

# Mort et transfiguration du droit d'auteur?

## Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique

« **L**e droit d'auteur est-il anachronique<sup>1</sup> »? « Le droit d'auteur est-il soluble dans l'économie numérique<sup>2</sup> »? « Le droit d'auteur est-il une parenthèse dans l'histoire<sup>3</sup> »? Avec l'essor de la société de l'information et la révolution numérique, la survie du droit d'auteur est devenue une question obsédante.

**Laurent Pfister**

Université de Versailles  
Saint-Quentin-en-Yvelines  
laurentpfister@yahoo.fr

Permettant de stocker sans limitation textes, images et sons, de les restituer sans déperdition, de les soumettre à une incessante interactivité et de les communiquer à volonté, les nouvelles techniques de l'information et de la communication bouleversent les catégories fondamentales du droit d'auteur.

Objet du droit, définie comme la forme originale donnée aux idées communes à tous, l'œuvre de l'esprit perd, *off-line* ou *on-line*, la fixité et la permanence qu'elle revêtait dans le monde physique. L'hypertextualité, succédané informatique de l'intertextualité chère au post-structuralisme, permet à l'internaute de donner son propre sens à l'œuvre, voire d'y apporter sa propre contribution, et brouille ainsi les frontières entre création et réception, auteur et public<sup>4</sup>.

Difficile à identifier, l'auteur individuel ne s'efface-t-il pas devant un « auteur collectif *sui generis* des ré-

seaux<sup>5</sup> »? L'exercice des droits, le bénéfice des exceptions et les schémas traditionnels qu'ils sous-tendent sont également perturbés par les possibilités qu'offrent les nouvelles techniques et l'ampleur des expériences souvent inédites qu'elles suscitent : mise en ligne des œuvres par leurs créateurs sans intermédiaire, offres de consommation à la carte par les entrepreneurs, échange des fichiers par les logiciels de *peer to peer* entre utilisateurs, projets « borgésiens » de bibliothèque universelle... Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que l'émergence d'un nouveau

5. Cf. J.-L. Weissberg, « Auteur, nomination individuelle et coopération productive », [http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php3?id\\_article=90](http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=90)

– Soutenant que la conception auctoriale qui a présidé à l'édification du droit d'auteur s'efface, M. Woodmansee et P. Jaszi (éd.), Introduction, *The Construction of Authorship. Textual Appropriation in Law and Literature*, Durham et Londres, Duke University Press, 1994, p. 1 et s.

– P. Jaszi, « La qualité d'auteur et les nouvelles technologies du point de vue des traditions de la common law », Colloque mondial de l'OMPI sur l'avenir du droit d'auteur et des droits voisins, Le Louvre, Publication OMPI, 1994, p. 67.

– T. Dreyer, « L'analogique, le digital et le droit », Mélanges Françon, Paris, Dalloz, 1995, p. 121.

1. A. Kerever, *Droit d'auteur*, 1983, p. 360 et s.  
2. J. Farchy, *Réseaux, droit d'auteur et numérique*, 2002, p. 17 et s. Du même auteur : *La culture Napster. Internet et le droit d'auteur*, CNRS Éditions, 2003.  
3. R. Chartier, *Le Monde*, 17 décembre 2005.

4. Parmi les nombreux travaux à ce sujet, lire le stimulant mémoire de L.-C. Dias, *Cyberlecture : la fracture [du texte] numérique*, Lyon II, 2002, <http://socio.univ-lyon2.fr/IMG/pdf/doc-454.pdf#search=dias%20cyberlecture>

Agrégé des facultés de droit, **Laurent Pfister** est actuellement professeur d'histoire du droit à l'université de Versailles–Saint-Quentin-en-Yvelines après avoir occupé un poste de maître de conférences à l'université René Descartes–Paris V. Il est l'auteur de *l'Introduction historique au droit privé*, paru aux PUF en 2004 (Que sais-je, n° 408).

paradigme économique et juridique fasse débat<sup>6</sup>.

Pour l'heure, le moins que l'on puisse dire est que la rencontre du droit d'auteur et de l'environnement digital provoque une « *exacerbation des antagonismes*<sup>7</sup> », une « *guerre* » sans merci « *des copyrights*<sup>8</sup> ». Loin d'être circonscrites aux prétoires et à la littérature spécialisée, les querelles prennent la tournure d'un passionnant débat de société. Et pour cause ! Les enjeux dépassent la sphère juridique et technique et concernent plus largement la place des créateurs dans la société, l'accès au savoir et à la connaissance, le marché des biens culturels et sa régulation par l'État... Les acteurs intéressés au débat sont nombreux.

Cependant, au regard des discours, des pratiques et des règles adoptées ou avortées, l'avenir du droit d'auteur est actuellement dominé par un affrontement entre deux tendances. Celle qui unit les autorités internationales et nationales et les titulaires de droits dans un même effort pour adapter et étendre le droit d'auteur au nouvel environnement suscite

l'hostilité croissante de celle qui, à l'inverse, convainc que l'adaptation du droit d'auteur ne profite qu'aux grandes firmes, plaide pour l'exploration d'alternatives qui garantissent au public l'accès le moins contraignant aux créations de l'esprit.

Leur affrontement, qui s'est exprimé à l'occasion de procès et de la transposition de la directive européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (Dadvisi), tient en particulier aux fonctions contradictoires des nouvelles techniques. Facilitant la reproduction et la diffusion des œuvres, la révolution actuelle génère chez les consommateurs des pratiques qu'ils estiment conformes à leur liberté, à leur « droit » de copie privée. Mais ce que permet la technique, la technique peut aussi désormais l'empêcher. En effet, par des mesures techniques de protection (ou DRM), les titulaires de droits peuvent désormais contrôler les œuvres après leur publication, en verrouiller l'usage, voire l'accès, en interdire les copies pour prévenir le piratage.

Alors « *comment concilier l'inconciliable*<sup>9</sup> », la copie privée et la propriété numérique ? Épineux, le problème a attisé et attisera sans doute encore, en dépit de l'intervention du législateur, des divergences<sup>10</sup>. Au fond, comme bien d'autres pro-

blèmes posés par la rencontre entre le droit d'auteur et l'environnement digital, et impossibles ici à recenser, il revient à établir une balance entre l'intérêt général et les intérêts privés, et en cela, il n'est pas nouveau<sup>11</sup>.

