

Vol. 22, n° 1

Le Droit botté !

Adriane Porcin*

INTRODUCTION	101
1. De la matérialisation des contes	104
1.1 La primauté de l'idée sur l'expression	105
1.1.1 Le domaine public des idées face au domaine privé de l'expression	105
1.1.2 Une frontière incertaine	107
1.2 Une vision parcellaire de la transmission du savoir	109
1.2.1 Un aveuglement regrettable.	109
1.2.2 La course à l'abstraction.	111
2. Le mythe du génie autorial	112
2.1 L'individu au cœur du droit d'auteur.	113
2.1.1 Le créateur et le mythe de l'auteur romantique	113

© Adriane Porcin, 2010.

* Candidate au doctorat (Université de Montréal, Université Montpellier 1), Coordinatrice du Centre de Recherche en Droit Public. Lauréate du Prix des *Cahiers de propriété intellectuelle* 2008-2009.

2.1.2	Quelques fictions de collectivité	115
2.2	La collectivité escamotée	116
2.2.1	Le contexte et l'artiste/les artistes	117
2.2.1.1	L'illusion de la signature	117
2.2.1.2	Le contexte de jeu	118
2.2.1.3	L'emprunt comme méthodologie	118
2.2.2	Un droit trop botté	119
2.2.2.1	La folie des grandeurs	120
2.2.2.2	Un outil mal calibré	122
	CONCLUSION	123

Les contes merveilleux font partie de la culture orale depuis des milliers d'années. D'abord transmis par des conteurs, puis modifiés et enrichis par les interactions avec le public, ils ont ensuite fait l'objet de fixations par écrit, à l'instar du Chat botté de Charles Perrault. Ils sont depuis lors devenus majoritairement accessibles sous des formes linéaires et non interactives plus compatibles avec une diffusion de masse, telles que l'écrit ou les œuvres cinématographiques. Tissés dans notre culture populaire, ils envahissent désormais notre espace visuel, de manière plus ou moins explicite.

Les travaux de Vladimir Propp ont révélé que tous les contes de fées reposaient sur une série de seulement trente-et-une actions dont les protagonistes et les enjeux évoluaient au gré des régions ou encore du temps. C'est donc la forme – plutôt que la structure et les idées qui les sous-tendent – qui fait l'originalité des contes de fées. Par conséquent, seules les modalités d'expression de ces histoires font l'objet d'une protection par le droit d'auteur. Mais malgré ces limites, le droit d'auteur en la matière, tout comme le chat de l'histoire, se révèle bien plus redoutable que prévu pour ceux qui s'y trouvent confrontés....

« Mes frères, disoit-il, pourront gagner leur vie honnestement en se mettant ensemble ; pour moi, lors que j'aurai mangé mon chat, et que je me seray fait un manchon de sa peau, il faudra que je meure de faim. »

Perrault, *Le Chat botté*

INTRODUCTION

À propos des Contes de ma mère l'Oye, Soriano pointe du doigt une caractéristique plutôt atypique pour un livre : il s'agirait en effet du seul classique de la littérature française que tout le monde connaît avant même d'aller à l'école – avant même de savoir lire – et dont tout le monde garde le souvenir, parfois sans jamais le relire¹.

1. Marc SORIANO, *Les Contes de Perrault : culture savante et traditions populaires*, (Paris : Bibliothèque des idées, 1968) [Soriano, « Perrault »], p. 13.

Notant l'influence des contes de Perrault à travers le temps, de l'image de la sœur Anne ne voyant rien venir à la fameuse chevillette qui choit, il poursuit en relevant que les contes de fées présentent également la particularité d'être des textes sans texte, en ce qu'ils ont subi, subissent et continueront de subir nombre d'altérations². Les contes de Perrault illustreraient cet état de fait en brouillant les limites entre œuvre de lettré et œuvre populaire, influence de la culture orale sur le texte et du texte sur la culture orale, entre collecte scientifique et divertissement³.

De manière plus générale, les contes – pas seulement ceux de Perrault – ont longtemps fait partie de la culture orale et leur existence peut être retracée depuis le mégalithique⁴. D'abord transmis par des conteurs, modifiés et enrichis par les interactions avec le public⁵, ils ont ensuite fait l'objet de fixations par écrit à compter du XVII^e siècle, sous forme de compilations ou encore d'œuvres plus mondaines comme le Cabinet des fées du chevalier Meyer. Trouvant un regain de popularité avec les mouvements romantiques et nationalistes au XIX^e, ils ont à compter de ce moment fait l'objet d'entreprises plus scientifiques⁶. C'est d'ailleurs à cette époque que Balzac tentera de remplacer, sans égards pour l'édition originale, la pantoufle de verre de Cendrillon par un soulier de vair selon lui plus vraisemblable⁷.

Les contes de fées ont souvent été étudiés comme une sous-partie de la littérature et ils n'ont fait l'objet d'études propres et approfondies que depuis le début du XX^e siècle. L'un des pionniers de ce travail, Vladimir Propp, a révélé les règles fondamentales qui les régissent dans son ouvrage sur la Morphologie du conte⁸. Après avoir analysé et comparé les structures d'une centaine de contes russes merveilleux, il est arrivé à la conclusion que tous les contes de fées

2. SORIANO, « Perrault », p. 15.

3. *Ibid.*, p. 18.

4. Jack D. ZIPES, *Breaking the magic spell : radical theories of folk and fairy tales*, (London : Heinemann, 1979), à la page 5.

5. *Ibid.*, p. 5 : « gifted narrators told the tales to audiences who actively participated in their transmission by posing questions, suggesting changes and circulating the tales among themselves » ; c'est le partage, la transmission, l'appropriation des contes par les auditeurs qui ont permis le maintien d'un riche vivier de contes.

6. Olivier PIFFAUT, « Le chaudron des contes », dans Olivier PIFFAUT, dir., *Il était une fois les contes*, (Paris : Seuil, 2001) 12, à la page 18.

7. SORIANO, « Perrault », p. 41-42.

8. Vladimir PROPP, *Morphologie du conte, suivi de Les transformations des contes merveilleux*, 2^e éd., (Paris : Seuil, 1970) [PROPP, « Morphologie »].

reposaient sur une série de seulement quelques fonctions⁹ dont les protagonistes et les enjeux évoluaient au gré des régions ou encore du temps¹⁰ :

Les fonctions sont extrêmement peu nombreuses, alors que les personnages sont extrêmement nombreux. C'est ce qui explique le double aspect du conte merveilleux : d'une part, son extraordinaire diversité, son pittoresque haut en couleur, et d'autre part, son uniformité non moins extraordinaire, sa monotonie.¹¹

Il affirme ainsi que les contes obéissent à des règles spécifiques, des successions d'éléments rigoureusement identiques¹². Il définit alors le conte merveilleux comme « un récit construit selon la succession régulière des fonctions citées dans leurs différentes formes, avec absence de certaines d'entre elles dans tel récit, et répétitions de certaines dans tel autre »¹³. Il poursuit sur les conséquences de sa découverte, ajoutant qu'« on peut délimiter avec précision les domaines où le conte populaire n'invente jamais, et ceux où il fait acte de création avec une plus ou moins grande liberté »¹⁴.

