Défense et illustration du droit d'auteur

André Françon[1]

Pour présenter ma communication, j'ai choisi «Défense et Illustration de la langue française» comme oeuvre de référence. Cet ouvrage a paru en 1549. À cette occasion, les auteurs de la Pléiade s'étaient réunis sous la plume de Du Bellay pour défendre la langue française. De même, je voudrais aujourd'hui, à mon humble niveau, essayer de défendre le droit d'auteur parce qu'il a été attaqué.

L'attaquant, si je puis dire, en l'occurrence, a été le professeur David Vaver. Il a écrit dans la Revue du Barreau canadien (vol. 69, nº 1, p. 98 et s.) un article intitulé «Intellectual Property Today : of Myths and Paradoxes».

Dans cet article, Monsieur Vaver a émis des doutes sur le bien-fondé des arguments qui sont traditionnellement avancés pour justifier la consécration législative de la propriété intellectuelle. L'article concerne toutes les branches de la propriété intellectuelle, mais à vrai dire, les développements substantiels ont trait essentiellement au droit d'auteur et aux brevets. En l'occurrence, compte tenu du cadre dans lequel je prends la parole, je ne vais m'occuper que de ce qui est dit dans cet article à propos du droit d'auteur.

Bien sûr, je reconnais à l'auteur de l'article le droit d'avoir, sur la propriété littéraire, les opinions qu'il veut, mais je désire vous expliquer pourquoi je ne partage pas personnellement ses vues.

Pour le faire, je m'inspirerai des enseignements du droit canadien mais aussi des enseignements du droit français. Et d'abord, je précise quelle est, sur le terrain du droit d'auteur, la position prise par le professeur de Toronto.

© André Françon, 1991.

1. L'auteur est, entre autres, professeur à l'Université de Paris II, secrétaire perpétuel de l'ALAI (Association littéraire et artistique internationale) et président de l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois (I.R.P.I.). Il reprend ici, en la remaniant, une conférence qu'il prononçait le 3 décembre 1990 devant les membres de l'ALAI CANADA.

Il explique qu'il y a trois justifications traditionnelles du droit d'auteur, l'une consiste à dire que c'est une institution qui sert à protéger les auteurs ; l'autre analyse la propriété littéraire en une institution qui veut encourager l'art et la littérature, et une troisième enfin voit dans cette discipline un moyen de favoriser la diffusion des oeuvres. Monsieur Vaver estime qu'il n'y a de justification vraie à aucune de ces trois assertions et la conclusion de son article est que, dans ces conditions, on a tort de parler de propriété à propos du droit d'auteur.

Je vais reprendre tour à tour les quatre aspects essentiels de la démonstration de Monsieur Vaver. Je commence par revenir sur son affirmation selon laquelle il serait erroné de soutenir que le droit d'auteur est destiné à protéger les auteurs.

En ce sens, mon collègue avance d'abord l'argument selon lequel le droit d'auteur n'est pas fait pour les auteurs puisque, en cas d'oeuvres réalisées par un salarié, le droit d'auteur est accordé à l'employeur. Je rapprocherai de ce cas celui où il peut éventuellement y avoir comme premier titulaire du droit d'auteur une personne morale.

C'est vrai que de telles situations peuvent se rencontrer en droit canadien ; je veux bien même admettre que, à notre époque moderne, des cas de ce genre sont peut-être plus fréquents qu'autrefois. Cependant, il faut absolument affirmer que l'on ne peut pas soutenir raisonnablement qu'à notre époque *toutes* les oeuvres qui sont réalisées sont des oeuvres de salariés. La création spontanée d'oeuvres par des auteurs indépendants continue à exister dans une large mesure. D'autre part, si on regarde la situation du droit canadien, certes c'est vrai que l'article 13, paragraphe 3 de la *Loi sur le droit d'auteur* laisse entendre que, en cas d'oeuvres créées par un salarié, le droit d'auteur va à l'employeur. Mais si on examine le cas voisin des oeuvres de commande, on s'aperçoit que, dans la loi canadienne, seulement certaines oeuvres de commande, mais non toutes les oeuvres de commande, entraînent attribution du droit d'auteur à quelqu'un d'autre qu'à l'auteur véritable. C'est ce qu'on peut voir si on lit l'article 13, paragraphe 2 qui ne prévoit de règle en ce sens que pour la commande de photographies. D'un autre côté, en tant que Français, je suis amené à rappeler que, au moins en principe en France, le droit d'auteur va à l'auteur dans tous les cas d'oeuvres de commande et aussi, sauf exceptions vraiment rares (en fait, il s'agit essentiellement du cas du logiciel et de celui des oeuvres collectives), dans tous les cas d'oeuvres de salariés. C'est l'article 1, alinéa 3 de la *Loi de 1957* qui s'exprime de la sorte.

