

DROIT LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT INTELLECTUEL

©ANTOINE GITTON 2003/2007

« (...) Ils ne songent pas qu'au contraire toute l'invention consiste à faire quelque chose de rien (...) » Racine Préface à Bérénice

Préface

Il faudrait, pour donner tout son sens à ce propos liminaire, pouvoir s'exprimer avec le talent du poète. Le très bel ouvrage d'Antoine Gitton le mérite qui s'applique à retracer le devenir de l'œuvre d'art depuis l'antiquité, sa mise "sous tutelle" au fil du temps qui fera émerger *in fine* le concept de propriété intellectuelle. La somme que représente ce livre, est colossale car le sujet qui prend sa racine dans la pensée est par définition quasi illimité.

Evoquant les bâtisseurs de cathédrales, Antoine Gitton explore les expressions artistiques les plus diverses à travers le temps et l'espace pour mieux dessiner les contours de son étude.

Au-delà du propos philosophique, essentiel en l'occurrence, l'homme de loi a dû défricher l'arsenal juridico/administratif généré depuis longtemps par cette quête de l'équité, cette volonté, trop souvent vaine, de préserver les intérêts du créateur. J'ajouterai à titre personnel que de trop nombreux intermédiaires qui se sont érigés en défenseurs de la propriété intellectuelle ont prélevé une part importante de la dîme réservée aux auteurs !

Déclarations, textes législatifs sans cesse revisités, décrets, jurisprudences, innombrables exceptions ... voilà qui constituait le matériau aride à la disposition de l'auteur.

Lorsque celui-ci m'a fait l'amitié de me demander quelques mots de préface, pour reprendre ces propres termes, j'ai d'abord pensé qu'un malheureux musicien serait incapable de s'exprimer sur un sujet aussi technique ... Et puis, j'ai été rapidement conquis par le parti pris d'Antoine Gitton qui, poursuivant son propos pédagogique avec une grande concision, nous offre des commentaires littéraires remarquables, des citations qui témoignent d'une grande culture. Et j'ai pris un réel plaisir à cheminer à ses côtés au travers des nombreux sentiers qu'emprunte l'analyse de l'évolution des mécanismes juridiques.

Que le législateur s'informe en lisant ce document, il pourra s'inspirer de certaines pistes que nous offre l'auteur, cela pourrait lui éviter la rédaction de textes redondants, voire erronés.

Voilà en un mot un ouvrage qu'il serait bienvenu de mettre entre les mains de nos jeunes stagiaires de l'E.N.A.

Sans vouloir conclure avec pessimisme, il faut bien dire que quoique décident les hommes, il restera des créateurs dans la misère ; tel Beethoven qui pourtant savait et avec quelle acuité, que sa musique serait une immense consolation pour les générations à venir !

Et c'est bien là l'essentiel. Antoine Gitton le rappelle en citant Victor Hugo qui lui-même citait Virgile : "la pensée de l'écrivain échappe à toute main qui voudrait la saisir et s'envole d'âme en âme, elle a ce don et cette force".

Soyons assurés que le beau demeurera toujours plus utile que l'utile... alors ...

Marc Bleuse

Compositeur

PLAN

Première Partie - L'œuvre, au confluent des droits des auteurs et du public

Titre I: La vie communautaire des auteurs et du public

Chapitre 1.1- Les arbitrages du Prince au jardin d'Eden

Section 1.1.1- Avant la Révolution

Section 1.1.2- La Révolution

Section 1.1.3- La période moderne

Chapitre 1.2 : Le droit de propriété littéraire et artistique - les obligations du public dans un environnement protégé

Les frontières entre le droit de la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle

Section 1.2.1 : Panorama des droits des auteurs

1.2.1.1- Les prérogatives d'auteur - Articles L.121.1 à L.123-12 du Code de la propriété intellectuelle

1.2.1.1.1- Prérogatives de droit moral

1.2.1.1.2- Prérogatives patrimoniales (L.122-1 à L.122-12 du CPI)

1.2.1.2- Durée - L.123-1 à L.123-12 du CPI (Directive 93/98 du 29/10/93)

Section 1.2.2- Les œuvres - Articles L.112-1 à L.112-4 du CPI

1.2.2.1- Classification selon le nombre des auteurs contributeurs - L.113-2

1.2.2.2- Classification selon le genre de l'œuvre

Section 1.2.3- L'exploitation des oeuvres

1.2.3.1- Principes généraux - L.131-1 à L.131-5

1.2.3.2- L'édition – Notion L.132-1 à L.132-17

1.2.3.3- Le contrat de production audiovisuelle L.132-23 à L.132-30

Section 1.2.4- Les droits voisins L.211-1 à L.217-3

1.2.4.1- Principes généraux

1.2.4.2- Notion d'artiste interprète

1.2.4.3- Droit moral et droit patrimonial des artistes

A- Droits moraux

B- Droit patrimoniaux

1.2.4.4- La production en matière musicale et audiovisuelle

1.2.4.5- Droit patrimoniaux des producteurs

1.2.4.6- Les contrats artiste / producteur

Section 1.2.5- Les producteurs de bases de données

Section 1.2.6- Le projet d'extension des formalités de dépôt légal

Section 1.2.7- La gestion collective

Section 1.2.8- Droits d'auteur des personnes publiques

Section 1.2.9- La loi du 1^{er} août 2006 et les créations des agents publics

Section 1.2.10 - Le droit d'auteur sur les logiciels y compris le matériel de conception préparatoire (L.113-2-13° du Code de la propriété intellectuelle)

Section 1.2.11 - L'article L.122-7-1 du CPI - La liberté de mise à disposition du public gratuite

Section 1.2.12 - L'épuisement du droit de distribution

Section 1.2.13- Le droit d'auteur en actions

Titre II : Les exceptions aux droits ou les libertés du public dans l'environnement protégé des œuvres

Chapitre 2.1- Le droit d'auteur confronté aux sphères privées des individus et à l'intérêt général

Section 2.1.1- Les exceptions générales aux droits de propriété intellectuelle des auteurs, des artistes et des producteurs

2.1.1.1- L'Union de Berne

2.1.1.2- Les Traités OMPI du 20 décembre 1996

2.1.1.3- La Directive 92/100 du Conseil du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle

2.1.1.4- Le Code la propriété intellectuelle français

2.1.1.5- Le droit belge

Section 2.1.2- Le droit d'édition en cercle privé ou la rémunération pour copie privée.

2.1.2.1- Principes d'organisation

2.1.2.2- Le fondement de l'exception de copie privée : la liberté publique de vie privée

2.1.2.3- Le délitement des fondements de l'exception

2.1.2.4- La dérive de la copie privée vers l'édition privée

Section 2.1.3- Les articles 14 et 15 de la loi du 17 juillet 2001 ou la copie privée numérique de l'écrit (Articles L.311-1, L.311-2, L.311-4, L.311-7, L.311-8 du CPI)

Section 2.1.4- Les incidences en jurisprudence des modes de fixation sur la qualification juridique des modes d'exploitation des œuvres

Chapitre 2.2- Rémunération au titre du prêt en bibliothèque (Loi n° 2003/517 du 18 juin 2003) Transposition de la directive du 19 novembre 1992)

Chapitre 2.3- Directive du 22 mai 2001

Section 2.3.1- Etat de la transposition de la directive du 22 mai 2001 au 1^{er} janvier 2004

Section 2.3.2- Panorama des droits exclusifs

2.3.2.1- Droit de reproduction

2.3.2.2- Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés

2.3.2.3- Epuisement des droits

2.3.2.4- Droit de distribution

Section 2.3.3- Panorama des exceptions

2.3.3.1- Les actes de reproduction provisoires qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique (Article 5.2.1 de la directive)

2.3.3.2- Exceptions ou limitations au droit de reproduction (Article 5.2.2 de la directive)

2.3.3.3. Exceptions ou limitations aux droits de reproduction et de communication au public (Article 5.2.3 de la directive)

2.3.3.4- Contrôle et limite des exceptions et limitations - Article 5.5 de la directive

Section 2.3.4- L'exception de copie privée de l'article 5.2.b de la directive

Section 2.3.5- Reprographie et copie privée selon la directive du 22 mai 2001

Section 2.3.6- Le projet de loi français

2.3.6.1- Exceptions de « copie transmission » et « copie cache »

2.3.6.2- Une exception réduite au bénéfice de personnes handicapées

Deuxième partie : Droit des mesures techniques (MT)

Titre I- En principal, les mesures techniques juridiquement protégées

Chapitre 1.1- Les mesures techniques efficaces - MTE - mesures de fermeture

Section 1.1.1- Notion de mesure technique efficace (MTE)

Section 1.1.2- Une MTE dont le contournement laisse présumer la fraude de l'utilisateur

Section 1.1.3- La cohabitation MTE et exceptions : Les arbitrages de la directive entre protection juridique des MTE et droits des utilisateurs

1.1.3.1- Exceptions et limitations sauf copie privée

1.1.3.2- Droit de copie privée

Chapitre 1.2- La protection juridique des mesures techniques « d'ouverture » pour l'exercice des exceptions et limitations (MTEL) Article 6.4 alinéa 3 de la directive

Chapitre 1.3- Les mesures techniques de protection dans le projet de loi français

Chapitre 1.4- Les limites de la protection juridique des MTE

Section 1.4.1- Les libertés fondamentales

Section 1.4.2- Les droits du consommateur

1.4.2.1- La garantie de conformité du produit

1.4.2.2- La garantie des vices cachés

1.4.2.3- La vente d'un support non conforme est susceptible de constituer le délit de tromperie

Section 1.4.3- Le droit de la concurrence

Section 1.4.4 - Les logiciels

Section 1.4.5- Les limites de principe aux exceptions et limitations

Titre II- La protection juridique des mesures techniques en dérivé : les produits ou services visant à contourner une MT et les obligations relatives à l'information sur le régime des droits.

Chapitre 2.1- La répression de l'exploitation des Produits ou Services Visant à Contourner une Mesure Technique Efficace (PSVCMTE)

Chapitre 2.2- La répression du contournement des « Informations sur le régime des droits » (IRD)

Section 2.2.1- Les IRD protégées

2.2.1.1- Fonction d'identification des oeuvres

2.2.1.2 Conditions d'utilisation des oeuvres

2.2.1.3- Codification des éléments d'identification de l'œuvre et de ces conditions d'utilisation

Section 2.2.2- Les moyens de la répression du contournement des IRD

Section 2.2.3- La limite des données personnelles

2.2.3.1- Les droits des personnes sur leurs données à caractère personnel

2.2.3.2- Conditions de licéité de la mise en œuvre des traitements de données à caractère personnel (Chapitre 2 de la loi modifiée - Articles 6 à 10)

2.2.3.3- Prerogatives particulières de la personne physique concernée par le traitement

2.2.3.4- Obligations du responsable du traitement et prerogatives générales des personnes

2.2.3.5- La circulation des fichiers de données à caractère personnel

Titre III- Les mesures juridiques appropriées (MJA) à la charge des Etats membres

Chapitre 3.1- Des mesures juridiques

Section 3.1.1- Les MJA provisoires et conservatoires

Section 3.1.2- Les MJA résultant d'un jugement au fond

Section 3.1.3- Dispositions de droit pénal ??

Section 3.1.4- Les mesures juridiques appropriées selon le projet de loi sur les droits d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information

Chapitre 3.2- Topologie des mesures techniques juridiquement protégées

Section 3.2.1- Mesures techniques (efficaces) de protection des droits d'exploitation

3.2.1.1- Mesures techniques (efficaces) de protection du droit de reproduction

3.2.1.2- Mesures de protection (efficaces) du droit de reproduction off-line

3.2.1.3- Mesures de protection du droit de reproduction off-line numérique

3.2.1.4- Les techniques de protection du droit de reproduction :

3.2.1.5- Droits de reproduction de l'utilisateur on line

Section 3.2.2- Synthèse : un rééquilibrage en faveur des services au détriment des supports

Titre IV : Droit comparé : le copyright

Chapitre 4.1- Le système américain du copyright

Section 4.1.1- Les œuvres protégées

Section 4.1.2- La durée de protection

Section 4.1.3- Les formalités du copyright

Section 4.1.4- L'enregistrement de l'œuvre peut également intervenir auprès du service des douanes américaines

Section 4.1.5- Le dépôt légal américain

Section 4.1.6- Les Etats-Unis et le droit moral

Section 4.1.7- Les prérogatives conférées par le droit du copyright

Section 4.1.8- Les actions en contrefaçon d'œuvres protégées par le droit du copyright

Section 4.1.9- Le « No electronic Theft Act »

Chapitre 4.2- Le Digital Millenium Copyright Act - DMCA - 28 octobre 1998

Chapitre 4.3- Jurisprudence américaine et mesures techniques de protection

Titre V - L'intérêt collectif local

Chapitre 5.1 : Services publics de diffusion des œuvres et régulation culturelle

Chapitre 5.2- Identité culturelle et collectivités locales

Chapitre 5.3- Synthèse - Prospective

Avant-propos - Notions

La protection des œuvres

Les œuvres de l'esprit, y compris leurs avatars – interprétations, exécutions, fixations – s'envolent « d'âme en âme », comme l'exprime Hugo en 1878, citant Virgile :

« *La pensée de l'écrivain, en tant que pensée, échappe à toute main qui voudrait la saisir ; elle s'envole d'âme en âme ; elle a ce don et cette force, virum volitare per ora* (NdE : Voler de bouche en bouche, Virgile, Géorgiques, III, 9) ». Fût-ce à son corps défendant, pourvu qu'il s'agisse bien de l'âme de l'auteur.

La création prend un sens profane pour autant que l'objet créé apparaisse à quelqu'un d'autre que son créateur.

Tout le reste n'est que prières.

Les œuvres de l'esprit, qui volent, comme dirait Hugo, c'est bien, essentiel, sincèrement, on le sent bien ... Mais pour autant, comme dirait Beaumarchais, voila qui ne donne pas de pain à l'auteur, et qui ne fait pas les affaires des « producteurs »¹ de l'œuvre.

Depuis l'antiquité, toutes les civilisations ont voulu s'honorer en assurant, par une économie dérogatoire (évergétisme, mécénat, droit d'auteur ...) un cycle vivant de la création.

Le propre de la création, peut-être d'ailleurs ce qui fait l'œuvre, c'est d'être le fruit d'un esprit libre, entier, hors la recherche du profit. Voici qui n'est pas rentable, a priori. D'où l'économie spécifique du droit d'auteur, pour conserver le fragile « écosystème » de la création.

Les techniques modernes de reproduction et de communication ont débuté avec l'imprimerie, sont passées par les émissions électriques, puis électroniques pour aboutir à la numérisation.

L'économie du droit d'auteur, peu rentable avant l'imprimerie, l'est devenue, avec des perspectives exponentielles depuis le XV^{ème} siècle. Son marché est devenu particulièrement volatile depuis l'avènement des techniques numériques de reproduction et de communication.

Toutefois les caractères propres du droit d'auteur demeurent. La rentabilité n'est pas l'objet de la création. Certes ...

S'il fallait autrefois penser à organiser l'économie de la création pour donner du pain aux auteurs, il s'agit aujourd'hui, que ça plaise ou non, d'assurer la stabilité de l'industrie de la création et de ses marchés. Nous y voyons deux raisons majeures, positive et négative :

Il s'agit d'abord de donner une réelle sécurité économique à un marché qui nourrit l'écosystème de la création.

Il s'agit ensuite de prévenir le sentiment d'insécurité de ceux qui tiennent les rênes de la circulation des œuvres.

¹ Nous entendons ici « producteur » au sens générique, non juridique : tous ceux qui vont donner vie à l'œuvre : en la jouant, en la modelant, en la fixant ...

Le pillage des œuvres représente une catastrophe à court terme pour la création.

Un réflexe malthusien des éditeurs et des producteurs ne vaudrait pas mieux.

Les mesures de protection

Traiter des mesures de protection des droits de propriété intellectuelle, c'est dorénavant, depuis les deux traités OMPI du 20 décembre 1996^a, le Digital Millenium Copyright Act et la directive du 22 mai 2001 qui les met en œuvre, traiter de droits autonomes sur les mesures techniques de protection.

Avant ces traités OMPI du 20 décembre 1996, si des mesures techniques de protection pouvaient exister, elles s'organisaient selon le droit commun, en fonction des droits sur les objets protégés et en fonction des droits et des libertés du public.

Ainsi les premières cassettes DAT (Digital Audio Tape) fabriquées par SONY au début des années 1980, permettaient-elles une seule copie numérique. Cette mesure technique de protection n'était pas, à l'époque où sont sorties ces DAT, protégée par des dispositions autonomes.

Les mesures de protection s'entendent de la mise en œuvre, matérielle et technique, des droits conférés à leurs titulaires sur les objets protégés.

Traiter des mesures de protection des droits de propriété intellectuelle et des droits du public, revient à traiter de la frontière, géométrique, entre d'un côté, les droits des auteurs sur les œuvres, ceux des titulaires de droits voisins sur les enregistrements et, d'un autre côté, ceux du public sur ces œuvres et enregistrements.

D'abord, le public bénéficie du droit commun de la vente, de la consommation et de la concurrence.

Les CD ou DVD sont mis sur le marché, vendus et doivent fonctionner dans des conditions normales, au regard du droit commun. Ça, c'est pour la matière, la chose vendue, qui ne règle pas la question du rapport particulier entre le public et les œuvres de l'esprit.

Ce qu'il faut entendre des libertés du public sur les oeuvres

On le dit d'abondance, l'œuvre n'est pas une « chose » comme une autre (c'est une chose très relative, très personnelle, Cf infra) les droits du public sur les œuvres dérogent largement au droit commun de la vente, de la consommation et de la concurrence.

Les Déclarations des droits, celle du 26 août 1789, le préambule à la constitution d'octobre 1946, la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la convention européenne des droits de l'homme de 1950, les pactes sur les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux de 1966, définissent le champ d'une liberté publique que l'on s'attachera à circonscrire et définir, mais dont on peut déjà retenir, empiriquement, qu'elle consacre une « créance culturelle » au bénéfice du public, à la charge des États.

Serait-ce un droit d'accès du public aux œuvres, comme on bénéficie d'un droit au logement, d'un droit à un compte bancaire, d'un droit au travail, d'un droit aux congés payés ... ?

Le cas échéant, s'agit-il bien d'un « droit » du public stricto sensu ? Ne s'agirait-il pas, plutôt, d'une liberté du public, au sens de la déclaration universelle des droits de l'homme du 26 août 1789, article 4, *« la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. »*

En quel cas, la question des droits du public sur les oeuvres paraîtrait bien se résoudre ainsi : *« libertés du public et mesures de protection des oeuvres »*.

Et c'est bien comme cela qu'il faut entendre le droit d'auteur ou, plutôt, le droit de la création littéraire et artistique : l'accès aux oeuvres de l'esprit est une liberté publique. C'est le principe.²

La liberté publique d'accès aux oeuvres de l'esprit est limitée, par les droits moraux et patrimoniaux des créateurs : c'est l'exception.

Cette exception comporte elle même des exceptions (et l'on revient au principe, celui de la vocation des oeuvres de l'esprit au public) : copie privée, représentation familiale, courte citation, pastiche et caricature, discours publics, revues de presse, catalogue d'oeuvres d'art, prêt, bibliothèques publiques ...

Conservons à l'esprit ces deux adages essentiels :

« Specialia generalibus derogant » : Les lois spéciales dérogent aux lois générales. Les droits des auteurs et des titulaires de droits sur les objets protégés dérogent au principe de libre accès du public aux oeuvres.

« Exceptio est strictissimae interpretationis sunt ». Les lois spéciales sont d'interprétation étroite. Les droits, des auteurs et des titulaires de droit, sur les objets protégés, dérogent au principe de libre accès du public aux oeuvres, en ce qu'ils organisent cet accès, qui demeure bien le principe.

Et demeurons sous les arcanes propitiatoires de la déclaration du 26 août 1789 :

Celle-ci définit l'espace public, les libertés du public, *« faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »* et élit la circulation, la *« communication des pensées et des opinions »* comme *« un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi »*.

La déclaration DDH du 26 août 1789, lorsqu'elle s'intéresse à l'esprit, c'est pour la communication. A aucun moment l'on n'envisage la « propriété » des auteurs, ou quelque droit que ce soit, sauf la liberté d'exprimer des pensées, des opinions. Crée-t-on des pensées, des opinions ou des idées ? Certes non, en bon droit d'auteur. Une pensée ou une opinion, au sens de la DDH du 26 août 1789, n'a pas de forme ; et circulez ...

² Littéraire et artistique pris au sens générique conformément à l'article 2 de la convention de BERNE du 9 septembre 1886.

La forme, chère au droit d'auteur, n'intéresse pas les politiques français de 1789. Ou elle les gêne.

Foncièrement aristocratique, la forme est difficile à appréhender en ce début de Révolution française : Quand la communication des pensées et des opinions répond parfaitement à l'idéal démocratique révolutionnaire.

L'équation « Libertés du public – Protection de la forme »

On ne le mesure jamais avec assez de constance, en pratique, ou on l'oublie en permanence, ce qui revient au même : le droit d'auteur protège, dans une œuvre artistique, musicale ou littéraire, la forme, évanescence, reflet de la personnalité d'un auteur.

Le produit de la création n'est qu'indirectement l'objet du droit d'auteur. L'objet direct du droit d'auteur est antérieur à l'œuvre produite : C'est l'ombre d'une aile, l'esprit de l'auteur ; celui-ci jouit d'un droit incorporel, dit de propriété.

Contrairement à l'adage, en droit d'auteur, l'ivresse réside dans la forme du flacon, qui n'existe peut-être même pas encore, ou qui n'existera jamais. Et alors ? que la liqueur existe ou pas, peu importe, si la forme du flacon et l'ivresse ont existé.

La forme de l'œuvre, imprimée par l'esprit, la pensée d'un geste, de l'auteur, prend corps, ou matière, avec la forme de l'interprétation, du geste rendu par un artiste (comédien, chanteur, musicien, peintre ...). Parfois l'auteur et l'artiste réunissent la pensée du geste et l'interprétation matérielle en un même homme et en un même moment, c'est l'œuvre artistique (peinture, sculpture).

Parfois, l'œuvre demeure sans forme matérielle : c'est l'œuvre littéraire romanesque qui s'imprime d'un esprit d'un auteur à celui d'un lecteur, par la médiation d'un objet, le livre et d'un code, l'écriture. (Sauf adaptation)

Les œuvres littéraires peuvent aussi prendre la forme d'une « création » dramatique : œuvres théâtrales, lectures publiques d'œuvres littéraires diverses. Le geste du comédien suit alors la pensée de l'auteur par la médiation du texte pour la rendre au public.

Les œuvres musicales sont typiquement celles où l'abstraction particulière du genre – l'écriture musicale n'est pas un mode de communication habituel contrairement au dessin ou à l'écrit – tend à la dissimuler au public jusqu'à leur expression artistique.

Le travail de médiation de l'artiste musicien apparaît aux oreilles du public plus fondamental que le travail de médiation d'un artiste comédien (tout lecteur peut facilement « entendre » une pièce de théâtre en la lisant ; seulement d'excellents lecteurs et de fines oreilles percevront une œuvre musicale en la lisant. Et encore : l'expression globale de l'ensemble des lignes harmoniques, mélodiques et rythmiques d'une œuvre musicale symphonique semble impossible).

C'est pourquoi, quant aux œuvres musicales, le public parfois peut incliner à plus d'estime encore pour l'artiste que pour l'auteur.

Moins l'œuvre est contraignante pour l'artiste (une « grille » d'accords d'un standard de jazz par exemple) plus celui-ci fait aussi œuvre de création dans son expression. Mais sa création est toujours confondue avec son expression.

L'interprète, en somme, ça pourrait être un auteur, subséquent à l'auteur de l'œuvre, qui accomplirait son geste, œuvre composite, aussitôt après l'avoir conçue.

L'art et son droit ignorent le progrès, matériel, matérialiste : l'on ne juge pas du genre, de la forme, du mérite, ou de la destination d'une œuvre. Les hommes et leurs esprits évoluent ; c'est tout.

L'œuvre : un lieu de rencontre public

Nous verrons dans une première partie comment le couple public / auteur (ou auteur / public) s'est rencontré autour de l'œuvre qui, une fois mise à la disposition du public, n'appartient plus à son créateur ; comme elle lui appartient plus que tout autre chose :

Elle ne lui appartient plus, en termes de droit réel, dans la mesure où le public peut légitimement revendiquer un droit d'accès aux œuvres de l'esprit.