Ainsi, si le conteur n'est pas libre de décider de l'ordre des actions du fait de leurs liens de dépendance, il reste maître du choix des actions qu'il raconte, des moyens par lesquels l'action s'effectue, de la nomenclature et des attributs de ses personnages ainsi que des moyens que lui offre la langue¹⁵. Propp constate cependant que de même que se répètent les fonctions, de même se répètent les personnages : certains canons du genre se sont ainsi établis¹⁶. La marge de manœuvre en matière de contes de fées semble donc plutôt réduite

9. PROPP, « Morphologie », p. 79 : « Nous voyons, effectivement, que le nombre des fonctions est très limité : on ne peut en isoler que trente-et-une. L'action de tous les contes de notre corpus, sans exception, et celle de très nombreux autres contes originaires des nations les plus diverses, se déroule dans les limites de ces fonctions. »

10. Vladimir PROPP, « Transformation of the folktale » dans Anatoly Liberman, dir., *Theory and history of folklore*, (Minneapolis : University of Minnesota Press, 1984) 82, aux pages 96 à 99 pour une illustration des changements envisageables : il explore des critères tels que le genre des personnages ou leur exotisme par rapport au lieu où l'histoire est contée ou encore l'inclusion d'éléments magiques ou religieux.

11. PROPP, « Morphologie », p. 30.

12. *Ibid.*, p. 31-32.

13. *Ibid.*, p. 122.

14. *Ibid.*, p. 139.

15. *Ibid.*, p. 139-140.

16. *Ibid.*, p. 140.

pour qui s'en veut auteur : dans la mesure où l'histoire n'est a priori pas originale, où ni les personnages, ni les hauts faits, ni les artefacts ne sont a priori originaux, seul son habillage permet de singulariser une œuvre, de l'extraire du domaine public. C'est donc en général la forme – plutôt que la structure et les idées qui les sous-tendent – qui fait l'originalité des contes de fées¹⁷.

Une telle situation ne devrait a priori poser aucun problème dans l'hypothèse où l'on appliquerait la *Loi sur le droit d'auteur*¹⁸ à une adaptation d'un conte de fées. Cependant l'intrication des contes dans notre culture mérite qu'on s'attarde un peu plus longtemps sur le sort des artistes qui utilisent les contes de fées comme support de leur création. En effet les contes sont partout : en publicité du parfum au cirage, au cinéma de Cocteau à Shrek, en littérature des livres pour enfants aux livrets de théâtre. Au point qu'on peut s'interroger sur la portée de la protection que le droit d'auteur est susceptible de leur accorder.

L'objet de ce texte est donc de faire un parallèle entre le droit d'auteur et le fameux Chat botté qui préside à cette introduction : ses bénéficiaires ne cessent de s'en plaindre – il serait ainsi a priori inutile ou trop faible, guère plus qu'un manchon inutile pour l'artiste désargenté – mais il se révèle *in fine* d'une aide indéniable. Au delà du parallèle amusant, c'est une réflexion sur les limites souhaitables du droit d'auteur que nous aimerions mener : il est indiscutable que les auteurs et titulaires de droits doivent être protégés. Mais pourrait-on considérer toutefois que ce droit finit, en quelque sorte, par être trop botté ? À cet égard, il semblerait que deux notions importantes en droit d'auteur, la dichotomie idée/expression et la qualification individualiste de l'auteur, semblent moins adaptées qu'il n'y paraît lorsqu'on les applique à des contes de fées.

1. DE LA MATÉRIALISATION DES CONTES

Comme mentionné précédemment, la trame des contes merveilleux fait partie de notre patrimoine culturel commun¹⁹ et ne saurait par conséquent faire l'objet d'une protection particulière, en tout

17. *Ibid.*, p. 139.

18. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42.

19. Les enfants ne connaissent plus aujourd'hui que la version des contes popularisée par Disney ; Jack D. ZIPES, *Fairy tale as myth, myth as fairy tale*, (Lexington : University Press of Kentucky, 1993) [ZIPES, « Fairy tale »] et plus particulièrement le chapitre 3, « Breaking the Disney spell » ; Olivier PIFFAULT, « Éditer la féerie : postérité et concurrents du Cabinet des Fées », dans Olivier PIFFAULT, dir., *Il était une fois les contes*, (Paris : Seuil, 2001) 135, à la page 151 sur l'impact de la réédition par Disney de la Belle et la Bête.

premier lieu parce qu'elle n'est pas originale. C'est là la limite posée par la dichotomie entre idée et expression. Cependant, les expressions employées par ceux qui les font revivre peuvent faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur. C'est sur ce fondement que les titulaires des droits sur nombre d'œuvres basées sur les contes de fées n'hésitent pas à poursuivre dès qu'ils estiment, à tort ou à raison, que leurs droits sont menacés. C'est alors qu'apparaissent les failles du concept.

1.1 La primauté de l'idée sur l'expression

Il n'existe qu'un nombre limité de personnages, intrigues et genres avec lesquels un auteur peut créer : les films et séries télévisées d'aujourd'hui obéissent ainsi aux mêmes ressorts que les ouvrages de littérature les plus antiques²⁰. Compte tenu du fait que ces éléments communs apparaissent dans toutes les histoires sans exceptions, ils ne peuvent pas faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur²¹. Cependant la distinction est moins aisée qu'il n'y paraît.

1.1.1 *Le domaine public des idées face au domaine privé de l'expression*

Prenons l'exemple d'une adaptation de la Belle et la Bête. L'histoire racontée par M^{me} Leprince de Beaumont ne fait aucune description de la Bête : il s'agit simplement d'une « bête horrible »²². C'est alors le travail de Cocteau, Disney ou encore des différents illustrateurs du conte dans le temps – retenant qui un fauve, qui un sanglier, qui une sorte de gobelin²³ – qui fait toute la différence. Afin de tenir compte de l'apport de la personne qui concrétise la fameuse Bête, sans toutefois interdire à d'autres d'en donner leur propre interprétation, le droit d'auteur protège l'expression de chaque auteur plutôt que l'idée originale de la Bête.

20. Scott B. CHERRIN, « Television Series & Motion Pictures : Copyright Protection of Fictional Characters and Plots », (1994) 1 *Detroit College of Law Entertainment & Sports Law Forum* 55, 66.

21. *Ibid.*, p. 72.

22. Marie LEPRINCE DE BEAUMONT, *Magazin des enfans ou dialogues entre une sage gouvernante et plusieurs de ses élèves de la première distinction*, (Paris : Jean-Pierre Heubach libraire au Pont, 1772), p. 66 ou encore 72.

23. Voir à titre d'illustration les gravures rassemblées par Jack Zipes, ZIPES, « Fairy tale », p. 18, 24, 38-39.

Dans les textes, l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*²⁴ prévoit la protection de toute production originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique matérialisée et ce, quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression. Cette règle, *a priori* plutôt vague quant au sort des idées et de leur matérialisation, a été précisée par l'arrêt *Moreau c. St. Vincent*²⁵ :

L'auteur n'[a] pas un droit sur une idée, mais seulement sur son expression. Le droit d'auteur ne lui accorde aucun monopole sur l'utilisation de l'idée en cause ni aucun droit de propriété sur elle, même si elle est originale. Le droit d'auteur ne vise que l'œuvre littéraire dans laquelle elle s'est incarnée. L'idée appartient à tout le monde, l'œuvre littéraire à l'auteur.²⁶

La dichotomie idée/expression peut être interprétée comme ayant deux fonctions. La première serait de permettre de faire la distinction, bien que la limite soit difficile à tracer, entre une expression très générale et abstraite et une œuvre concrétisée. Elle aurait également pour but d'éviter d'octroyer un monopole indu sur une ressource rare comme l'un des vingt « master plots » identifiés comme couvrant la totalité des intrigues existantes. Il s'agirait alors d'une limite à la possibilité pour un auteur d'étouffer la créativité des créateurs qui suivront ses pas²⁷. Elle vise donc à trouver un équilibre entre l'intérêt du public et celui des acteurs économiques, en distinguant d'une part entre le domaine « privé » et protégé des idées exprimées de manière originale et d'autre part le domaine public auquel chacun peut puiser librement²⁸. Elle arbitre alors entre la circula-

24. *Loi sur le droit d'auteur*, précité, note 18.