En effet, une brève histoire du droit d'auteur rappelle ou révèle que la bipolarité des intérêts a été déterminante dans la formation de

**Le recul historique permet aussi de mettre en évidence la concurrence récurrente entre deux modèles du droit d'auteur – la propriété privée et le contrat social –, dont les deux tendances antagonistes actuelles ne sont que des avatars et dont l'une d'elles sera, peut-être, le paradigme de demain**

la protection des œuvres et de ses limites. Cependant, elle ne reflète pas la hiérarchie qui s'est progressivement imposée entre le XVIII<sup>e</sup> siècle et le milieu du XX<sup>e</sup> siècle. L'auteur, à mesure qu'il a conquis des droits propres, opposables aussi bien aux exploitants qu'au public, est devenu le centre de gravité du droit d'auteur français, celui-ci étant alors fondé sur une trilogie d'intérêts. Cette évolution, dans son ensemble, témoigne en même temps de la capacité d'adapter la protection juridique de la création intellectuelle aux transformations économiques, sociales et techniques.

6. Sur ce débat, outre les contributions déjà citées de A. Kerever, R. Chartier et J. Farchy, voir :

– A. Dietz, « Mutation du droit d'auteur : Changement de paradigme en matière de droit d'auteur », *Revue internationale du droit d'auteur*, octobre 1988, n° 138, p. 23 et s.

– F. W. Grosheide, « Paradigms in Copyright Law », dans A. Strowel et B. Sherman (dir.), *Of Authors and Origins*, Clarendon Press, Oxford, 1994, spéc. p. 220 et s.

– E. J. Dommering, « Copyright being washed away though the electronic sieve. Some thoughts on the impending copyright crisis » dans P.B. Hugenholtz (dir.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, La Hague, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 1-12.

– M. Vivant, *Propriété intellectuelle et nouvelles technologies. À la recherche d'un nouveau paradigme*, conférence à l'Université de tous les savoirs, 16 septembre 2000.

7. M. Vivant, art. cité.

8. E. Pierrat, *La guerre des copyrights*, Fayard, 2006.

9. C. Caron, « Casse-tête ou comment concilier l'inconciliable ? », *Communication Commerce électronique*, n° 7, juillet 2005.

10. L'affaire dite *Mulholland Drive* illustre les divergences jurisprudentielles. Infirmité le jugement de 1<sup>re</sup> instance (TGI Paris, 3<sup>e</sup> chambre, 30 avril 2004, Légipresse, sept. 2004, III, p. 148), la Cour d'appel de Paris a fait prévaloir la copie privée sur la mesure de protection technique (22 avril 2005, D. 2005. p. 1573, note C. Castets-Renard). Mais son arrêt a été censuré par la Cour de cassation, quelques jours avant les débats à l'Assemblée nationale (1<sup>re</sup> ch. civile, 28 février 2006, *Communication Commerce électronique*, avril 2006, p. 24, com. C. Caron).

– Sur les décisions contradictoires des juges du fond, voir V.-L. Bénabou, « Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... À propos de l'arrêt *Mulholland Drive* », *Juriscom.net*, 30 mai 2005.

– Pour une approche originale de la nature de la copie privée, voir P. Gaudrat et F. Sardain, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *Commerce communication électronique*, nov. 2005, étude n° 37, p. 6.

11. Comme le rappellent notamment F.W. Grosheide (art. cité, p. 221) et E. Pierrat (*op. cit.*, p. 273).

## MORT ET TRANSFIGURATION DU DROIT D'AUTEUR ?

Le recul historique permet aussi de mettre en évidence la concurrence récurrente entre deux modèles du droit d'auteur – la propriété privée et le contrat social –, dont les deux tendances antagonistes actuelles ne sont que des avatars et dont l'une d'elles sera, peut-être, le paradigme de demain

### Une brève histoire du droit d'auteur

Dans ses grandes lignes, l'histoire du droit d'auteur jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle se caractérise par un lent mouvement d'individualisation et de privatisation des œuvres au profit des créateurs.

#### La liberté de copier, un principe

« Nul libraire ne peut refuser un exemplaire à celui qui voudra en faire une copie. » Il ne s'agit pas ici de la copie privée, aujourd'hui tant débattue, mais d'une règle posée par les statuts des libraires parisiens de... 1316<sup>12</sup>. Preuve, si besoin était, de l'inexistence de la propriété intellectuelle à l'époque médiévale, la règle illustre, à l'instar de l'adage selon lequel la science ne peut être vendue car elle est un don de Dieu, le souci de l'Université d'encourager la reproduction et la circulation des manuscrits « pour l'avantage des études » et, partant, d'assurer le partage et la diffusion du savoir<sup>13</sup>.

L'impératif médiéval de gratuité et de liberté de la copie ne disparaît pas brusquement avec l'invention de l'imprimerie. Certes, à partir du début du XVI<sup>e</sup> siècle, pour se prémunir contre la concurrence déloyale que leur causent les contrefaçons, des libraires et

imprimeurs sollicitent et obtiennent de la monarchie des prérogatives exclusives d'exploitation des ouvrages, sous la forme de lettres de privilège. Si des auteurs en sont également gratifiés, ils sont contraints par l'organisation corporative de les céder aux libraires et imprimeurs.

Mécanisme juridique ancien, le privilège est ainsi adapté aux besoins de protection économique, nés d'une invention technique. Cependant, les privilèges exclusifs sont strictement limités dans leur objet et dans leur durée si bien qu'ils demeurent l'exception. Sous réserve de la censure, le principe réside dans « la liberté publique » de l'impression<sup>14</sup>, ancêtre du domaine public, âprement défendue par l'Université et les magistrats, au nom du bien commun et de l'interdiction des monopoles, afin de procurer des livres à prix justes et raisonnables au public.

Le rapport entre principe et exception ne s'inverse qu'à partir du milieu du XVII<sup>e</sup> siècle. Afin de lutter plus efficacement contre les contrefaçons étrangères mais aussi contre les écrits huguenots, la monarchie étend considérablement le champ d'application des privilèges et réduit d'autant le domaine public. Incessamment prolongés, protégeant des ouvrages toujours plus nombreux, les privilèges exclusifs cessent d'être une exception pour devenir le principe en matière de reproduction et de vente des livres. L'extension des privilèges ne profite qu'à une clientèle royale, composée de quelques grands éditeurs parisiens. Ces derniers, détenteurs d'un monopole, inclinent peu à peu à tenir les privilèges royaux pour leurs droits, des droits légitimement et définitivement acquis et confondus avec la propriété

des manuscrits qu'ils achètent aux auteurs. Du monopole éditorial à la propriété littéraire, il n'y a qu'un pas qui sera franchi au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>15</sup>.

#### L'affirmation de la propriété de l'auteur et le compromis révolutionnaire<sup>16</sup>

C'est à partir de 1725 que les éditeurs parisiens s'efforcent de rendre leur monopole définitivement opposable à l'État royal qui menace de le leur retirer. Par la voix de leurs avocats, ils prétendent qu'ils détiennent sur les œuvres de l'esprit non pas des privilèges royaux mais une propriété privée perpétuelle et de droit naturel, qui leur a été cédée par ceux qui l'avaient acquise originairement en vertu de leur travail intellectuel : les auteurs.