Elle lui appartient plus que tout autre chose, en termes de droit personnel, parce que le public ne doit jamais pouvoir accéder à l'œuvre, sans qu'il ne sache qu'elle prolonge la personne de son auteur et que lui, le public, demeure son obligé.

Les créances des auteurs et les créances du public vont s'organiser autour de ce point de rencontre, l'œuvre, infiniment personnelle à l'auteur et en même temps infiniment extérieure, une fois qu'elle est mise à la disposition du public.

Les créances réciproques des auteurs et du public ne s'inscrivent pas forcément dans un angle antagoniste :

Le public a autant d'intérêt « moral » que l'auteur au respect de son droit moral : le droit d'accès du public exige des œuvres authentiques, de valeur, de « race » : la dénaturation des œuvres ne rend pas au public la créance culturelle qui est la sienne.

D'où la nécessité de protéger, pas tant les auteurs que les œuvres, pas tant les œuvres que les droits qui y sont attachés, au premier rang desquels, les droits moraux des auteurs : non seulement pour leur ego ; mais aussi et surtout parce que c'est la seule garantie, pour le public, d'une création artistique de qualité.

Culture et protection de « l'environnement intellectuel »

Ensuite, la protection des droits patrimoniaux des auteurs ressort d'un principe quasi écologique : pour l'auteur et encore pour le public. C'est une évidence, le pillage des ressources culturelles, par qui que ce soit, compromet la pérennité de la production des créateurs vivants.

D'où la protection des œuvres dans leur support, point de jonction des intérêts et des droits du public, et des auteurs.

Méfions nous aussi de ceux qui veulent trop protéger les auteurs : ce sont les incapables, mineurs ou majeurs, que l'on protège, ou les espèces animales ou végétales en voie de disparition. Les auteurs, s'ils doivent être promus, selon des règles qui dérogent à une concurrence libérale pure et parfaite, n'ont pas besoin d'une protection ; assez humiliante, somme toute.

Foin des discours sécuritaires en droit d'auteur et des associations de protection plus ou moins rapprochée, il s'agit de protéger les droits sur les œuvres, au confluent de la création

et du public, ensembles : pour les auteurs ; pour ceux qui leur donnent voix (éditeurs, artistes, producteurs, diffuseurs ...) ; pour le public.

Tant l'information que les œuvres doivent circuler. Mais dans des conditions qui les distinguent fondamentalement :

Les œuvres, une fois divulguées et publiées, doivent circuler dans leur parfaite intégrité formelle. Pour préserver cette intégrité, l'œuvre, qui résulte toujours de l'esprit d'un homme, (au sens générique, humaniste du terme, aucun système juridique ne le conteste, sur terre tout au moins, et pour l'objet assigné à notre étude) doit d'abord être repérable par rapport à cet homme : Ce sont les droits moraux (divulgarion, intégrité, paternité, repentir et retrait).

Certes l'auteur peut concéder des droits d'adaptation, pour, par exemple, réaliser un film à partir d'un roman. C'est souvent le changement de support, du livre au film dans notre exemple, qui caractérise la mise en œuvre du droit d'adaptation. L'adaptation peut aussi ressortir de la création d'une œuvre composite, c'est-à-dire d'une œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière.

Mais en aucun cas l'œuvre originale ne peut être dénaturée. Ce droit moral qui appartient à l'auteur est inaliénable et imprescriptible.

La circulation de l'œuvre doit ensuite assurer à l'auteur, comme une perception par photosynthèse, pour lui permettre de vivre, croître et, partant, conserver des auteurs au public.

Supprimer la rémunération des auteurs, c'est leur couper le carbone nécessaire à l'arbre pour vivre (si l'on file la métaphore) et ensuite compromettre la production d'oxygène (les œuvres).

Il faut retenir que l'on ne résoudra rien en terrain de droit d'auteur si l'on ne raisonne pas en termes d'échange cyclique et équilibré public / auteur : sans l'intérêt général lié à l'accès aux œuvres, le droit d'auteur n'a pas de sens. C'est parce qu'il y a de la vie sur terre que l'on a intérêt à protéger les arbres. C'est un truisme, mais ... Ensuite, c'est parce qu'il reste encore quelques arbres, générateurs d'oxygène, qu'il y a une vie sur terre.

Les auteurs ne le nieront jamais ; le public certes pas plus.

Seulement ceux qui ne sont pas les auteurs, ni le public sincère et intéressé par les œuvres, seulement ceux qui conservent, par l'absurde, des intérêts financiers et concurrentiels immédiats, parmi le public ou au sein de l'industrie de la création, auront tendance à compromettre la fragile écologie du droit d'auteur.

Bon, alors « protéger les œuvres », certes, mais encore faut-il que le public, composé aussi des auteurs, présents et à venir, respire.

Nous traiterons dans une seconde partie de la mise en œuvre des mesures de protection dans ce contexte balancé entre :

- droits et libertés du public,
- tribut légitime des auteurs (droits patrimoniaux) et authenticité des œuvres (droit moral),
- intérêt des exploitants des œuvres et autres objets protégés.

Première Partie - L'œuvre, au confluent des droits des auteurs et du public

« (...) *La principale règle est de plaire et de toucher* (...) » Racine Préface à Bérénice (suite)

Titre I : La vie communautaire des auteurs et du public

L'on ne peut appréhender les équilibres réglés par le droit d'auteur, ses arbitrages contemporains, sans poser, d'abord, ses prémices. Avant le péché originel.

Chapitre 1.1- Les arbitrages du Prince au jardin d'Eden

Section 1.1.1- Avant la Révolution

Dans l'Antiquité, le droit sur la forme, le droit des auteurs, se dissociait mal du droit de propriété sur le support, sauf une émergence de droit moral : l'on considérait de façon spontanée et empirique, qu'il était inconvenant et immoral, de reprendre une « œuvre » écrite pour se l'approprier, au préjudice de son auteur.

C'est aussi un aspect fondamental de l'œuvre de l'art qu'elle s'impose toujours en termes d'honneur et de considération pour son auteur. L'œuvre protégée, c'est toujours l'œuvre qui incline au respect. Partant, s'attribuer une œuvre dont il s'avère que l'on n'est pas l'auteur, c'est capter un honneur public qui n'est pas du. Ainsi la contrefaçon d'œuvres de l'esprit a toujours suscité l'opprobre publique.

A défaut de moyens de duplication, donc de diffusion de l'œuvre, et à défaut de grands Etats unifiés dans leur langue et dans leur culture, les enjeux économiques liés à la création littéraire étaient limités. Par contre les enjeux politiques locaux étaient essentiels : l'œuvre d'art enrichissait la Cité, élevait le citoyen. Partant celui qui l'avait promue était honoré.

L'œuvre écrite était surtout transmise par voie orale. L'oralité n'a pas disparue avec l'imprimerie. L'on rencontrait encore au début du XXème siècle des bergers en Corse qui connaissaient par cœur la divine Comédie de Dante.

L'histoire du droit d'auteur, son ancrage moral, politique et juridique, s'inscrivent dans un courant culturel, artistique, d'intérêt général :

Au moyen âge, le patrimoine commun des hommes se confondait avec la Création du Dieu auteur.

Les médias, c'était les Eglises, comme le rappelle Victor Hugo dans Notre Dame de Paris Livre V, chapitre II : « Ceci tuera cela » :

« (...) Ainsi jusqu'à Gutenberg, l'architecture est l'écriture principale, l'écriture universelle (...) »

Les créations individuelles se dissolvaient dans leurs supports monumentaux qui se résolvaient aux thèmes du Dieu Créateur. Un Auteur et son thème unique pour une multiplicité d'interprètes artistes. L'on ne songeait évidemment pas à faire entrer les architectes, sculpteurs et autres peintres en concurrence avec le Créateur.

La protection de l'auteur n'avait pas de sens : l'auteur c'était le Créateur, l'Unique.

Pour les constructeurs, aménageurs et décorateurs d'églises, leur foi, réelle, supposée ou dissidente faisait l'inspiration.

Selon l'encyclopédie de la Pléiade, Histoire de la musique - Ed. Gallimard, 1960, direction Roland-Manuel - Pages 652 et 653 - : « L'Eglise primitive ne tolère la musique que comme un moyen de perfectionnement moral, et comme une partie quelconque du culte divin ; elle ignore la notion de la musique écoutée pour elle-même, la notion d'art en somme, et charge la mélodie d'une tâche bien déterminée : transmettre un texte, une doctrine. (...) Du moment, en effet, où la musique est une stricte obligation de forme très définie, il n'y a pas de composition libre et personnelle, et il ne peut y avoir de jugement des résultats. Le Moyen âge d'ailleurs a pratiqué la copie sous toutes ses formes et, si c'est une vertu que de recopier un texte d'autrui présumé bon, il est douteux qu'une composition personnelle reçoive des encouragements (...) il ne reste aucune place pour l'initiative individuelle. »

Selon Victor Hugo, en matière d'architecture, les artistes du Moyen âge, moins contraints que les compositeurs de musique par le support et les canons, profitaient de leur matière lithique pour y inscrire quelques opinions ou clins d'oeil :

« (...) Cette liberté va très loin. Quelquefois, un portail, une façade, une église tout entière présente un sens symbolique absolument étranger au culte, ou même hostile à l'église. Dès le treizième siècle Guillaume de Paris, Nicolas Flamel au quinzième, ont écrit de ces pages séditeuses. Saint Jacques de la Boucherie était toute une église d'opposition (...) » (Notre Dame de Paris précité)

L'œuvre de Dieu, la part de Satan (celui qui s'oppose).

L'avènement de l'imprimerie au XVème siècle a été la première manifestation de la société de l'information :

Victor Hugo en prend acte tout à la fois avec nostalgie et enthousiasme :

« (...) Le genre humain a deux livres, deux registres, deux testaments, la maçonnerie et l'imprimerie, la bible de pierre et la bible de papier. Sans doute, quand on contemple ces deux bibles si largement ouvertes dans les siècles, il est permis de regretter la majesté visible de l'écriture de granit (...) mais il ne faut pas nier la grandeur de l'édifice qu'élève à son tour l'imprimerie. (...) cet ensemble ne nous apparaît-il pas comme une immense construction appuyée sur le monde entier, à laquelle l'humanité travaille sans relâche, et dont la tête monstrueuse se perd dans les brumes profondes de l'avenir ? C'est la fourmilière des

intelligences. C'est la ruche où toutes les imaginations, ces abeilles dorées, arrivent avec leur miel. L'édifice a mille étages. (..) Là chaque œuvre individuelle, si capricieuse et si isolée qu'elle semble a sa place et sa saillie. L'harmonie résulte du tout. (..) Le genre humain tout entier est sur l'échafaudage. Chaque esprit est maçon. (..) » (Notre dame de Paris précité)

Les premiers ouvrages imprimés en nombre limité sont forcément des textes de l'Auteur monopolistique de l'époque : Dieu.

L'on voit mal que l'Etat monarchique ou l'Eglise aient organisé la protection d'écrits subversifs ou licencieux lorsque l'individu ne portait pas sa parcelle de souveraineté politique ; sauf sa part d'essence divine et sa liberté d'accéder aux œuvres liturgiques.

La confusion dans l'ordre de la création vint en même temps que le Créateur perdit son monopole avec les premiers humanistes laïques de la renaissance (Rabelais, Cervantès ...) et sous l'influence de la Réforme : l'individu gagnait en conscience et en science.

Avec l'imprimerie, le texte prend une valeur économique.

Une nouvelle profession et d'un nouveau corps de métier émergent, les « libraires », qu'il faut entendre comme nos éditeurs.

Dès le quinzième siècle, le métier de « libraire » suppose un investissement matériel conséquent.

La meilleure rentabilité de cette petite industrie commande de s'assurer de la pérennité et de l'exclusivité des œuvres originales éditées.

Les libraires vont alors tenter d'obtenir un monopole d'exploitation sur chacun des ouvrages qu'ils impriment.

Pour les textes classiques dont les auteurs sont décédés, l'obtention d'un tel monopole suppose une intervention de l'Etat, qui va conférer des « privilèges » d'édition.

Pour les auteurs vivants, le « libraire » va rechercher un contrat d'exclusivité avec l'écrivain, sanctionné par le même privilège conféré par l'Etat.

L'imprimerie était née en Allemagne, dans la région de Mayence, où Gutenberg imprime ses premiers livres, peu après 1450.

Les caractères qu'il utilise, formés chacun d'une lettre de l'alphabet, sont mobiles, ils peuvent être employés plusieurs fois, pour différentes épreuves : les mêmes caractères sont donc susceptibles de reproduire plusieurs ouvrages, sous réserve de l'usure du plomb ... Les contemporains de Gutenberg ont du connaître des ivresses semblables à celles que l'on décèle sous les commentaires émerveillés des thuriféraires du numérique.

Avec l'imprimerie, le lieu de la révolution plastique se situe plus à proximité de l'ouvrage et de sa composition, de sa réalisation, que de son utilisation, comme c'est le cas avec la « révolution » numérique.

L'imprimerie, c'est la révolution plastique pour l'édition, quand l'enregistrement numérique, c'est la révolution plastique pour le public.

A raison de cette plasticité des données, le numérique entre en conflit avec l'ordre public : lorsqu'il s'agit de simples informations, sans forme, le public peut librement copier, dupliquer, et échanger. Mais lorsqu'il s'agit de données et de droits qui ne lui appartiennent

plus, des ouvrages protégés, des CD ou DVD, par exemple, le public bénéficie de la plasticité numérique qu'il n'est plus en droit d'utiliser.

En 1464, des ouvriers allemands, élèves de Gutenberg, introduisent l'imprimerie en Italie. Ils s'établissent à Subiaco, à Rome, puis à Venise.

En 1469, un imprimeur allemand, Joannes de Spira, établi au sein de la Sérénissime, dépose une demande de « privilège », pour l'exploitation de son industrie.

Le 18 septembre 1469, de Spira obtient pour cinq ans le monopole de l'imprimerie. Il décède quelques mois après l'obtention de son privilège, et son monopole meurt avec lui.

Mus par la recherche du profit, des imprimeurs concurrents affluent à Venise, qui devient le pôle de l'imprimerie et de l'édition, selon l'acception moderne.

Entre 1469 et 1500, on y dénombre plus de cent cinquante ateliers différents, à l'origine d'au moins quatre mille éditions.

D'une centaine d'ateliers vénitiens, en 1490, il n'en reste qu'une dizaine, à la fin du siècle. Les investissements sont difficile à amortir.

S'ajoutent des frais de main d'œuvre, importants : La plupart des imprimeurs sous-traitent la gravure et la fonte des caractères.

La commercialisation suppose d'autres investissements encore.

Pour rentabiliser leur industrie, les imprimeurs doivent vendre, dans les plus brefs délais, un grand nombre de livres.

Alors, vers 1470, poussés par l'intelligentsia érudite, ils inondent en une même vague Venise de textes classiques.

C'est alors la crise : trois ans plus tard, la production chute de 65 %.

Jusqu'au début du XVIème siècle, le marché sera dominé par trois noms : Nicolas Jenson et Joannes de Colonia, qui débutent dans les années 1470, puis, vers 1490, Alde Manuce.

En Italie, Giovanni Andrea de Bussi, évêque d'Aléria et éditeur des imprimeurs Sweynheim et Pannartz, se félicite à l'idée de voir les textes imprimés « se répandre par toute la terre en une puissante marée ».

« Mon but, mon plus cher désir, écrit-il, est que les habitants du monde latin deviennent tous plus savants, et moi aussi. »

L'intelligentsia reste sur sa réserve. Elle n'élit qu'une poignée d'imprimeurs, des érudits, aussi, qui aspirent à publier des textes parfaits. L'on a eu des visions de dématérialisation au quinzième siècle, de la pensée à l'expression, sans frottement matériel. Mais au quinzième, l'électricité, c'est l'huile de coude : les imprimeurs font appel à des correcteurs, et les textes qu'ils impriment sont comparés aux originaux.

Parallèlement, pour rentabiliser leur entreprise, d'autres imprimeurs, nombreux, publient des livres sans se soucier de respecter l'œuvre.

Ainsi des étudiants notent les commentaires de leurs professeurs sur des manuscrits de textes classiques, ajoutent leurs propres interprétations, puis livrent le tout à un imprimeur. La réputation des imprimeurs conservera longtemps cette flétrissure.

La diffusion universelle des livres, si elle a toujours été théorisée, n'est pas exaucée.

Comment le serait-elle, à défaut d'un enseignement universel de la lecture ?

Les premiers textes imprimés s'adressent exclusivement aux intellectuels.

Pour les séduire, les imprimeurs tentent d'imiter les textes des copistes, en utilisant les mêmes types de caractères. Bien souvent, l'imprimeur ne mentionne même pas son nom. Profil bas.

La plupart des imprimeurs se contentent de suivre les modes intellectuelles dominantes.

Vont se succéder, jusqu'à la fin du XV^{ème} siècle, les éditions d'auteurs classiques ; Virgile, Horace, Tite-Live, Valère Maxime, et surtout Cicéron. A la même époque, les livres théologiques et liturgiques constituent la seconde grande catégorie d'ouvrages : ils forment l'essentiel des fonds de librairies.

Les textes juridiques sont très cotés, notamment à proximité des grandes facultés de droit.

A la fin du quinzième siècle, Alde Manuce va sceller l'unité entre l'intelligentsia érudite et l'imprimerie.

Avec une nombreuse main d'œuvre, Alde Manuce réalise un travail d'édition et de correction conséquent. Convaincu du rôle civilisateur de la littérature, Manuce travaille à restituer les textes des auteurs classiques, latins et grecs, dans leur version d'origine : les livres qu'il imprime sont dépouillés de tout commentaire.

C'est sans aucun doute Erasme qui, le premier, peut vivre uniquement du profit de ses œuvres.

Conscient du pouvoir de l'imprimerie, Erasme reste un inconnu quand il écrit à Alde Manuce :

« J'estime que mes travaux acquerraient l'immortalité s'ils voyaient le jour imprimé dans vos caractères »

« Ceux qui cultivent les lettres doivent être munis de livres, écrivait MANUCE, et tant que cette fourniture n'est pas achevée, je ne m'arrêterai pas »

Alde Manuce a diffusé des livres parfaits, des textes classiques, à destination d'une élite érudite, qui consentit alors à admettre l'imprimerie au rang d'une technique noble.

L'Antiquité avait inventé le concept, le *jus naturale*, droit naturel, posé et défendu par Platon (427-347 av. J.C.) puis Aristote (384-322 av.J.C.) et, au moyen âge, Thomas d'Aquin (1226-1274) : les trois philosophes développent l'idée d'une loi d'origine divine, non écrite et immuable, universellement applicable.

Au cours du seizième siècle, L'École du Droit naturel avec les théologiens Vitoria (1483-1546), Vazquez (1512-1569), Molina (1535-1601), Suarez (1548-1617) ou Gentilis (1552-1608) poursuit la thèse du droit naturel.

Le dix-septième siècle se libère du Créateur. La philosophie prend ses distances avec la théologie.

La pensée laïque se développe avec l'Ecole du droit naturel, dont Grotius (1583-1645), Pufendorf (1632 - 1694), Burlamaqui (1694 - 1748) Barbeyrac (1674 - 1744), Wolff (1679 - 1754), Vattel (1679 - 1754).

Le droit naturel s'appuie alors sur des fondements rationnels, autonomes et laïcs.

Les philosophes politiques des XVII^e et XVIII^e siècles se livrent à une critique explicite de la conception théologique du droit naturel : les lois humaines ne sont plus conçues comme l'expression d'un ordre divin.

Au commencement, l'état de nature est asocial.

Hobbes (1588-1679), Spinoza (1632-1677), Locke (1632-1704), suivis de Montesquieu (1689-1755), Rousseau (1712-1778), Kant (1724-1804), Fichte (1762-1814) et Hegel (1770-1831) s'attachent chacun à définir ces prémisses, réelles ou théoriques, des sociétés humaines.

De façon assez mécanique, ce droit naturel, dans la filiation de la pensée de John Locke (à l'encontre du mauvais manichéisme qui affecte le discours politique à notre époque) fonde, en Angleterre, en 1710, la première loi de protection des auteurs : le « statute of Anne » :

« Une loi pour encourager l'instruction, investissant les auteurs ou les acheteurs de copies de livres imprimés d'un droit sur ces copies, pendant la durée mentionnée :

Alors que les imprimeurs, les libraires et d'autres personnes ont fréquemment pris la liberté d'imprimer, de réimprimer et de publier, ou ont entraîné l'impression, la réimpression et la publication de livres ou d'autres écrits, sans le consentement des auteurs ou propriétaires de ces livres ou articles, à leur grand détriment, et trop souvent jusqu'à leur ruine et celle de leur famille :

Pour prévenir de telles pratiques dans le futur, et pour encourager les hommes instruits à rédiger et écrire des livres utiles ;

Qu'il plaise à sa Majesté, que soit mis en œuvre, et par la plus grande excellence de sa Majesté, par et avec le conseil et le consentement de l'esprit et du tempérament des Lords, et Députés de cette présente assemblée parlementaire, et par son autorité, que :

A dater du dixième jour d'Avril 1710, et ultérieurement, l'auteur de tout livre, ou article déjà imprimé, et n'ayant transmis aucune copie ou copies de ce livre ou article, version ou versions de l'ouvrage, ainsi que son libraire ou ses libraires, imprimeur ou imprimeurs, ou toute autre personne ou personnes qui auraient acheté ou acquis une ou plusieurs copies de cet ouvrage dans le but de l'imprimer ou du réimprimer à l'identique, auront le droit exclusif et la liberté de l'imprimer, pour une durée de vingt et un ans, à compter du dixième jour d'Avril sus-nommé, et pas plus ;

Et que l'auteur d'un ou plusieurs ouvrages déjà rédigés et non imprimés et publiés, ou qui sont en vue d'être rédigés, et son ou ses signataires, auront la liberté exclusive d'imprimer ou de réimprimer lesdits ouvrages pendant une période de quatorze ans, à compter du jour de la première publication de ces ouvrages, et pas plus longtemps. »^b

A l'époque classique, sous Louis XIV en France, l'on concevait la rémunération des créateurs en termes de gloire et d'honneur.

Ainsi BOILEAU, dans L'art poétique (1674) :

*Travaillez pour la gloire, et qu'un sordide gain
Ne soit jamais l'objet d'un illustre écrivain
Je sais qu'un noble esprit peut sans honte et sans crime
Tirer de son travail un tribut légitime
Mais je ne puis souffrir ces auteurs renommés
Qui dégoûtés de gloire et d'argent affamés
Mettent leur Apollon aux gages d'un libraire
Et font d'un art divin un métier mercenaire*

L'Etat est alors incarné dans un monarque absolu de droit divin. Le Roi Etat commande et inspire les œuvres aux artistes qui interprètent et exécutent les thèmes publics qui leurs sont donnés : ces thèmes publics ne se distinguent pas de la chose publique, administrée en monarchie.

Versailles au Grand Siècle représente sans doute, selon le schéma de Victor Hugo, le point d'équilibre entre les supports de création immeubles et meubles.

La thématique s'est élargie de la source religieuse. Ce sont les classiques grecs et romains réinterprétés par Corneille, Racine, La Fontaine. Molière, moins classique, confond ses œuvres avec leurs représentations : proche du roi et souvent de connivence avec celui-ci, il écrit aussi parce qu'il est comédien.

A cette époque classique d'Etat monarchique et de cultures aristocratiques, il n'importait pas que l'auteur soit largement diffusé, au contraire. L'édification des masses n'était pas à l'ordre du jour ; du moins pas en tant qu'elle permît à chacun de réaliser son essence d'homme libre.

La création littéraire de l'époque classique est d'ordre dramatique, morale ou didactique. Elle vise soit la représentation, soit l'édification des individus.

Les « créations » se répartissent essentiellement entre œuvres dramatiques, (Corneille, Racine), scientifiques et philosophiques (Pascal, Descartes..), philosophiques et morales (La Bruyère, La Fontaine, La Rochefoucault, Bossuet ..), musicales et chorégraphiques (Lully, Rameau ...)

L'on écrit soit pour représenter (comédie, ballets, opéras, drames), soit pour un progrès, aristocratique, de l'individu sur lui même (philosophie, morale, éducation...).

En France, au seizième siècle, l'ordonnance de Moulins de 1566, texte de police administrative et de droit pénal, avait fait obligation aux « libraires » (les éditeurs – imprimeurs) de solliciter préalablement à chaque publication des lettres formalisant le « privilège » - l'autorisation de publier – et d'indiquer leur nom et domicile.

Le Registre du syndic listait depuis 1610 l'ensemble des « Privilèges ».