25. *Moreau c. St. Vincent*, [1950] R.C.É. 198, à la page 203 (C. d'É.) : « It is an elementary principle of copyright law that an author has no copyright in ideas but only in his expression of them. The law of copyright does not give him any monopoly in the use of the ideas with which he deals or any property in them, even if they are original. His copyright is confined to the literary work in which he has expressed them. The ideas are public property, the literary work is his own. Every one may freely adopt and use the ideas but no one may copy his literary work without his consent. »

26. Traduction issue de l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13.

27. Scott B. CHERRIN, « Television Series & Motion Pictures : Copyright Protection of Fictional Characters and Plots », précité, note 20.

28. Allen ROSEN, « Reconsidering The Idea/Expression Dichotomy », (1992) 26 *University of British Columbia Law Review* 263 [ROSEN, « Reconsidering the Dichotomy »], au paragraphe 7.

tion de l'information et du savoir et les droits accordés par la *Loi sur le droit d'auteur*²⁹.

En pratique, elle rend compliquée la tâche des juristes impliqués dans l'adaptation d'un conte de fée sous une forme quelconque. En effet, s'il est loisible à quiconque de se lancer dans une nouvelle adaptation de la Belle et la Bête, ce travail ne peut être réalisé qu'en s'inspirant de la version de M^{me} Leprince de Beaumont et de toute autre version tombée dans le domaine public, en évitant tout lien avec les expressions spécifiques aux autres adaptations. Ainsi, il faudra s'assurer que chaque aspect de la nouvelle adaptation n'est pas tiré d'une adaptation existante et encore sous protection du droit d'auteur³⁰.

1.1.2 Une frontière incertaine

La distinction entre idée et expression est cependant moins intuitive qu'il n'y paraît au premier abord : elle est en effet souvent réduite au « proxy » de la distinction entre style et contenu. Pourtant cette interprétation ne permet pas de distinguer clairement les frontières entre ce que le droit d'auteur protège et ne protège pas, notamment dans le cadre de l'art moderne ou de créations plus abstraites³¹. Elle souffre ainsi, selon les mots du juge américain Hand, d'une indétermination chronique :

The test for infringement of a copyright is of necessity vague. In the case of verbal 'works' it is well settled that although the 'proprietor's' monopoly extends beyond an exact reproduction of the words, there can be no copyright in the 'ideas' disclosed but only in their 'expression.' Obviously, no principle can be stated as to when an imitator has gone beyond copying the 'idea,' and has borrowed its 'expression.' Decisions must therefore inevitably be *ad hoc*.³²

29. Keith AOKI, « (Intellectual) Property and Sovereignty : Notes Toward a Cultural Geography of Authorship », (1995-1996) 48 *Stanford Law Review* 1293 [AOKI, « Cultural geography »], pages 1329-1330.

30. Danielle DICAIRE, « À la recherche des vrais amis de Pinocchio : Mode d'emploi pour l'adaptation cinématographique des œuvres du domaine public », (2004) *Développements récents en droit du divertissement* (Cowansville : Blais, 2004) 107, à la page 118.

31. ROSEN, « Reconsidering the Dichotomy », au paragraphe 9.

32. *Peter PanFabrics, Inc. and Henry Glass & Co. c. MartinWeiner Corp.*, 27, (1960), 124 U.S.P.Q. 154, au paragraphe 2.

Selon Rosen, la dichotomie idée/expression présente une difficulté conceptuelle supplémentaire. Si son caractère arbitraire ne pose pas problème *per se*, il se révèle plus problématique lorsqu'on l'aborde en conjonction avec le fait qu'il s'agit d'un critère non quantifiable³³. En effet, il n'existe pas de point où l'on puisse scientifiquement tracer la frontière entre une idée et son expression. La seule manière d'appréhender cette distinction de manière pragmatique serait alors de considérer qu'il s'agit d'un curseur se déplaçant entre idées générales et spécifiques au gré des objectifs du droit d'auteur³⁴.

L'Angleterre, les États-Unis et le Canada partagent la règle de la dichotomie idée/expression en matière de droit d'auteur. Cependant la jurisprudence canadienne est plus proche du modèle anglais que du modèle américain. Elle ne reconnaît en effet pas clairement la doctrine de « merger », selon laquelle la matérialisation d'une idée ne sera pas protégée par le droit d'auteur s'il n'existe qu'un nombre limité de manières d'exprimer cette idée³⁵. Toute forme d'expression est donc protégée :

Pour être « originale » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, une œuvre doit être davantage qu'une copie d'une autre œuvre. Point n'est besoin toutefois qu'elle soit créative, c'est-à-dire novatrice ou unique. L'élément essentiel à la protection de l'expression d'une idée par le droit d'auteur est l'exercice du talent et du jugement³⁶.

33. ROSEN, « Reconsidering the Dichotomy », au paragraphe 3.

34. *Ibid.*, aux paragraphes 35-36.

35. Voir par exemple *Apple computer, inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1990] 2 R.C.S. 209. Voir également Teresa SCASSA, « Distinguishing Functional Literary Works from Compilations : Issues in Originality and Infringement Analysis », (2006) 19 :2 *Intellectual Property Journal* 253, 267-268, qui regrette que la Cour suprême n'ait pas tiré parti des arguments avancés par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Boutin c. Bilodeau* afin de donner à la notion de « merger » la place qui lui revient. À ce jour, seule la Cour d'appel de l'Ontario considère que la doctrine du « merger » est un corollaire nécessaire de la dichotomie idée/expression, voir *Delrina Corp. c. Triolet Systems Inc.*, 17 C.P.R. (4th) 289 ; au paragraphe 52. Cette décision n'a cependant qu'un effet limité : voir Jean-Philippe Mikus, « Of Industrious Authors and Artful Inventors : Industrial Works and Software at the Frontier of Copyright and Patent Law », (2004) 18 *Intellectual Property* 187, qui note à la page 230 que l'étendue de la notion de « merger » est conditionnée par la protection accordée aux idées et conclut à la page 234 sur le fait qu'en matière de logiciels, dans la mesure où l'exclusion de la protection des idées est limitée, l'application de la doctrine du « merger » sera limitée en conséquence.

36. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, précité, note 26.

C'est par conséquent l'effort de l'auteur qui lui permet d'accéder à la protection par le droit d'auteur. Une telle construction suppose que la transmission du savoir soit basée sur les idées seulement. Elle présume également que les éléments abstraits et les éléments plus concrets d'une œuvre d'art soient facilement séparables. Le droit d'auteur serait ainsi bâti sur la primauté de l'idée sur l'expression³⁷.

1.2 Une vision parcellaire de la transmission du savoir

Cette idée, qui figure en filigrane de toutes les lois sur le droit d'auteur, serait pourtant contredite par les résultats des recherches en matière de transmission de la culture. Elle a ainsi fait l'objet de critiques quant à son manque de réalisme, dont les conséquences se feraient sentir sur le statut des œuvres.

1.2.1 Un aveuglement regrettable

La dichotomie idée/expression est une des pierres d'angle de la construction théorique du système de propriété littéraire et artistique. Il s'agirait cependant d'un concept qui occulte certains des aspects plus complexes de la production, la consommation, la circulation et la transformation du droit d'auteur³⁸. Les travaux de Cohen suggèrent ainsi que la propriété littéraire et artistique a une vision inadaptée de la transmission de la connaissance :

[...] the idea-expression distinction has come to encode a theory of cultural transmission that is unique to copyright. Both copyright scholars and cultural theorists understand cultural texts [...] as performing a cultural transmission function. [...] Cultural theorists hold that texts reflect context-dependent meanings rather than invariant « ideas, » and regard text and meaning as both inseparably intertwined and continually evolving. Within copyright theory, however, the cultural transmission function performed by artistic and intellectual works is presumed to reside principally in the « ideas » conveyed by such works rather than in the particular form of their expression.³⁹

37. Julie COHEN, « Creativity and Culture in Copyright Theory », (2007) 40 :3 *UC Davis Law Review* 1151 [COHEN, « Creativity »], à la page 1170.