Soutenue par Diderot mais contestée par les libraires provinciaux, la thèse selon laquelle l'œuvre est une propriété de l'auteur, perpétuelle et librement cessible à l'éditeur, est formulée à l'occasion d'une réforme de la librairie mais se nourrit d'autres influences. Philosophiques et politiques, avec le succès des théories des droits

15. Sur l'apparition et l'évolution en France des privilèges d'impression, voir par ex. :

– E. Armstrong, *Before copyright. The french book-privileges system. 1498-1526*, Cambridge, 1990.

– H.-J. Martin, *Livre, pouvoirs et société à Paris (1598-1701)*, Genève, 1969.

– L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre. La formation du droit d'auteur du XVI<sup>e</sup> siècle à la loi de 1957*, thèse, Strasbourg, 1999, p. 27 et s.

– Ancien mais toujours utile, H. Falk, *Les privilèges de librairie sous l'Ancien Régime*, Paris, 1906 (rééd. 1970).

– Sur le statut des auteurs à l'âge classique : A. Viala, *Naissance de l'écrivain*, Éd. de Minuit, 1985.

16. Sur ce moment, voir, entre autres :

– R. Birn, *Profit of Ideas: « Privilège en librairie in Eighteenth-Century France »*, *Eighteenth Century Studies*, 1970-1971, p. 146 et s.

– C. Hesse, « Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France, 1777-1793 », *Representations*, 1990, p. 114 et s.

– A. Strowel, « Liberté, propriété, originalité : retour aux sources du droit d'auteur », *Journal des procès*, 1994, p. 7 et s.

– R. Chartier, « Figures de l'auteur », *Culture écrite et société. L'ordre des livres (XIV<sup>e</sup> – XVIII<sup>e</sup> siècle)*, Albin Michel, 1996, p. 51.

– L. Pfister, *op. cit.*, p. 209 et s.

12. Cf. *Statuta Universitatis Paris. De librariis et stationariis*, 4 décembre 1316, dans *Chartularium Universitatis Parisiensis*, Paris, 1891, t. 2, p. 190.

13. Sur l'adage et ses implications juridiques, voir G. Post, K. Giocarinis et R. Kay, « The medieval heritage of humanistic ideal: « scientia donum dei est, unde vendi non potest », dans *Traditio*, 1955, p. 197.

14. Suivant l'expression employée en 1579 par le procureur du roi Barnabé Brisson (*Recueil de plaidoyez notables de plusieurs anciens et fameux advocats de la Cour de Parlement... et divers arrêts*, Paris, 1644, p. 512) et en 1586 par l'avocat Simon Marion (*Plaidoyez de M. Simon Marion, advocat en Parlement, Baron de Druy*, Paris, 1620, p. 12).

naturels de l'individu. Esthétiques, avec la valorisation de l'originalité, retenue comme critère de définition juridique de l'œuvre de l'esprit. Socio-économiques, avec l'accroissement d'une demande liée à l'essor d'un public lettré, avec la professionnalisation croissante de la création et la revendication d'écrivains, auteurs dramatiques et compositeurs pour que soit reconnu et protégé leur métier.

Leur revendication est en partie satisfaite au cours des dernières années de l'Ancien Régime. Ainsi, par des arrêts de 1777 et 1778, la monarchie reconnaît à l'auteur, pour le « récompenser de son travail », la propriété perpétuelle de son œuvre et du privilège d'exploitation et réglemente ses relations contractuelles avec les libraires et imprimeurs afin qu'il la conserve. En revanche, ces mêmes arrêts limitent strictement la durée des privilèges cédés ou octroyés aux éditeurs afin de préserver un domaine public, gage d'émulation entre les exploitants du royaume mais aussi de l'accès du public aux livres<sup>17</sup>.

Le subtil équilibre établi par le pouvoir royal entre les droits et intérêts respectifs des auteurs, des exploitants et du public disparaît au moment de la Révolution française. Les privilèges sont abolis et remplacés par deux lois laconiques, l'une de 1791, l'autre de 1793, qui établissent un compromis entre l'intérêt particulier et l'intérêt général, entre la propriété privée des œuvres et la liberté de tous de les reproduire et de les représenter.

D'une part, le législateur révolutionnaire, par la voix de Le Chapelier, rapporteur de la loi de 1791, proclame que « *la plus sacrée* » et la « *plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée de l'écrivain*<sup>18</sup> ». À ce titre, il

attribue aux auteurs dramatiques un droit exclusif de représentation et aux écrivains, compositeurs et peintres un droit exclusif de reproduction. Il s'agit de droits patrimoniaux qui peuvent être cédés par les créateurs aux exploitants, moyennant rémunération. Si le législateur protège

## La reconnaissance du droit moral achève de placer l'auteur au centre du système français et confère à ce dernier sa spécificité par rapport au copyright anglo-saxon

ainsi l'exploitation économique des œuvres, il n'entend pas interdire au public d'en jouir intellectuellement, à l'acquéreur d'un support d'une œuvre « *de la lire, de l'apprendre par cœur, de la critiquer*<sup>19</sup> ».

D'autre part, les lois révolutionnaires limitent la durée des droits exclusifs de représentation et de reproduction respectivement à 5 et 10 ans après la mort de l'auteur. Passé ce délai, les œuvres tombent dans le domaine public et peuvent être librement et concurrentiellement exploitées par tous. L'instauration du domaine public vise d'abord à restituer au public la « propriété des chefs-d'œuvre » de Molière, Corneille et Racine, jusqu'alors monopolisés par la Comédie française. Le domaine public est aussi la condition de la liberté pour chacun d'exercer son industrie,

d'élever un théâtre, d'imprimer. Enfin, le domaine public est le gage d'une libre concurrence entre exploitants qui permettra aux auteurs vivants de céder leurs œuvres au plus offrant<sup>20</sup>.

Si les lois révolutionnaires sont restées en vigueur pendant plus de cent cinquante ans, l'équilibre qu'elles avaient établi entre propriétaires et public a sensiblement évolué au profit des premiers et particulièrement de l'auteur.

### Le renforcement de la propriété littéraire et artistique et ses limites

De la Révolution jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, la propriété littéraire et artistique connaît un notable renforcement tant au plan national qu'international.

En France, elle acquiert une dimension personaliste avec la reconnaissance par la doctrine et les tribunaux d'un nouveau droit: le droit moral. Progressivement, l'œuvre de l'esprit n'est plus considérée comme un bien librement cessible aux exploitants mais comme le prolongement de la personnalité de son créateur. Le lien intime qui les unit est protégé par le droit moral, droit inaliénable, attaché à la seule personne de l'auteur nonobstant la cession de ses droits économiques. Il lui permet de décider souverainement la divulgation de son œuvre, d'en faire respecter la paternité et l'intégrité tant par le public que par les exploitants. Perpétuel, le droit moral doit être exercé après sa mort selon sa volonté. La reconnaissance du droit moral achève de placer l'auteur au centre du système français et confère à ce dernier sa spécificité par rapport au copyright anglo-saxon<sup>21</sup>.