J'en viens maintenant à l'argument de mon collègue selon lequel la propriété littéraire ne serait pas faite pour les auteurs, étant donné que, quand elle est née, on l'a attribuée d'abord à des éditeurs.

C'est vrai qu'à l'origine le droit d'auteur, ou du moins les privilèges qui en tenaient lieu, avaient été accordés aux éditeurs, mais il y a tout de même un temps déjà long depuis le moment où l'on a décidé que ce ne seraient plus les éditeurs qui continueraient à être protégés mais les auteurs auxquels désormais on reconnaît des droits pécuniaires. Monsieur Vaver constate que, effectivement, cette évolution a eu lieu mais, à son avis, la situation des auteurs ne s'en est pas trouvée améliorée puisque, aujourd'hui, le risque est que des auteurs cèdent leurs droits pour des sommes dérisoires et que, même si le cessionnaire recueille beaucoup de bénéfices de l'exploitation de l'oeuvre, l'auteur n'en profite pas. Je ne nie pas que peut-être des cas de ce genre puissent se présenter au Canada, mais je note quand même que la loi canadienne prévoit certaines dispositions pour éviter qu'un auteur se dépouille trop facilement et trop complètement de ses droits pécuniaires.

Selon l'article 13, paragraphe 4 de la Loi, la cession doit être faite par écrit ; d'autre part, la cession ne peut pas avoir une durée supérieure à la vie de l'auteur et 25 ans après sa mort, comme le dit l'article 14, paragraphe 1 de la Loi ; enfin, l'article 14.1, paragraphe 3 dispose que la cession des droits pécuniaires n'entraîne pas automatiquement la cession du droit moral. Cependant, en dépit de ce que je viens d'indiquer, il reste que si un auteur canadien cède ses droits, il n'y a pas de garantie en ce qui concerne la rémunération de la cession puisque, sauf erreur de ma part, on ne trouve pas dans la Loi de disposition sur le prix de cession. De ce point de vue, en tant que Français, je suis amené à avoir une préférence pour le système de la *Loi de 1957* qui est celui dit de la participation proportionnelle, système en vertu duquel les auteurs touchent une partie des profits procurés aux cessionnaires par l'exploitation de leurs oeuvres.

Le professeur Vaver pense aussi que, de nos jours, encore peu de créateurs peuvent faire face à leurs besoins avec leurs seuls droits d'auteur. C'est probablement et malheureusement exact, mais je ne pense pas qu'il y ait là une raison suffisante pour condamner l'institution du droit d'auteur. En effet, il est certain que la Loi ne peut pas garantir aux auteurs que leurs oeuvres auront du succès. Tout au plus, si une oeuvre suscite l'engouement du public, est-il souhaitable de trouver un système qui permette aux auteurs d'avoir leur part du bénéfice procuré par l'exploitation de leurs oeuvres et, en ce sens, la solution française est, je crois, de nature à retenir l'attention.