38. AOKI, « Cultural geography », p. 1331.

39. COHEN, « Creativity », aux pages 1171 et 1176.

Cette conception de la connaissance spécifique au droit d'auteur minimise le rôle de l'expression dans la transmission du savoir. En effet, elle ne tient pas compte de la manière dont les individus interagissent avec leur culture. Si l'on prend l'exemple des longs métrages de Disney – pourtant réalisés à partir de contes de fées tombés dans le domaine public et à la portée de tous – on pourra constater que ces interprétations éclipsent maintenant Perrault, les Frères Grimm ou encore Andersen pour nombre d'enfants et d'adultes : leur première impression des contes de fées sera issue dans bien des cas d'un film, d'un livre ou d'un artefact estampillé Disney⁴⁰. Zipes avance ainsi que la révolution introduite par les longs métrages est celle des images, qui ont en quelque sorte créé leur propre texte, en violation mais avec la complicité de la culture écrite des contes⁴¹. Au point que Disney est maintenant synonyme de conte merveilleux⁴².

Dans ce contexte, la dichotomie idée/expression peine à laisser une place suffisante aux pratiques d'assimilation culturelle des expressions et adaptations les plus connues des contes de fées. Elle révélerait de plus le biais dont souffrent la plupart des juristes et des universitaires en la matière : habitués à appréhender la culture à travers le texte de préférence à tout autre support, ceux-ci auraient tendance à négliger l'importance de l'appropriation de l'expression dans l'intégration de la culture, comme c'est notamment le cas en matière d'arts visuels ou encore d'expressions supposant une performance physique⁴³.

Cohen insiste ensuite sur l'aspect aléatoire de la création : la nouveauté émerge des interactions de l'auteur avec ce qu'il connaît déjà, ces interactions étant réalisées au niveau conceptuel tout autant que physique. Ce processus ne peut pas être correctement compris à travers le prisme de la dichotomie idée/expression : la création n'est pas linéaire mais itérative, le processus n'est pas totalement rationnel, délibéré et prévisible⁴⁴. Dans ce modèle, les idées sont les unités de transmission de la culture. Cela déplace le débat sur la transmission de la culture de la discussion de l'étendue des droits à celle des similitudes entre les expressions en cause⁴⁵.

40. ZIPES, « Fairy tale », p. 72.

41. ZIPES, « Fairy tale », p. 75.

42. *Ibid.*, p. 76.

43. COHEN, « Creativity », p. 1181.

44. *Ibid.*, p. 1183.

45. *Ibid.*, p. 1172.

1.2.2 La course à l'abstraction

Le fait de séparer les idées de leur expression rend alors plus abstraite la notion d'œuvre. Ainsi, la notion d'idée séparable de l'expression serait applicable à des faits, des procédés, des méthodes, des procédures, dont il est normalement plus difficile d'exprimer les éléments abstraits. Prenons l'exemple d'une méthode d'opération codée dans un logiciel : il est dans ce cas a priori très difficile de distinguer entre l'idée et son expression. Parler d'idées dans ce contexte permet de créer une distinction artificielle entre idée et expression, en accordant plus facilement la protection en mettant l'accent sur le côté concret du code⁴⁶.

L'œuvre devient alors le lieu de concentration des droits de propriété littéraire et artistique. Cette définition très abstraite génère des droits très abstraits, avec une assiette très large, ce qui rend plus difficile l'utilisation d'une expression personnelle différente comme défense⁴⁷. L'œuvre devient donc un site de contrôle par les titulaires de droits. La loi peut alors se concentrer sur la réglementation de la distribution et de la préparation des exemplaires physiques des œuvres protégées, sans trop se préoccuper de la forme sous laquelle les copies sont faites ou des circonstances de leur représentation.

L'abstraction nous entraîne donc vers plus de contrôle des exemplaires physiques, tout en excluant les formes d'expression qui ne cadrent pas avec la définition d'œuvre comme expression détachée de toute idée⁴⁸. On aboutit alors à une réification des œuvres, en éludant la question de la nécessité de maintenir un accès aux œuvres dans l'espace public⁴⁹. Aoki insiste ainsi sur le risque de tracer les lignes de démarcation trop extensives entre idée et expression en définissant trop strictement certaines informations comme expressions, en les caractérisant comme des biens (« commodity ») appropriables⁵⁰.

L'appropriation des idées est d'ailleurs devenue la pierre d'angle du modèle d'affaire d'un certain nombre d'opérateurs privés de l'industrie culturelle, spécialisés dans les produits culturels finis, au nombre desquels figure Disney. Ils bataillent désormais pour étendre leurs droits sur certaines formes d'information afin de pouvoir

46. *Ibid.*, p. 1173.

47. *Ibid.*

48. *Ibid.*, p. 1174.

49. *Ibid.*, p. 1175.

50. AOKI, « Cultural geography », p. 1337.

réutiliser et recycler leur inventaire d'œuvres-produits⁵¹. Cette attitude se traduit notamment par un autre phénomène d'appropriation : la création d'icônes et de marques, notamment sur les personnages. Ainsi, en plus d'être protégés par le droit d'auteur, Aladin, la Petite Sirène et les autres sont également des marques déposées, des informations privatisées⁵². Ce traitement ignore cependant le fait que la consommation de la culture est aussi la base de la construction de la culture. En effet, le choix de la Petite Sirène de Disney plutôt que celle d'Andersen est un choix à propos de la culture que l'on souhaite perpétuer et transmettre⁵³.

Cette tendance paradoxale à utiliser la dichotomie idée/expression pour augmenter l'étendue de la protection du droit d'auteur minimise l'importance d'un domaine public robuste auquel les étudiants, les professeurs, les scientifiques, les auteurs, les artistes... pourraient puiser pour créer de nouvelles œuvres⁵⁴. Cohen ajoute que ce modèle de production culturelle basé sur l'abstraction tend à marginaliser des questions plus concrètes concernant la manière dont les gens utilisent la culture, les conditions qui amènent à des expérimentations créatives, que celles qui prédisposent le public à accueillir favorablement de telles expérimentations⁵⁵. Il coupe également la création de sa base collective commune.

2. LE MYTHE DU GÉNIE AUTORIAL

La plus célèbre version francophone du Chat botté est sans conteste celle de Charles Perrault. Cependant, ce dernier est loin d'en être l'auteur originaire. Ce conte est en effet universel : on retrouve ainsi ses multiples variantes de l'Europe occidentale jus-

51. Yochai BENKLER, « Through the Looking Glass : Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain », (2003) 66 *Law & Contemporary Problems* 173, 181 ; voir aussi Fiona MACMILLAN, « What might Hans Christian Andersen say about copyright today ? », dans Helle PORSDAM, dir., *Copyright and other fairy tales : Hans Christian Andersen and the commodification of creativity*, (Cheltenham : Edward Elgar, 2006) 83, aux pages 95-96.

52. Gregory S. SCHIENKE, « The Spawn of Learned Hand – A Reexamination of Copyright Protection and Fictional Characters : How Distinctly Delineated Must the Story Be Told », (2005) 9 *Marquette Intellectual Property Law Review* 63, parlant à la page 65 de « copymark ».