Puis des auteurs purent obtenir directement, indépendamment de leur éditeur, un privilège :

En 1517, J. Celaya, « régent de philosophie », demanda et obtint pour ses œuvres un privilège en sa qualité d'auteur, indépendamment de l'ouvrage imprimé : la séparation du privilège de la matière imprimée consacre définitivement le droit d'auteur.

« Rare au XVIème siècle, cette pratique devint fréquente au XVIIIè. Des lettres patentes de 1617, reprises sous forme code de la librairie en 1618, puis en 1629, le prévoient. L'auteur se trouvait donc en mesure de faire certifier sa propriété sur le texte. Après quoi il pouvait passer un contrat avec un

libraire, auquel il céda ses droits et à qui il transférait son privilège. » Alain Viala, Naissance de l'écrivain, Les éditions de minuit, Paris, 1985, p. 86.

En 1525 Luther accuse les imprimeurs de piller et voler publiquement : « *J'ai écrit les Postillae depuis le jour des rois jusqu'à Pâques, et voilà que le compositeur qui s'engraisse de mes sueurs vole mon manuscrit avant que j'aie fini et va le faire imprimer ailleurs pour ruiner ma dépense et mon travail* »

En 1586, un célèbre avocat au Parlement de Paris, MARION, connu comme le Cicéron français, va poser un nouveau jalon, décisif, dans la définition de l'axe auteur / public, clé de voute du droit d'auteur moderne.

MARION plaide pour des éditeurs qui s'opposent à un de leur confrère parisien, Nicolas NIVELLE, qui avait obtenu le 7 février 1586 un privilège royal pour l'édition d'un ouvrage d'un humaniste alors réputé, Marc-Antoine MURET, professeur au collège de Boncourt puis en Italie, où il rencontre MONTAIGNE dont il devient le précepteur, et qui avait notamment annoté l'œuvre de SENEQUE.

Marc-Antoine MURET était décédé à Rome en 1585. Ses amis, à sa mort, avaient librement publié son livre à Rome et en France.

Nicolas NIVELLE s'était emparé de l'ouvrage diffusé librement et avait donc obtenu un privilège par lettre du 7 février 1586, confisquant ainsi l'ouvrage à son profit.

L'avocat Marion plaide alors devant le Parlement de Paris :

« Ses amis de Rome, depuis son décès, y ont fait imprimer le Sénèque annoté par lui, sans avoir obtenu un privilège du roi, ce qui l'a rendu purement public et de libre impression en le royaume où il ne peut plus être privilégié. Vu que l'état d'un livre se doit mesurer par la condition en laquelle il se trouve sortant des mains privées de son possesseur, pour entrer par son bénéfice en la lumière publique des hommes : tellement que si cette origine est restreinte à la loi du privilège, il la doit endurer : mais s'il est né libre, on ne le peut après asservir. La raison en est que les hommes, les uns envers les autres, par un commun instinct, reconnaissent tant chacun d'eux, en son particulier, être seigneur de ce qu'il fait, invente et compose ; que même, parlant humainement de la grandeur de Dieu et de sa toute puissance sur les choses réelles, ils disent le ciel et la terre lui appartenir, parce qu'ils sont l'œuvre de sa parole ; le jour et la nuit être vraiment siens, parce qu'il a fait l'aurore et le soleil.

De manière qu'à cet exemple l'auteur d'un livre en est du tout maître et comme tel en peut librement disposer, même le posséder toujours sous sa main privée, ainsi qu'un esclave, ou l'émanciper en lui concédant la liberté commune, et la lui accorder, ou pure et simple sans y rien retenir, ou bien à la réservation, par une sorte de droit de patronage, qu'autre que lui ne pourra l'imprimer qu'après quelque temps. »

« La lumière publique » des hommes est l'objet du droit des créateurs. La lumière publique des hommes permet de définir les conditions dans lesquelles le livre sort des mains privées de son possesseur.

Or le premier possesseur, c'est le créateur (...les hommes, les uns envers les autres, par un commun instinct, reconnaissent tant chacun d'eux, en son particulier, être seigneur de ce qu'il fait, invente et compose ...)

Vient ensuite, éventuellement, l'éditeur, selon le contrat que voudra l'auteur (... *l'auteur d'un livre en est du tout maître et comme tel en peut librement disposer, même le posséder toujours sous sa main privée, ainsi qu'un esclave, ou l'émanciper en lui concédant la liberté commune, et la lui accorder, ou pure et simple sans y rien retenir, ou bien à la réservation, par une sorte de droit de patronage, qu'autre que lui ne pourra l'imprimer qu'après quelque temps ...*)

Mais lorsque le livre est rendu au public, sans privilège, « la lumière publique des hommes » l'absorbe définitivement, nonobstant toute prétention privée.

La « propriété » toute particulière de l'auteur est posée. C'est une propriété qu'il ne tient pas du Prince, mais d'un principe supérieur, donc divin, selon les règles d'autorité du temps, le temps de la plaidoirie de MARION. Mais l'ouvrage d'Antoine MURET est laïc. Pour Bernard EDELMAN (Le Sacre de l'auteur - Essai - Seuil 2004) Dieu est un truchement qui permet de fonder une propriété hors le Prince et son espace physique : la propriété immatérielle de l'auteur, plus personnelle que réelle.

La Parlement de Paris donnera raison aux éditeurs défendus par MARION, contre Nicolas NIVELLE.

En 1725, Louis Héricourt, un autre avocat, plaide pour les éditeurs de Paris contre ceux de province. Il défend l'idée qu'un manuscrit est un bien qui appartient en propre à son auteur et fonde par la propriété subséquente de l'éditeur, « le libraire ».

« Un manuscrit qui ne contient rien de contraire à la religion, aux lois de l'État, ou aux intérêts particuliers est, en la personne de l'auteur, un bien qui lui est réellement propre (n'est pas plus permis de ne l'en dépouiller que de son argent, de ses meubles ou même d'une terre), parce que c'est le fruit du travail qui lui est personnel, dont il doit avoir la liberté de disposer à son gré pour se procurer, outre l'honneur qu'il en espère, un profit qui lui fournisse ses besoins, et même ceux des personnes qui lui sont unies par les liens du sang, de l'amitié ou de la reconnaissance [...]. Si un auteur est constamment propriétaire et par conséquent seul maître de son ouvrage, il n'y a que lui ou ceux qui le représentent qui puissent valablement le faire passer à un autre, et lui donner dessus le même droit que l'auteur y avait. Par conséquent le Roi n'y ayant aucun droit, tant que l'auteur est vivant ou représenté par ses héritiers, il ne peut le transmettre à personne, à la faveur d'un privilège, sans le consentement de celui à qui il se trouve appartenir. »

Au dix-huitième siècle, dans la ligne du romantisme introspectif de Rousseau, la création littéraire tend à se confondre avec son support.

Un roman, c'est un roman qui épuise son « utilité » dans son support, comme les œuvres artistiques, et contrairement aux supports d'œuvres musicales ou dramatiques.

Le même mouvement romantique naissant promeut l'éducation (L'Emile), l'instruction (L'Encyclopédie), l'émancipation et le génie individuels.

Le rapport à la création prend des contours démocratiques : liberté de penser, liberté d'opinion.

Pour autant que chacun recouvre son essence supérieure d'Homme : l'accomplissement de l'individu devient une fin sociale, fondée en bonne philosophie, non contredite par les Eglises.

En société laïque, c'est l'accès à l'art et aux sciences qui crée l'homme citoyen : le statut des œuvres et des auteurs devient d'intérêt général.

Par symétrie avec l'essence libre et souveraine de l'Homme, l'Etat prend des tournures démocratiques.

La création d'auteur s'avère nécessaire pour la formation de l'Homme et l'édification du citoyen.

L'accès des individus aux œuvres, nécessaire pour l'avènement des citoyens dans la cité, fonde les droits des auteurs.

La liberté d'accès aux œuvres est conçue non pas comme une fin en soi, non pas comme une seule créance de l'individu sur la société, mais comme une règle d'échange, vitale pour la société, afin que les individus qui composent le public réalisent pleinement leur essence d'Homme et puissent, à leur tour, faire œuvre de création.

« Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs. Il n'y a nul dédommagement possible pour quiconque renonce à tout. Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme et c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute liberté à sa volonté. » (Rousseau Du contrat Social Livre I Chapitre IV – « De l'esclavage »)

Alors, puisque la souveraineté des auteurs garantit leur activité créatrice, la souveraineté des auteurs garantit aussi l'avènement du citoyen.

Denis DIDEROT, dans sa Lettre sur le commerce de Librairie (juin 1767) défend le privilège absolu et perpétuel des « libraires » (éditeurs) afin de lutter contre la contrefaçon, notamment des libraires de province ou de l'étranger.

C'est la préoccupation majeure du Philosophe et sa justification de la cession perpétuelle et absolue de l'œuvre. Notons que le monopole qu'il revendique pour l'éditeur n'intéresse pas le profit pécuniaire de l'auteur mais l'intégrité de son œuvre, qu'il garantit : la transmission matérielle du manuscrit, la cession exclusive et perpétuelle de cette œuvre avec le manuscrit, assurent son intégrité.

L'objet matériel du manuscrit n'est pas dissocié d'une propriété intellectuelle sur l'œuvre. Au contraire, il l'incorpore pleinement : le monopole des « libraires », c'est la première mesure technique de protection des œuvres, défendue par DIDEROT en 1767, pour cause de droit moral : l'intégrité de l'œuvre, et, partant, de la pensée de l'auteur.

Puisque l'auteur cédait un manuscrit à un libraire jouissant d'une propriété unique et exclusive, toute autre édition pouvait être réputée contrefaisante.

La sécurité juridique du « libraire » devait aussi assurer une bonne valeur économique à l'œuvre acquise.

DIDEROT considérait la propriété de l'auteur sur son œuvre comme une propriété réelle susceptible d'aliénation à l'instar de tout autre bien réel. L'éditeur (le libraire) devait ainsi pouvoir acquérir en toute sécurité le bien de l'auteur dans l'intérêt bien compris des deux parties : moral et matériel pour l'auteur, matériel pour l'éditeur.

Dans ce même texte, DIDEROT conteste un arrêt du Conseil du Roi du 14 septembre 1761 qui reconnaît aux héritiers de Jean de la FONTAINE un droit sur ses Fables, contre et au

grand dam de la maison BARBIN, libraire, détentrice initiale du privilège, et au grand scandale de la Compagnie des libraires.

DIDEROT craint les conséquences de cette décision qui permet de multiplier les éditions, les reproductions et, par conséquent, les risques de dénaturation des œuvres.

L'arrêt du 14 septembre 1761 s'inscrit bien comme une rupture de la propriété littéraire avec le droit des biens matériels.

Un même arrêt sera rendu au bénéfice des héritiers de Fénelon en 1777 avant de consacrer le principe, aux termes de l'arrêt du Conseil du Roi du 30 août 1777 :

« Tout auteur qui obtiendra en son nom le privilège d'un ouvrage, aura le droit de le vendre chez lui, et jouira de son privilège pour lui et ses hoirs à perpétuité, pourvu qu'il ne le rétrocède à aucun libraire. »

C'est clairement un arbitrage en faveur des auteurs et de leurs descendants contre les imprimeurs, sauf à obtenir eux mêmes le privilège sur l'œuvre, et, partant, être investi directement de droits perpétuels.

Dans « Portraits intimes du 18^{ème} siècle », Edmond et Jules Goncourt notent, enthousiastes :

(Édition Charpentier, 1878, p. 317-320 - 1^{ère} édition, Dentu, 1^{ère} série, 1857, p. 1-5) :

« Les lettres sont l'honneur de la France. L'Histoire pardonnera au XVIII^e siècle, parce que le XVIII^e siècle a aimé les lettres. Cela est la grandeur de ce temps, cela sera son excuse, d'avoir adoré l'intelligence, couronné la pensée, donné le triomphe et l'apothéose au génie vivant ; d'avoir libéré l'homme de lettres de la sportule des grands, pour l'élever à leurs poignées de main ; d'avoir montré les couronnes courtisant les plumes, et d'avoir jeté les plumes au gouvernement de l'opinion publique, à l'avant-garde de l'humanité. Glorieuse excuse de ce siècle qui, de Choiseul à Turgot, a fêté les Muses riantes ou armées, la Parole, le Livre, l'Idée ! Un carrosse de chasse a emporté de Versailles le cadavre de Louis XV. Le trône d'un jeune souverain se lève dans une aurore. Tout est attente et promesses, et signes favorables. Il semble que la Sagesse se hâte vers la Justice. Rêves, utopies, théories, systèmes, impatiences d'un âge d'or, s'empressent aux pieds de ce règne qui commence. Les économistes bercent la France d'illusions et d'additions ; les philosophes l'enivrent d'éloquence et de phrases : l'imagination nationale s'ébranle vers l'avenir. Cependant, dans le tumulte des projets, dans ces états généraux de l'espérance publique, parmi tant de vœux de la patrie pacifique, parmi tant de placets du commerce et de l'agriculture, vers quoi se tourne la bonne volonté de celui qu'on nommait alors Louis le Désiré ? Vers les lettres. [...] Entouré d'un monde nouveau qui l'appelle, quelle affaire est son souci, et son occupation ? Quelle affaire lui fait gourmander la lenteur de ses ministres ? La reconnaissance solennelle d'une propriété sacrée, d'une propriété de droit divin, de cette propriété qui ne s'acquiert point comme les autres biens, par la voie d'occupation ou de transmission, mais qui est une partie de la substance même de l'homme produite au dehors ; de cette propriété qu'un jurisconsulte du XVIII^e siècle disait justement « plus propre que toute autre propriété » ; de cette propriété la plus personnelle, la plus rationnelle, la plus respectable des propriétés : la propriété des ouvrages de l'esprit.

« Versailles, le 6 Septembre.*

« J'appellerai Amelot pour l'entretenir sur l'objet de votre lettre y aiant quelque méprise dans l'exposé qui vous a été fait, nous verrons après.

« On feroit bien de s'occuper le plustot possible de l'examen des mémoires des Libraires tant de Paris que des Provinces sur la propriétés [sic] des ouvrages et sur la durée des privileges. J'ai entretenus de

cette question plusieurs gens d'autres, et il m'a paru [sic] que les corps savants l'ont fort à cœur. Elle intéresse un très-grand nombre de mes sujets qui sont dignes à tous égards de ma protection. Le privilège en librairie nous l'avons reconnu [sic], est une grâce fondée en justice ; pour un auteur elle est le prix de son travail, pour un Libraire elle est la garantie de ses avances. Mais la différence du motif doit naturellement régler la différence d'importance du privilège. L'auteur doit avoir le pas ; et pourvu que le libraire reçoive [sic] un avantage proportionné à ses frais et un gain légitime, il ne peut avoir à se plaindre. Il faudra régler aussi les Formalités à observer pour la réception des libraires et imprimeurs ; arrangez cela comme vous le trouverez bon, mais il faudra que l'autre question soit rapportée au Conseil.

Louis.

« Silence sur notre conversation avec M. au sujet de S.G.**, je le perdrais avec peine, connaissant tout son dévouement et sa capacité pour mon service***.

« De cette lettre, qui a le ton royal de la raison et la grande volonté du bon sens, sortait l'arrêt du conseil du 30 août 1777, qu'un article résume :

« Tout auteur qui obtiendra en son nom le privilège d'un ouvrage, aura le droit du vendre chez lui, et jouira de son privilège pour lui et ses hoirs à perpétuité, pourvu qu'il ne le rétrocède à aucun libraire. »

« Ainsi était proclamée la perpétuité de possession. Ainsi la propriété des gens de lettres, délivrée des gênes accumulées par les édits enregistrés dans les Cours, devenait constante et permanente. Ainsi l'auteur "avait le pas", comme disait la lettre. Ainsi le privilège était transporté du libraire à l'auteur : il devenait droit. Ainsi était posé par la main de LouisXVI dans le code français, dans le code humain, le grand principe de la propriété des lettres, la première des propriétés chez un peuple civilisé. »

Dorénavant, que l'individu vienne à acquérir une parcelle de souveraineté individuelle, simplement en tant qu'homme, et son expression personnelle accèdera à la dignité de chose publique, le statut des œuvres et les principes de leur circulation exploseront.

Dès lors que l'Homme auteur devient légitime et souverain dans sa fonction sociale, la lutte de Beaumarchais pour le droit des auteurs d'œuvres dramatiques s'inscrit naturellement comme une première rupture entre des auteurs et un média (ce sont alors les théâtres et leurs comédiens).

Il ne s'agissait plus, comme auteur dramatique, d'amuser ou d'agir comme intermédiaire de quelque Créateur ; mais de transmettre des œuvres d'Hommes parvenus au rang de créateurs.

Et pour cela les soustraire au monopole ou à la propriété des Théâtres.

Section 1.1.2- La Révolution

La querelle des théâtres

Le premier conflit public entre auteurs et médias (alors les théâtres) est à l'origine de la première société d'auteurs, le « Bureau de la Législation Dramatique » le 3 juillet 1777, ancêtre de la SACD.

La première loi française moderne sur le droit d'auteur, le décret Le Chapelier des 13-19 janvier 1791, intervient à la suite de ce conflit entre les auteurs dramatiques conduits par Beaumarchais et La Harpe (auteur dramatique sans postérité) contre le « Privilège » des Comédiens français, qui consistait à leur attribuer un monopole d'exploitation sur les œuvres représentées, voire leur pleine propriété, si la pièce ne faisait pas suffisamment recette. (On disait alors qu'elle tombait dans les règles).³

Les auteurs dramatiques, assez remontés, engagèrent le fer avec les Comédiens Français et déposèrent une pétition présentée par La Harpe aux termes de laquelle, ils revendiquaient, avant même leur propre propriété, la vocation de leurs œuvres au public.

C'est fondamental : le droit d'auteur moderne s'est constitué en opposition au monopole des théâtres, les « exploitants » des œuvres, pour vouer celles-ci au public.

Lorsqu'ils contestent le monopole des comédiens français, les auteurs dramatiques invoquent d'abord l'affectation publique de leurs créations. Partant, elles ne peuvent être privatisées par quelque théâtre que ce soit.

Le rapport à l'Assemblée nationale du Député et avocat Isaac Le Chapelier, comme la pétition des auteurs dramatiques qui l'inspire, ne distinguent jamais la « propriété » des auteurs de son affectation publique.

C'est par antiphrase que Le Chapelier utilise le terme « propriété la plus personnelle » et non sans cette précaution oratoire préalable, « si je puis parler ainsi » dit-il :

« La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain ; cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés.

« Quand un auteur a livré son ouvrage au public, quand cet ouvrage est dans les mains de tout le monde, que tous les hommes instruits le connaissent, qu'ils se sont emparés des beautés qu'il contient, qu'ils ont confié à leur mémoire les traits les plus heureux ; il semble que dès ce moment, l'écrivain a associé le public à sa propriété, ou plutôt la lui a transmise toute entière, cependant, comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée, tirent quelque fruit de leur travail, il faut que pendant toute leur vie et quelques années après leur mort, personne ne puisse, sans leur consentement, disposer du produit de leur génie. Mais aussi, après le délai fixé, la propriété du public commence, et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain.

³ Rapport fait par Monsieur Le Chapelier au nom du Comité de Constitution, sur la pétition des auteurs dramatiques, dans la séance du jeudi 13 janvier 1791 - Extrait :

« Les comédiens français soutiennent que les pièces de Corneille, de Racine, de Molière, de Voltaire et autres sont leurs propriétés.

Si on lisait cette phrase à un homme fort instruit des principes de gouvernements, mais ne sachant ni l'histoire de celui dont nous sommes débarrassés, ni celle de la superbe révolution qui nous ramène aux maximes ... de l'ordre social, il regarderait comme un délire une semblable prétention, et il ne croirait pas qu'elle fut née parmi des hommes que leur état consacrant à l'étude des chefs d'œuvre de l'esprit humain, aurait du rendre apôtres religieux de la maxime qui fait de ces chefs d'œuvre, une propriété publique, et qui n'admet une exception à cette règle générale, que pour l'intérêt des auteurs et la conservation du droit qu'ils ont de retirer un honorable salaire de leur glorieux travail. »

« Voilà ce qui s'opère en Angleterre pour les auteurs et le public, par des pactes que l'on nomme tutélaires, ce qui se faisait autrefois en France par les privilèges que le Roi accordait, et ce qui sera dorénavant fixé par une loi ; moyen beaucoup plus sage, et le seul qu'il convienne d'employer.

« Les auteurs dramatiques demandent à être, les premiers, l'objet de cette loi.

« Il nous paraît que cette demande est fondée sur les maximes les plus claires de la justice ; les comédiens sont pour les auteurs dramatiques ce que les imprimeurs et les libraires sont pour les écrivains ; les uns et les autres transmettent au public les pensées des hommes de génie, à cette différence près, que les comédiens sont bornés à l'enceinte du théâtre sur lequel ils jouent, et que les autres n'ont que le monde pour limites.

Jurisconsulte vertueux et scrupuleux, Isaac Le Chapelier oppose droit réel et droit personnel : c'est en maniant l'oxymore, l'antiphrase, qu'il évoque « la plus personnelle des propriétés » pour dire qu'il ne s'agit pas tant d'un droit réel des auteurs que d'un droit personnel, par dérogation (par « exception » dit le Chapelier Cf. c) aux droits du public :

« l'écrivain a associé le public à sa propriété, ou plutôt la lui a transmise toute entière, cependant, comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivoient le domaine de la pensée, tirent quelque fruit de leur travail, il faut que pendant toute leur vie et quelques années après leur mort, personne ne puisse, sans leur consentement, disposer du produit de leur génie. Mais aussi, après le délai fixé, la propriété du public commence, et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain. »

Inférant de ce qui demeure dans l'histoire comme la « Querelle des théâtres », Le Chapelier veut légiférer en bon républicain, à savoir édicter une norme générale, voire rappeler en droit positif un principe de droit naturel.

Ce qui vaut pour les comédiens vaut pour tous les « publicateurs » des œuvres - l'on nous pardonnera ce néologisme pour son utilité.

Le comité de constitution rend le 13 janvier 1791 le décret (Reproduit in fine note d) consacrant :

- 1- La liberté d'établissement des théâtres ;
- 2- La liberté de représentation des théâtres, sous réserve des droits des auteurs dramatiques ;
- 3- La propriété publique sur les ouvrages des auteurs décédés depuis plus de cinq ans ;
- 4- Le droit des auteurs « d'autoriser ou d'interdire » la représentation de leurs œuvres ;
- 5- La « propriété » des héritiers ou cessionnaires cinq après le décès des auteurs ;
- 6- La police des spectacles sur le principe de la liberté de représentation et de responsabilité des auteurs et des comédiens (articles 6 et 7).

Sur www.powow.net en juin 2001, Anne Latournerie, historienne, exposait :

« (...) La querelle des théâtres ne s'arrêta pas là. Le 6 décembre 1791, le comité d'instruction publique, nouvellement chargé d'instruire la question de la propriété des auteurs, reçut une requête d'auteurs dramatiques, présentée par Beaumarchais. Les Directeurs de théâtres interprétaient en effet la loi de janvier 1791 de façon restrictive : ils considéraient qu'elle portait seulement sur les œuvres futures, voulant ainsi se réserver le droit de représenter toute pièce d'auteur, même vivant, déjà imprimée ou publiée. De nombreux débats eurent lieu devant le Comité d'instruction publique (en décembre 1791 et janvier 1792). Un projet de loi Gilbert Romme fut déposé le 30 août 1792. Ce fut la victoire des directeurs de théâtre qui obtinrent le droit exclusif de représenter toute œuvre déjà produite avant le 13 janvier 1791. Marie-Joseph Chénier critiqua fortement cette mesure et la question fut donc réouverte. Le 2 janvier 1793, le comité reçut une pétition signée de trente auteurs et éditeurs de musique demandant à l'assemblée « dans toute sa sagesse de trouver un moyen de protéger leur propriété et d'empêcher la piraterie ». Le 20 février 1793, le Comité d'instruction publique demande à Chénier d'établir une loi générale contre les éditions pirates en tout genre. (...) »

Lakanal présentera son rapport sur la loi rédigée par Marie-Joseph Chénier le 19 juillet 1793.

Après l'affirmation et la préséance des droits du public avec Le Chapelier en 1791, Lakanal balance le propos de son collègue Le Chapelier, contre, un peu moins infamant que nos « pirates », « les corsaires littéraires » :

« (...) Citoyens, la postérité du grand Corneille s'est éteinte dans l'indigence. L'impression peut d'autant moins faire des productions d'un écrivain une propriété publique, dans le sens où les corsaires littéraires (sic) l'entendent, que l'exercice utile de la propriété de l'auteur ne pouvant se faire que par ce moyen, il s'ensuivrait qu'il ne pourrait en user sans le perdre à l'instant même. » (Cf in fine note « e » ^e)

Les auteurs et le public ont eu, en 1791 et en 1793, un intérêt commun contre ceux des exploitants des œuvres, « les représentants » des œuvres ou les « reproduisants ».

