 326 (qui renvoie l'affaire dans l'hypothèse selon laquelle une sanction serait imposable si les sources des enregistrements en cause étaient illicites).

l'égard des créations spécifiques. Il ne justifie pas l'application forcée de mesures de réparation qui compromettraient l'atteinte des objectifs d'autres lois qui régissent plus généralement ces réseaux. Ainsi, la constitution d'un État peut reconnaître les droits et privilèges fondamentaux tant à la vie privée qu'à la liberté d'expression, tandis que la réglementation du même État peut gouverner les réseaux médiatiques globalement afin d'y assurer la communication ouverte. Prenons par exemple la parodie *Alcolix*¹³⁶, qui copiait d'assez près les bandes dessinées *Astérix* : la Cour fédérale d'Allemagne a autorisé la parodie, invoquant la liberté artistique garantie par la constitution¹³⁷. Elle a donc tenu compte de cette liberté en interprétant la loi sur le droit d'auteur de manière à éviter de restreindre la créativité et l'expression personnelle¹³⁸. Nos quatrième et cinquième principes, qui empêchent d'interdire de diffuser une création sous forme retravaillée, évitent de même pareilles restrictions¹³⁹.

Cela dit, passons aux cas d'espèce qui risquent de se poser au niveau des vastes réseaux médiatiques. Nous avons évoqué les mesures par lesquelles le créateur ou ses ayants droit peuvent essayer de diriger la diffusion des créations à travers ces réseaux, notamment les mesures d'autoprotection, comme l'encodage, ou de filtrage en ligne¹⁴⁰. Mais que faire si de tels efforts avaient des répercussions qui, dépassant le cadre des créations spécifiques, dérèglent le fonctionnement des réseaux suffisamment pour mettre à risque la vie privée, la liberté d'expression ou la communication ouverte ? Voilà pourquoi l'initiative du créateur privé qui demande le filtrage en ligne des contenus censés porter atteinte à ses droits ne devrait pas entraîner le blocage d'un contenu qu'il serait impossible

136. Pour quelques images de la bande dessinée parodique, voir le site Asterix-Fan.de, Parodien, URL : <<http://www.asterix-fan.de/cb/pa/parodie.htm>>.

137. Arrêt *Alcolix*, BGH, 11 mars 1993, 1994 *GRUR* 206, traduction anglaise dans (1994) 25 *I.I.C.* 605. Il s'agissait d'une parodie de personnages protégés par le droit d'auteur et le défendeur a invoqué la *freie Benutzung* [libre utilisation] prévue par le droit allemand. La Cour fédérale s'est demandé si les traits des personnages, bien que copiés d'assez près, étaient suffisamment atténués ou estompés, dans le contexte de la parodie, pour que cette défense soit applicable. Pour assurer la liberté de création artistique, expressément protégée par la constitution de la République allemande, la Cour a reformulé le critère de telles atténuations.

138. Voir aussi l'arrêt *Germania 3*, BVerfG (Cour constitutionnelle fédérale) (R.F. d'All.), 29 juin 2000, 2001 *GRUR* 149 (selon lequel la liberté artistique, constitutionnalisées, demande une interprétation large de l'exception qui permettait à l'auteur dramatique de citer de longs passages des pièces de Brecht dans ses propres créations).

139. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 84-107.

140. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 131-133.

d'interdire par ordonnance juridique¹⁴¹. Devant le risque de semblables répercussions sur l'ensemble de réseaux, le tribunal devrait éventuellement pousser son appréciation au-delà des principes spécifiques de la législation sur le droit d'auteur. Il ferait bien de tenir aussi compte des principes constitutionnels ou de réfléchir sur les principes juridiques qui devraient gouverner les nouvelles sphères comme le cyberspace¹⁴².

3. Conclusion : Changements envisagés

Des principes purement théoriques n'empêchent pas l'entrepreneur en médias d'essayer de monopoliser la culture sur Internet ni l'as de l'informatique de faire ce qu'il veut des créations d'autrui dans le web invisible. Ces principes ne peuvent servir tout au plus qu'à guider la pratique des juges dans les cas problématiques qui risquent désormais de devenir de plus en plus endémiques en matière de droit d'auteur. Mais comment savoir où mèneraient ces développements de la jurisprudence ? Voici quelques tentatives de réponse.

Commençons par le droit fondamental du créateur. Nous avons tenté de formuler des recours qui laissent le créateur libre d'enrichir la culture. Le créateur antérieur ne pourrait alors plus exercer son droit moral pour censurer un créateur postérieur si ce premier ne trouvait pas à son goût la création que ce dernier dérivait de la sienne. Mais tout créateur pourrait plutôt obtenir que quiconque diffuse sa création lui en attribue la paternité, que l'on renvoie à sa création servant de base manifeste à une création dérivée lors de la diffusion de cette dernière, faute de quoi le créateur préalable pourrait exiger des dommages-intérêts, et que la diffusion tout simplement dénaturante mérite une réparation équitable¹⁴³. Le créateur

141. Pour des lignes directrices proposées pour ce filtrage, voir ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION et coll., « Fair Use Principles for User Generated Video Content », URL : <http://www EFF.org/files/UGC_Fair_Use_Best_Practices_0.pdf>.