Par ailleurs, Monsieur Vaver pense que la reconnaissance du droit moral n'a pas tellement amélioré la situation de l'auteur. Il rappelle qu'au Canada la *Loi de 1988* a consacré pas mal de dispositions au droit moral. Mais, comme cette loi a aussi largement ouvert les possibilités de renonciation à ce droit, la crainte de l'auteur de l'article est que, dans les contrats d'exploitation, la clause de renonciation

devienne rapidement une clause de style. Évidemment, le remède serait d'interdire les renonciations, tout au moins de les limiter à des cas précis. Je signale que c'est ce qui se passe en droit français où l'article 6 de la *Loi de 1957* déclare le droit moral inaliénable et imprescriptible. Pas un mot n'est dit de la renonciation, ce que l'on peut interpréter comme signifiant que, en principe, de telles renonciations ne sont pas permises en France.

D'autre part, Monsieur Vaver a estimé qu'un autre argument pour démontrer que le droit d'auteur ne protège pas les auteurs est le triste sort des « nègres » en littérature. Il dit en effet que, dans leur cas, on les laisse dans l'ombre et que le droit d'auteur va à quelqu'un qui n'est pas le véritable auteur. Cependant, j'ai l'impression que, en droit canadien, si un « nègre » a fait un livre pour un auteur et s'il entend ensuite affirmer sa paternité sur l'oeuvre, il obtiendra gain de cause. Évidemment, ce faisant, il aura tué la poule aux oeufs d'or parce qu'on ne lui demandera plus par la suite d'écrire et qu'il gagnera moins d'argent, mais c'est un autre problème. En droit pur, je crois qu'il a la possibilité de faire rétablir l'ordre des choses et de faire reconnaître que c'est lui qui a le droit d'auteur. En tout cas, cette solution-là est à coup sûr admise en droit français. Donc, finalement, il me semble que, tout compte fait, si on dresse le bilan de la protection, en droit canadien, de l'auteur personne physique, on doit admettre que la Loi lui donne une situation qui n'est pas aussi mauvaise que paraît le laisser entendre le professeur Vaver.

Voilà donc pour la première argumentation, celle qui a donné lieu aux développements les plus longs de la part de Monsieur Vaver. Maintenant, je passe à sa deuxième série de développements, celle où il s'en prend à l'idée selon laquelle le droit d'auteur serait un encouragement pour l'art et la littérature.

D'après lui, cette idée serait exacte si le droit d'auteur était effectivement réservé aux oeuvres témoignant d'une certaine qualité. Mais, observe mon collègue, il n'est pas possible de procéder de la sorte puisqu'il est interdit de prendre en considération le mérite pour déterminer quelles sont les oeuvres protégées. Monsieur Vaver, d'ailleurs, ayant rappelé cette interdiction, reconnaît que c'est une règle qui paraît raisonnable dans la mesure où il serait regrettable qu'on se fie aux jugements esthétiques des juges, jugements qui sont forcément subjectifs, pour déterminer quelles oeuvres sont protégées par le droit d'auteur et quelles sont celles qui ne le sont pas. Mais, le professeur Vaver estime que la conséquence de cela est que l'on accorde très largement le droit d'auteur. Il souligne que l'on va l'attribuer même à des oeuvres mineures ou, en tout cas, qui ne témoignent pas forcément du génie créateur d'un auteur. Il donne un certain nombre d'exemples en ce sens qu'il puise aussi bien dans les oeuvres artistiques que les

oeuvres littéraires ou les oeuvres musicales. Bien entendu, dans la perspective de cette dérive, il constate que l'on en arrive à considérer un logiciel comme une oeuvre littéraire alors qu'il y a des différences considérables entre un logiciel et un roman ou un poème. La conclusion de Monsieur Vaver, sur ce point, est qu'il n'est pas exact de présenter le droit d'auteur comme un encouragement à l'art et la littérature.

Là aussi, je voudrais contester cette argumentation. Il me semble qu'on peut y répliquer à la fois en droit et en fait. On peut répliquer d'abord en droit parce qu'il y a une notion dont, sauf erreur de ma part, mon collègue ne parle pratiquement pas dans son article : c'est le fait que le droit d'auteur est réservé aux seules créations de forme originale. L'originalité est le critère de l'octroi de la propriété littéraire. Tout le monde en convient même si ce point n'est abordé dans la Loi que de façon assez incidente à propos des titres. Au Canada, on voit cela à l'article 2 sur la définition de l'oeuvre et, en France, l'allusion à l'originalité se trouve à l'article 5 sur la protection des titres. Il est vrai aussi que l'originalité n'est pas conçue dans tous les pays de la même façon. Il y a une connotation plus objective de cette notion dans les pays anglo-saxons, une connotation plus subjective dans les pays de droit civil. Mais, en toute hypothèse, cette condition est quand même, me semble-t-il, un frein non négligeable à un octroi trop intempestif du droit d'auteur, octroi qui serait fâcheux. Tel est mon argument de droit pour répliquer à Monsieur Vaver.