53. Lawrence LESSIG, « (Re)creativity : how creativity lives », dans Helle PORSDAM, dir., *Copyright and other fairy tales : Hans Christian Andersen and the commodification of creativity*, (Cheltenham : Edward Elgar, 2006) 15, aux pages 16-17.

54. AOKI, « Cultural geography », p. 1324.

55. COHEN, « Creativity », p. 1175.

qu'à la Mongolie, en passant par l'Afrique du Nord⁵⁶. Si l'adaptation de Perrault marque un jalon dans l'histoire du conte, en fixant la version européenne classique⁵⁷, elle n'est qu'un avatar parmi d'autres versions d'une même histoire. La trame serait d'autre part largement inspirée du conte Gagliuso, tiré du Pentamerone de Basile⁵⁸. Pour écrire sa version Perrault serait par conséquent, selon l'expression de Newton, « monté sur des épaules de géants ».

Les contes de fée illustrent donc la difficulté d'isoler les travaux d'un auteur de son contexte culturel. La question se pose alors de l'adéquation des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* à la réalité de la création littéraire. Dans la mesure où il semble difficile de détacher un auteur de son contexte, la fiction d'un auteur-génie qui tire son inspiration de sa seule personnalité semble de plus en plus inadaptée.

2.1 L'individu au cœur du droit d'auteur

Nous nous intéresserons ici à la personne dont l'œuvre est originaire plutôt qu'à la personne qui, suite à un mécanisme légal ou contractuel de dévolution des droits, est devenue titulaire des droits sur l'œuvre sans avoir pour autant participé à sa création. La loi considère le plus souvent l'auteur comme une personne physique singulière, créant de manière isolée. Il existe cependant un certain nombre de mécanismes légaux permettant de prendre en compte les situations de création collective.

2.1.1 Le créateur et le mythe de l'auteur romantique

La *Loi sur le droit d'auteur* ne définit pas directement ce qu'est un auteur. Elle précise en revanche que l'auteur doit être citoyen, sujet ou résident d'un pays signataire des grandes conventions en matière de droit d'auteur⁵⁹. Il doit par conséquent s'agir d'une personne physique⁶⁰. Il existe toutefois une exception, prévue au para-

56. Marianthi KAPLANOGLU, « AT 545B "Puss in Boots" and "The Fox-Matchmaker" : From the Central Asian to the European Tradition », (1999) 110 *Folklore* 57, aux pages 57 et 61.

57. *Ibid.*, p. 60.

58. Claire-Lise MALARTE, « Structure and Structural Components in 'Le Chat Botté' », (1985) 96 *Folklore* 104, 110 ; sur l'influence de Straparole et Basile, voir Soriano, « Perrault » à la page 171 et plus généralement le chapitre XI consacré au Chat Botté.

59. *Loi sur le droit d'auteur*, précité, note 18, alinéa 5(1) a) et article 2.

60. *Setana Sport Limited c. 2049630 Ontario Inc. (Verde Minho Tapas & Lounge)*, 2007 CF 899.

graphe 10(2) : en matière de photographie, c'est le propriétaire des planches ou du cliché original qui est considéré comme l'auteur de la photographie – c'est d'ailleurs la seule hypothèse dans laquelle l'auteur peut être une personne morale.

D'autre part, la notion d'auteur ne peut être comprise correctement qu'en conjonction avec la notion d'originalité de l'expression de l'auteur :

L'élément essentiel à la protection de l'expression d'une idée par le droit d'auteur est l'exercice du talent et du jugement [...]. J'entends par jugement la faculté de discernement ou la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options possibles pour produire l'œuvre. Cet exercice du talent et du jugement implique nécessairement un effort intellectuel.⁶¹

Sans forcément requérir que l'auteur fasse preuve de créativité, la jurisprudence exige donc un lien entre la personnalité de l'auteur et son œuvre. Cependant, comme a pu le relever Saunders, l'idée selon laquelle une œuvre est l'expression de la personnalité de son auteur (plutôt que l'exécution convenable d'une routine de création ou le suivi d'un mode d'emploi) est inséparable du contexte culturel dans lequel les auteurs ont acquis leurs droits. Il souligne ainsi le fait que la reconnaissance de la personnalité de l'auteur par le droit – sa personnalité morale et esthétique – n'a pu être réalisée que dans un contexte où l'activité artistique était devenue une activité de spécialiste, éthique et acceptable, rendue possible à la fois par le développement de la publication et de l'alphabétisation de masse⁶². Or c'est là l'apport essentiel de la période romantique, qui aurait écarté la conception puritaine de l'auteur⁶³.

C'est à cette époque que la littérature en matière de droit d'auteur a intégré l'avatar de l'auteur romantique dans son vocabulaire ordinaire, sans nécessairement remettre en question sa pertinence : il est depuis devenu inévitable⁶⁴. Il s'agit désormais d'une créature de légende : un personnage idéalisé, capable de créer de

61. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, précité, note 26.

62. David SAUNDERS, *Authorship and Copyright*, (London : Routledge, 1992), p. 13 ; Rosemary COOMBE, *The Cultural life of Intellectual Property : Authorship, Appropriation and the Law*, (Durham : Duke University Press, 1998), p. 249.

63. *Saunders*, précité, aux pages 13-14.

64. Lior ZEMER, *The Idea of Authorship in Copyright*, (Farnham : Ashgate, 2007) [ZEMER, « Idea of authorship »], p. 73.

manière autarcique, un créateur autonome dont les travaux sont caractérisés par des qualités personnelles hors du commun et une originalité propre. C'est en fait le penseur original construit par le XVIII^e siècle⁶⁵.

Selon Litman, le modèle de l'auteur romantique considère que les processus de création sont magiques et conduisent à des œuvres uniques, car l'auteur a recours à des expressions issues de sa propre personnalité – « their singular inner being »⁶⁶. Ce mystérieux être intérieur serait ainsi le réceptacle des impressions et expériences de l'auteur, ainsi que des travaux des autres auteurs, mais la sensibilité du créateur lui permettrait de créer indépendamment de cette matière première une œuvre distincte et originale⁶⁷. On peut toutefois s'interroger sur la possibilité qu'un individu soit capable de créer sans s'inspirer et intégrer consciemment dans ses œuvres le travail de ses prédécesseurs⁶⁸.

Ce modèle sous-tend implicitement les commentaires de la doctrine en matière de droit d'auteur : ainsi, lorsqu'on définit la notion d'originalité, on retient non pas la nouveauté d'une œuvre, mais le fait qu'elle ne soit pas la copie servile d'une autre œuvre. Deux auteurs arrivant au même résultat en ayant pris des chemins différents bénéficieraient de la même protection, quand bien même leurs œuvres seraient identiques, à la condition que chacun prouve n'avoir pas eu connaissance des travaux de l'autre⁶⁹. Ce ne sont donc ni l'œuvre, ni le contexte qui sont pris en compte par le droit d'auteur, mais bien l'effort de l'individu auteur. Cette figure n'est cependant pas toujours adaptée à la réalité de la création. Certains mécanismes de la *Loi sur le droit d'auteur* tentent par conséquent de prendre en compte certaines situations de création collective.

2.1.2 Quelques fictions de collectivité

La *Loi sur le droit d'auteur* définit les œuvres de collaboration comme des œuvres exécutées par la collaboration de plusieurs auteurs et dans lesquelles la part créée par l'un n'est pas distincte de

65. *Ibid.*, p. 74.

66. Jessica LITMAN, « The Public Domain », (1990) 39 *Emory Law Journal* 965 [Litman, « Public domain »], à la page 1008.

67. *Ibid.*, p. 1008.