17. Cf. arrêt du Conseil du 30 août 1777 portant règlement sur la durée des privilèges, et arrêt du 31 juillet 1778 portant règlement sur les privilèges en librairie et les contrefaçons, Isambert, t. 25, p. 110 et s. et p. 371 et s.

18. Cf. Rapport du Comité de Constitution sur la pétition des auteurs dramatiques du 13 janvier 1791 (réimp. de l'*Ancien Moniteur*, t. 7, p. 117, 2<sup>e</sup> col.).

19. Cf. P.-C.-L. Baudin, *Rapport et projet de décret sur la propriété des auteurs dramatiques, présentés au nom du Comité d'instruction publique*, Paris, s.d. [1792], reproduit dans M.J. Guillaume, *Procès-verbaux du Comité d'instruction publique de la Convention nationale*, Paris, 1891, t. 1, p. 352.

20. Cf. Le Chapelier, *Rapport du Comité de Constitution sur la pétition des auteurs dramatiques* du 13 janvier 1791, préc.

21. Sur la naissance du droit moral, voir:

– S. Strömholm, *Le droit moral de l'auteur en droit français, allemand et scandinave*, Stockholm, 1966, t. 1.

– L. Pfister, *op. cit.*, t. 2, p. 742 et s.

– A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand*, Aix-Marseille, 2002, t. 1.

Dans le même temps, le champ d'application du droit moral et des droits patrimoniaux est élargi à de nouvelles formes d'expression artistique (photographie, cinéma...). La plasticité des droits patrimoniaux permet, le plus souvent aux tribunaux, de les adapter et de les étendre à de multiples et nouveaux moyens d'exploitation (traduction et adaptation, concerts publics, reproduction mécanique, radio-diffusion...). Leur durée après la mort de l'auteur est prolongée par le législateur: elle passe de 5 ou 10 ans sous la Révolution à 50 ans à partir de 1866, entraînant corrélativement un recul du domaine public. Enfin, ils s'enrichissent d'un nouveau droit: le droit de suite.

En même temps que la propriété littéraire et artistique est renforcée, certaines limites, ignorées de la législation révolutionnaire, sont progressivement dégagées par les tribunaux. Ainsi, l'objet de la propriété littéraire et artistique est-il restreint à la forme originale, les idées étant et demeurant de libre parcours. D'autres limites sont posées aux droits d'exploitation: la représentation privée et gratuite dans le cercle de famille, la copie à usage privé du copiste, les citations, les parodies, pastiches et caricatures...

Le renforcement de la propriété littéraire et artistique et la définition des limites sont consacrés par la loi du 11 mars 1957.

Réclamée par d'illustres écrivains, tels Hugo, l'internationalisation de la protection des œuvres littéraires et artistiques se concrétise par la signature de la Convention de Berne en 1886. Ratifiée par un nombre croissant d'États, progressivement complétée, elle a permis d'harmoniser un certain nombre de règles<sup>22</sup>.

22. En 1908, la durée des droits patrimoniaux est fixée à 50 ans *post mortem auctoris*. En 1928, à l'occasion d'une autre révision, le droit moral de l'auteur au respect de la paternité et de l'intégrité de l'œuvre est reconnu. Sur le développement de la protection internationale, voir J. Cavalli, *La genèse de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886*, Lausanne, 1986.  
– S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1886-1986*, Londres, 1987.

## Une histoire marquée par deux modèles antagonistes

La formation du droit d'auteur a été ponctuée par de vives controverses. Sa nature, son fondement et son régime ont suscité des réflexions théoriques approfondies. À travers elles, se dessinent schématiquement deux modèles antagonistes du droit d'auteur, l'un fondé sur la propriété privée, l'autre sur le contrat social. L'enjeu de leur affrontement n'est autre que la justification ou la contestation du renforcement de la protection<sup>23</sup>.

### Le modèle de la propriété privée

Le modèle de la propriété privée a été invoqué pour justifier le renforcement des droits exclusifs sur des œuvres de l'esprit toujours plus nombreuses, avec toutefois des concessions à l'intérêt général.

Il est inventé, on l'a vu, au début du XVIII<sup>e</sup> siècle par les libraires de Paris, afin de perpétuer leur monopole économique. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que la propriété littéraire soit accusée dès cette époque d'être l'alibi des exploitants. Mais, elle constitue alors une arme à double tranchant, susceptible de servir aussi les auteurs. Diderot semble l'avoir compris. S'il plaide dans sa célèbre *Lettre sur le commerce de la librairie* de 1762 en faveur d'une propriété intellectuelle perpétuelle, c'est certainement parce qu'il y voit un moyen d'ériger les écrivains en acteurs autonomes du marché littéraire, affranchis du mécénat et des corporations, capables de négocier d'égal à égal avec les éditeurs<sup>24</sup>. De fait, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, le modèle propriétaire

23. Sur l'affrontement entre les deux modèles et ses enjeux au XIX<sup>e</sup> siècle, voir L. Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX<sup>e</sup> siècle », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2004, p. 116 et s. Réédité, avec mise à jour bibliographique, dans *Revue internationale du droit d'auteur*, juillet 2005, p. 153 et s.  
– G. Schapiro et G. Bobille, « Propriétaires ou travailleurs intellectuels? Les écrivains français en quête d'un statut », *Le Mouvement social*, janvier-mars 2006, n° 214.

est récupéré et invoqué avec succès par des créateurs, en particulier par Beaumarchais, pour obtenir une protection légale<sup>25</sup>. C'est aussi le cas sous la monarchie de Juillet où Balzac et Lamartine l'allèguent pour réclamer une extension de la protection<sup>26</sup>. À force d'en faire l'apologie, certains de ses partisans dégagent l'idée que la propriété littéraire et artistique est un domaine inaliénable du créateur, prélude à la reconnaissance du droit moral. Le modèle connaît encore un regain de faveur dans les années 1930 chez certains juristes, écrivains ou encore éditeurs, tels Grasset.

En quoi consiste-t-il? Son fondement, en premier lieu, réside historiquement dans la théorie du droit naturel de propriété, formulée par Locke. Du postulat lockien suivant lequel l'homme est naturellement « propriétaire de sa personne » et de son travail, est déduit le principe que l'auteur est propriétaire de son œuvre, indépendamment de son support matériel, parce qu'elle émane de sa personnalité et résulte de son travail intellectuel.