Naturellement, la Révolution s'ouvre en 1791 sur une aspiration des œuvres et des auteurs vers le public, pas tellement distinct du démos. C'est la théorie des Lumières, c'est la logique de l'Encyclopédie transposée à l'art.

Naturellement, la Révolution consacre ensuite le droit naturel des auteurs à percevoir le tribut légitime de leur noble travail, comme un principe écologique.

Naturellement, enfin, la Révolution soumet la vocation publique des œuvres à cette règle « écologique » : la rémunération des auteurs.

Pour mémoire, les Décrets français (Lois) des 13-19 janvier 1791 et des 19-23 juillet 1793 ont fondé le droit positif en France jusqu'à la grande loi de 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

Section 1.1.3- La période moderne

Au XIX^{ème} siècle le romantisme s'exacerbe.

Deux partis sont confrontés, ceux qui défendent la thèse d'une propriété des auteurs ceux qui défendent la thèse d'un simple monopole d'exploitation. Les premiers veulent ainsi

prolonger la durée de protection des auteurs : c'est Vigny intervenant à la Chambre pour l'héritière de Sedaine.

Les seconds souhaitent favoriser l'accès du public aux œuvres, c'est Hugo défendant le domaine public en juin 1878 lors du Congrès littéraire international. C'est aussi RENOUARD qui publie en 1838 un Traité sur les droits d'auteur, c'est aussi PROUDHON qui polémique avec LAMARTINE ...

Mais, quels que soient ces courants, tous ces politiques auteurs ne concevaient de « propriété » intellectuelle que dans le champ de la fonction particulière de l'auteur pour l'intérêt général.

Pendant tout le cours du XIX^{ème} siècle, les auteurs, la plupart romantiques littéraires - Hugo, Gautier, Balzac, Vigny, Lamartine, Dumas - revendiqueront « le juste tribut », autrefois déclamé par Boileau, pour leurs homologues.

La vocation publique des œuvres est alors peu en cause après le raz-de-marée de l'intérêt général, la vogue de la Loi, la promotion du Citoyen, qui avait caractérisé les années 1789 et le débat politique depuis.

La vocation publique des œuvres n'est certes pas remise en cause au cours du 19^{ème} et jusqu'au début du 20^{ème} siècle, qui caractérise une période certes industrielle, mais aussi sociale :

Le 19^{ème} siècle jusqu'en 1914 est marqué par le libéralisme économique dans l'industrie et l'artisanat où règne l'intérêt privé.

Quant au patrimoine et à la création, la période s'avère foncièrement orientée vers l'intérêt collectif. C'est au 19^{ème} siècle que Prosper Mérimée entreprend ses travaux pour la conservation du patrimoine.

Si l'on polémique à la Chambre et autour sur la vocation sociale des œuvres, entre tenants de la théorie du « monopole » ou partisans de la « propriété », personne ne conteste la vocation publique de la création.

Il s'agit juste de concilier une règle d'équité ou de droit naturel pour les auteurs et leurs ayants droit, leurs créances morales et patrimoniales avec les droits du public.

Partant, les principes fondateurs de 1791 et 1793 seront simplement tempérés par une loi du 14 juillet 1866, aboutissement d'une entreprise défendue notamment par BALZAC (dans une note du 3 mars 1841 aux membres de la commission parlementaire chargée d'étudier la révision de la loi de 1793⁴) et par Alfred de VIGNY - touché par la condition indigente de la fille de l'auteur dramatique SEDAINÉ qui était venu le trouver - aux fins d'assurer un subside aux descendants des auteurs.⁵

La loi du 14 juillet 1866 allonge la durée de protection à cinquante ans post mortem.

Pas satisfait du tout par ces options du droit d'auteur, Victor HUGO professait dans un discours d'ouverture du Congrès littéraire international le 17 juin 1878 :

⁴ Balzac écrivait alors : « En accordant cinquante ans, vous entendez faire jouir les fils des travaux du père »

⁵ « De Mademoiselle Sédaine et de la propriété littéraire », lettre à Messieurs les députés écrite le 15 janvier 1841 - Alfred de Vigny - Œuvres complètes - Pléiade Gallimard T 2)

« Ce n'est pas pour un intérêt personnel que vous êtes réunis ici ; c'est pour l'intérêt universel. Qu'est-ce que la littérature ? C'est la mise en marche de l'esprit humain. Qu'est-ce que la civilisation ? C'est la perpétuelle découverte que fait à chaque pas l'esprit humain en marche ; de là le mot Progrès. On peut dire que littérature et civilisation sont identiques.

Les peuples se mesurent à leur littérature. Une armée de deux millions d'homme passe, une Iliade reste (..) A de certains moments, la France se résume dans un génie, et le resplendissement de Paris se confond avec la clarté de Voltaire. (..)

La propriété littéraire est d'utilité générale. Toutes les vieilles législations monarchiques ont nié et nient encore la propriété littéraire. Dans quel but ? Dans un but d'asservissement. L'écrivain propriétaire, c'est l'écrivain libre. Lui ôter la propriété, c'est lui ôter l'indépendance. On l'espère du moins. De là ce sophisme singulier, qui serait puéril s'il n'était pas perfide : la pensée appartient à tous, donc elle ne peut pas être propriété, donc la propriété littéraire n'existe pas. Confusion étrange, d'abord de la faculté de penser, qui est générale, avec la pensée, qui est individuelle ; la pensée, c'est le moi ; ensuite, confusion de la pensée, chose abstraite, avec le livre, chose matérielle. La pensée de l'écrivain, en tant que pensée, échappe à toute main qui voudrait la saisir ; elle s'envole d'âme en âme ; elle a ce don et cette force, *virum volitare per ora* (NdE : Voler de bouche en bouche, Virgile, Géorgiques, III, 9) ; mais le livre est distinct de la pensée ; comme livre, il est saisissable, tellement saisissable qu'il est quelquefois saisi. Le livre produit de l'imprimerie, appartient à l'industrie et détermine, sous toutes ses formes, un vaste mouvement commercial ; il se vend et s'achète ; il est une propriété, valeur créée et non acquise, richesse ajoutée par l'écrivain à la richesse nationale, et certes à tous les points de vue, la plus incontestable des propriétés (..) »

Dans son envol, et malgré la distinction très nette marquée par Victor HUGO entre la propriété littéraire et la propriété matérielle du livre (saisissable), il semble qu'à ce moment de son discours l'orateur confonde un peu les deux. Mais il ajoute :

« Messieurs, rentrons dans le principe : le respect de la propriété. Constatons la propriété littéraire, mais, en même temps fondons le domaine public. Allons plus loin. Agrandissons le. Que la loi donne à tous les éditeurs le droit de publier tous les livres après la mort des auteurs, à la seule condition de payer aux héritiers directs une redevance très faible (..)

Le principe est double, ne l'oublions pas. Le livre, comme livre, appartient à l'auteur, mais comme pensée, il appartient – le mot n'est pas trop vaste – au genre humain. Toutes les intelligences y ont droit. Si l'un des deux droits, le droit de l'écrivain et le droit de l'esprit humain, devait être sacrifié, ce serait certes, le droit de l'écrivain, car l'intérêt public est notre préoccupation unique, et tous, je le déclare, doivent passer avant nous. »

Séance du 21 juin – Présidence de Victor HUGO :

« Tout à l'heure nous allons aborder la question d'un tiers, l'héritier. Quant à moi, je n'hésite pas à dire que le droit le plus absolu, le plus complet, appartient à ces deux unités : l'auteur qui est la première unité, la société qui est la seconde (..)

Avant la publication, l'auteur a un droit incontestable et illimité. Supposez un homme comme Dante, Molière, Shakespeare. Supposez le au moment où il vient de terminer une grande œuvre. Son manuscrit est là, devant lui, supposez qu'il ait la fantaisie du jeter au feu, personne ne peut l'en empêcher (..) Mais dès lors que l'œuvre est publiée l'auteur n'en est plus le maître. C'est alors l'autre personnage qui s'en empare, appelez le du nom que vous voudrez : esprit humain, domaine public, société. C'est ce personnage là qui dit : Je suis là, je prends cette œuvre, je fais ce que je crois devoir en faire, moi esprit humain, je la possède, elle à moi désormais. (..) l'œuvre n'appartient plus à l'auteur lui-même, il n'en peut désormais rien retrancher ; ou bien, à sa mort, tout reparaît. Sa volonté n'y peut rien (..) »

Notons que comme chez DIDEROT, mais avec en plus la revendication d'affecter l'œuvre à l'intérêt général, la publication de l'œuvre scelle, fige et garantit son intégrité, due au public et ensuite à son auteur.

Séance du 25 juin 1878 – Présidence de Victor HUGO :

« (...) Vous savez, messieurs, que la propriété, toute sacrée qu'elle est, admet cependant des limites. Je vous dis une chose élémentaire en vous disant : on ne possède pas une maison comme on possède une mine, une forêt comme un littoral, un cours d'eau comme un champ. La propriété, il y a des jurisconsultes qui m'entendent, est limitée selon que l'objet appartient dans une mesure plus ou moins grande à l'intérêt général. La propriété littéraire appartient plus que toute autre à l'intérêt général, elle doit subir aussi des limites »

Ce Congrès est à l'origine de l'Association Littéraire et Artistique Internationale fondée le 28 juin 1878 et qui organisa à BERNE en 1883 une réunion d'écrivains, d'artistes et éditeurs à l'origine de la convention de BERNE du 9 septembre 1886.

L'admirable philanthropie du grand homme donne les clés des principes à l'origine de notre droit de la propriété littéraire :

- La liberté et le droit absolu de l'auteur sur son œuvre au cours du processus de création et jusqu'à sa divulgation ;

- Le droit relatif et perpétuel de l'auteur d'exploiter librement son œuvre et d'en percevoir les fruits. HUGO aurait voulu que ce droit soit transmissible dans une moindre mesure aux héritiers pour un temps très court afin qu'il ne contrarie pas le droit supérieur du public ; l'histoire postérieure du droit le contredira.

- Le droit d'accès du public à l'œuvre : une fois qu'elle est divulguée, l'œuvre est affectée au public.

HUGO, aux termes de ses discours, ne résout pas directement la question de la conciliation d'une gestion patrimoniale des œuvres avec le droit d'accès du public. La solution est néanmoins transparente : une fois l'œuvre divulguée, l'auteur assume la gestion de l'intérêt général en même temps, de la même façon, qu'il organise la gestion patrimoniale.

Ce n'est pas un hasard, à la même époque se fondent, en France, la jurisprudence et la doctrine du service public. L'arrêt BLANCO (Tribunal des Conflits 08/02/1873) attribue à la juridiction administrative (écrite et assez littéraire) le contentieux de la responsabilité de l'Etat alors même qu'il s'agissait en l'espèce d'un service public géré par une personne privée.

S'agissant d'une créance délictuelle, la responsabilité de l'Etat « n'est ni générale, ni absolue » dit le Tribunal des conflits en 1873, « elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ».

Le droit d'auteur ne constitue pas une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée dit la Cour de cassation dans un arrêt du 25 juillet 1887 (Chambre des requêtes, 25/07/1887- Grus c/ Ricordi) :

« Attendu que les droits d'auteur et le monopole qu'ils confèrent sont désignés à tort, soit dans le langage usuel, soit dans le langage juridique sous le nom de propriété ; que loin de constituer une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée pour les biens, meubles et immeubles, ils donnent seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire (...) »

(Rappelé avant guerre par le ministre de l'éducation du gouvernement du Front Populaire en France, Jean ZAY, dans les motifs d'un projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition venu en séance de la Chambre le 13 août 1936.⁶ Cf infra)

L'influence et les ressources du droit public ne devraient pas être ignorées dans la pratique du droit de la propriété littéraire.

Le service public est pourtant classiquement défini comme une activité assumée par la collectivité publique, directement ou par une personne privée déléguée, en vue de donner satisfaction à un intérêt général.⁷

En matière de propriété littéraire, l'intérêt général est manifeste ; il est cependant poursuivi non seulement par une personne privée, mais par une personne physique : sans doute jamais l'on ne vit, en république, d'intérêt général lié, commandé par le libre arbitre d'une personne.

En matière de « propriété » littéraire, c'est l'auteur seul qui assume sa création, forcément en dehors de toute contrainte de l'Etat, et qui donne ainsi satisfaction à un intérêt général.

L'auteur, personne physique, est protégé comme tel dans sa liberté de création ; et aussi comme personne en charge d'une mission d'intérêt général, libre et indépendante, avec des prérogatives de personne publique.

Tout le reste, ce qui ne ressort pas de la protection des libertés particulières ou de l'intérêt général, ne mérite pas le statut juridique conféré par l'Etat à l'auteur et ne justifie pas, en république, que l'on déroge au droit général des contrats et des biens, à la liberté du commerce et de l'industrie au droit de la concurrence et aux droits politiques communs.

L'intérêt général de la création littéraire et artistique est fondamentalement lié au génie individuel, au respect du créateur et à l'organisation de la protection de sa création.

Aux termes des discours de Victor HUGO et des travaux de l'ALAI, la propriété littéraire est déclarée (ou reconnue) d'intérêt général et, l'auteur, une personne privée en charge de cet intérêt général, percevant en tant que telle une redevance d'exploitation ; mais la diffusion de son œuvre intéresse surtout la collectivité publique, l'Etat.

La « propriété » littéraire et artistique s'inscrit comme une prérogative d'ordre personnel, une créance de l'auteur sur le public, dans un mécanisme d'obligations entre ces deux parties - auteur et public - régulée par l'Etat, pour cause d'intérêt général lié à la création et à la culture.

Les théâtres ou les éditeurs, concessionnaires de l'exploitation d'œuvres d'un auteur, rendent des comptes et n'exploitent ses droits qu'autant qu'ils assurent à l'auteur une nouvelle fertilité et au public de nouvelles œuvres.

De nos jours

⁶ JORF Doc AN 1134 - Séance du 13/08/1936- page 1706 - Cf également Bernard EDELMAN - J-CI Propriété littéraire et artistique fasc. 1112 n° 19 et suivants, citant MORILLOT

⁷ André de Laubadère Traité de droit administratif T1 LGDJ n° 1281

Nous n'avons pas progressé fondamentalement depuis, ni dans le fond ni dans la forme.⁸

Nous sommes restés dans les mêmes termes du débat, une sorte de valse entre :

- droits et libertés du public,
- tribut légitime des auteurs (droits patrimoniaux) et authenticité des œuvres (droit moral),
- intérêt des exploitants des œuvres.

Les trois entités s'accordent, se coalisent au gré des circonstances politiques et économiques, les unes contre celle qui reste, selon que les circonstances (par exemple l'avènement des techniques numériques) exigent de protéger plutôt l'une que les autres, mais toujours pour assurer cet échange perpétuel et vital entre les auteurs et le public qui fonde et caractérise le droit d'auteur.

A contrario, si cet échange entre public et auteur, si cet intérêt général supérieur disparaît, son droit, tellement dérogatoire au droit commun de la concurrence⁹, ne se justifie plus.

Les œuvres se sont désolidarisées de leurs supports et de leurs « exploitants », les « libraires », éditeurs, et les théâtres pour permettre leur retour dans le giron de l'auteur, à destination du public.

Plus d'ouverture pour le public, plus de liberté d'accès aux œuvres, avec pour corollaire, c'est mécanique, moins de sécurité pour les exploitants des œuvres et moins de sécurité pour l'authenticité des œuvres, pour ce qui est de la crainte de DIDEROT.

Toutefois, la préoccupation « sécuritaire » de DIDEROT n'est plus actuelle : il s'agissait alors, pour un philosophe militant, d'assurer l'intégrité de sa pensée, alors que les philosophes, célèbres et en vogue, étaient largement victimes de contrefaçon, notamment en province, en Belgique et dans les Pays Bas.

La contrefaçon du XXIème siècle ne porte pas tant de torts aux intérêts moraux des penseurs et autres philosophes qu'aux intérêts patrimoniaux des auteurs et de leurs ayants droit.

Du projet de loi Jean Zay à la loi Jean Escarra du 11 mars 1957 ou du travailleur intellectuel au capitaliste intellectuel

Jean ZAY naquit le 6 août 1904 à Orléans, d'un père d'origine lorraine, de confession juive et de conviction radicale tendance gauche. Sa mère, orléanaise, était de confession protestante.

Jean ZAY collabora comme journaliste au quotidien radical, que dirigeait son père, Le Progrès du Loiret, avant d'entrer au Barreau d'Orléans en 1928, à l'âge de 24 ans.

Lui-même militant du parti radical, favorable à l'alliance avec les socialistes, c'est l'ami de Pierre Cot ou Pierre Mendès-France.

En 1932, il est élu député du Loiret.

⁸ Sans doute la matière, l'art, commande-t-elle que l'on ne « progresse » pas plus en elle-même que dans son droit.

⁹ La « liberté de concurrence » constitue avec la « liberté d'entreprendre » un des deux termes de la « liberté du commerce et de l'industrie », à valeur constitutionnelle en droit français.

Antoine Prost, historien, écrit : « Pour Jean Zay, la République repose avant tout sur le civisme et l'intelligence des citoyens, c'est-à-dire sur leur éducation intellectuelle et morale. (...) Contre la conservation sociale mais aussi contre les utopies révolutionnaires, la politique est ce mouvement par lequel l'humanité s'approfondit et devient en quelque sorte plus digne d'elle-même. »

Pierre Mendès-France témoigne :

« Membre du même parti, nous étions un certain nombre de jeunes situés à sa gauche, et nos réactions étaient semblables, face aux événements intérieurs et extérieurs, et aux difficultés de l'époque. Très vite, Jean ZAY s'est révélé comme le plus lucide, le mieux informé parmi nous et le plus mûr aussi, et il est devenu en fait le principal animateur de ce que l'on désignait sous le nom inattendu de « jeunes turcs ». Personnellement, j'étais plein d'admiration pour un homme dont le talent, le sens politique, le jugement, la clairvoyance étaient remarquables. Il était brillant, spirituel, éloquent. Très vite, dans nos réunions de groupe comme dans les grands congrès, il exerça une influence dont les dirigeants du parti ne pouvaient pas ne pas tenir compte. »

Nommé ministre de l'Education nationale et des Beaux-Arts de juin 36 à septembre 39, il est le plus jeune membre du gouvernement de Léon Blum.

Parallèlement, le monde des arts et des sciences s'était développé comme jamais au XIXème siècle et le début de vingtième siècle en recueillait les très beaux fruits : Proust, les surréalistes, les dadaïstes. Paris explosait depuis le début du siècle à Montmartre, le cinéma dessinait ses arabesques sous la direction de Renoir, d'Abel Gance, de Cocteau, le théâtre devenait enfin moderne, tout empêtré qu'il était resté jusqu'alors entre le romantisme et le boulevard, avec Cocteau, Dullin.

Dans cet enthousiasme, en profonde empathie avec cette société civile turbulente, non plus militaire, ni catholique, comme l'étaient restés les romantiques au dix-neuvième siècle, Jean ZAY porte le CNRS sur les fonds baptismaux, il rénove la vieille direction de la Comédie française, qui n'en pouvait mais, et dont Louis JOUVET ne voulait même pas, il démocratise les musées, il développe une politique de la lecture, il promeut le cinéma français et décide du festival de Cannes, dont la première session est annulée, en 1939, pour cause de guerre.

Il dépose le 13 août 1936 un projet de loi sur le contrat d'édition et sur le droit d'auteur.

Il raconte dans ses carnets de prisonnier, à la date du 25 mars 1942, qu'il avait assisté en 1933 (en 1934 en fait) à un congrès des écrivains français à Orléans, circonscription dont il était député, et ville dont il était natif. ZAY était alors âgé de trente ans. Lui même versé dans la chose littéraire, ZAY nous raconte :

« A la séance de clôture, un rapport fut lu et adopté qui réclamait l'obligation dans l'édition française du numérotage mécanique, moyen peu coûteux, déjà utilisé en Belgique, pour assurer à l'auteur son contrôle sur les tirages. Je déposai à la Chambre une proposition de loi sur le numérotage mécanique. La commission de législation civile, dont je faisais partie, me chargea de la rapporter, en même temps que la proposition de loi déjà ancienne d'Anatole de Monzie sur le contrat d'édition. L'étude de ces textes me fit apparaître la nécessité d'une législation d'ensemble. Mon ami Maurice Genevoix me réunit à dîner dans sa villa du bord de Loire, avec Gaston Rageot, alors président de la société des gens de lettres, et j'appris ce soir là bien des particularités du contrat d'édition, bien des secrets sur la condition réelle de l'écrivain. Appelé en 1936 au ministère de l'éducation nationale, j'y entrai en contact direct avec les hommes de lettres, les associations littéraires, les éditeurs. Je fis appel aux collaborations juridiques nécessaires et nous mîmes sur pied le projet de loi sur le droit d'auteur et le

contrat d'édition, véritable statut de la création intellectuelle et artistique en France, que je déposai sur le bureau de la Chambre au nom du gouvernement.

Dans la France moderne, le travailleur intellectuel restait le seul à n'être aucunement protégé par la loi. Alors que toutes les professions ont reçu de la société certaines garanties contre l'arbitraire, la profession littéraire était demeurée depuis cent cinquante ans ignorée du législateur, en dépit des exemples de l'étranger et de certains congrès internationaux. Le mot de Balzac : « l'édition, c'est la jungle », restait vrai en 1938. Notre pays avait dans ce domaine un retard étrange à combler ; nous nous y efforçâmes.

Il parut tout d'abord nécessaire de modifier la notion juridique elle-même de droit d'auteur. Celui-ci était considéré comme un droit de propriété ordinaire. Il en résultait que le contrat d'édition constituait en général une cession pure et simple. L'auteur vendait son manuscrit comme il eût vendu une table ou une chaise. Il était libre de l'aliéner et, moyennant une somme d'argent immédiate, de perdre désormais sur lui tout droit, quel qu'il fût. L'œuvre devenait un enfant perdu, mais pour son père seulement ... C'est ainsi qu'on vit des chefs d'œuvre payés quelques centaines de francs par un éditeur littéraire ou musical rapporter par la suite des millions de francs à ce dernier. L'auteur, qui avait obéi parfois à la contrainte de la misère ou dont c'étaient les travaux d'une jeunesse timide, restait sans recours. Notre projet décida que le droit d'auteur était un droit d'une espèce particulière, attaché à la personne humaine, inaliénable et qui n'était susceptible que de concession, non de cession. Ainsi l'auteur ne pourrait plus perdre tout droit sur le fruit de son génie ; nous le défendions contre lui-même. (...)

Jean ZAY note encore : « Ce fut facile du côté des écrivains » et quelques lignes après « Mais du côté des éditeurs ce fut une autre affaire ... »

Lorsque la guerre est déclarée par la France à l'Allemagne, le 3 septembre 1939, après une semaine, Jean ZAY démissionne de son poste de ministre, et entre en service militaire, alors que ses hautes fonctions ne le conduisaient pas à être mobilisé : « Agé de trente-cinq ans, je désire partager le sort de cette jeunesse française pour laquelle j'ai travaillé de mon mieux au gouvernement depuis quarante mois. Je demande donc à suivre le sort normal de ma classe ».

Il refuse d'être affecté à l'Etat major et part pour le front, qu'il rejoint en Lorraine, en tant qu'officier adjoint auprès du colonel commandant le train de la quatrième armée.

Le comportement de Jean ZAY fut loué par ses chefs, lorsqu'ils témoignèrent devant les juges militaires qui l'accusaient de désertion.

Le 17 juin 1940, le Président du conseil, Philippe PETAIN, demande l'armistice et ordonne la cessation des combats.

Avec d'autres députés, DALADIER, DELBOS, MANDEL, PISANI, CAMPINCHI ... dont trois officiers en service comme lui-même, MENDES-FRANCE, VIENOT, WILTZER, ZAY souhaite poursuivre la lutte à partir de l'Afrique du Nord, où doit également se rendre, de son côté, le gouvernement. Qui décide finalement de rester à VICHY.

C'est un piège qui s'est refermé. Le procès des « déserteurs » embarqués sur le MASILIA aura lieu.

Le camp des défaitistes, que dénonçait Paul REYNAUD avant sa démission du 16 juin 1940, lance une campagne de presse contre ceux qu'il accuse d'avoir déclenché la guerre et qui voudraient la poursuivre.

On trouve parmi eux Jean PROUVOST du FIGARO, Philippe HENRIOT de GRINGOIRE.