68. ZEMER, « Idea of authorship », p. 77.

69. LITMAN, précité, note 66, « Public domain », p.1009 ; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, précité, note 26 ; *Drolet c. Stiftung Gralsbotchafgt*, 2009 CF 17.

celle créée par les autres⁷⁰. Dans ce cas, comme il est impossible de diviser l'œuvre entre les différents intervenants, chacun d'eux est titulaire de droits sur la totalité de l'œuvre. Le régime de l'œuvre de collaboration n'existe toutefois qu'en vue de délimiter la durée des droits : on l'aligne en effet sur la durée de vie du dernier co-auteur survivant⁷¹.

Quant aux recueils et ouvrages collectifs, ils sont définis comme toute œuvre composée de parties distinctes produites par différents auteurs ou dans laquelle sont incorporées des œuvres ou parties d'œuvres d'auteurs différents (à l'exemple des encyclopédies, dictionnaires, les journaux, revues, magazines ou autres publications périodiques)⁷². Par défaut, chaque auteur reste maître de sa contribution. En pratique, ils tombent le plus souvent sous le régime des œuvres salariées, qui prévoit qu'à moins de stipulations contractuelles à l'effet du contraire, l'employeur deviendra titulaire – mais pas auteur – de l'œuvre⁷³.

On le constate, il ne s'agit pas réellement ici d'une prise en compte des aspects collectifs du droit d'auteur, mais plutôt de mécanismes de juxtaposition ou d'articulation de plusieurs droits individuels rattachés à une œuvre collective. Au travers de ces mécanismes collectifs, c'est une fois de plus la figure de l'individu qui ressort. Pourtant la pratique artistique regorge de situations de création collective. Il est donc regrettable que la *Loi sur le droit d'auteur* fasse si peu de place aux interactions de l'auteur avec des sources extérieures en matière de création : le droit d'auteur nierait la contribution du public au sens large à la création des œuvres protégées par le droit d'auteur⁷⁴.

2.2 La collectivité escamotée

En effet, la création individuelle n'est qu'un mode de création artistique, auquel s'ajoutent des pratiques artistiques collectives solidement ancrées dans notre culture. Nous reviendrons rapidement sur quelques formes de création collectives – anciennes ou plus

70. *Loi sur le droit d'auteur*, précité, note 18, art 2.

71. *Ibid.*, par. 9(1), 6(2) ou encore 7(1).

72. *Ibid.*, art 2.

73. *Ibid.*, par. 13(3). Toutefois, lorsque l'employeur est un journal ou une revue, c'est la présomption inverse qui s'applique : en l'absence de contrat, le journaliste auteur reste titulaire de ses droits.

74. ZEMER, « Idea of authorship », p. 73.

modernes – avant de nous intéresser à une analyse plus juridique de l’impact de la figure de l’auteur.

2.2.1 Le contexte et l’artiste / les artistes

La création collective a toujours occupé une place importante parmi les modes de création culturelle. Elle continue de nos jours, sous des formes nouvelles, sans cesse renouvelée. Nous reviendrons donc brièvement sur les pratiques de secteurs aussi divers que la peinture du Moyen-âge, les salons littéraires classiques et modernes, ou encore de la musique blues afin d’illustrer la variété des pratiques artistiques collectives.

2.2.1.1 L’illusion de la signature

Commençons par les ateliers de peinture italiens du Moyen-âge et de la Renaissance. Fonctionnant comme de véritables entreprises intégrées, ceux-ci formaient tout autant des techniciens que des artistes⁷⁵. En effet, en plus d’être formés à la peinture, les apprentis étaient formés à la confection et la préparation des outils et matières premières nécessaires à tous les stades de la chaîne de création d’une peinture. Compte tenu de la technicité des tâches nécessaires à l’exécution d’une toile, une certaine division du travail s’est mise en place : en fonction de l’âge et du talent, on commençait par apprendre à préparer les pigments et les accessoires, puis à effectuer des éléments mineurs, puis à travailler sur le corps du tableau, le degré de complexité et de talent nécessaire croissant avec la spécialisation⁷⁶. Plusieurs intervenants participaient en fait à l’élaboration du tableau – qui peignant les mains, qui les drapés, qui l’arrière-plan. Dans certains cas, la toile était signée du nom de l’atelier ; dans d’autres, cependant, le maître de l’atelier signait de son nom la toile préparée par ses apprentis⁷⁷. Dans cette dernière configuration, un groupe aboutissait à la création d’une œuvre unique, dont l’attribution à tel ou tel unique artiste paraît bien loin de la réalité, comme en témoignent par exemple les incertitudes sur l’attribution de toiles à Titien et ses collaborateurs⁷⁸.

75. Xavier GREFFE, *Artistes et marchés*, (Paris : La documentation française, 2007), p. 15.

76. *Ibid.*, p. 26.

77. *Ibid.*, p. 104.

78. Voir par exemple W. R. REARICK, « Titian Drawings : A Progress Report », (1991) 12 *Artibus et Historiae*, No. 23, 9-37. Sur l’apposition d’une signature comme validation du travail des apprentis par le maître, voir Louisa C. MATTHEW, « The Painter’s Presence : Signatures in Venetian Renaissance Pictures », (1998) 80 *The Art Bulletin* 616, 620.

2.2.1.2 *Le contexte de jeu*

Revenons aux contes de fées pour notre deuxième illustration. Bon nombre des contes littéraires français sont apparus à la même période, au point qu'il est aujourd'hui difficile d'attribuer l'antériorité à l'un ou l'autre des auteurs du XVII^e siècle. Cette difficulté est renforcée par les pratiques des écrivains de l'époque : les salonniers se rendaient hommage plus ou moins directement en intégrant dans leur œuvre des citations de leurs confrères ou consœurs⁷⁹. De manière générale, l'établissement des influences entre conteurs a toujours posé problème aux chercheurs. Soriano suggère en fait qu'appréhender la situation en termes d'emprunts – c'est-à-dire partir sur la base d'une littérature produite par des écrivains solitaires dans leurs cabinets tapissés de livres – est une erreur⁸⁰. En effet, les auteurs de contes de l'époque de Perrault appartiennent aux mêmes cercles sociaux et écrivent en suivant une règle du jeu commune : ils improvisent en fait sur des thèmes qu'ils partagent⁸¹. Il n'est donc ici plus question d'antériorité, d'emprunt et d'imitation, mais de jeu entre écrivains. Encore une fois, il est difficile d'isoler l'auteur de son contexte social. Dans le cas plus particulier des contes de fées, une définition stricte de l'auteur-créateur primaire et de ses imitateurs n'a pas grand sens. L'image de l'auteur romantique n'apparaît une fois de plus représenter qu'un aspect de la création artistique.

2.2.1.3 *L'emprunt comme méthodologie*

Notre troisième et dernier exemple est celui de la musique blues. Comme l'a brillamment illustré Arewa⁸², la production du blues repose sur le partage : il s'agit d'une création par collaboration et répétition, qui s'applique aux paroles, aux mélodies aussi bien qu'aux formes musicales. Ainsi Robert Johnson a enregistré des chansons populaires ; ses performances ont ensuite été reprises par Muddy Waters⁸³, Clapton, les Rolling Stones, Bob Dylan, Led Zepelin, The Who ou encore The Red Hot Chili Peppers. Chaque nouvelle œuvre est donc créée sur la base d'emprunts plus ou moins

79. SORIANO, « Perrault », p. 65.

80. *Ibid.*, p. 66.

81. *Ibid.*, p. 67.

82. Olufunmilayo AREWA, « Borrowing the Blues : Copyright and the Contexts of Robert Johnson », (2008) *Northwestern Public Law Research Paper* No. 08-19, en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=1132789>> [AREWA, « Borrowing the blues »].