En deuxième lieu, dans le sens où l'entend Locke et où le comprendront bien des juristes et économistes, la propriété est susceptible d'embrasser toutes choses, y compris incorporelles et personnelles comme le sont les œuvres de l'esprit. Pour justifier l'application et l'élargissement de la propriété à des œuvres toujours plus

24. Sur les circonstances de la rédaction et l'interprétation de cet écrit, voir notamment J.-Y. Mollier dans sa postface à l'édition de la *Lettre sur le commerce de la librairie*, Paris, 2003.  
R. Chartier, *Inscrire et effacer: culture écrite et littérature (XI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*, Paris, 2005, p. 177 et s.

25. Sur le combat des auteurs dramatiques et de Beaumarchais sous la Révolution, J. Boncompain, *La Révolution des auteurs. Naissance de la propriété intellectuelle (1773-1815)*, Fayard, 2002.

26. Voir leurs textes reproduits dans *Le combat des auteurs*, textes réunis et présentés par J. Baetens, Paris, Les Impressions nouvelles, 2001.  
– Sur Balzac: J.-Y. Mollier, « L'édition en Europe avant 1850: Balzac et la propriété littéraire internationale », *L'année balzacienne*, 1992, et F. Pollaud-Dulian, « Balzac et la propriété littéraire », *L'année balzacienne*, 2003, p. 197 et s.  
– Sur la période dans son ensemble, A. Prassoloff, *Littérature en procès: la propriété littéraire en France sous la Monarchie de Juillet*, thèse, Paris, 1989.

nombreuses, certains ajoutent que toute richesse immatérielle est la propriété de celui qui l'a créée<sup>27</sup>.

En troisième lieu, toujours suivant l'héritage lockien, la propriété est susceptible de désigner « toutes sortes de droits<sup>28</sup> », et donc le droit de reproduction et le droit de représentation d'une œuvre. L'assimilation des droits patrimoniaux au droit de percevoir les fruits de l'œuvre, « véritable droit de propriété », permet ensuite de justifier leur extension à de nouveaux procédés d'exploitation. Essence de la propriété, le droit d'exclure les tiers des utilités économiques de l'œuvre est protégé par la loi en la personne de l'auteur ou de ses ayants droit et en conséquence ne s'éteint nullement du fait de la publication.

Si le modèle de la propriété connaît un recul à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en raison de la particularité du droit moral, notamment de son inaliénabilité, il continue d'exercer une force d'attraction, doctrine et tribunaux évoquant alors souvent la souveraineté, la maîtrise ou le domaine du créateur sur son œuvre<sup>29</sup>. Le caractère exclusif et opposable à tous du droit moral explique en

grande partie qu'il ait été consacré par la loi de 1957 comme l'un des attributs du « droit de propriété » de l'auteur<sup>30</sup>.

Enfin, en quatrième lieu, la propriété étant perpétuelle, le droit d'auteur devrait l'être. Pourtant, la majorité des partisans du modèle concèdent que l'intérêt général justifie le domaine public 50 ans après la mort de l'auteur.

Outre cette restriction à la durée des droits patrimoniaux, les partisans de la propriété littéraire et artistique admettent qu'elle ne doit pas être étendue aux idées, sous peine d'entraver la liberté de création. De surcroît, et il est important de le souligner, ils précisent que le droit de propriété ne peut priver le public ni « des jouissances intellectuelles » d'une œuvre publiée, ni d'en faire « usage », étant toutefois entendu que la répétition de cet usage ne crée pas un droit de propriété du public sur l'œuvre<sup>31</sup>. Malgré ces nuances, le modèle de la propriété n'a cessé d'être contesté au nom d'un autre modèle, celui du contrat social.

### Le modèle du contrat social

Il est esquissé dès la fin du XVI<sup>e</sup> siècle avec succès par un célèbre avocat, Simon Marion, contre la tentative de libraires parisiens de se réserver, par un privilège exclusif, l'exploitation d'un ouvrage du domaine public<sup>32</sup>. Il s'enrichit ensuite de l'apport des Lumières. Soutiens des libraires provinciaux, l'avocat Gaultier et Condorcet l'invoquent contre le monopole des libraires parisiens et leur théorie de la propriété intellectuelle perpétuelle<sup>33</sup>. Le modèle du contrat social

atteint au XIX<sup>e</sup> siècle sa maturité. Il est systématisé et défendu avec vigueur contre une prolongation excessive des droits patrimoniaux, par un courant de pensée emmené par l'éminent juriste Renouard et rejoint par l'anarchiste socialiste Proudhon. Il inspire encore en partie la réforme du droit d'auteur envisagée en 1936 par le Front populaire, présentée par Jean Zay et finalement abandonnée.

Le modèle du contrat social consiste à subordonner l'intérêt particulier de l'auteur et de ses ayants droit à l'utilité sociale et à un ensemble de libertés : de création, d'échange des idées, de commerce et d'industrie, de concurrence... Son principe est que la société est l'origine et la fin de toute production intellectuelle. Elle en est l'origine car elle met à la disposition de tous le patrimoine commun des idées et collabore ainsi à tout ouvrage de l'esprit. Si bien qu'aucun individu ne peut s'en prétendre « l'unique créateur<sup>34</sup> » : avant d'être le père de son œuvre, l'écrivain ou l'artiste est toujours « l'œuvre de son siècle et des siècles antérieurs<sup>35</sup> ». Redevable à la société de ses facultés, connaissances et idées, l'auteur ne saurait donc s'approprier l'œuvre. D'autant que pareille appropriation est considérée comme impossible au regard de la nature ubiquitaire des choses de l'esprit, mais aussi comme incompatible avec la finalité qui devrait être celle de toute production culturelle : enrichir gratuitement le public<sup>36</sup>.

Cela étant, si la qualité de propriétaire est refusée à l'auteur, celle de tra-

27. Ainsi, E. Laboulaye, *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, 1858, p. XXVI. Sur cet aspect, voir F. Zenati, « L'immatériel et les choses », *Archives de philosophie du droit*, 1999, p. 89 et s.

28. Suivant Jean Barbeyrac, fin connaisseur et propagateur en France de la pensée de Locke (préface à Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, Amsterdam, 1734, p. VI). Sur la valeur matricielle du concept lockien de propriété, voir par ex. M. Villey, « Les fondateurs de l'école du droit naturel moderne au XVIII<sup>e</sup> siècle », dans *Archives de philosophie du droit*, 1962, p. 94.

29. Ainsi : Vaunois, « Rapport présenté à la Commission nommée par la Société d'Études législatives pour l'étude des réformes à apporter à la législation sur la Propriété littéraire », dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1908, p. 73.

– L. Bérard, ministre de l'Instruction Publique, dans sa thèse : *Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté*, Paris, 1902, p. 54.

– M. Nast, note sous Trib. civil Seine, 1<sup>er</sup> avril 1936, D.P. 1936. 2, p. 69.

– S'agissant de la jurisprudence, voir par exemple : Cour d'appel de Paris, 1<sup>er</sup> février 1900, S. 1900. 2. 121 : nul ne peut devenir « maître, contre l'auteur lui-même, des droits les plus sacrés, les plus personnels [...] les droits moraux ».