Maintenant, j'en viens à ce que j'appelle en quelque sorte un argument de fait. Et là, je veux dire un mot de ce que je crois être l'attitude assez fréquente des juges. Elle va évidemment consister à éviter de battre en brèche directement la règle selon laquelle on ne peut pas tenir compte du mérite. Mais tout en étant, si possible, pas trop disert sur ce point, les juges, à mon avis dans beaucoup de cas, vont tout de même adopter une réaction différente lorsqu'il s'agira de procès en contrefaçon selon que l'oeuvre qu'on prétend devant eux avoir été contrefaite est une oeuvre témoignant d'une grande originalité ou que c'est, au contraire, une oeuvre qui relève plutôt de ce que, quelquefois, on appelle le menu fretin du droit d'auteur, donc des oeuvres peu originales. Je crois que les juges en droit d'auteur s'inspirent assez de ce qu'ils font couramment, en France au moins et probablement au Canada aussi, en matière de marques. Cette attitude consiste à distinguer entre les marques fortes et les marques faibles ; si on transpose cette distinction en droit d'auteur, cela veut dire que, si on est en présence d'oeuvres avec une originalité assez faible, le juge ne sanctionnera le comportement d'un tiers qui agit sans autorisation que si ce tiers s'est livré à une reproduction à l'identique de l'oeuvre de l'auteur ; en revanche, si est en cause une oeuvre qui a une forte originalité, le juge ne sanctionnera pas seulement la reproduction à l'identique par un tiers non autorisé, mais aussi les simples imitations par le tiers. Donc, il

me semble que dire, comme le fait Monsieur Vaver, que le droit d'auteur ne joue pas de rôle pour la promotion de l'art et de la littérature est un point de vue que l'on peut trouver excessif.

J'en arrive maintenant au troisième point développé par le professeur Vaver, c'est-à-dire celui où il s'en prend à l'idée selon laquelle le droit d'auteur serait utile pour favoriser la divulgation des oeuvres auprès du public. Mon collègue déclare qu'il serait bien d'accord avec cette idée-là, mais seulement si on constatait que le droit d'auteur conduit à publier les oeuvres. Or, fait remarquer ce professeur, il peut très bien arriver que le droit d'auteur soit invoqué dans certains cas, non pas du tout pour favoriser la publication d'une oeuvre mais, au contraire, pour l'empêcher. Il donne à ce sujet un certain nombre d'exemples puisés dans des espèces canadiennes, australiennes, britanniques ou américaines et il conclut de ces espèces que, puisque l'on peut, par le droit d'auteur, empêcher la publication d'une oeuvre, on ne doit pas considérer que cette institution serve à favoriser une telle publication.

Là encore, je crois que l'on peut facilement répliquer à l'argumentation de Monsieur Vaver. D'abord, dans les exemples que donne mon collègue en faveur de sa thèse, il y en a qui me semblent ne pas être en réalité des exemples où le droit d'auteur aurait empêché la publication d'une oeuvre. Notamment, il cite une espèce canadienne qui concernait une biographie de Monsieur MacKenzie King et j'ai bien l'impression que, en fait, ce qui a été mis en avant pour s'opposer à la publication de cette biographie que quelqu'un voulait faire de cet homme politique, c'est non pas le droit d'auteur mais le secret de la vie privée et le statut des archives. Donc, cela déjà diminue un peu la force de l'argumentation de mon collègue. Cependant, on doit bien l'admettre, il y a des cas où, au nom du droit d'auteur, un auteur pourra s'opposer à la publication de son oeuvre. Monsieur Vaver paraît s'en offusquer. A-t-il raison ? Je crois que la situation ici doit être examinée différemment selon qu'on se place au moment où l'auteur est encore en vie ou dans la période qui suit son décès.