Le gouvernement, craignant l'influence de ces parlementaires, empêche leur retour en métropole afin de faciliter le vote de confiance à PETAIN le 10 juillet 1940 à Vichy, et le changement de régime qui s'ensuit.

Le 25 juillet 1940, une dépêche de l'agence Havas indique que les quatre officiers et néanmoins parlementaires auraient à répondre devant la justice militaire du délit d'abandon de poste.

Convoqué le 15 août 1940 à se rendre en civil au bureau de garnison de Casablanca, Jean ZAY se voit signifier le 16 août 1940 un mandat d'arrêt pour désertion face à l'ennemi.

Transféré en France, il est alors incarcéré en détention préventive à Clermont-Ferrand le 20 août. Après une instruction dont le délai laisse rêveur, le lendemain de la signature par PETAIN de la première loi anti-juive, ZAY est condamné, le 4 octobre 1940, par le tribunal militaire de Clermont à la déportation à vie.

La délibération aura duré six minutes. Ses coïnculpés, devant ce tribunal militaire de Clermont-Ferrand bénéficient, pour WILTZER, du non-lieu, pour VIENOT de 8 ans avec sursis.

Alors que ZAY est détenu, brutalement, le 20 juin 1944, trois miliciens viennent le chercher pour un faux transfert, l'assassinent et font disparaître son corps.

Le 5 juillet 1945, le tribunal militaire de Clermont-Ferrand le réhabilite. On célèbre sa mémoire au Parlement, à Orléans. Son corps n'est découvert et identifié qu'en 1946. Il est enfin inhumé à Orléans en 1948.

Dès 1936, Bernard GRASSET et l'éditeur de musique DURAND avaient dénoncé le complot ourdi par l'internationale socialiste, afin de spolier les éditeurs de la jouissance paisible et contractuelle de leur bien. L'on avait mené une campagne contre le projet ZAY et son auteur, radical de gauche, franc-maçon, de père juif et de mère protestante ; lorsque l'hystérie gagnait la droite.

Du fond de sa cellule de RIOM, ZAY écrit dans ses carnets : « *Au lieu de venir s'asseoir autour de la table où nous les invitations à travailler en bonne foi, certains éditeurs se réfugièrent dans la polémique, souvent par personne interposées. Monsieur Bernard GRASSET prit lui-même sa plume la plus virulente. Il y eut heureusement des exceptions : chez Flammarion, Monsieur Max FISCHER sut défendre avec ténacité ce qu'il croyait être la vérité, tout en demeurant courtois et conciliant. Un déjeuner dans sa propriété d'Île de France, fut un aimable champ clos où il me convia à le rencontrer ; quelques écrivains bien choisis nous assistaient en arbitres. Les lois de l'hospitalité ne les empêchèrent pas de confesser avant le dessert leur sentiment naturel.*

A la veille de la guerre, nous touchions au but. Les soixante articles du projet, maintes fois remaniés, étaient bien près de rallier le consentement général. Les conseils juridiques de la rue de Grenelle, le rapporteur de la chambre, mon ami Albert Le Bail, y avaient puissamment contribué. Au Sénat, Léon Bérard se déclarait disposé à prendre le rapport. Nous allions demander l'inscription à l'ordre du jour pour la rentrée de novembre 39. Les événements prirent hélas ! un autre cours. Mais le projet reste. Je ne crois pas que la commission d'étude du statut des écrivains de mars 1942 puisse partir d'une autre base ».

Sous Vichy, trois juristes du droit d'auteur, François Hepp, René Dommange et Paul Lerebours-Pigeonnières, reprennent l'étude de la réforme de la législation de la propriété intellectuelle et rédigent un avant-projet. En 1942, un groupe de travail est constitué au sein du Comité d'Organisation des industries et commerces de la musique présidé par René Dommange : c'est l'organisme chargé de gérer dans le secteur la politique corporatiste de l'Etat français et de la Révolution nationale.

Un décret du 12 septembre 1943 crée une commission de liaison interprofessionnelle des industries, métiers et commerces d'art et de création. Sa sous-commission juridique de la propriété artistique et industrielle, animée par François Hepp agissant en collaboration avec

René Dommenge, consacre ses délibérations à l'examen des propositions antérieures et à la rédaction d'un avant-projet.

Le texte échoit à la « Commission de Propriété intellectuelle », créée par le Gouvernement provisoire d'Alger, auprès de la Direction générale des Arts et Lettres du ministère de l'Education nationale, par décret du 28 août 1944.

Anne Latournerie commente (Op Cit Petite histoire des batailles du droit d'auteur) :

« Il est clair cependant que ce nouveau droit d'auteur n'est pas préparé par les auteurs ou le Parlement, mais par l'organe corporatiste, cellule de base de l'Etat fasciste. Force est de souligner la continuité d'un courant juridique et politique qui se manifeste avant, pendant et après la guerre et se retrouve chez certains.

Il est vraisemblable aussi que le poids très fort des organisations professionnelles dans la conduite et l'orientation de la réforme du droit d'auteur après 1945 est le prolongement direct de ce qui s'est passé sous l'occupation et de l'organisation par Vichy des corporations.

Ces « traces de continuité » donnent raison aux thèses de Paxton sur la période de Vichy, matrice de l'étatisme français après la guerre, ou de Marc Fumaroli sur la continuité de l'Etat culturel. Il n'est pas possible d'autre part d'oublier le contexte historique, c'est-à-dire l'occupation et qu'une partie importante de la profession, en particulier des éditeurs, a participé à la réforme de la réglementation du droit d'auteur dans un contexte où il n'y a plus de liberté d'expression publique et que ce sont les mêmes hommes qui ont organisé la profession et mis en place la censure.

Accepter de travailler ainsi sur le droit de propriété intellectuelle signifiait clairement rompre avec une tendance centrale à la source du droit d'auteur qui associait la reconnaissance d'une propriété à la garantie d'une liberté et d'une circulation des connaissances et opter pour une conception de la propriété littéraire et artistique totalement dégagee de toutes justifications morales, uniquement fondée sur l'organisation de la propriété, comme droit des auteurs, comme intérêts des éditeurs. Il est en outre incontestable que l'influence du modèle allemand du droit d'auteur, notamment d'une organisation centralisée et unique de la gestion des droits ainsi que la référence au modèle de l'Etat nazi a été très grande. »

(..)

La loi de 1957 est une loi peu politique, une loi de consensus, une loi de pacification réussie, après l'échec du projet de Jean Zay. Véritable monument législatif, cette « loi sans auteur » est accueillie dans la quasi-indifférence par les auteurs. Ce sont les adversaires du projet Jean Zay qui l'emportent. C'est le succès de la tendance Grasset, le triomphe des médiateurs et des organisations professionnelles. Le paradoxe et le sens de la loi de 1957 résident dans le fait que, tout en sacralisant l'auteur et la création originale, elle est avant tout la loi des droits de la médiation culturelle. Par-là, elle inaugure et est une loi fondatrice. »

La créance culturelle

Après la Libération, le préambule de la constitution du 27 octobre 1946 va définir de nouveaux « droits de l'homme », de véritables droits cette fois, puisqu'il s'agit de créances universelles des hommes sur le politique, et non plus de « libertés de l'homme » que l'on déclare comme principes premiers, droits naturels et imprescriptibles, comme des limites, le champ de l'homme, qui imposent respect au politique : liberté, propriété, sûreté, résistance à l'oppression (Article 2 DDH 26 août 1789)

Le Préambule de la constitution du 27 octobre 1946 déclare des « *principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps* », fortement empreint de droit social.

Un retour du Front Populaire (1936) après les années noires.

« La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.

La nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. »

C'est encore, au rang de l'Etat et des normes politiques supérieures, en termes de circulation, d'accès du public, en sens unique, qu'on aperçoit le flux entre les œuvres et le public.

Le droit d'auteur ne semble décidément pas une question considérable en droit constitutionnel, sauf ses effets indirects, pour l'édification des masses comme en 1946 ou pour la circulation des pensées et des opinions comme en 1789 ...

Depuis, l'on s'est absorbé dans la conservation de nos institutions républicaines et démocratiques ; comme si l'on était certain que la question de l'accès de chacun au patrimoine commun minimum qui permet, avec l'éducation, d'accéder à la dignité de citoyen, et de la conserver, fût désormais réglée une fois pour toute dans ses principes et dans son équilibre : protection des œuvres, protection des auteurs, édification du public.

L'on avait déjà pensé, après 1789, en bon gnostique laïc, que l'homme né était en état de fonction citoyenne pourvu seulement qu'on le respecte : les déclarations de droits composaient le terreau nécessaire à l'individu pour qu'il soit garanti dans sa nature d'Homme ; pas tellement pour qu'il puisse s'épanouir en tant que tel.

Comme si l'on était certain, alors comme aujourd'hui, que l'Homme libre et souverain, donc créateur, fût désormais garanti dans son essence.

Comme s'il n'eût s'agit pour le politique que de garantir des votes libres et la dévolution démocratique du pouvoir.

La République tendait à se confondre avec la démocratie, la finalité avec le moyen.

Et l'on oublie, au XXIème siècle, que la démocratie politique (mode de dévolution du pouvoir) ne vaut que pour une république avec ses arts et ses sciences, république qui ne vaut elle même que parce que l'homme a enfin établi la reconnaissance de sa souveraineté et de son génie individuel.

Certain de l'émancipation définitive des individus, le politique s'occupait surtout dès 1789 de la société d'idées, d'opinion et d'information.

Article 11 de la Déclaration du 26 août 1789 :

« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas prévus par la loi. »

Le commerce a pu recevoir, en dévolution, les œuvres et leur droit, délaissés par le politique. Et l'on a pu se draper, commerçants et politiques, dans le prestige de l'Art, ses oripeaux en fait, pour bénéficier de la bonne veine de l'avantage concurrentiel inhérent à son statut légal, tellement dérogoire au dur jeu du marché et de clientèle.

Est-ce si sûr, est-ce si simple ? Le politique a toujours été gêné, toujours emprunté, lorsqu'il se coltine au droit de la création et à la protection des créateurs. Nos grands hommes d'Etat se sont toujours plus à protéger les Arts et les Lettres. Sans aucun doute l'homme politique français depuis la Constituante en 1789 est généralement un homme de culture. Sans doute, accessoirement, que ça leur assurât pas mal d'honneur, de sympathies et de suffrages, comme retour sur investissement.

Quoique l'on se plaise à célébrer le déboulonnage de bastilles, bien que la nuit du 4 août 1789 (abolition des privilèges) doive éclairer éternellement nos démocraties, les hommes qui les animent, les démocraties, n'ont jamais trop voulu rompre avec l'aristocratique principe d'honneur, ne serait-ce que pour s'assurer le cœur de l'électeur ; partant son suffrage.

Or, la protection du créateur, si elle est tellement utile et nécessaire à la chose publique, suppose la non intervention du politique : moins celui-ci intervient, plus le créateur est libre, plus les Arts et les lettres sont florissants et plus le public est content. Le politique, en droit d'auteur se contente de la mise en scène et de l'intendance. Il fiche la paix aux auteurs, veille à ce qu'il y en ait, des auteurs, qu'il en reste, et, partant, s'assure qu'ils puissent subsister.

Le politique s'attache à ce que leurs œuvres soient belles et bonnes, c'est dire intègres, pas dénaturées, de race (évidemment au sens aristocratique).

Et surtout le politique veut qu'elles soient publiées, parce que la création compose, avec le patrimoine, les deux termes de la culture, déclarée en 1946, comme une créance constitutionnelle, un principe particulièrement nécessaire à notre temps.

La pure et brutale instauration d'un droit des mesures de protection des œuvres, fleurerait-il l'inconstitutionnalité en droit français ? Le Conseil Constitutionnel n'en a pas décidé ainsi.

Le débat sur le projet de loi dit « DADVSI » a tourné court, avec une décision dans une veine peut-être louis-philipparde du conseil constitutionnel (Décision n° 2006-540 DC - 27 juillet 2006).

La constitutionnalisation du droit de propriété était restée douteuse jusqu'aux décisions du 5 janvier (81-134 DC) et du 16 janvier 1982 (81-132 DC)

Dans leur ouvrage de référence, LES GRANDES DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL (Ed. Sirey 6^{ème} Edition) , Messieurs FAVOREU et PHILIP, commentent ainsi les décisions rendues à l'occasion des lois de nationalisations :

« Il y avait auparavant un doute quant à la nature constitutionnelle du droit de propriété. On pouvait ainsi soutenir que ce droit faisait partie des dispositions de la Déclaration de 1789 n'ayant pas valeur constitutionnelle parce que non rattachable aux droits de l'homme ou à la souveraineté nationale (L. Philip, Mélanges Kayser). Pour Messieurs Luchaire et Robert (Le Monde, 3 novembre 1981), le droit de propriété n'était plus « ce droit inviolable et sacré » compte tenue des nombreuses atteintes qu'il avait subies depuis 1789, et qu'en outre, même si on lui reconnaissait un caractère constitutionnel « son contenu se trouve aujourd'hui déterminé par les modifications constitutionnelles qu'il a ultérieurement subies »

(...) Le Conseil Constitutionnel reconnaît qu'il y a une évolution du droit de propriété, dans ses finalités et ses conditions d'exercice » que cette évolution a étendu le champ d'application de ce droit (champ d'application étendu récemment aux « marques de fabriques, de commerce et de service », 283 DC, §7, 8 janvier 1991) et qu'elle a introduit des limitations exigées par l'intérêt général ».

Les commentateurs ajoutent : « La jurisprudence ultérieure a incontestablement établi une interprétation restrictive de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'homme. L'article 17 ne s'applique que s'il y a privation de propriété (162 DC § 22) ou « privation du droit de propriété » (181 DC, § 54, 189 DC) ou « dépossession » (198 DC, § 15 ou « limitations » (ayant un) caractère de gravité

telle que l'atteinte au droit de propriété dénature le sens et la portée de celui-ci (172 DC, §3 ; 189 DC, §11, 287 DC, §21 et 22)

Ainsi, le droit de propriété pouvait justifier, en 1804, pour les rédacteurs du Code civil, le fameux pléonisme de l'article 544 du Code civil « *le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue* » ; mais l'extension, depuis, des sphères sociales de l'homme notamment via les modes et les moyens de communication et d'expression, justifiait que l'on équilibre son « poids juridique » en fonction de l'intérêt général en jeu.

Comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 2006, le droit de propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par l'article 2 de la Déclaration de 1789, et son article 17 proclame : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* »

Le Conseil Constitutionnel précise : « *Considérant que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins* »

L'assimilation, sans nuance, de la propriété intellectuelle au droit de propriété de l'article 17 de la Déclaration des droits de 1789 est lourde de conséquence.

Le droit de propriété de l'article 17 de la DDH de 1789 visait, comme tous les droits de l'Homme reconnus par l'article 2 de la Déclaration (« *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ») à prévenir l'arbitraire du Prince, l'Etat, donc à permettre à une personne, reconnue irréductible, de résister en opposant son droit :

« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » .

Dans la suite de la Directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur, la reconnaissance du droit de propriété appliqué aux œuvres de l'esprit et leurs supports, permet de déshabiller le créateur, là où siège, a priori, l'esprit et le fondement de la propriété littéraire, pour faire circuler l'esprit humain matérialisé : livres, CD, mais aussi nous dit le conseil constitutionnel, les mesures techniques de protection, elles mêmes protégées par le droit des brevets ou le droit d'auteur ...

L'institution de la « propriété » littéraire permet essentiellement d'exproprier les auteurs lors des contrats d'édition ou des contrats d'apports aux sociétés de gestion de droits. C'est la révélation d'un sophisme.

Paradoxe du droit d'auteur, il suppose forcément un droit du public. S'il n'existe pas de droit du public, il n'y a aucune raison de déroger au droit commun de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre entreprise (principe également constitutionnalisé). C'est parce qu'il y a un droit du public, non seulement collectif mais encore général, que le droit spécial des auteurs déroge au droit général. C'est parce qu'il y a un intérêt général à la création littéraire et artistique et à l'accès à cette création que l'on protège « l'écosystème des auteurs. Par essence, la « propriété » littéraire n'est pas absolue mais très relative, fonction de la liberté du public d'accéder aux œuvres.

Quels sont les traités internationaux qui garantissent l'accès du public aux œuvres ?

Aux termes de l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen du 10 décembre 1948, qui n'a pas de valeur conventionnelle :

« Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent.

« Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.

Le Pacte de New York du 19 décembre 1966, relatif aux droits civils et politiques, convention internationale ratifiée et entrée en vigueur pour les Etats signataires, dispose, (article 1^{er}) que tous les peuples ont le droit de disposer d'eux mêmes.

En vertu de ce droit, les peuples déterminent librement et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

Le Pacte de New York du même jour, 19 décembre 1966, mais relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, balance les droits des individus, d'abord ceux qui composent le public ensuite ceux qui composent les créateurs. Il dispose :

Article 6 :

1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit.

2. Les mesures que chacun des États parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales.

Article 15 :

1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit :

(a) De participer à la vie culturelle ;

(b) De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ;

(c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.

2. Les mesures que les États parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture.

3. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices.

4. Les États parties au présent Pacte reconnaissent les bienfaits qui doivent résulter de l'encouragement et du développement de la coopération et des contacts internationaux dans le domaine de la science et de la culture.

La Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale proclamée par la Conférence générale de l'UNESCO le 4 novembre 1966 prévoit :

La coopération culturelle internationale s'étendra à tous les domaines des activités intellectuelles et créatrices relevant de l'éducation, de la science et de la culture.

La coopération culturelle internationale, sous ses formes diverses – bilatérale ou multilatérale, régionale ou universelle – aura pour fins :

1. De diffuser les connaissances, de stimuler les vocations et d'enrichir les cultures ;

2. De développer les relations pacifiques et l'amitié entre les peuples et d'amener à mieux comprendre leurs modes de vie respectifs;

3. *De contribuer à l'application des principes énoncés dans les déclarations des Nations Unies rappelées au préambule de la présente Déclaration;*

4. *De permettre à chaque homme d'accéder à la connaissance, de jouir des arts et des lettres de tous les peuples, de participer aux progrès de la science accomplis dans toutes les parties du monde et à leurs bienfaits, et de contribuer pour sa part à l'enrichissement de la vie culturelle ;*

5. *D'améliorer, dans toutes les parties du monde, les conditions de la vie spirituelle de l'homme et de son existence matérielle.*

(Cf autres textes de droit international garantissant un accès à la culture ou aux œuvres : infra.^f)

La « Diversité culturelle » - Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles adoptée à Paris le 20 octobre 2005 - Entrera en vigueur le 18 mars 2007

Cf :

http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Notion d'exception culturelle

Les Traités OMPI du 20 décembre 1996, qui instaurent un droit des mesures techniques de protection des œuvres, sont intervenus dans ce contexte de droit international public protégeant l'accès à la culture, aux Arts et Lettres avec le créateur. (Cf notamment supra Pacte de New York du 19 décembre 1966 sur les droits économiques sociaux et culturels - Article 15.1.c)

L'on peut alors regretter dans les traités de 1996, le manque de champ ou la faible perspective de dispositions qui interviennent, de façon très légitime et opportune, certes, mais au mépris des droits antérieurs « dialectiques », ceux du public, dont la mise en œuvre vient forcément en concurrence ou en contradiction.

Il ne s'agit pas de prendre parti entre « mesures de protection » et « libertés du public ». Cette mauvaise politique lobbyiste, cette démagogie trop fréquente, n'aurait aucun rapport avec un propos consciencieux.

Il s'agit pour le juriste de connaître les règles d'échanges entre deux parties étroitement associées.

Les titulaires de droits de propriété intellectuelle et le public ne poursuivent pas des intérêts contradictoires, au contraire : C'est parce qu'il y a un public et un droit d'accès aux œuvres qu'il y a des créateurs. C'est parce qu'il y a des créateurs qu'il y a un public.

Toutefois, la mise en œuvre des droits des uns peut contrarier les intérêts protégés de l'autre.

Nous sommes en matière de communication des œuvres de l'esprit, au delà de la nécessité, dans les goûts, dans le souhait du public, donc dans le ressort de sa volonté, sous les auspices des Etats et du droit international public. Il s'agit pour les législateurs, de favoriser

le goût du public, de lui donner envie d'accéder aux œuvres. Rien ne pourra l'y contraindre, ce public, pas la nécessité en tout cas : on peut juste faire en sorte d'organiser, dans l'intérêt bien compris de la collectivité publique, des circonstances propices à la maturation de ce goût du public : c'est l'intérêt collectif, juridiquement protégé, au droit à la culture.

Aujourd'hui, il semble que l'on perde les fondements du droit d'auteur parce qu'il se caricature lui même, et avec quelque ridicule aux yeux du public, dans un affrontement, cristallisé, contre une dictature de l'information.

Diamond Multimedia, MP3.COM, NAPSTER, GNUTELLA, KAZAA, ne sont pas loin de passer pour des Robins des Bois aux yeux d'un jeune public. C'est un peu farce, lorsque l'on voit combien les modèles économiques ultras libéraux de ces entités conduisent à exploiter les œuvres et les enregistrements aux marges du droit d'auteur, à des strictes fins de profit, au mépris de tout intérêt qui pourrait les contrarier, notamment au mépris de tout environnement culturel.

Le modèle économique libéral de la concurrence pure et parfaite dans l'économie et en écologie du droit d'auteur, c'est comme la négation de toute règle de conduite en ville ou la pêche à la dynamite ou, généralement, l'exploitation débridée de quelque ressource vivante.

La société de l'information, ses nouvelles technologies et le droit d'auteur ne sont pas antinomiques : si l'on conserve à l'esprit que tout ce qui doit être transmis n'est pas de l'information, mais présente une autre vertu, non matérielle, au sens d'un accroissement quantitatif de la mémoire du public, mais culturelle, au sens d'un accroissement qualitatif du public.

La société de l'information bouscule les Etats traditionnels, et leurs droits.

La société de l'information, c'est l'avènement d'un « quasi Etat » dont le territoire est circonscrit à la planète entière, avec sa population connectée de ressortissants et citoyens des différents Etats traditionnels.

La société de l'information a ses coutumes qui orientent les actions des internautes.

Elle a sa propre police, les hackers, dût-on contrarier les polices des Etats traditionnels.

Le quasi Etat de la société de l'information possède ses relais, ses ambassades, auprès des gouvernements des Etats traditionnels qui n'ont pas d'autre choix que de composer pour « avaler » cette nouvelle entité de droit public : (ISOC, observatoires des droits de l'Internet, ICANN, IANA ...)

Le quasi Etat qui régit la société de l'information et qui oriente nos gouvernements ignore l'esprit de l'auteur ou le geste de l'auteur ; il s'attache à la circulation, donc la fixation, des données.

Le quasi Etat de la société de l'information et le droit d'auteur sont complémentaires :

- La disqualification des œuvres fixées sur supports en données numériques leur permet de circuler : l'enregistrement numérique, c'est la donnée confondue avec son vecteur.
- La nature incorporelle du droit, donc de la valeur, d'une œuvre rencontre idéalement le format de la société de l'information : l'on transmet des supports d'œuvres (musicales, graphiques, artistiques, littéraires sons) en tant que tels, comme de simples paquets d'octets

fixant des images, des pensées, des idées, des données qui auraient poussé spontanément dans la faune et la flore de l'Internet.

Certes, les supports en eux mêmes, soustraction faite de la part de création, d'exécution et de fixation, ne valent rien. Pourtant, l'internaute, matérialiste, s'arrête au support pour les données qu'il comporte.

L'on attendrait, alors, a priori, que la confrontation du droit d'auteur et de la société de l'information se résolve ou trouve ses voies de médiation dans une dialectique entre, d'un côté, les théories personnalistes et humanistes du droit d'auteur (au commencement était l'esprit) et, d'un autre côté, les théories scientistes et mutualistes coutumières en société de l'information (membres de toutes les communautés de tous les pays, unissez vous).

Les accords ADPIC

L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ou Accord sur les ADPIC a été conclu entre l'OMPI et l'OMC à la fin de « l'Uruguay Round » en 1994.

Il a pour but d'intégrer les droits de propriété intellectuelle (droits d'auteur, marques de fabrique ou de commerce, brevets, etc.) dans le système de l'OMC.

Cet accord applique strictement les règles du commerce et de la propriété aux droits de propriété intellectuelle.

Il est entré en vigueur le 1er janvier 1996.