142. Pour des analyses constitutionnelles et références à d'autres sources, voir RUBENFELD, *supra*, note 25, p. 5-36 et 53-59 ; LANGE et POWELL, *supra*, note 64, dans les 4^e et 5^e parties ; P. Bernt HUGENHOLTZ, « Copyright and Freedom of Expression in Europe », dans *Commodification of Information*, *supra*, note 35, p. 239. Pour des analyses des normes émergentes sur les réseaux, voir Lawrence SOLUM et Minn CHUNG, « The Layers Principle : Internet Architecture and the Law », (2004) 79 *Notre Dame L. Rev.* 815 ; Thomas HOEREN, « Tractatus germanico-informaticus – Some Fragmentary Ideas on DRM and Information Law », dans *IT Law – The Global Future : Achievements, Plans and Ambitions*, sous la direction de A.R. Lodder et coll. (Amsterdam, Elsevier, 2006), p. 149.

143. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 86-96.

pourrait faire protéger ses droits patrimoniaux en stoppant la diffusion non autorisée des copies routinières comportant un risque de préjudice irréparable. Il peut toujours obtenir des dommages-intérêts ou le partage des profits en cas de diffusion non autorisée de ses créations, même si celles-ci ont été retravaillées¹⁴⁴.

Passons à la limitation des droits en durée et dans les cas limites. Le législateur fixe bien entendu le nombre d'années après lequel un droit ne peut plus être exercé. Par ailleurs, les tribunaux sauraient formuler les mesures de réparation en fonction de l'érosion des droits avec le temps¹⁴⁵. Jusqu'à présent, une personne qui utilisait une création à des fins d'information pouvait être dégagée de toute responsabilité en vertu de restrictions larges tels le *fair use* ou des exceptions spécifiques. Nous proposons aux tribunaux de reformuler en termes accessibles au sens commun les critères correspondants des utilisations permises à titre informatif, voire d'élargir ces critères là où les exigences constitutionnelles le dictent, notamment pour préserver la liberté d'expression¹⁴⁶. Avec le temps, les doctrines d'utilisation équitable, doctrines que les tribunaux tendaient à appliquer de manière casuistique, ainsi que les exceptions spécifiques que le législateur tendait à rendre toujours plus compliquées, devraient céder le pas à l'exemption d'utilisations à des fins d'information que les utilisateurs pourraient plus aisément appliquer.

Demandons-nous ensuite qui détient les droits de créateur et qui peut les exercer. Pour faire face aux cas problématiques, certaines législations ont malheureusement contourné tout principe en imposant des fictions d'entreprise-auteur. Quoi qu'il en soit, faute de clause contractuelle claire justifiant l'aliénation des droits de créateurs, les tribunaux peuvent bien voir naître ces droits chez des créateurs de chair et d'os eux-mêmes. Dans les cas de création produite en équipe, les créateurs peuvent, par consensus, répartir équitablement les droits entre eux, et les tribunaux seraient chargés de donner, à tout consensus de cet ordre, des effets équitables. En revanche, tout contrat par lequel un tiers prétend être cessionnaire des droits de créateur est souvent restrictivement interprété, et les tribunaux seraient chargés de généraliser cette méthode¹⁴⁷. Le droit à l'indemnité ne devrait être exercé qu'à partir d'une chaîne de droits que le demandeur saurait démontrer ancrée dans la cession du créa-

144. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 97-107.

145. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 112-114.

146. Voir *supra*, les textes connexes aux notes 115-122 et 136-138.

147. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 123-126.

teur. L'utilisateur qui tente de bonne foi d'obtenir une licence, mais sans succès, pourrait garder ses profits de l'usage en cause¹⁴⁸.

Enfin, des principes d'ensemble entrent en jeu. Ces principes interdiraient l'exécution juridique des mesures d'autoprotection de créateurs qui empêcheraient des utilisations autrement permises. Étant donné le principe de légalité, la législation sur les droits de créateurs ne saurait prévoir aucune sanction pénale pour un acte que, dans les limites de ces droits, elle n'avait pas défini en toutes lettres¹⁴⁹. Enfin, les tribunaux devraient hésiter avant d'imposer toute mesure de réparation pour le droit de créateurs qui risquerait d'avoir des répercussions néfastes sur des réseaux entiers. Le juge ferait bien d'éviter les mesures qui iraient à l'encontre d'autres lois visant la protection de la vie privée, de la liberté d'expression ou de la communication ouverte¹⁵⁰.

De manière générale, c'est à la lumière de tels principes d'ensemble que nous avons tenté ici de repenser le *copyright*, voire le droit d'auteur, que nous venons de rebaptiser le « droit du créateur ».

148. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 127-130.

149. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 131-135.

150. Voir *supra*, le texte connexe aux notes 140-142.