83. Sur les influences de Muddy Waters, voir John COWLEY, « Really the 'Walking Blues' : Son House, Muddy Waters, Robert Johnson and the Development of a Traditional Blues », (1981) 1 *Popular Music* 57-72.

admis par le musicien⁸⁴, alors qualifié de « bricoleur »⁸⁵. Ils travaillent donc sur la base d'un cadre ou thème commun, chacun empruntant aux autres auteurs de sa génération, sur un modèle similaire à celui des conteurs de salon. La nouveauté vient cependant des possibilités décuplées offertes par la technologie : là où les jeux littéraires ne touchaient qu'un public élitiste et plutôt restreint, l'enregistrement sur disque permet une beaucoup plus vaste diffusion des créations et multiplie par conséquent les possibilités d'emprunt⁸⁶.

On le constate, l'assertion selon laquelle l'auteur est un individu qui se nourrit de son seul génie présente donc un certain nombre de faiblesses en laissant de côté des pratiques pourtant historiquement avérées. En effet, la part de collectivité existe également à travers la manière dont une œuvre s'inscrit par rapport aux œuvres qui l'ont précédée. Ainsi, certains textes n'acquièrent leur légitimité que parce qu'ils s'inscrivent dans le sillage d'ouvrages préexistants, comme dérivation plutôt que déviation⁸⁷. La fiction de l'auteur individu ne représente donc pas de manière adéquate la réalité de la création artistique et plus particulièrement ses aspects collectifs. La part de l'auteur dans le processus créatif est donc surestimée, irréaliste, et mal définie⁸⁸.

2.2.2 *Un droit trop botté*

Cette conception individualiste de l'auteur, incluse par la suite dans les textes de lois, a conduit à la création de situations que l'on ne peut que regretter, le droit d'auteur étant dans certains cas sur-inclusif, dans d'autres sous-inclusif⁸⁹. Ce problème se manifeste sous divers aspects : par l'attribution de droits démesurés, et par une mauvaise appréhension d'autres modes de création.

84. Charles FORD, « Robert Johnson's Rhythms », (1998) 17 *Popular Music* 71, 72 sur la construction en « paste up » des chansons de Johnson.

85. *Ibid.*, p. 74, en français dans le texte.

86. John COWLEY, précité, note 83, à la page 62, qui insiste sur l'impact des enregistrements de Johnson.

87. Martha WOODMANSEE, « On the author effect : Recovering collectivity », dans Martha WOODMANSEE et Peter JASZI, dir., *The construction of authorship : Textual appropriation in law and literature*, (Durham : Duke University Press, 1994) 15, à la page 17.

88. ZEMER, « Idea of authorship », p. 75.

89. AREWA, « Borrowing the blues », p. 48.

2.2.2.1 La folie des grandeurs

En termes économiques, le système de droits d'auteur favorise démesurément les artistes du début du XX^e siècle : jamais leurs droits n'ont été protégés aussi longtemps, de manière aussi complète et concentrée. Prenons l'exemple de Walt Disney : pour la création de ses longs métrages, celui-ci a pu largement puiser dans le domaine public de son époque (qui, compte tenu de la durée des droits d'auteurs aux États-Unis dans les années 1930, était bien plus fourni et incluait des œuvres de la génération précédente)⁹⁰. Comme a pu l'illustrer l'exposition organisée en 2007 au Musée des Beaux-Arts de Montréal⁹¹, son travail repose sur une importante quantité d'emprunts, qu'il a intégrés dans une œuvre nouvelle. À cet égard, il peut être qualifié de « remixer »⁹² : la méchante reine de Blanche-Neige devrait ainsi autant à l'allure de l'actrice Joan Crawford qu'à une statue de la cathédrale de Naumburg, en Allemagne et sa transformation en sorcière serait à rapprocher de celle du Docteur Jekyll en Mister Hide dans le film de Mamoulian et March de 1932⁹³.

Pourtant, et alors même que Walt Disney avait lui-même largement puisé dans le domaine public et dans les travaux de ses contemporains, sa compagnie a lutté pour retarder la chute de ses œuvres dans le domaine public, en faisant campagne avec succès pour l'allongement des droits d'auteur⁹⁴. De ce fait, et contrairement aux artistes actuels, les auteurs du début du XX^e siècle ont bénéficié de subventions sous la forme des sources culturelles – dont on peut présumer sans trop s'avancer qu'elles n'appartenaient pas toutes au domaine public⁹⁵ – auxquelles ils ont puisé et pour lesquelles ils n'ont pas versé de droits. Bien que cet avantage soit de nature collective, car ces œuvres sont tirées du patrimoine culturel commun et s'inspirent d'autres œuvres qui ne sont pas libres, ces auteurs n'ont

90. US, *Copyright Act of 1909*, 35 Stat. 1075, qui prévoyait, après enregistrement, une protection de 28 ans renouvelable une fois.

91. Bruno GIRVEAU, dir., *Il était une fois... Walt Disney : aux sources de l'art des studios Disney : album de l'exposition*, (Paris : Réunion des musées nationaux, 2006) [GIRVEAU, « Album de l'exposition »].

92. Lessig, précité note 53. On peut y voir la version moderne du « bricoleur » de Lévi Strauss.

93. GIRVEAU, « Album de l'exposition », p. 34-36.

94. *Copyright Term Extension Act of 1998*, aussi appelé *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* ou encore *Mickey Mouse Protection Act* qui a rallongé de 20 ans la durée de protection du copyright.

95. À l'exemple du Faust du réalisateur autrichien Murnau, de 1926, dont Disney s'est directement inspiré pour la réalisation du « Une nuit sur le Mont Chauve » de son Fantasia de 1940, GIRVEAU, « Album de l'exposition », p. 15 et s.

pas eu à acquitter de droits pour l'utilisation des œuvres dont ils se sont inspirés. Leur processus de création a donc été facilité : pas d'attribution, moins de coûts, peu ou pas de risques de poursuites.

En plus de cet avantage en amont, les auteurs et titulaires de droits du début du XX^e siècle bénéficient désormais d'un droit individuel sur leur œuvre et de la possibilité de contrôler et d'entraver le développement d'autres produits culturels très loin en aval dans le temps⁹⁶. Ils jouissent donc d'un privilège⁹⁷ dont les créateurs actuels pâtissent désormais, sans pour autant que le public en tire un quelconque avantage. En effet, si tous les auteurs ne font que transformer et réinterpréter des motifs préexistants, alors un droit trop fort ne ferait que désavantager les futurs auteurs⁹⁸. Quant au public, il est dans tous les cas le grand perdant de la situation, car l'imagerie populaire a déjà intégré ces créations : certains personnages de Disney sont devenus les versions de référence de notre univers mental de contes de fées⁹⁹, éclipsant les sources dont ils sont issus et étouffant toute velléité de détournement ou de différenciation¹⁰⁰.

Prenons l'exemple de l'adaptation cinématographique de Pinocchio¹⁰¹. Point n'est besoin de rappeler ici le détail des tribulations de la petite marionnette changée en garçon. Il suffira de rappeler que ce conte a été écrit par un Toscan mort au XIX^e siècle, Carlo Collodi. Une rapide recherche dans l'Internet Movie Database nous apprend qu'une bonne vingtaine d'adaptations de ce film ont déjà été réalisées. Pourtant nous ne connaissons le plus souvent que la version qui a été réalisée par Walt Disney en 1940 : le Pinocchio de Disney est devenu une icône. Cette situation n'est pas un hasard : elle est le résultat des efforts de la compagnie Disney pour construire son image et préserver ses droits sur son catalogue... ainsi que sur les œuvres qui y sont associées, quand bien même les droits ne lui appartiendraient pas. La compagnie a ainsi fait pendant plusieurs

96. AOKI, « Cultural geography », p. 1337.

97. Ronan DEAZLEY, *Rethinking Copyright : History, Theory, Language*, (Cheltenham : Edward Elgar, 2006), aux pages 161 et s.