L'accord porte sur cinq grandes questions :

- Comment les principes fondamentaux du système commercial et des autres accords internationaux sur la propriété intellectuelle doivent être appliqués ?
- Comment assurer la protection adéquate des droits de propriété intellectuelle ?
- Comment les pays doivent faire respecter ces droits de manière appropriée sur leur territoire ?
- Comment régler les différends sur la propriété intellectuelle entre les membres de l'OMC ?
- Quels arrangements transitoires spéciaux devraient être appliqués pendant la période de mise en place du nouveau système ?

Cet accord cristallise une bonne part des revendications alter mondialistes :

- médicaments génériques contre le sida à un coût accessible à leurs populations, brevets logiciels brevetage du vivant.

Il est aussi à l'origine de la réaction de l'Etat français revendiquant une « exception culturelle ». Les biens culturels ne sont pas des biens comme les autres. Ils ne sauraient être appréhendés par les seules règles du marché et de la libre concurrence. Ils justifient une intervention de l'Etat, par exemple la loi sur le prix unique du livre (Loi du 10 août 1981 dite loi Lang - A ne pas confondre avec l'autre loi Lang du 3 juillet 1985 instituant notamment les droits voisins et la rémunération de copie privée)

Chapitre 1.2 : Les droits de propriété intellectuelle ou les obligations du public dans un environnement protégé

Approche de la notion d'auteur

Aux termes du chapitre 1 « Nature du droit d'auteur » titre 1^{er} « Objet du droit d'auteur » du livre 1^{er} « Le droit d'auteur » du CPI :

Définition objective - L'auteur est un titulaire de droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit.

L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.

Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres I et III du présent code.

L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu à l'article 1^{er}.

Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France.

Les dispositions des articles L.121-7-1 et L.131-3-1 à L.131-3-3 ne s'appliquent pas aux agents auteurs d'œuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique.

(Article L.111-1 du CPI)

L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur.

(Article L.111-2 CPI)

La propriété incorporelle définie par l'article L.111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel.

L'acquéreur de cet objet n'est investi, du fait de cette acquisition, d'aucun des droits prévus par le présent code, sauf dans les cas prévus par les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article L.123-4. (Œuvres pseudonymes, anonymes ou collectives).

Ces droits subsistent en la personne de l'auteur ou de ses ayants droit qui, pourtant, ne pourront exiger du propriétaire de l'objet matériel la mise à leur disposition de cet objet pour l'exercice desdits droits. Néanmoins, en cas d'abus notoire du propriétaire empêchant l'exercice du droit de divulgation, le tribunal de grande instance peut prendre toute mesure appropriée, conformément aux dispositions de l'article L.121-3.

(Article L.111-3 du CPI)

Sous réserve des dispositions des conventions internationales auxquelles la France est partie, dans le cas où, après consultation du ministre des affaires étrangères, il est constaté qu'un Etat n'assure pas aux œuvres divulguées pour la première fois en France sous quelque forme que ce soit une protection suffisante et efficace, les œuvres divulguées pour la première fois sur le territoire de cet Etat ne bénéficient pas de la protection reconnue en matière de droit d'auteur par la législation française.

Toutefois, aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité ni à la paternité de ces œuvres.

Dans l'hypothèse prévue à l'alinéa 1er ci-dessus, les droits d'auteur sont versés à des organismes d'intérêt général désignés par décret.

(Article L.111-4 du CPI)

Sous réserve des conventions internationales, les droits reconnus en France aux auteurs de logiciels par le présent code sont reconnus aux étrangers sous la condition que la loi de l'Etat dont ils sont les nationaux ou sur le territoire duquel ils ont leur domicile, leur siège social ou un établissement effectif accorde sa protection aux logiciels créés par les nationaux français et par les personnes ayant en France leur domicile ou un établissement effectif.

(Article L.111-5 du CPI)

La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée.

(Article L.113-1 CPI)

Approche de la notion d'œuvres de l'esprit - Œuvres protégées par le droit d'auteur

Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.

Article L.112-1 du CPI

Quel est l'objet de la protection par le droit d'auteur, l'auteur ou l'œuvre de l'esprit ?

Aux termes de L.112-1, ce sont « les droits des auteurs sur toutes les œuvres »

C'est bien l'œuvre qui semble finalement l'objet de la protection et qui fixe les droits de l'auteur, contrairement au droit de propriété qui paraît être en lui-même l'objet cette protection : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue (...) » (Article 544 C.civ)

L'auteur jouit sur son œuvre d'une souveraineté limitée, bien moins « absolue » que la souveraineté du propriétaire sur son bien.

Cf L.121-3 du CPI : « En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé visé à l'article L.121-2, le Tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée. Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant-droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence.

Le tribunal peut être saisi notamment par le ministre chargé de la culture »

L.122-9 CPI : « En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage des droits d'exploitation de la part des représentants de l'auteur décédé visé à l'article L.121-2, le Tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée. Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant-droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence.

Le tribunal peut être saisi notamment par le ministre chargé de la culture »

L'union de BERNE

[Article 1^{er}](#): Constitution d'une Union

[Article 2](#): Œuvres protégées: 1. « Œuvres littéraires et artistiques »; 2. Possibilité d'exiger la fixation; 3. Œuvres dérivées; 4. Textes officiels; 5. Recueils; 6. Obligation de protéger; bénéficiaires de la protection; 7. Œuvres des arts appliqués et dessins et modèles industriels; 8. Nouvelles du jour

[Article 2bis](#): Possibilité de limiter la protection de certaines œuvres: 1. Certains discours; 2. Certaines utilisations des conférences et allocutions; 3. Droit de réunir ces œuvres en recueils

[Article 3](#): Critères pour la protection: 1. Nationalité de l'auteur; lieu de publication de l'œuvre; 2. Résidence de l'auteur; 3. Œuvres « publiées »; 4. Œuvres « publiées simultanément »

[Article 4](#): Critères pour la protection des œuvres cinématographiques, des œuvres d'architecture et de certaines œuvres des arts graphiques et plastiques

[Article 5](#): Droits garantis: 1. et 2. En dehors du pays d'origine; 3. Dans le pays d'origine; 4. «Pays d'origine»

[Article 6](#): Possibilité de restreindre la protection à l'égard de certaines œuvres des ressortissants de certains pays étrangers à l'Union: 1. Dans le pays de la première publication et dans les autres pays; 2. Non-rétroactivité; 3. Notification

[Article 6bis](#): Droits moraux: 1. Droit de revendiquer la paternité de l'œuvre; droit de s'opposer à certaines modifications de l'œuvre et à d'autres atteintes à celle-ci; 2. Après la mort de l'auteur; 3. Moyens de recours

[Article 7](#): Durée de la protection: 1. En général; 2. Pour les œuvres cinématographiques; 3. Pour les œuvres anonymes et pseudonymes; 4. Pour les œuvres photographiques et les œuvres des arts appliqués; 5. Date à compter de laquelle sont calculés les délais; 6. Durées supérieures; 7. Durées inférieures; 8. Législation applicable; «comparaison» des délais

[Article 7bis](#): Durée de protection des œuvres de collaboration

[Article 8](#): Droit de traduction

[Article 9](#): Droit de reproduction: 1. En général; 2. Possibilité d'exceptions; 3. Enregistrements sonores et visuels

[Article 10](#): Libre utilisation des œuvres dans certains cas: 1. Citations; 2. Illustration de l'enseignement; 3. Mention de la source et de l'auteur

[Article 10bis](#): Autres possibilités de libre utilisation des œuvres: 1. De certains articles et de certaines œuvres radiodiffusées; 2. D'œuvres vues ou entendues au cours d'événements d'actualité

[Article 11](#): Certains droits afférents aux œuvres dramatiques et musicales: 1. Droit de représentation ou d'exécution publiques et de transmission publique d'une représentation ou exécution; 2. Pour ce qui concerne les traductions

[Article 11bis](#): Droits de radiodiffusion et droits connexes: 1. Radiodiffusion et autres communications sans fil; communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée; communication publique, par haut-parleur ou par d'autres instruments analogues, de l'œuvre radiodiffusée; 2. Licences obligatoires; 3. Enregistrement; enregistrements éphémères

[Article 11ter](#): Certains droits afférents aux œuvres littéraires: 1. Droit de récitation publique et de transmission publique d'une récitation; 2. Pour ce qui concerne les traductions

[Article 12](#): Droit d'adaptation, d'arrangement et d'autres transformations

[Article 13](#): Possibilité de limiter le droit d'enregistrement des œuvres musicales et de toutes paroles qui les accompagnent: 1. Licences obligatoires; 2. Mesures transitoires; 3. Saisie à l'importation d'exemplaires fabriqués sans l'autorisation de l'auteur

[Article 14](#): Droits cinématographiques et droits connexes: 1. Adaptation et reproduction cinématographiques; mise en circulation; représentation et exécution publiques et transmission par fil au public

des œuvres ainsi adaptées ou reproduites; 2. Adaptation des réalisations cinématographiques; 3. Absence de licences obligatoires

Article 14bis: Dispositions particulières concernant les œuvres cinématographiques: 1. Assimilation aux œuvres «originales»; 2. Titulaires du droit d'auteur; limitation de certains droits de certains auteurs de contributions; 3. Certains autres auteurs de contributions

Article 14ter: «Droit de suite» sur les œuvres d'art et les manuscrits: 1. Droit à être intéressé aux opérations de revente; 2. Législation applicable; 3. Procédure

Article 15: Droit de faire valoir les droits protégés: 1. Lorsque le nom de l'auteur est indiqué ou lorsque le pseudonyme ne laisse aucun doute sur l'identité de l'auteur; 2. Pour les œuvres cinématographiques; 3. Pour les œuvres anonymes et pseudonymes; 4. Pour certaines œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue

Article 16: Œuvres contrefaites: 1. Saisie; 2. Saisie à l'importation; 3. Législation applicable

Article 17: Possibilité de surveiller la circulation, la représentation et l'exposition d'œuvres

Article 18: Œuvres qui existent au moment de l'entrée en vigueur de la Convention: 1. Peuvent être protégées lorsque la durée de protection n'est pas encore expirée dans le pays d'origine; 2. Ne peuvent être protégées lorsque la protection est déjà expirée dans le pays où elle est réclamée; 3. Application de ces principes; 4. Cas particuliers

Article 19: Protection plus large que celle qui découle de la Convention

Article 20: Arrangements particuliers entre pays de l'Union

Article 21: Dispositions particulières concernant les pays en voie de développement: 1. Référence à l'Annexe; 2. L'Annexe partie intégrante de l'Acte

Article 22: Assemblée: 1. Constitution et composition; 2. Tâches; 3. Quorum, vote, observateurs; 4. Convocation; 5. Règlement intérieur

Article 23: Comité exécutif: 1. Constitution; 2. Composition; 3. Nombre de membres; 4. Répartition géographique; arrangements particuliers; 5. Durée des fonctions, limites de rééligibilité; modalités d'élection; 6. Tâches; 7. Convocation; 8. Quorum, vote; 9. Observateurs; 10. Règlement intérieur

Article 24: Bureau international: 1. Tâches en général, Directeur général; 2. Informations générales; 3. Périodique; 4. Renseignements fournis aux pays; 5. Études et services; 6. Participation aux réunions; 7. Conférences de révision; 8. Autres tâches

Article 25: Finances: 1. Budget; 2. Coordination avec les autres Unions; 3. Ressources; 4. Contributions; possibilité de reconduction du budget; 5. Taxes et sommes dues; 6. Fonds de roulement; 7. Avances du Gouvernement hôte; 8. Vérification des comptes

Article 26: Modifications: 1. Dispositions pouvant être modifiées par l'Assemblée; propositions; 2. Adoption; 3. Entrée en vigueur

Article 27: Révision: 1. But; 2. Conférences; 3. Adoption

Article 28: Acceptation et entrée en vigueur de l'Acte pour les pays de l'Union: 1. Ratification, adhésion; possibilité d'exclure certaines dispositions; retrait de l'exclusion; 2. Entrée en vigueur des articles 1 à 21 et de l'Annexe; 3. Entrée en vigueur des articles 22 à 38

Article 29: Acceptation et entrée en vigueur pour les pays étrangers à l'Union: 1. Adhésion; 2. Entrée en vigueur

Article 29bis: Effet de l'acceptation de l'Acte aux fins de l'application de l'article 14.2) de la Convention établissant l'OMPI

Article 30: Réserves: 1. Limites de la possibilité de faire des réserves; 2. Réserves antérieures; réserve concernant le droit de traduction; retrait de la réserve

Article 31: Applicabilité à certains territoires: 1. Déclaration; 2. Retrait de la déclaration; 3. Date à laquelle prend effet la déclaration ou son retrait; 4. Pas d'interprétation impliquant l'acceptation de situations de fait

[Article 32](#): Applicabilité du présent Acte et des Actes antérieurs: 1. Entre pays déjà membres de l'Union; 2. Entre un pays devenant membre de l'Union et les autres pays membres de l'Union; 3. Applicabilité de l'Annexe dans le cadre de certaines relations

[Article 33](#): Différends: 1. Compétence de la Cour internationale de Justice; 2. Réserve concernant cette compétence; 3. Retrait de la réserve

[Article 34](#): Clôture de certaines dispositions antérieures: 1. Des Actes antérieurs; 2. Du Protocole annexé à l'Acte de Stockholm

[Article 35](#): Durée de la Convention; Dénonciation: 1. Durée illimitée; 2. Possibilité de dénonciation; 3. Date à laquelle la dénonciation prend effet; 4. Moratoire relatif à la dénonciation

[Article 36](#): Application de la Convention: 1. Obligation d'adopter les mesures nécessaires; 2. Date à partir de laquelle cette obligation existe

[Article 37](#): Clauses finales: 1. Langues de l'Acte; 2. Signature; 3. Copies certifiées conformes; 4. Enregistrement; 5. Notifications

[Article 38](#): Dispositions transitoires: 1. Exercice du «privilege de cinq ans»; 2. Bureau de l'Union, Directeur du Bureau; 3. Succession du Bureau de l'Union

ANNEXE

DISPOSITIONS PARTICULIÈRES CONCERNANT LES PAYS EN VOIE DE DÉVELOPPEMENT

[Article I](#): Facultés offertes aux pays en voie de développement: 1. Possibilité d'invoquer le bénéfice de certaines facultés; déclaration; 2. Durée de validité de la déclaration; 3. Pays ayant cessé d'être considéré comme pays en voie de développement; 4. Stocks d'exemplaires existants; 5. Déclarations concernant certains territoires; 6. Limites de la réciprocité

[Article II](#): Limitations du droit de traduction: 1. Possibilité d'octroi de licences par l'autorité compétente; 2. à 4. Conditions auxquelles ces licences peuvent être accordées; 5. Usages pour lesquels des licences peuvent être accordées; 6. Expiration des licences; 7. Œuvres composées principalement d'illustrations; 8. Œuvres retirées de la circulation; 9. Licences pour les organismes de radiodiffusion

[Article III](#): Limitations du droit de reproduction: 1. Possibilité d'octroi de licences par l'autorité compétente; 2. à 5. Conditions auxquelles ces licences peuvent être accordées; 6. Expiration des licences; 7. Œuvres auxquelles s'applique le présent article

[Article IV](#): Dispositions communes aux licences prévues aux articles II et III: 1. et 2. Procédure; 3. Indication du nom de l'auteur et du titre de l'œuvre; 4. Exportation d'exemplaires; 5. Mention; 6. Rémunération

[Article V](#): Autre possibilité de limitation du droit de traduction: 1. Régime prévu par les Actes de 1886 et de 1896; 2. Impossibilité de changer de régime après avoir choisi celui de l'article II; 3. Délai pour choisir l'autre régime

[Article VI](#): Possibilités d'appliquer ou d'accepter l'application de certaines dispositions de l'Annexe avant de devenir lié par cette dernière: 1. Déclaration; 2. Dépositaire et date à laquelle la déclaration prend effet

Section 1.2.1 : Droits des auteurs

Les auteurs jouissent de deux types de prérogatives, morales et patrimoniales :

1.2.1.1- Les prérogatives d'auteur – Articles L.121.1 à L.123-12 du Code de la propriété intellectuelle

1.2.1.1.1- Prérogatives de droit moral

Elles permettent :

- De contrôler la divulgation des œuvres ;
- D'identifier les œuvres selon le nom de l'auteur (droit de paternité) ;
- Le droit au respect des oeuvres ;
- Le droit de retirer les œuvres déjà divulguées (droit de repentir et de retrait) ;

Convention de BERNE - Article 6bis – Droits moraux :

1. Droit de revendiquer la paternité de l'œuvre; droit de s'opposer à certaines modifications de l'œuvre et à d'autres atteintes à celle-ci; 2. Après la mort de l'auteur; 3. Moyens de recours

(1) Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation.

(2) Les droits reconnus à l'auteur en vertu de l'alinéa 1) ci-dessus sont, après sa mort, maintenus au moins jusqu'à l'extinction des droits patrimoniaux et exercés par les personnes ou institutions auxquelles la législation nationale du pays où la protection est réclamée donne qualité. Toutefois, les pays dont la législation, en vigueur au moment de la ratification du présent Acte ou de l'adhésion à celui-ci, ne contient pas de dispositions assurant la protection après la mort de l'auteur de tous les droits reconnus en vertu de l'alinéa 1) ci-dessus ont la faculté de prévoir que certains de ces droits ne sont pas maintenus après la mort de l'auteur.

(3) Les moyens de recours pour sauvegarder les droits reconnus dans le présent article sont réglés par la législation du pays où la protection est réclamée.

Cass.civ 1 – 30/01/07 – Pierre Hugo / François Céreza :

(...) Attendu, d'abord, qu'après avoir exactement retenu que la dévolution du droit moral obéissait, en l'espèce, aux règles ordinaires de la dévolution successorale, c'est par une appréciation souveraine de la volonté de Victor Hugo telle que celui-ci l'avait exprimée dans ses testaments des 9 avril et 23 septembre 1875, et non par référence aux distinctions instaurées par la loi du 11 mars 1957 pour la dévolution des différentes prérogatives du droit moral, que la cour d'appel a estimé que l'auteur avait entendu dissocier la divulgation de son œuvre, qu'il avait confiée à des tiers, du droit au respect et à la paternité de celle-ci dont il n'avait pas entendu priver ses héritiers ; que le moyen, en sa première branche, manque en fait ;

Attendu, ensuite, que la société Plon et M. Ceresa n'ont pas invoqué devant la cour d'appel le défaut d'acceptation des dévolutions successorales en vertu desquelles M. Pierre Hugo revendiquait la qualité d'héritier ; qu'en sa deuxième branche, le moyen, nouveau et mélangé de fait, est irrecevable ;

Attendu, enfin, que si le droit au respect dû à l'œuvre se transmet aux héritiers selon les règles ordinaires de la dévolution successorale, le cohéritier a qualité à agir seul pour défendre ce droit ; que par ce motif substitué à celui retenu par la cour d'appel, l'arrêt se trouve légalement justifié ;

Sur le deuxième moyen, tel qu'il figure dans le mémoire en demande et est reproduit ci-après :

Attendu qu'ayant relevé que la Société des gens de lettres, association reconnue d'utilité publique, avait, aux termes de ses statuts, reçu mission "d'assurer de façon générale la protection des intérêts moraux et matériels de ses membres" (article 1er) et qualité pour se porter intervenante à tout procès touchant un point de droit professionnel d'intérêt général (article 44, alinéa 4), la cour d'appel, qui constatait que le présent litige posait la question de principe de la licéité des "suites" apportées aux ouvrages romanesques, lesquelles étaient susceptibles de porter atteinte à l'intérêt collectif de la profession, a décidé, à bon droit, que ladite association était recevable à intervenir volontairement à l'instance ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le troisième moyen :

Vu les articles L. 121-1 et L. 123-1 du code de la propriété intellectuelle, ensemble l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que la « suite » d'une œuvre littéraire se rattache au droit d'adaptation ; que sous réserve du respect du droit au nom et à l'intégrité de l'œuvre adaptée, la liberté de création s'oppose à ce que l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation dont ils ont bénéficié ;

Attendu que pour dire qu'en éditant et publiant les deux ouvrages litigieux et en les présentant comme la suite des Misérables, la société Plon avait porté atteinte au droit moral de Victor Hugo sur cette œuvre, l'arrêt énonce que si ce dernier ne s'était jamais formalisé et encore moins opposé aux adaptations scéniques de ses livres, voire à l'adoption par d'autres auteurs de tel ou tel de ses personnages, il était en revanche établi que l'écrivain n'aurait pas accepté qu'un tiers auteur puisse donner une suite aux Misérables, que dès lors peu importait que les personnages, ressuscité pour l'un d'entre eux et ranimés pour les autres, soient demeurés dans les livres présentés à tort comme une adaptation de l'œuvre première puisque la société Plon revendiquait, hors du terrain judiciaire, en être la continuation, fidèle ou non, à ceux mis au monde pour l'éternité littéraire par Victor Hugo, qu'interdire toute suite aux Misérables ne pouvait constituer, ainsi qu'il était soutenu à tort, une atteinte au principe de la libre création puisque, en l'espèce, cette œuvre, véritable monument de la littérature mondiale, d'une part, n'était pas un simple roman en ce qu'elle procédait d'une démarche philosophique et politique, ainsi que l'avait explicité Victor Hugo et, d'autre part, était achevée, qu'il s'ensuivait qu'aucune suite ne pouvait être donnée à une œuvre telle que "Les Misérables" sans porter atteinte au droit moral de Victor Hugo ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants tirés du genre et du mérite de l'œuvre ou de son caractère achevé, et sans avoir examiné les œuvres litigieuses ni constaté que celles-ci auraient altéré l'œuvre de Victor Hugo ou qu'une confusion serait née sur leur paternité, la cour d'appel, qui n'a pas ainsi caractérisé l'atteinte au droit moral et s'est déterminée en méconnaissance de la liberté de création, a violé les textes susvisés ; (...)

IL faut réserver les droits moraux des agents publics et des créateurs de logiciels qui dérogent à ces principes de protection pour des impératifs de fonctionnalité. Cf infra.

1.2.1.1.2- Prérogatives patrimoniales (L.122-1 à L.122-12 du CPI) qui permettent :

- De percevoir un revenu de l'exploitation des œuvres. En droit français, les droits patrimoniaux se divisent en deux catégories principales, droit de reproduction et droit de représentation.

- Le droit de reproduction consiste à communiquer indirectement les œuvres au public par un mode de fixation sur un support durable (disque, CD, CD-ROM ..) ;

- Le droit de représentation consiste à communiquer directement l'œuvre au public soit lors d'un spectacle soit au moyen d'un mode de diffusion de l'œuvre (radio, télévision, cinéma, Internet ..)

Convention de Berne

Article 5 - Droits garantis: - 1. et 2. En dehors du pays d'origine; 3. Dans le pays d'origine; 4. «Pays d'origine»

(1) Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention.

(2) La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée.

(3) La protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale. Toutefois, lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux.

(4) Est considéré comme pays d'origine:

(a) pour les œuvres publiées pour la première fois dans l'un des pays de l'Union, ce dernier pays; toutefois, s'il s'agit d'œuvres publiées simultanément dans plusieurs pays de l'Union admettant des durées de protection différentes, celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la moins longue;

(b) pour les œuvres publiées simultanément dans un pays étranger à l'Union et dans un pays de l'Union, ce dernier pays;

(c) pour les œuvres non publiées ou pour les œuvres publiées pour la première fois dans un pays étranger à l'Union, sans publication simultanée dans un pays de l'Union, le pays de l'Union dont l'auteur est ressortissant; toutefois,

(i) s'il s'agit d'œuvres cinématographiques dont le producteur a son siège ou sa résidence habituelle dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays, et

(ii) s'il s'agit d'œuvres d'architecture édifiées dans un pays de l'Union ou d'œuvres des arts graphiques et plastiques faisant corps avec un immeuble situé dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays.

Article 8 - Droit de traduction

Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente Convention jouissent, pendant toute la durée de leurs droits sur l'œuvre originale, du droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction de leurs œuvres.

Article 9 - Droit de reproduction:

1. En général; 2. Possibilité d'exceptions; 3. Enregistrements sonores et visuels

(1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente Convention jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit.

(2) Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

(3) Tout enregistrement sonore ou visuel est considéré comme une reproduction au sens de la présente Convention.

Article 11 - Certains droits afférents aux œuvres dramatiques et musicales:

1. Droit de représentation ou d'exécution publiques et de transmission publique d'une représentation ou exécution;

2. Pour ce qui concerne les traductions

(1) Les auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser:

(i) la représentation et l'exécution publiques de leurs œuvres, y compris la représentation et l'exécution publiques par tous moyens ou procédés;

(ii) la transmission publique par tous moyens de la représentation et de l'exécution de leurs œuvres.