Du vivant de l'auteur d'abord. Il me semble que l'on peut considérer que lorsqu'un auteur rédige une oeuvre, l'intention qu'il aura le plus souvent sera de communiquer son oeuvre au public et non pas de s'opposer à cette publication. D'emblée, selon moi, cela limite déjà l'impact de l'argumentation de Monsieur Vaver. Mais on doit bien admettre qu'il y a cependant des cas où, effectivement, au nom du droit d'auteur, un auteur s'opposera à la publication de son oeuvre. Il faut tout de suite dire qu'un auteur peut très bien avoir d'excellentes raisons de souhaiter que son oeuvre ne soit pas publiée. Il suffit d'imaginer en effet que l'auteur trouve que l'oeuvre qu'il a réalisée n'est pas réussie et qu'il souhaite qu'elle ne soit pas divulguée parce qu'il veut sauvegarder sa réputation. Il paraît tout à fait normal que, dans ce cas-là, l'auteur

s'oppose à la publication et qu'on lui accorde un tel droit. C'est un aspect d'une prérogative du droit moral qui est le droit de divulgation, une prérogative qui est reconnue aussi bien en droit canadien qu'en droit français même si, m'a-t-il semblé, la reconnaissance de cette prérogative en droit canadien est plus voilée qu'elle ne l'est en droit français.

En droit canadien, je pense qu'on peut déduire l'existence d'une telle possibilité des termes de l'article 15. Celui-ci prévoit un régime de licence obligatoire, mais réservé aux seules oeuvres déjà publiées. En droit français, le droit de divulgation est reconnu plus directement par l'article 19 de la *Loi de 1957*. Mais ceci me permet, au passage, de dire que je ne suis pas d'accord avec l'idée selon laquelle l'objectif prioritaire de la *Loi sur le droit d'auteur* serait de favoriser la divulgation des oeuvres. Je crois que l'objectif premier de la Loi est la protection des auteurs, une protection qui, au demeurant, paraît conforme à l'intérêt social. Et donc, j'estime qu'il est normal qu'un auteur puisse décider de façon souveraine s'il publiera ou non son oeuvre. Voilà pour ce qui est de la période pendant laquelle l'auteur est en vie.

Et maintenant, pour ce qui se passe après la mort de l'auteur, que penser toujours de cette théorie selon laquelle le droit d'auteur favorise la divulgation des oeuvres ? À mon avis, ici on doit examiner séparément deux hypothèses, l'une étant le cas où il s'agirait d'une oeuvre qui aurait déjà été publiée du vivant de l'auteur et pour laquelle on envisagerait une nouvelle publication ; l'autre hypothèse est celle dans laquelle, au contraire, on serait en présence d'une oeuvre qui n'a pas été divulguée du vivant de l'auteur.

Voyons d'abord le cas où il s'agit d'une oeuvre qui a déjà été divulguée du vivant de l'auteur et où se pose le problème d'une nouvelle divulgation après sa mort. On peut dire que, après la mort de l'auteur, les héritiers n'ont pas alors une liberté de décision totale. En effet, au Canada, dans un cas de ce genre, on a prévu des systèmes de licences obligatoires qui doivent permettre de briser la résistance injustifiée d'un héritier à une nouvelle publication de l'oeuvre d'un auteur. C'est ce que disent en substance les articles 8 et 15 de la loi canadienne. On peut penser que, avec une construction juridique un peu différente en France, on arrive à peu près au même système avec l'article 20 de la *Loi de 1957* qui prévoit, sur la base de la théorie de l'abus de droit, une éventuelle intervention du juge si les héritiers paraissaient s'opposer, sans juste motif, à une nouvelle divulgation de l'oeuvre. Ceci donc pour le cas où il s'agirait de la situation d'une oeuvre déjà publiée du vivant de l'auteur et pour laquelle on envisagerait une nouvelle publication après le mort de l'auteur.