98. AOKI, « Cultural geography », p. 1337.

99. Olivier PIFFAUT, « Le chaudron des contes », dans Olivier PIFFAUT, dir., *Il était une fois les contes*, (Paris : Seuil, 2001) 12, à la page 18 ; COOMBE, précité, note 53, qui affirme, à la page 42, que Bambi est ce qui se rapproche le plus d'un souvenir culturel enfantin commun.

100. Jessica LITMAN, « Mickey Mouse Emeritus : Character Protection and the Public Domain », (1994) 11 U. *Miami Entertainment & Sports Law Review* 429, 434 sur le statut d'icône culturelle.

101. Voir sur la question l'article de Danielle Dicaire, précité, note 31.

années un usage illégal intensif de la chanson de Bourne, *When you wish upon a star*¹⁰², le thème chanté par Gemini Cricket¹⁰³.

2.2.2.2 Un outil mal calibré

Si le droit de Disney de percevoir les fruits de son travail – son interprétation personnelle des contes tirés du domaine public – ne fait aucun doute, il nous semble cependant pertinent de réexaminer leur étendue et ses conditions. En effet, les dessins animés sont certes le résultat du travail de Disney, mais ils sont également largement inspirés du patrimoine culturel occidental. Comme cela a été souligné, l'expression de l'auteur n'est pas uniquement issue d'une seule entité :

Creative thinking begins with what is already known. At the same time, however, the creative act involves unique subjective input by authors, reflective of the author's innate endowment, personality, plus objective, socially neutral, external and universal elements.¹⁰⁴

Comme Litman a pu le noter, le processus de création est plus équivoque que ne veut bien l'admettre la fiction de l'auteur romantique. C'est désormais un truisme de dire que chaque œuvre est construite sur les bases des œuvres préexistantes : la création tient en réalité beaucoup plus de la traduction et de la recombinaison d'éléments que de l'apparition *ex nihilo*¹⁰⁵. C'est en fait la capacité de l'auteur à aller au-delà des éléments sur lesquels il a fondé sa réflexion qui permet de qualifier l'œuvre d'originale. La question se pose alors sur l'étendue des droits que la reconnaissance de ce rôle « transformatif »¹⁰⁶ permettrait d'accorder à l'auteur. À l'heure actuelle, le droit d'auteur accorde une autonomie disproportionnée aux auteurs et impose au public une obligation non négociable de respect des prérogatives des titulaires de droits, tout en niant la dimension collective de la création¹⁰⁷. La loi ne tient ainsi aucun compte de la matière première sur laquelle les auteurs travaillent¹⁰⁸.

102. David MIERCORT, « Analysis of the Second Circuit's Ruling in *Borne v. Walt Disney* : Disney Will Be Singing Hi-Diddle-Dee-Dee (an Infringer's Life for Me) », (1992-1993) 17 *Columbia-VLA Journal of Law & the Art* 359.

103. Puis de Cendrillon (1950), Rox et Roucky (1981) ... Il s'agit maintenant d'un thème étroitement associé à Disney.

104. ZEMER, « Idea of authorship », p. 77.

105. LITMAN, « Public domain », p. 966.

106. ZEMER, « Idea of authorship », p. 79.

107. *Ibid.*, p. 78.

108. LITMAN, précité, note 66, « Public domain », p. 967.

Cet état de fait est d'autant plus inquiétant que la durée des droits d'auteurs et des droits voisins ne cesse d'augmenter, réduisant ainsi peu à peu l'étendue du domaine public accessible. Outre la stabilisation de la durée de protection, d'autres options pourraient également être envisagées afin d'atténuer les effets de privatisation du droit d'auteur. Par exemple, l'intensité de la protection dont bénéficie une œuvre pourrait décroître avec le temps¹⁰⁹. Dans un contexte où, d'une part, l'Union Européenne envisage d'étendre la durée de protection des droits voisins¹¹⁰ et où, d'autre part, le Canada subit un intense lobbying américain en vue de renforcer ces droits¹¹¹, il s'agit de bien considérer les conséquences d'une éventuelle intensification de la protection accordée par les droits d'auteur.

CONCLUSION

Nous avons vu précédemment que le droit d'auteur repose sur deux fictions de la création artistique : la dichotomie idée/expression et une conception romantique de l'auteur. Il peine à envisager de nombreux modes de création artistique, au détriment de la transmission intergénérationnelle de la culture. Pis encore, il semblerait que le droit d'auteur défavorise les modes de création plus collectifs¹¹², au point de les minimiser et parfois les nier¹¹³. Or si l'on tient compte de l'aspect collectif de toute création et de la réception collective de la culture, la conclusion s'impose assez rapidement : le droit d'auteur est trop botté.

C'est le libre accès à la matière première culturelle qui constitue la meilleure garantie qui soit à la création de nouvelles œuvres et de leur transmission au public. Repenser la dichotomie entre idée et expression permettrait dans un premier temps d'assurer une plus grande fluidité dans la circulation de l'information. Il conviendrait

-
109. Joseph P. LIU, « Copyright and Time : a Proposal », (2002-2003) 101 *Michigan Law Review* 409, 413.
 110. Christophe GEIGER, Jérôme PASSA et Michel VIVANT, « La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public », (2009) 31 *Propriétés Intellectuelles* 146.
 111. Comme l'inscription du Canada sur la « priority watch list » des États-Unis, aux côtés de la Chine et de la Russie, voir Doug Palmer, « China, Russia, Canada top copyright pirates », Reuters, 30 avril 2009, en ligne : <<http://www.reuters.com/article/mediaNews/idUSN30215220090430>>.
 112. AREWA, « Borrowing the blues », p. 36 ; Peter JASZI, « On the author effect : contemporary copyright and collective creativity », dans Martha WOODMAN-SEE et Peter JASZI, dir., *The construction of authorship : Textual appropriation in law and literature*, (Durham : Duke University Press, 1994) 29, à la page 40.
 113. AREWA, « Borrowing the blues », p. 12 ; ZEMER, « Idea of authorship » p. 77.

ensuite de s'interroger sur les modalités selon lesquelles il serait possible de réintroduire la collectivité en droit d'auteur. À cet égard il serait possible, selon Zemer, de reconnaître la qualité d'auteur au public. Celui-ci pourrait alors être considéré comme auteur conjoint (« joint author ») de toutes les œuvres protégées¹¹⁴, en vue de participer aux processus créatifs et de protéger la réalité et la stabilité culturelle et sociale¹¹⁵ :

[...] solitary authorship is a fiction. There is, as I argue, only one form of authorship : the joint authorship between public and authors. The public is not indifferent to its contribution. Its contribution amounts to investment of collective efforts and labour. The public is an active contributor whose efforts and labour are mixed with that of the individual author.¹¹⁶

Dès lors, la contribution et les droits d'accès du public devraient être reconnus sous la forme de nouvelles limitations au droit d'auteur¹¹⁷. Il faut désormais s'inquiéter de ce que la nature sociale de la connaissance – par extension de l'art – et sa sédimentation par accumulation ne rentrent pas plus en ligne de compte dans le fonctionnement des lois sur le droit d'auteur¹¹⁸.

Comment, dès lors, « réinjecter du collectif » dans le droit d'auteur ? La question aurait de quoi laisser perplexe la plus coriace des marraines-fées.

114. ZEMER, « Idea of authorship », p. 85.

115. *Ibid.*, p. 86-96.

116. *Ibid.*, p. 97.

117. *Ibid.*, p. 98-99.

118. *Ibid.*, p. 101.