(2) Les mêmes droits sont accordés aux auteurs d'œuvres dramatiques ou dramatico-musicales pendant toute la durée de leurs droits sur l'œuvre originale, en ce qui concerne la traduction de leurs œuvres.

Article 11bis - Droits de radiodiffusion et droits connexes:

1. Radiodiffusion et autres communications sans fil; communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée;

communication publique, par haut-parleur ou par d'autres instruments analogues, de l'œuvre radiodiffusée;

2. Licences obligatoires; 3. Enregistrement; enregistrements éphémères

(1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser:

- (i) la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images;
- (ii) toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine;
- (iii) la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée.

(2) Il appartient aux législations des pays de l'Union de régler les conditions d'exercice des droits visés par l'alinéa 1 ci-dessus, mais ces conditions n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies. Elles ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit moral de l'auteur, ni au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente.

(3) Sauf stipulation contraire, une autorisation accordée conformément à l'alinéa 1 du présent article n'implique pas l'autorisation d'enregistrer, au moyen d'instruments portant fixation des sons ou des images, l'œuvre radiodiffusée. Est toutefois réservé aux législations des pays de l'Union le régime des enregistrements éphémères effectués par un organisme de radiodiffusion par ses propres moyens et pour ses émissions. Ces législations pourront autoriser la conservation de ces enregistrements dans des archives officielles en raison de leur caractère exceptionnel de documentation.

Article 11ter

Certains droits afférents aux œuvres littéraires:

1. Droit de récitation publique et de transmission publique d'une récitation; 2. Pour ce qui concerne les traductions

(1) Les auteurs d'œuvres littéraires jouissent du droit exclusif d'autoriser:

- (i) la récitation publique de leurs œuvres, y compris la récitation publique par tous moyens ou procédés;
- (ii) la transmission publique par tous moyens de la récitation de leurs œuvres.

(2) Les mêmes droits sont accordés aux auteurs d'œuvres littéraires pendant toute la durée de leurs droits sur l'œuvre originale, en ce qui concerne la traduction de leurs œuvres.

Article 12 - Droit d'adaptation, d'arrangement et d'autres transformations

Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser les adaptations, arrangements et autres transformations de leurs œuvres.

Article 14 - Droits cinématographiques et droits connexes:

1. Adaptation et reproduction cinématographiques; mise en circulation;

représentation et exécution publiques et transmission par fil au public des œuvres ainsi adaptées ou reproduites;

2. Adaptation des réalisations cinématographiques; 3. Absence de licences obligatoires

(1) Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques ont le droit exclusif d'autoriser :

- (i) l'adaptation et la reproduction cinématographiques de ces œuvres et la mise en circulation des œuvres ainsi adaptées ou reproduites;
- (ii) la représentation et l'exécution publiques et la transmission par fil au public des œuvres ainsi adaptées ou reproduites.

(2) L'adaptation sous toute autre forme artistique des réalisations cinématographiques tirées d'œuvres littéraires ou artistiques reste soumise, sans préjudice de l'autorisation de leurs auteurs, à l'autorisation des auteurs des œuvres originales.

(3) Les dispositions de l'article 13.1 ne sont pas applicables.

Article 14 ter -«Droit de suite» sur les œuvres d'art et les manuscrits:

1. Droit à être intéressé aux opérations de revente; 2. Législation applicable; 3. Procédure

(1) En ce qui concerne les œuvres d'art originales et les manuscrits originaux des écrivains et compositeurs, l'auteur – ou, après sa mort, les personnes ou institutions auxquelles la législation nationale donne qualité – jouit d'un droit inaliénable à être intéressé aux opérations de vente dont l'œuvre est l'objet après la première cession opérée par l'auteur.

(2) La protection prévue à l'alinéa ci-dessus n'est exigible dans chaque pays de l'Union que si la législation nationale de l'auteur admet cette protection et dans la mesure où le permet la législation du pays où cette protection est réclamée.

(3) Les modalités et les taux de la perception sont déterminés par chaque législation nationale.

Article 15 - Droit de faire valoir les droits protégés:

1. Lorsque le nom de l'auteur est indiqué ou lorsque le pseudonyme ne laisse aucun doute sur l'identité de l'auteur;

2. Pour les œuvres cinématographiques; 3. Pour les œuvres anonymes et pseudonymes; 4. Pour certaines œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue

(1) Pour que les auteurs des œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente Convention soient, sauf preuve contraire, considérés comme tels et admis en conséquence devant les tribunaux des pays de l'Union à exercer des poursuites contre les contrefacteurs, il suffit que le nom soit indiqué sur l'œuvre en la manière usitée. Le présent alinéa est applicable, même si ce nom est un pseudonyme, dès lors que le pseudonyme adopté par l'auteur ne laisse aucun doute sur son identité.

(2) Est présumé producteur de l'œuvre cinématographique, sauf preuve contraire, la personne physique ou morale dont le nom est indiqué sur ladite œuvre en la manière usitée.

(3) Pour les œuvres anonymes et pour les œuvres pseudonymes autres que celles dont il est fait mention à l'alinéa 1) ci-dessus, l'éditeur dont le nom est indiqué sur l'œuvre est, sans autre preuve, réputé représenter l'auteur; en cette qualité, il est fondé à sauvegarder et à faire valoir les droits de celui-ci. La disposition du présent alinéa cesse d'être applicable quand l'auteur a révélé son identité et justifié de sa qualité.

(4)

(a) Pour les œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue, mais pour lesquelles il y a tout lieu de présumer que cet auteur est ressortissant d'un pays de l'Union, il est réservé à la législation de ce pays la faculté de désigner l'autorité compétente représentant cet auteur et fondée à sauvegarder et à faire valoir les droits de celui-ci dans les pays de l'Union.

(b) Les pays de l'Union qui, en vertu de cette disposition, procéderont à une telle désignation, le notifieront au Directeur général par une déclaration écrite où seront indiqués tous renseignements relatifs à l'autorité ainsi désignée. Le Directeur général communiquera aussitôt cette déclaration à tous les autres pays de l'Union.

Directive du 22 mai 2001 :

Article 2 - Droit de reproduction

Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie:

a) pour les auteurs, de leurs œuvres;

b) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;

c) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;

d) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;

e) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans

il, y compris par câble ou par satellite.

Article 3 - Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés

1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs oeuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs oeuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

2. Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement:

a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;

b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;

c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;

d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.

3. Les droits visés aux paragraphes 1 et 2 ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article.

Article 4 - Droit de distribution

1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs oeuvres ou de copies de celles-ci.

2. Le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une oeuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement.

Traité OMPI du 20 décembre 1996 :

Article 6 - Droit de distribution

1) Les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs oeuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété.

2) Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit prévu à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'oeuvre, effectuée avec l'autorisation de l'auteur.

Article 7 - Droit de location

1) Les auteurs :

i) de programmes d'ordinateur,

ii) d'oeuvres cinématographiques et

iii) d'oeuvres incorporées dans des phonogrammes telles que définies dans la législation nationale des Parties contractantes

jouissent du droit exclusif d'autoriser la location commerciale au public de l'original ou d'exemplaires de leurs oeuvres.

2) L'alinéa 1) n'est pas applicable :

i) en ce qui concerne les programmes d'ordinateur, lorsque le programme lui-même n'est pas l'objet essentiel de la location et,

ii) en ce qui concerne les oeuvres cinématographiques, à moins que la location commerciale n'ait mené à la réalisation largement répandue d'exemplaires de ces oeuvres, qui compromette de manière substantielle le droit exclusif de reproduction.

3) Nonobstant les dispositions de l'alinéa 1), une Partie contractante qui appliquait au 15 avril 1994 et continue d'appliquer un système de rémunération équitable des auteurs pour la location d'exemplaires

de leurs œuvres incorporées dans des phonogrammes peut maintenir ce système à condition que la location commerciale d'œuvres incorporées dans des phonogrammes ne compromette pas de manière substantielle le droit exclusif de reproduction des auteurs.

Article 8 - Droit de communication au public

Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2°), 11bis.1)1°) et 2°), 11ter.1)2°), 14.1)2°) et 14bis.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.

1.2.1.2- Durée – L.123-1 à L.123-12 du CPI (Directive 93/98 du 29/10/93)

Les prérogatives de droit moral sont imprescriptibles.

La durée de protection est harmonisée aux termes de la directive CE 93/98 du Conseil du 29 octobre 1993 transposée en droit français par la loi 97-283 du 27 mars 1997.

Les prérogatives patrimoniales sont protégées pour une durée de soixante dix années à compter du décès de l'auteur.

Les périodes de guerre. Cf : Cass Civ 1 – 27/02/07 – ADAGP c/ Editions Fernand HAZAN

Attendu que la société des Auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) a assigné la société Editions Fernand Hazan en contrefaçon, lui reprochant d'avoir reproduit, sans autorisation, dans ses ouvrages, les œuvres de Claude Monet dont la gestion des droits patrimoniaux d'auteur lui a été confiée ; que pour s'opposer à cette demande, la société Hazan, à laquelle se sont associés en cause d'appel le Syndicat national de l'édition (SNE) et les sociétés Nouvelles images et Editions du désastre, éditeurs d'affiches et de cartes postales, ont fait valoir que les prolongations pour fait de guerre n'étant pas susceptibles de se cumuler avec la nouvelle durée de protection de 70 ans, les œuvres de Claude Monet étaient tombées dans le domaine public et pouvaient, en conséquence, être librement reproduites ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 16 janvier 2004) d'avoir dit que les œuvres de Claude Monet, décédé le 5 décembre 1926, étaient tombées dans le domaine public et d'avoir rejeté la demande, alors, selon le moyen, qu'en vertu de l'article 16. III de la loi du 27 mars 1997, les dispositions de cette loi allongeant la durée de protection ont pour effet de faire renaître les droits sur les œuvres tombées dans le domaine public avant le 1er juillet 1995 s'ils étaient encore protégés à cette date dans au moins un autre Etat membre de la Communauté européenne ; que la cour d'appel a constaté qu'au 1er juillet 1995, les œuvres de Claude Monet étaient encore protégées en Allemagne, de sorte que ces œuvres « sont nées à nouveau à la protection du droit d'auteur » ; que cette protection a pour durée celle résultant du nouveau droit commun éventuellement augmentée des prorogations de guerre, que la loi du 27 mars 1997 n'a pas supprimées ; qu'en appliquant aux œuvres de Claude Monet le seul nouveau délai de droit commun pour déclarer la protection éteinte 70 ans après la mort de l'auteur, et en refusant de l'allonger des prorogations de guerre au motif inexact que cela reviendrait à « compter une seconde fois les prolongations de guerre », la cour d'appel a violé, ensemble, les articles L. 123-8 et L. 123-9 du code de la propriété intellectuelle et 16. III de la loi du 27 mars 1997 ;

Mais attendu que les dispositions du code de la propriété intellectuelle, dans leur rédaction issue de la loi du 27 mars 1997, qui a porté de 50 à 70 ans suivant l'année civile du décès de l'auteur la durée de protection, doivent s'interpréter à la lumière de la Directive 93/98 CEE du Conseil, du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins ; que l'objectif de cette directive est d'harmoniser les législations des Etats membres de manière que les durées de protection soient identiques dans toute la Communauté (considérant 2 du préambule) ; qu'à cette fin, elle indique que l'harmonisation du droit d'auteur doit s'effectuer sur la base d'un niveau de protection élevé (considérant 11) tenant compte, tout à la fois, de l'allongement des durées de vie moyenne dans la Communauté européenne (considérant 5), du fait que certains Etats membres ont accordé des prolongations de la durée de protection afin de compenser les effets des guerres mondiales sur l'exploitation des œuvres (considérant 6) et du respect des droits acquis (considérant 9), dont elle rappelle qu'il constitue l'un des principes généraux du droit protégés par l'ordre juridique communautaire, précisant à cet effet qu'il y avait lieu de faire porter l'harmonisation des durées de protection sur des périodes longues dès lors qu'une telle harmonisation ne peut avoir pour effet de

diminuer la durée de protection dont jouissaient auparavant les ayants droit dans la Communauté européenne et qu'il est par ailleurs nécessaire de limiter à un minimum les effets des mesures transitoires et permettre au marché intérieur de fonctionner en pratique; qu'il en résulte que la période de 70 ans retenue pour harmoniser la durée de protection des droits d'auteur au sein de la Communauté européenne couvre les prolongations pour fait de guerre accordées par certains Etats membres, hormis les cas où au 1er juillet 1995, une période de protection plus longue avait, dans ces pays, commencé à courir, laquelle est alors seule applicable ;

Et attendu que si la loi du 27 mars 1997, transposant la directive précitée, a emporté le rappel des œuvres de Monet à la protection du droit d'auteur en raison du régime dont celles-ci continuaient à bénéficier en Allemagne, elle n'a pu avoir pour effet de les protéger au-delà de la période d'harmonisation de 70 ans, dès lors qu'au 1er juillet 1995, les ayants droit de l'artiste ne pouvaient se prévaloir, en France, d'une durée de protection plus longue ; que par ces motifs de pur droit, substitués à ceux erronés de la cour d'appel, la décision se trouve légalement justifiée.

Les œuvres de MONET avaient accédé au domaine public en France lorsque la directive sur l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1995 mais elles étaient encore protégées en Allemagne. Dès lors que les œuvres étaient encore protégées dans au moins un Etat Membre, les œuvres de MONET ont de nouveau accédé à la protection par le droit d'auteur pour la durée fixée par la directive, 70 années. Cette durée de 70 ans exclut les prorogations pour années de guerre qui ne valent que pour les auteurs protégés en France sous l'empire de la loi du 11 mars 1957, reprenant les dispositions de la loi du 14 juillet 1966, qui avait allongé la durée de protection de 10 ans à 50 ans pour les droits de reproduction et de 5 ans à 50 ans pour les droits de représentation.

Un auteur décédé le 3 septembre 1939 et qui « bénéficierait » pleinement de la durée de prorogation pour année de guerre sous l'empire de la loi ancienne viendrait en fin de protection le 1^{er} janvier 1998 (50 ans + 7 ans 3 mois et 27 jours) alors que la directive lui accorde une protection jusqu'au 3 septembre 2009.

Les années de guerre sont donc absorbées par le délai global de 70 ans prévu par la directive.

La Cour de cassation a fait une application directe et téléologique de la directive du 29 octobre 1993 comme c'est dorénavant sa règle notamment en matière de droit d'auteur (S'agissant du droit de copie privée Cf arrêt du 28 février 2006 - Studio Canal Universal c/ Stéphane X - appliquant directement la directive du 22 mai 2001 avant le vote de la loi de transposition du 1^{er} août 2006)

Section 1.2.2- Les œuvres - Articles L.112-1 à L.112-4 du CPI

1.2.2.1- Classification selon le nombre des auteurs contributeurs - L.113-2

Œuvres de collaboration : Ce sont les œuvres à la création desquelles ont concouru plusieurs personnes physiques. Les parts de création dans des genres identiques ou différents sont individualisables et peuvent, potentiellement, être exploitées séparément. Une exploitation séparée et subséquente des parts de chacun des auteurs par leur titulaire est possible si elle ne porte pas préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune, sauf stipulation contraire.

La chanson, avec son compositeur (musique) et son auteur (texte) illustre le type même de l'œuvre de collaboration. L'œuvre audiovisuelle en est une autre, mais sa qualification d'œuvre de collaboration, certaine, reste beaucoup plus théorique : le producteur de l'œuvre

audiovisuelle se rapproche beaucoup de la personne à l'initiative de laquelle est créée une œuvre collective.¹⁰

Œuvres collectives : ce sont les œuvres créées sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie, la divulgue sous sa direction et sous son nom et dans laquelle la contribution des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé.

L'œuvre collective a eu un regain de succès avec l'apparition des œuvres dites « multimédias » (les œuvres « multimédias » n'existent pas, sauf par métonymie : seuls les supports sont multimédias, Cf infra).

L'œuvre collective est une anomalie en droit d'auteur : l'initiative d'un éditeur, surtout s'il s'agit d'une personne morale - sans désobliger une profession, qui, au contraire, incline forcément au respect de l'homme libre - est forcément aussi commerciale et bien que sa démarche puisse être littéraire, artistique ou musicale.

Son statut permet, toutefois, de résoudre la problématique des œuvres dont la création ne ressort pas tant de l'esprit et du geste d'un auteur que d'un besoin que l'on souhaite satisfaire pour de multiples raisons (commerciales, de service public, philanthropiques, artistiques) un éditeur peut avoir plus de raisons artistiques qu'un auteur, mais la raison artistique d'un éditeur ne fait pas l'œuvre de son auteur.

Alors que le juriste, en bon droit, aura tendance à se fixer d'abord sur la non « détachabilité » des contributions personnelles des divers auteurs pour identifier une œuvre collective, avant d'examiner, par défaut, si une personne morale ou physique peut avoir pris l'initiative de sa création, la pratique jurisprudentielle tend à examiner d'abord la part d'autorité de la personne, généralement morale, qui prend l'initiative de sa création, de son intérêt privé et de l'intérêt général.

C'est ainsi que les journaux constituent « des œuvres collectives dans lesquelles se fondent les contributions individuelles des divers journalistes qui participent à son élaboration » (Paris 02/06/81 - GP 1982.1.22).

Au demeurant, un article signé par un journaliste est parfaitement individualisable dans ses caractéristiques d'œuvre de l'esprit, plus en tout cas qu'une réalisation cinématographique dans une œuvre audiovisuelle, qui ressortit aux œuvres de collaboration.

C'est que, traditionnellement, l'on considère l'autorité du journal comme supérieure à l'autorité de l'un de ses journalistes sur l'un de ses articles.

Le droit d'auteur, manifeste sur l'œuvre individualisable, des journalistes, cède devant l'intérêt général lié à la liberté de la presse, lié à la continuité de l'exploitation du journal.

D'ailleurs, dès lors que l'on quitte la presse traditionnelle sur support papier, par exemple lors d'une publication d'un article sur Internet, la jurisprudence retrouve la logique et le sens du droit d'auteur et le journaliste recouvre ses droits exclusifs sur son œuvre.

Le sophisme de l'œuvre collective vaudra en partie pour les mêmes raisons (autorité et intérêt général) pour des œuvres réalisées par des agents sous statut de droit public dans le cadre de leur fonction.

¹⁰ La part d'exploitation autonome de l'œuvre d'un réalisateur de film ne tombe pas sous le sens ...

Le sophisme de l'œuvre collective n'est pas satisfaisant parce qu'il tend à dénaturer le droit d'auteur et partant la sécurité juridique des différents acteurs des industries liées de près ou de loin à la création (multimédia, audiovisuel, presse, documentation, ...).

Œuvre composite : c'est l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de celle-ci.

1.2.2.2- Classification selon le genre de l'œuvre

L'on distingue classiquement les œuvres musicales, les œuvres littéraires et les œuvres artistiques.

Ces genres ne sont pas monolithiques.

L'on retiendra utilement, pour une meilleure qualification juridique, que les œuvres musicales ne se résolvent pas exclusivement en sonorités mais aussi en écritures (partition musicale, texte) et qu'il convient toujours, en pratique, de peser la part sonore et la part graphique d'une œuvre musicale : la bonne diffusion d'une œuvre symphonique orchestrale est plus étroitement liée à l'existence, à la qualité et la diffusion des diverses partitions écrites qu'une chanson du Top 50.

Quant au genre « littéraire », il rassemble des œuvres de nature très différente :

Les œuvres littéraires dramatiques ont vocation à être représentées. C'est à l'occasion des droits de représentation que Beaumarchais s'est opposé aux Comédiens du Français pour revendiquer les droits des auteurs dramatiques, réunis au sein d'une association qui allait devenir la Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD - Cf supra).

Les œuvres littéraires de fiction non dramatiques ont essentiellement vocation à être lues « en colloque singulier ». Elles peuvent très accessoirement être lues en lecture publique ou adaptée pour d'autres genres (Cinéma notamment).

Certaines œuvres littéraires sont conçues avec une utilité sociale particulière : œuvres pédagogiques, scientifiques, philosophiques, des sciences morales ...

Le genre artistique distingue des œuvres des arts plastiques, les œuvres peintes, les œuvres d'architecture, d'ornement, dans des dimensions très diverses, depuis l'enluminure jusqu'aux œuvres monumentales.

L'avènement de la photographie et du cinéma a consacré les œuvres photographiques et les œuvres audiovisuelles.¹¹

Les œuvres audiovisuelles, très contraintes par l'économie de la production, sont aussi l'occasion d'un statut très dérogatoire au droit d'auteur et au principe d'interprétation étroite des cessions de droit (L.131-3 du CPI) avec l'intervention d'un producteur bénéficiaire d'une présomption de cession de droits (L.132-23 et suivants du CPI) des auteurs.

L'œuvre dite « multimédia »

L'on admet couramment un genre d'œuvre dit « multimédia ».

Distinguons d'abord entre l'œuvre et le support, multimédia.

De la même façon qu'une œuvre peinte ne se réduit pas au support matériel de la toile, l'œuvre multimédia ne se résume pas au support matériel qui l'incorpore. « *La propriété incorporelle définie par l'article L.111-1 (droit d'auteur) est indépendante de la propriété de l'objet matériel* » (Code de la propriété intellectuelle français, article L.111-3 alinéa 1^{er}).⁸

L'œuvre ne se résume pas à un mode de fixation, et, aucun support ne présume une œuvre : une création artistique conçue pour une expression « multimédia » n'est pas forcément fixée sur un tel support « multimédia », ainsi par exemple du manuscrit d'un scénario d'une œuvre interactive, à l'instar de la partition graphique d'une œuvre musicale. Et réciproquement : tout support multimédia n'incorpore pas une œuvre (bases de données sur CD-ROM où le choix et la disposition des données ne constituent pas en eux mêmes une création).

Ensuite, heureusement, le législateur n'a pas défini de cadre spécifique au créateur d'une œuvre de l'esprit : les droits des auteurs sont protégés sur « *toutes les oeuvres de l'esprit quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.* » (CPI français article L.112-2, convention de Berne article 2).

Pourquoi une empreinte numérique, interactive, exprimant du son, de l'image et du texte, ne réaliserait-elle pas une œuvre de l'esprit si le critère de l'œuvre ne réside précisément pas dans son genre, sa forme d'expression son mérite ou sa destination ?

L'œuvre multimédia est généralement qualifiée telle au regard des moyens offerts par le support multimédia.

Comme l'œuvre musicale se définit en étroite relation avec les moyens de représentation et de reproduction du son, comme l'œuvre photographique se définit en étroite relation avec la technique photographique ... mais sans que jamais aucune de ces oeuvres ne se confondent avec le support qui les incorpore.¹²

Une œuvre dite multimédia constitue, indépendamment de son support, une conception personnelle, essentiellement dans un cadre informatique (comme l'œuvre photographique est conçue pour être fixée sur une pellicule ..), et interactif.

Le support multimédia intègre ainsi toujours un logiciel, mais ne se résume pas à ce logiciel. Le logiciel est régi par son droit propre : propriété littéraire à la mode copyright (circulation de l'objet, plutôt que protection de la conception de l'auteur), cession par présomption des droits du salarié (L.113-9 CPI), droit moral au rabais (L.121-7 CPI), rémunération forfaitaire, mais indépendante du salaire ; pour les fonctionnaires en France, une prime d'intéressement proportionnelle, 25% du produit d'exploitation HT - décret 96-858 du 02/10/96.

Une œuvre dite multimédia intègre souvent une œuvre audiovisuelle (séquences animées d'images sonorisées ou non), dont la jurisprudence française nous dit, selon l'article L.113-7 du CPI, qu'elle constitue toujours une œuvre de collaboration.

L'œuvre dite multimédia ou certaines oeuvres qui la composent (par exemple la séquence audiovisuelle) constituent parfois une œuvre composite (incorporation dans une œuvre nouvelle d'une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de celle-ci) mais plus

¹² L'étude comparée des rapports entre les oeuvres et leurs différents supports de réalisation resterait d'ailleurs à entreprendre. On peut imaginer une gradation selon l'importance de l'assujettissement aux modes de représentation et de reproduction. L'œuvre multimédia viendrait peut-être au rang de la plus dépendante du support.

généralement une création « sui generis » à l'initiative d'une personne morale ou, s'il y a reprise d'une œuvre préexistante, avec la collaboration de ses auteurs (par exemple adaptation multimédia d'une méthode de musique de librairie).

L'œuvre dite multimédia, une œuvre collective ?

- Créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale, l'œuvre multimédia ? Sauf exceptions pour confirmer la règle, elle procède toujours en effet de l'initiative commerciale d'une personne plutôt morale que physique.

- Une personne qui l'édite, la publie et la divulgue ?