Reste le cas où l'oeuvre n'a pas été divulguée du vivant de l'auteur. Que se passe-t-il une fois que celui-ci est décédé ? On peut affirmer qu'il y a cette fois-ci dans la Loi une propension à favoriser la divulgation

des oeuvres sous la forme du monopole d'exploitation que la Loi organise pour celui qui publie l'oeuvre inédite. C'est le régime des oeuvres posthumes auquel je fais ici allusion, statut qu'on trouve dans l'article 7 de la loi canadienne et dans l'article 23 de la loi française. Finalement, je crois qu'on doit nuancer beaucoup l'affirmation de Monsieur Vaver selon laquelle le droit d'auteur ne serait pas un encouragement à la publication.

J'en arrive à la conclusion de mon collègue qui sera, par conséquent, aussi pour moi le moment de prendre position de façon définitive. Puisque Monsieur Vaver a trouvé que toutes les justifications qu'on avançait en faveur de la propriété intellectuelle ne lui paraissaient pas résister à l'analyse, il termine son propos en s'en prenant, cette fois-ci, à l'application de la notion de propriété en matière de protection des droits intellectuels. Il explique que, à son avis, la propriété est une notion tout à fait adéquate pour protéger les biens matériels mais qu'il ne faut pas aller au-delà. Il rappelle que les plus hautes juridictions des pays anglo-saxons se sont montrées réservées en ce qui concerne l'application éventuelle de la notion de propriété aux droits intellectuels. La conclusion du professeur Vaver est qu'il faut bannir ce rapprochement entre droit d'auteur et propriété. En effet, on ne doit pas appliquer la notion de propriété à des biens immatériels, ce qui conduit, selon lui, à l'octroi d'un monopole excessif et injustifié.

Sur ce point, voici ma réplique. Le point de savoir si on a raison ou tort de parler de propriété à propos du droit d'auteur est un très ancien débat. Tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'il y a un particularisme dans ce genre de propriété qu'est la propriété intellectuelle, ne serait-ce que parce que c'est une propriété à caractère simplement temporaire, alors que la tradition est qu'un droit de propriété est perpétuel. Reste que parler de propriété à propos des droits intellectuels paraît quelque chose de fort utile si on veut pouvoir garantir l'exclusivisme des droits pécuniaires. Il y a , il est vrai, à mon avis, un point faible dans la notion de propriété ; c'est qu'une propriété est normalement cessible. Or, une bonne protection des intérêts des auteurs implique qu'à côté de droits pécuniaires cessibles, on leur reconnaisse des droits moraux et que l'on fasse de ceux-ci des droits inaliénables. Dans cette perspective-là, je signale qu'en France, aujourd'hui, on a tendance à analyser le droit d'auteur en deux éléments. Il y a, d'une part, les droits pécuniaires qu'on rattache à la notion de propriété et, d'autre part, les droits moraux qu'on relie aux droits de la personnalité.

Donc, il n'est pas question du tout de laisser de côté la notion de propriété ; il s'agit simplement de compléter la construction du droit d'auteur en faisant une place à la propriété sur le terrain des droits pécuniaires et une place aux droits de la personnalité dans le domaine des droits moraux.

Évidemment, et vous vous en êtes aperçus, je ne partage pas les vues de Monsieur Vaver. Pour être plus précis, je ne les partage pas en particulier quand tout son propos le conduit à conclure que la protection actuelle du droit d'auteur est trop forte et qu'il conviendrait de la restreindre. Pour ma part, je prends le point de vue absolument opposé. Je formule un voeu exactement inverse, c'est-à-dire que je souhaiterais beaucoup que les pays comme le Canada, dans lesquels la protection du droit d'auteur s'est construite autour de la notion de « copyright », fassent une place plus grande dans leurs législations à certaines solutions qu'on trouve dans les pays de droit civil. La conception du droit d'auteur des pays de droit civil me paraît préférable. En l'occurrence, elle renforcerait la position de l'auteur personne physique, notamment de l'auteur salarié, et elle garantirait l'inaliénabilité du droit moral.