30. Dans ce sens, A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2001, n<sup>o</sup> 23, p. 29, et F. Zenati et T. Revet, *Les biens*, PUF, 1997, coll. « Droit fondamental », p. 49.

31. Par exemple E. Pouillet, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1879, p. 23.

32. Cf. *Plaidoyez de M. Simon Marion*, op. cit. Sur lequel revient L. Pfister, op. cit., p. 146-149.

33. Cf. Condorcet, *Fragments sur la liberté de la presse* (1776), dans *Œuvres*, nouvelle impression en fac-similé de l'édition de Paris 1847-1849, Stuttgart, 1968, t. 11, p. 308.

34. Cf. Lestiboudois, Chambre des députés, séance du lundi 22 mars 1841, *Le Moniteur universel*, 23 mars 1841, p. 716.

35. Cf. A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les Beaux-Arts*, Paris, 1838, t. 1, p. 436. Déjà dans ce sens, M<sup>e</sup> Gaultier, *Mémoire à consulter, pour les Libraires et Imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille et Nîmes, concernant les privilèges de librairie et continuation d'iceux* (1776), BN, Ms. Fr. 22073, n<sup>o</sup> 144.

36. Satisfaire la « vertu de gratuité » selon P.-J. Proudhon, *Les majorats littéraires* (1863), réédité par D. Sagot-Duvaurois avec un choix de contributions d'époque sur le droit d'auteur, Paris, Dijon, Presses du Réel, 2002, p. 208 et 231.

vailleuse lui est volontiers reconnue<sup>37</sup>. Son travail intellectuel lui confère un droit à rémunération, lequel naît d'un contrat qui se forme entre lui et la société au moment de la publication. En publiant sa pensée, l'auteur n'est plus en mesure d'en exclure le public. Il

**Le modèle  
du contrat social  
consiste à subordonner  
l'intérêt particulier  
de l'auteur  
et de ses ayants droit  
à l'utilité sociale et à  
un ensemble de libertés**

s'en dépossède et en fait don au public. Le public peut alors librement en user, la faire circuler, la partager. Mais en échange, le public verse à l'auteur une rémunération<sup>38</sup>.

La rémunération du travail intellectuel est envisagée sous la forme de divers mécanismes légaux, variables suivant les époques : concession de privilèges par le roi sous l'Ancien Régime ou de prérogatives par le Parlement au XIX<sup>e</sup> siècle, instauration d'un domaine public payant ou de licences légales comme dans le projet Zay de 1936... Quelle qu'en soit la forme, la rémunération s'éteint après un certain délai pour ne pas dégénérer en monopole au profit de l'intérêt égoïste de quelques exploitants et pour garantir le « progrès des lumières », l'accès le plus large du public au savoir et à la culture, le retour des œuvres à la société.

Si le modèle du contrat social ménage une place au droit moral de l'auteur, il se caractérise surtout par l'assimilation du droit d'auteur à un droit de créance, à un droit à rémunération du travailleur intellectuel, par opposition au droit de l'auteur propriétaire ou de ses cessionnaires d'interdire au public telle ou telle utilisation de l'œuvre.

### Un antagonisme exacerbé à l'heure du numérique

Causée par l'essor des techniques de l'information et de la communication, l'exacerbation de l'antagonisme entre les deux modèles produit, dans la conception et la réalisation de chacun d'eux, des métamorphoses qui affectent sensiblement le rapport et la hiérarchie des intérêts en jeu.

#### Une privatisation croissante des créations de l'esprit

Établie depuis longtemps, éclipsée un temps par la reconnaissance du droit moral, la protection économique des œuvres ne cesse aujourd'hui de gagner du terrain et, avec elle, la marchandisation des créations de l'esprit, synonyme pour certains d'américanisation et de dérive vers le copyright<sup>39</sup>. L'essor de nouveaux modes de communication et d'exploitation y est pour beaucoup. Le facteur principal reste l'industrialisation, la commercialisation et la mondialisation croissantes du secteur culturel. Les entreprises internationales qui l'ont investi, les majors, parfois détentrices de contenus et des canaux de diffusion, lui impriment une logique de production et de consommation

massives de biens et de services dont elles espèrent tirer les fruits. La propriété littéraire et artistique en est l'un des instruments en même temps qu'elle en est l'emblème. Son évolution, dans ce contexte et sous l'effet de textes internationaux et nationaux, entraîne une privatisation croissante des œuvres<sup>40</sup>.

Le champ de la propriété ne cesse d'être élargi à de nouveaux objets, par exemple aux logiciels et aux bases de données<sup>41</sup>. Subsumer ces biens, souvent dépourvus de personnalité, dans la catégorie des œuvres littéraires et artistiques répond surtout à la volonté de protéger l'investissement que requiert leur production, mais altère la condition traditionnelle de l'originalité et discrédite le droit d'auteur.

L'élargissement du champ de la propriété va de pair avec la consolidation des droits exclusifs, non pas tant au profit des créateurs, censés pourtant être au cœur du droit français, que des entrepreneurs<sup>42</sup>. Le phénomène s'accroît, notamment depuis la loi du 3 juillet 1985. Ainsi les droits d'exploitation des coauteurs sont-ils présumés cédés aux producteurs d'œuvres audiovisuelles afin

40. Sur cette évolution, voir :

– A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 11 et s., p. 14 et s., et n° 32 et s. p. 41 et s.

– P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2004, n° 10 et s. p. 23 et s.

– A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Paris, Dalloz, 1999, n° 1.18 et s., p. 46 et s.

– F. Pollaud-Dullian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005.

– B. Warusfel, *La propriété intellectuelle et l'Internet*, Flammarion, 2000.

– M.-A. Hermitte, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation : l'exemple des droits intellectuels », *Archives de philosophie du droit*, 1985, p. 33 et s.

41. Respectivement par une loi du 3 juillet 1985 et une autre du 1<sup>er</sup> juillet 1998. La jurisprudence n'est pas en reste puisqu'elle a par exemple reconnu que des containers de déchets constituaient une œuvre intellectuelle protégée par le droit d'auteur (TGI Paris, 14 décembre 1994, *Revue du droit de la propriété intellectuelle*, 1995, n° 59, p. 46). Pour d'autres illustrations et sur la question dans son ensemble, voir C. Caron, « L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle », *Études offertes à J. Dupichot*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 61 et s.

42. Sur ce point, voir par exemple M. Vivant, « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, p. 441.

37. L'exposé des motifs du projet Zay de 1936 précise que « l'auteur ne doit plus désormais être considéré comme un propriétaire, mais bien comme un travailleur auquel la société reconnaît des modalités de rémunération exceptionnelles, en raison de la qualité spéciale des créations issues de son labeur » (Chambre des députés, 2<sup>e</sup> séance du 13 août 1936, *Doc. parlementaires*, 1936, p. 1707, annexes).

38. Pour Gautier (*op. cit.*), Renouard (*op. cit.*, t. 1, p. 457-460) ou encore Proudhon (*op. cit.*, p. 154-155), le contrat qui lie l'auteur à la société s'analyse comme un échange.

39. Voir, entre autres, les contributions de P. Gaudrat et M. Vivant (Marchandisation) et de S. Von Lewinski (Américanisation) dans *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?* sous la dir. de M. Vivant, Paris, 2004.

de compenser les risques financiers. La même justification explique que de nouveaux droits, voisins du droit d'auteur, aient été reconnus aux producteurs de disques et de vidéos ainsi qu'aux entreprises audiovisuelles. De plus, au cours des années 1990, en Europe comme aux États-Unis, la durée des droits d'exploitation a été portée à 70 ans *post mortem auctoris*, principalement au bénéfice des cessionnaires des droits.

Reste que les techniques et réseaux numériques facilitent la reproduction et la redistribution des œuvres, notamment musicales et cinématographiques, sans autorisation. C'est pourquoi, au nom du « respect des droits de propriété intellectuelle » et pour parer au manque à gagner des titulaires des droits, le législateur français vient d'instaurer, à l'occasion de la transposition de la directive *Dadvisi*, des sanctions pénales contre les activités liées à l'échange de fichiers *peer to peer* <sup>43</sup>.

Mais ce n'est pas tout. Car la technique offre la possibilité, du moins à ceux qui en ont les moyens financiers, en fait les grandes entreprises, de clore l'œuvre. Aux yeux de certains, le recours aux enclosures numériques ouvre la voie à un nouvel âge appelé à remplacer celui de la propriété, l'âge de l'accès fondé sur le contrat <sup>44</sup>. Forts d'une protection technique, les producteurs de films, de musique, de textes, ne vendront plus d'exemplaires mais autoriseront seulement les consommateurs à les voir, les écouter, les lire, à en user suivant des modalités fixées contractuellement.

Ces nouveaux modes de diffusion et de consommation existent déjà. Mais il semble hasardeux de prédire le triomphe de ce nouveau paradigme contractuel. Car, hormis les doutes relatifs à sa viabilité économique <sup>45</sup>,

43. Cf. futur article L. 335-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle (CPI).

44. Thèse vulgarisée par J. Rifkin, *L'âge de l'accès. La vérité sur la nouvelle économie*, Paris, 2000.

45. Sur lesquels: J. Farchy et F. Rochelandet, « La remise en cause du droit d'auteur sur Internet. De l'illusion technologique à l'émergence de barrières à l'entrée », *Revue d'économie industrielle*, 2002, n° 99, p. 49 et s.

l'autorisation d'user de l'œuvre suppose la propriété même de l'œuvre. Du reste, en l'état actuel, les mesures techniques de protection (MTP ou DRM, Digital rights management, en anglais) sont elles-mêmes protégées par des textes internationaux et nationaux afin de sécuriser l'exclusivité des droits de propriété intellectuelle, mais au risque d'une surréservation puisque les MTP sont susceptibles d'interdire au public des actes qui jusqu'alors étaient tolérés, en particulier la copie privée <sup>46</sup>. Le législateur français, en transposant la directive *Dadvisi*, s'est voulu rassurant en cherchant à établir un compromis <sup>47</sup>.

Que ce compromis préserve ou non d'une frénétique privatisation, il ne fera sûrement pas taire ceux qui dénoncent la « dérive » du droit d'auteur en un droit de protection économique, délesté de sa dimension morale, accaparé par les marchands afin de rentabiliser leurs investissements et menaçant l'intérêt du public.

### La tentation d'une socialisation du droit d'auteur

Réaction à la « marchandisation de la culture » et à l'instrumentalisation du droit d'auteur par les majors, la tentation de la socialisation du droit d'auteur traduit aussi la montée en puissance des consommateurs. Elle

46. Aux États-Unis, la protection accordée aux MTP par le *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 va jusqu'à donner naissance à un nouveau droit, le droit d'accès. Cf. J. Ginsburg, « News from U.S. (1) », *Revue internationale du droit d'auteur*, 1999, p. 143 et s.

Sur le problème et ses enjeux, voir S. Dusollier (dir.), *Le droit d'auteur: un contrôle de l'accès aux œuvres?*, Bruxelles, Bruylant, 2000, et S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles, Larcier, 2005.

47. Tout en sanctionnant les contournements des MTP, la loi dispose que les MTP ne devront pas empêcher la mise en œuvre effective du principe d'interopérabilité, principe selon lequel toute œuvre ou tout fichier doit être lisible sur n'importe quel équipement prévu à cet effet (futur article L. 331-5 du CPI). La loi crée également une Autorité de régulation des mesures techniques chargée de veiller à ce que la mise en œuvre desdites mesures n'ait pas pour effet de priver les bénéficiaires des exceptions, notamment de copie privée (futur article L. 331-8).

exprime souvent la volonté de préserver la « tradition » de gratuité et de liberté d'Internet et l'espoir, porté par la technique, en un renouvellement du pluralisme culturel.

La socialisation du droit d'auteur vise à préserver l'intérêt et les « droits » du public, voire à les faire prévaloir sur l'intérêt particulier des exploitants. Elle consiste notamment à remplacer le pouvoir des propriétaires d'interdire les utilisations des œuvres par un droit à une rémunération honorifique et pécuniaire des créateurs et ayants droit qui compensera la liberté pour le public d'user, de partager et d'échanger les œuvres et, à travers elles, la culture et le savoir. Sa filiation avec le modèle du contrat social est affichée par certains de ses promoteurs <sup>48</sup>. Et le gauchissement du droit d'auteur qu'elle implique est pleinement assumé par ses partisans lorsqu'ils pratiquent le *copyleft* ou proclament dans une veine proudhonienne que « *la propriété intellectuelle, c'est le vol* » <sup>49</sup>.

La tentation de la socialisation du droit d'auteur se manifeste de multiples manières. La proposition d'instaurer, à la mort de l'auteur, un domaine public payant en est une <sup>50</sup>. Le meilleur exemple reste le recours aux licences. Les licences permettent au public d'utiliser l'œuvre publiée d'une manière déterminée, sans autorisation de l'auteur ou de ses ayants droit mais moyennant une récompense. Elles peuvent être instaurées par le législateur. Envisagée par le Front populaire, l'instauration de li-

48. Ainsi du député Patrick Bloche qui, à l'appui de la proposition de licence globale présentée devant l'Assemblée nationale, s'est autorisé des figures de Renouard et Zay pour affirmer que « *le droit d'auteur est un contrat social* » (*Journal officiel*, AN, 21 décembre 2005, 1<sup>re</sup> séance, p. 8606-8607).

49. D. Cohen, « La propriété intellectuelle, c'est le vol », *Le Monde*, 7 avril 2001. Et la réponse de P.-Y. Gautier, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle? », *Le Monde*, 10 avril 2001. Voir aussi J. Smiers, « La propriété intellectuelle, c'est le vol! », *Le Monde diplomatique*, octobre 2001.

50. Cf. rapport sur les *Droits d'auteur* du Conseil économique et social, présenté par M. Muller en juillet 2004 et disponible sur le site: <http://www.conseil-economique-et-social.fr/>

## MORT ET TRANSFIGURATION DU DROIT D'AUTEUR ?

cences légales en droit français a été réalisée par la loi de 1985, notamment pour les copies privées audiovisuelles<sup>51</sup>. En 2005, à l'occasion de la transposition de la directive européenne, l'extension du mécanisme et de la copie privée aux échanges de fichiers sur Internet a été proposée sous la forme de la fameuse « licence globale optionnelle ». Outre la « culture de générosité » ou la « désindustrialisation de la culture », ses partisans ont invoqué la nécessité de légaliser les infractions que commettent une « majorité » de citoyens. Ni cet argument qui fait primer de manière fort discutabile l'usage sur la loi, ni aucun autre n'a, on le sait, triomphé.

Les licences peuvent aussi émaner de la volonté même des auteurs. En témoignage, parmi les multiples pratiques qui ont fait florès avec la révolution technique, le *copyleft*. Plus qu'une alternative au droit d'auteur, le *copyleft* consiste en un exercice subversif du droit d'auteur, fondé sur un impératif de partage et visant à enrichir, par un travail intellectuel collectif et continu, un fonds commun de ressources libres. Pour ce faire, chaque auteur renonce volontairement à ses droits patrimoniaux et à son droit moral à l'intégrité de l'œuvre. Les utilisateurs successifs de l'œuvre sont ainsi libres de la redistribuer et de la modifier, à charge pour eux de lui conserver son caractère ouvert et de récompenser l'auteur en respectant sa paternité. Inauguré et connu aujourd'hui surtout sous la forme du logiciel libre, le *copyleft* est également appliqué à d'autres œuvres et sied au monde de la recherche<sup>52</sup>.

51. La licence légale a également été utilisée pour la mise en œuvre du droit de prêt des livres en bibliothèque, dans la loi du 18 juin 2003. Sur les licences, lire l'article très éclairant de A. Strowel, « Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ? », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, 1991, p. 161 et s.

52. Pour une présentation du *copyleft* : <http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.fr.html> et D. Géraud, « Le *copyleft* : un ver dans le verger des titulaires de droit », *Réseaux, droit d'auteur et numérique*, 2002, p. 155 et s. Voir aussi les Creative commons : <http://fr.creativecommons.org/>

L'attrait pour une socialisation plus radicale du droit d'auteur s'exprime lorsqu'il est question d'adapter à l'environnement numérique les exceptions traditionnelles au droit d'auteur, en particulier de la copie privée. En effet, afin de freiner la privatisation des œuvres, de satisfaire les usages des utilisateurs consommateurs, la tentation est grande de dénaturer les exceptions au point de les ériger en de véritables droits du public, égaux et opposables au droit d'auteur. L'Assemblée nationale y a en partie succombé. En mars dernier, à l'occasion de la transposition de la directive, elle a voté un article reconnaissant le « droit au bénéfice de l'exception de copie privée », monstruosité juridique depuis abandonnée par le législateur.

La transformation des exceptions en droits est également enseignée par une partie de la doctrine juridique et semble séduire certains juges du fond<sup>53</sup>. Elle trouve parfois son fondement dans le droit du public à l'information, garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Un puissant courant de pensée se nourrit de cette approche pour accrédi- ter et répandre l'idée qu'au sein du « cyberspace », rétif par nature à toute appropriation privée et enclin par tradition à la gratuité, le droit d'auteur ne serait qu'une exception au droit du public à l'information et à l'accès aux œuvres<sup>54</sup>. La pertinence d'un tel raisonnement laisse

53. Cf. M. Vivant et G. Vercken, note sous TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 30 avr. 2004, *Légipresse*, sept. 2004, III, p. 148. C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004.

54. Avec plus ou moins de nuances, voir par ex. : – L. Hennebel, *Propriété intellectuelle versus « communisme informationnel »*, [http://www.freescap.eu.org/biblio/printarticle.php3?id\\_article=141](http://www.freescap.eu.org/biblio/printarticle.php3?id_article=141)

– J. P. Barlow, *The economy of Ideas. A framework for patents and copyrights in the Digital Age (Everything you know about intellectual property is wrong)*, Wired. Le site de l'Electronic Frontier Foundation propose d'autres contributions de J. P. Barlow : <http://www.eff.org> – Les contributions de P. Quéau, disponibles sur le site <http://www.freescap.eu.org/biblio/> : *Vers un domaine public mondial de l'information ; Intérêt général et propriété intellectuelle ; À qui appartiennent les connaissances ?*

perplexe : une création littéraire ou artistique peut-elle être ravalée au rang d'une information sur laquelle le public aurait un droit susceptible de faire obstacle au droit d'auteur ? Quel est ce « public », sujet de droit ? La loi Dadvsi n'a pas entériné pareil raisonnement. Elle a néanmoins créé de nouvelles exceptions aux droits de propriété intellectuelle : exception pédagogique, en faveur des handicapés ou des archives...

## Conclusion

Droit de protection des investissements... et des investisseurs ou droit à une récompense honorifique et pécuniaire compensant la libre utilisation des œuvres par le public ? Quelle qu'en soit l'issue, l'affrontement exacerbé entre privatisation et socialisation, avatars de modèles historiques concurrents, détourne le droit d'auteur de ce qu'il était. Il incline à ne plus être cette propriété souveraine du créateur, comprise comme une protection de sa personnalité et, partant, comme un pouvoir, attaché à lui seul, d'interdire aux exploitants et au public tel ou tel usage de son œuvre, dans le respect de certaines limites<sup>55</sup>.

Qu'il soit tenu pour un « fournisseur de contenus » ou pour un travailleur rémunéré par le public, il est à craindre que l'auteur ne soit la victime du duel que se livrent aujourd'hui entreprises et consommateurs.

Juillet 2006

55. Comme le rappellent très justement P. Gaudrat et F. Sardain, « *la seule personne qui mérite [le] titre* » de propriétaire intellectuel dans le système de la loi de 1957 est le créateur (article L. 111-1, al. 1<sup>er</sup>). Cette propriété inclut le droit moral (article L. 111-1, al. 2) » (art. cité, p. 6). Voir aussi P. Gaudrat, « Théorie générale du droit moral : l'exemple du droit français », *Journal of Law and Communications. Revue du droit de la communication*, 2005.