Sont donc exceptées les œuvres multimédia inédites, (non fabrication en nombre des exemplaires de l'œuvre L-132-1 CPI) à seul usage interne d'une entreprise ou d'une administration.

- Sous sa direction et son nom ?

Si les contributions des divers AUTEURS sont suffisamment libres pour qu'elles constituent en elles mêmes autant d'œuvres, elles seront destinées à l'œuvre « collective » selon la direction, les instructions, le cahier des charges de la personne qui en aura pris l'initiative.

- La contribution personnelle des divers AUTEURS participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est créée ?

Tout ne fait pas œuvre : un salarié qui se borne à exécuter les directives de son employeur n'est pas un auteur. La création se mesure par rapport à la liberté (le pouvoir de dire non), la confiance, l'autonomie.

Le statut d'œuvre collective n'offre pas aux producteurs multimédias la panacée qu'ils voudraient y trouver, pour remédier au principe de rémunération proportionnelle des auteurs, et à celui des droits moraux : le statut d'œuvre collective ne disqualifie pas les auteurs qui ont contribué à sa réalisation. Les contributeurs demeurent des auteurs. Avec notamment des prérogatives morales, et bien qu'ils n'interviennent pas dans la gestion « de l'ensemble réalisé ».

Les producteurs multimédias, fascinés par le droit d'auteur, peuvent aussi se rassurer : tous les contributeurs à la réalisation de l'œuvre ne sont pas des auteurs. Seuls seront tels ceux qui auront bénéficiés de suffisamment de liberté pour imprimer à leur contribution une part de leur arbitraire - sinon de leur génie. Enfin, dans ce ressort, les producteurs multimédias feront à Rome comme à Rome : la qualification des œuvres variera au gré de leur champ légal apprécié concrètement.

La question du statut de l'œuvre dite multimédia se trouve ainsi strictement circonscrite à sa problématique : n'est pas auteur qui veut.

La faillite des systèmes politiques et le discrédit subséquent des engagements personnels dans le public, retournent les individus vers la plus petite entité sociale : c'est l'avènement du politiquement correct. La moindre entité - à l'extrême un individu - devient représentative de l'expression d'une minorité qui jouit d'un droit d'expression absolu à opposer à la norme sociale, dont la règle de droit. Droits des chasseurs, droits des chasseurs de canard, droits des chasseurs de canards colverts du sud-ouest, droits de Monsieur Z, chasseur de canard du sud-ouest ...

Nous connaissons avec les réseaux une période de sécheresse de la conscience des individus pour ce qui ne leur ressemble pas, les autres : autant d'individus, autant de groupes de personnes caractérisées, de groupes d'affinités, moins de groupes à vocation normative, de groupes de personnes sincèrement engagées pour leurs voisins, de prosélytes.

Par sympathie ou symétrie, alors que les engagements personnels dans des actions d'intérêt collectif, public, ou général faiblissent, le niveau auquel l'individu est reconnu et estimé par les institutions politiques et sociales faiblit également. Tout fait honneur, tout est occasion de célébration, tout fait œuvre.

Comme si la reconnaissance d'un individu par les autres, son autorité, et notamment comme auteur, remplaçait une autorité politique un peu en vacance.

Ce n'est pas un hasard si les arts et les lettres sont florissants lorsque l'engagement pour la chose publique est fort. Non parce que la république subventionne la création, mais parce que l'œuvre d'art ressort avec plus de netteté, de majesté et qu'elle peut susciter plus d'engouement lorsque César et Dieu sont bien restitués dans leur part respective.

Sous les régimes totalitaires où l'engagement politique individuel est par définition à la portion congrue, les arts sont confondus avec les ouvrages utilitaires : c'est l'art stalinien, hitlérien ou fasciste, monumental pour impressionner et soumettre, publicitaire par prosélytisme. César imperator colonise le créateur fils de l'Homme.

Sous les démocraties un peu démagogiques, lorsque la chose publique n'a plus de sens, lorsque la politique est une carrière et l'homme politique un carriériste à la merci du suffrage universel, le lien social se maintient par la seule légitimité que l'on confère aux seuls individus. Le statut d'auteur légitimise. Il apaise les tensions : On se tire dessus dans les banlieues sur fond de musique rap. Que le rappeur devienne un auteur, il se range, « fait » les plateaux de télé, intègre la SACEM ... et son public itou de l'autre côté de l'écran.

On assigne maladroitement à la création littéraire musicale et artistique, au statut d'auteur, des fins économiques et de police.

Le statut d'œuvre collective est revendiqué dans l'économie du multimédia pour des fins pratiques, non en fonction d'une réelle qualification juridique : le fractionnement des droits entre différents titulaires complique la gestion de la production multimédia.

D'où la propension à rapprocher l'œuvre multimédia de l'œuvre collective où les droits de chacun des auteurs pour leurs contributions personnelles à la réalisation de l'ensemble ne peuvent être distingués ; et où la réalisation et l'exploitation de l'œuvre appartiennent à la personne qui en prend l'initiative.

Section 1.2.3- L'exploitation des œuvres

1.2.3.1- Principes généraux - L.131-1 à L.131-5 du CPI français

Formalisme ad probationem - Interprétation stricte - Rémunération proportionnelle à l'exception des œuvres collectives et logicielles et L.132-6 (librairie, auteurs étrangers, journalistes)

Les auteurs bénéficient d'une rémunération proportionnelle à l'exploitation (article L.131-4 du CPI), sauf exceptions strictement entendues, notamment :

La base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ;

Les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ;

Les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre ;

La nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ;

1.2.3.2- L'édition – L.132-1 à L.132-17 du CPI français

Aux termes de l'article L.132-1 du Code de la propriété intellectuelle, le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion.

Si aux termes de l'article L.131-1 du CPI la cession globale des œuvres futures est nulle, l'article L.131-4 prévoit la faculté d'accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genres nettement déterminés.

Ce droit est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour.

Etude des contrats d'édition types :

Edition musicale, contrat BIEM / IFPI ;

Edition littéraire : contrats SCAM

- Etendue de la cession

Conformément aux dispositions de l'article L.131-3 du CPI en France, les conventions de cession de droits d'exploitation sont d'interprétation étroite. L'auteur conserve tous les modes d'exploitation qui n'ont pas été déterminés avec précision dans leur nature, dans leur étendue, dans leur espace et dans leur durée.

- Forme du contrat

Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle doivent être passés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution.

Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque. (L.122-4)

1.2.3.3- Le contrat de production audiovisuelle L.132-23 à L.132-30 français

C'est la convention par laquelle les auteurs d'une œuvre audiovisuelle transfèrent leurs droits sur le film à une personne appelée producteur qui va se charger d'exploiter l'œuvre.

Le contrat de production audiovisuelle a pour objet la cession d'un droit de propriété intellectuelle.

Le producteur de l'œuvre audiovisuelle est la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre (art. L132-23 CPI). Il se charge de financer la réalisation ou de réunir à cette fin les concours nécessaires.

L'article L.112-2 du CPI définit l'œuvre audiovisuelle comme « *les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non* ».

Le contrat de production audiovisuelle doit être constaté par écrit (art. L131-2 CPI).

Le producteur bénéficie d'un régime favorable, à savoir une présomption de cession des droits de reproduction et de représentation, sous toutes les formes possibles.

Cette présomption est prévue à l'article L132-24 du CPI : « *le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une oeuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte, sauf clause contraire et sans préjudice des droits reconnus à l'auteur par les dispositions des articles ..., cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'oeuvre audiovisuelle.*

Le contrat de production audiovisuelle n'emporte pas cession au producteur des droits graphiques et théâtraux sur l'oeuvre.

Ce contrat prévoit la liste des éléments ayant servi à la réalisation de l'oeuvre qui sont conservés ainsi que les modalités de cette conservation ».

A défaut d'écrit, la présomption de cession ne joue pas. ¹³

Cette faveur de la loi est la contrepartie des risques pris par le producteur : elle facilite sa gestion en lui conférant la maîtrise de la totalité des droits patrimoniaux afférents à l'œuvre audiovisuelle.

Aux termes de l'article L.113-7 du CPI, ont la qualité d'auteur d'une œuvre audiovisuelle, la ou les personnes physiques qui réalisent la création intellectuelle de cette œuvre. Sont présumés, sauf preuve contraire, coauteurs d'une œuvre audiovisuelle réalisée en collaboration :

L'auteur du scénario, l'auteur de l'adaptation, l'auteur du texte parlé, l'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'œuvre, le réalisateur.

Lorsque l'œuvre audiovisuelle est tirée d'une œuvre ou d'un scénario préexistants encore protégés, les auteurs de l'œuvre originale sont assimilés aux auteurs de l'œuvre nouvelle.

Les auteurs ont une obligation de garantie : « *l'auteur garantit au producteur l'exercice paisible des droits cédés* » (art.L132-26 CPI).

L'article L132-27 du CPI fait obligation au producteur « *d'assurer à l'oeuvre audiovisuelle une exploitation conforme aux usages de la profession* ».

Une rémunération des auteurs, distincte pour chaque type d'exploitation, est prévue à l'article L.132-25 du CPI.

Le producteur est tenu de rendre compte, au moins une fois par an, des recettes provenant de l'exploitation de l'œuvre, selon chaque mode d'exploitation (art. L132-28 CPI).

Section 1.2.4- Les droits voisins L.211-1 à L.217-3 du CPI français

1.2.4.1- Principes généraux

¹³ CA Paris, 4e ch., 17 janv. 1995: RIDA 1995, n°165, p.332.

Les droits voisins sont protégés pour une durée de cinquante années à compter de la fixation ou de l'interprétation ou de la première communication au public selon l'ayant droit.

L'article 7 du projet de loi français, sous un chapitre II « Durée des droits voisins », adapte l'article L.211-4 du CPI relatif à la durée de protection des droits voisins :

Le dernier alinéa de l'article L.211-4 du CPI avait pour objet de retarder le point de départ de la durée de protection des artistes et des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes de l'interprétation ou de la première fixation à la date de première communication au public.

L'article L.211-4 dans son projet de nouvelle rédaction retarde le point de départ de la durée de protection des artistes à la date de mise à disposition d'exemplaires matériels ou d'une communication au public, dès lors que cette mise à disposition ou communication intervient elle même dans le délai de cinquante année à compter de l'interprétation.

L'article L.211-4 dans son projet de nouvelle rédaction retarde également le point de départ de la durée de protection des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes à la date de mise à disposition d'exemplaires matériels au cours de la durée de protection (50 ans à compter de la première fixation) ou, sinon, à la date de première communication au public.

1.2.4.2- Notion d'artiste interprète – Convention de Rome du 26 octobre 1961

L'article L.212-1 du Code de la propriété intellectuelle reprend l'article 3 de la Convention de Rome du 26 octobre 1961 sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion :

L'artiste-interprète ou exécutant est la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variété, de cirque ou de marionnettes.

Notre droit exclu de ses dispositions l'artiste de complément ou considéré comme tel par les usages professionnels.

L'artiste de complément se distingue de l'artiste-interprète dans une œuvre déterminée non seulement par le caractère complémentaire ou accessoire de son rôle, mais surtout par la considération que sa personnalité ne transparaît pas dans sa prestation, à la différence de l'artiste-interprète qui s'investit plus complètement et rend ainsi son interprétation plus originale. (Paris, 18 février 1993 – D. 1993. 397)

Notons que l'artiste-interprète se définit au fond comme l'auteur en fonction de sa personnalité.

Notons également que le texte se réfère aux « œuvres littéraires et artistiques ». Il faut donc entendre que le terme artistique inclut « l'œuvre musicale ».

1.2.4.3- Droit moral et droit patrimonial des artistes

A- Droits moraux

L'artiste-interprète a le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation.

Ce droit inaliénable et imprescriptible est attaché à sa personne.

Il est transmissible à ses héritiers pour la protection de l'interprétation et de la mémoire du défunt.

Notons que les intérêts de droit moral des artistes peuvent entrer en conflit avec les intérêts de droit moral des auteurs d'une œuvre dérivée à laquelle l'œuvre interprétée est incorporée.¹⁴

B- Droit patrimoniaux

Aux termes de l'article L.212-3 du CPI français « sont soumises à l'autorisation écrite de l'artiste-interprète la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image ».

Droit de fixation

Le monopole porte uniquement sur la première fixation.

Ce droit est prévu à l'article 7.1 b) de la Convention de Rome du 26 octobre 1961 : les artistes-interprètes ont le droit de faire obstacle « à la fixation sans leur consentement sur un support matériel de leur exécution non fixée ».

Droit de reproduction

Le monopole porte ici sur la reproduction de la première fixation, comme le précise expressément l'article 7.1 c) de la Convention de Rome : les artistes-interprètes ont la faculté de faire obstacle « à la reproduction sans leur consentement d'une fixation de leur exécution :

- lorsque la première fixation a elle-même été faite sans leur consentement;
- lorsque la reproduction est faite à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont donné leur consentement;
- lorsque la première fixation a été faite en vertu des dispositions de l'article 15 et a été reproduite à des fins autres que celles visées par ces dispositions ».

Droit de communication au public

Il s'agit d'une transposition du droit de représentation reconnu à l'auteur.

Le CPI va au-delà de la Convention de Rome qui ne subordonne pas de façon générale la communication au public de l'interprétation, à l'autorisation de l'artiste-interprète.

Selon l'article 7.1 a) de la Convention de Rome, les artistes-interprètes ont le droit de faire obstacle « à la radiodiffusion et à la communication au public de leur exécution sans leur consentement, sauf lorsque l'exécution utilisée pour la radiodiffusion ou la communication au public est elle-même déjà une exécution radiodiffusée ou est faite à partir d'une fixation ».

¹⁴ Cf La polémique Rostropovitch / Zulawsky lors de la réalisation du film Boris Godounov - TGI Paris 10 janvier 1990, D.1991. 206, note Edelman ; RIDA juillet 1990, P.368

Utilisation séparée du son et de l'image

Le législateur a voulu limiter la présomption de cession édictée par l'article L212-4 du CPI à l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle en tant que telle, et revenir au droit commun de l'exclusivité, pour l'exploitation séparée du son et de l'image.

1.2.4.4- La production en matière musicale et audiovisuelle

Aux termes de l'article L.213-1 du CPI, le producteur de phonogramme est la personne physique ou morale qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de son.

L'autorisation du producteur de phonogrammes est requise avant toute reproduction, mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou communication au public de son phonogramme autres que sa communication directe dans un lieu public dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle ou sa radiodiffusion.

A la différence de l'auteur le producteur de phonogrammes est titulaire de droits - dits « droits voisins » - sur une propriété corporelle, la séquence de sons.

Le producteur de vidéogrammes est la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence d'images sonorisée ou non.

L'autorisation du producteur de vidéogrammes est requise avant toute reproduction, mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou communication au public de son vidéogramme.

Les droits reconnus au producteur de vidéogrammes, les droits d'auteur et les droits des artistes interprètes dont il disposerait sur l'œuvre fixée sur ce vidéogramme ne peuvent faire l'objet de cessions séparées.

1.2.4.5- Droit patrimoniaux des producteurs

L'article L.213-1 du CPI définit le producteur de phonogrammes comme « *la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de son* ».

Le producteur de vidéogrammes est défini comme « *la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence d'images sonorisées ou non* » (art. L215-1 CPI).

L'autorisation du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes est requise avant toute reproduction, mise à disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou communication au public de son phonogramme ou vidéogramme.

Les producteurs de phonogrammes et vidéogrammes disposent d'un droit de reproduction, d'un droit de mise à disposition du public, et d'un droit de communication au public.

Droit de reproduction

(Articles L.213-1 et L.215-1 du CPI français)

L'article 11 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adopté à Genève le 20 décembre 1996, reconnaît ce droit au bénéfice du producteur de phonogrammes : « *Les producteurs de phonogrammes jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit* ».

L'article 10 de la Convention de Rome du 26 octobre 1961 reconnaît aux producteurs de phonogrammes le « *droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes* ».

L'article 7 de la Directive n°92/100 du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, dispose que « *les Etats membres prévoient le droit exclusif de reproduction directe ou indirecte pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes* ».

Droit de mise à disposition du public

Les modes de commercialisation sont limitativement énumérés : la vente, le louage et l'échange.

Les articles L213-1 et L215-1 du CPI en France reconnaissent au producteur un droit de contrôle sur certaines formes de commercialisation postérieures à la première mise en circulation des exemplaires.

L'article 12 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes dispose que « *les producteurs de phonogrammes jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs phonogrammes par la vente ou tout autre transfert de propriété* ».

L'article 13 reconnaît aux producteurs un droit de location commerciale au public de l'original et d'exemplaires de leurs phonogrammes.

Droit de communication au public

Cette prérogative est la transposition du droit de représentation reconnu à l'auteur.

1.2.4.6- Les contrats artiste / producteur

Les artistes - Leurs droits adossés et confrontés à ceux du producteur

La cession de ses droits par l'artiste est donc soumise à un principe de spécialité en sorte que l'autorisation de fixer, c'est à dire d'enregistrer, ne vaut pas autorisation de reproduire (notamment presser des albums) ou de communiquer au public (diffuser l'enregistrement), même si l'artiste connaît l'utilisation de la fixation.

Tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure, contre rémunération, le concours d'un artiste en vue de sa production est présumé être un contrat de travail. Les rémunérations auxquelles donne lieu ce contrat sont présumées être des salaires. (L.762-1 et L.762-2 du Code du travail en France)

L'artiste peut percevoir en outre des redevances sur la diffusion des séquences dans lesquelles s'intègre sa prestation. Ces redevances ne sont pas assimilées à des salaires.

Section 1.2.5- Les producteurs de bases de données

La loi française du 1^{er} juillet 1998 transpose en droit français la directive du 11 mars 1996.

Les objectifs de la directive :

Considérant n°2 : « *Les disparités dans la protection juridique des bases de données assurée par les législations des Etats membres ont des effets négatifs directs sur le fonctionnement du marché intérieur en ce qui concerne les bases de données et en particulier sur la liberté des personnes physiques et morales de fournir des biens et des services de bases de données en ligne ...* »

Considérant n°3 : « *Favoriser le fonctionnement du marché intérieur et le développement d'un marché de l'information au sein de la communauté ..* »

Considérant n°9 : « *Les bases de données constituent un outil précieux dans le développement d'un marché de l'information dans la communauté.* »

Considérant n°12 : « *Un tel investissement dans des systèmes de stockage et de traitement de l'information ne se fera pas dans la Communauté en l'absence d'un régime juridique stable et homogène protégeant les droits des fabricants de bases de données.* »

L'objectif de la directive du 11 mars 1996 est précis : favoriser les investissements pour le développement d'un marché de l'information.

Un droit d'auteur

A cette fin la directive pose le principe, tautologique, de la protection des bases de données par le droit d'auteur dès lors que le choix ou la disposition des matières constituent des créations intellectuelles. La directive détermine une catégorie de titulaires de droit d'auteur : ceux qui choisissent ou disposent des matières - recueil d'œuvres, données ou autres éléments indépendants.

Certes la convention de Berne (article 2-5° du protocole signé à Paris le 24/07/71) vise « les recueils d'œuvres littéraires et artistiques tels que les encyclopédies ou anthologies » et l'article L.112-3 du CPI « les anthologies ou recueils d'œuvres diverses ».

La protection du droit d'auteur gagnerait celui qui choisit ou dispose dans un recueil, outre des œuvres, des données diverses, telles que les bases de données ? Le droit français (article L.112-3 du CPI, loi du 18/12/96) prévoyait cette protection antérieurement à la loi du 1^{er} juillet 1998 sans spécifier « bases de données ».

Les articles L.112-2 et 112-3 du CPI ne sont pas exhaustifs. Rien n'interdisait antérieurement à la loi du 1^{er} juillet 1998 à l'auteur d'un recueil de données de revendiquer la protection personnaliste du droit d'auteur pour autant que sa création constitue un effort personnalisé de création.

La protection par le droit d'auteur suppose que le choix ou la disposition du contenu de la base de données constituent une création intellectuelle propre à son auteur.

La directive et la loi du 1^{er} juillet 1998 ne créent pas une nouvelle catégorie d'auteurs.

Droit sui generis du producteur

Pour atteindre ses objectifs, favoriser les investissements pour le développement d'un marché de l'information, la directive institue le droit d'empêcher l'extraction ou la réutilisation non autorisée de tout ou d'une partie substantielle du contenu d'une base de données (droit sui generis) en l'absence d'un régime harmonisé concernant la concurrence déloyale ou de jurisprudence en la matière.

Droit sui generis : droit d'interdire l'extraction ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative du contenu d'une base de données lorsque l'obtention (la constitution), la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif.

La protection au titre de la directive ou de la loi ne préjudicient pas aux droits sur le contenu de la base

Article 13 de la directive : *« la présente directive n'affecte pas les dispositions concernant le droit d'auteur, les droits voisins ou d'autres droits ou obligations subsistant dans les données, les œuvres ou les autres éléments incorporés dans une base de données, les brevets, les marques, les dessins et modèles, la protection des trésors nationaux, le droit des ententes et de la concurrence déloyale, le secret des affaires, la sécurité et la confidentialité, la protection des données personnelles et le respect de la vie privée, l'accès aux documents publics ou le droit des contrats. »*

Selon le principe des « vases communicant », la plénitude des droits du producteur de la base de données sera en proportion inverse des droits sur le contenu.

C'est aussi la problématique de la création multimédia. Le producteur de telle création multimédia (unicité de support ; numérisation ; interactivité ; multiplicité des modes de reproduction (graphique, visuel, audiovisuel, acoustique)). Le producteur-auteur revendique le statut de titulaire de droits sur une œuvre collective. Il tend aussi à contester la création artistique des contributeurs, ne serait-ce que pour faire échec à leur droit moral (qui demeurerait pourtant au sein d'une œuvre collective).

La loi française met en œuvre la directive et illustre ses contradictions

On constate une propension du législateur à réduire la protection des œuvres, ou des données personnelles, au sein d'une base de données :

Article L.331-4 du CPI : *« les droits mentionnés dans la première partie du présent code ne peuvent faire échec aux actes nécessaires à l'accomplissement d'une procédure juridictionnelle ou administrative prévue par la loi, ou entrepris à des fins de sécurité publique. »*

Sont impliqués tous les droits de la propriété littéraire et artistique.

La directive « Bases de données » illustre l'aspiration des principes du droit d'auteur par l'économie du grand marché intérieur. Il s'agit bien de favoriser les investissements pour le développement d'un marché de l'information.

Aux termes du considérant 34 : *« l'utilisateur légitime doit pouvoir accéder à la base de données et l'utiliser aux fins et de la manière prescrite dans le contrat de licence conclu avec le titulaire du droit, même si l'accès et l'utilisation rendent nécessaire d'effectuer des actes en principe soumis à restrictions »*

Ce principe finaliste paraît contraire aux articles L.131-3 CPI - L.122-7 alinéa 3 : lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits visés au présent article, la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat ; la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée.

La question de l'épuisement du droit de distribution ne se pose pas dans le cas de bases de données en ligne qui relèvent du domaine des prestations de services ; que cela s'applique également à l'égard d'une copie matérielle d'une telle base faite par l'utilisateur de ce service avec le consentement du titulaire du droit.

Contrairement au cas des CD-ROM ou des CD-I où la propriété intellectuelle est incorporée (Cf L.111-1 du CPI : *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété intellectuelle exclusif et opposable à tous.*) dans un support matériel, à savoir une marchandise, chaque prestation en ligne est, en effet, un acte qui devra être soumis à une autorisation pour autant que le droit d'auteur le prévoie.

Une prestation de bien ?

Cette mesure tend à conserver au producteur le contrôle de l'autorisation des bases de données en ligne. La théorie de l'épuisement des droits ne concerne que le droit de reproduction.

L'on pourrait penser a priori que cette disposition est favorable aux auteurs puisqu'ils conservent la faculté d'autoriser une nouvelle exploitation de la base de données bien qu'elle ait déjà été diffusée en ligne.

Le maintien du contrôle de l'auteur ou du producteur de la base de données diffusée en ligne malgré une première diffusion s'exerce pourtant au détriment du droit d'auteur.

La diffusion d'une base de données en ligne, sa reproduction à l'endroit où se situe l'utilisateur et même la copie matérielle de la base n'affectent pas le bien mais ressortissent exclusivement à la prestation de service. Dans cette logique, le droit de reproduction n'est pas mis en œuvre

Ainsi l'auteur d'une anthologie, d'un guide, d'un recueil de sons, de couleurs (disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessible par des moyens électroniques ou autres ..) qui réclamerait la protection du droit d'auteur pour sa création intellectuelle (le choix ou la disposition des matières) ne livrerait pas un bien à l'utilisateur du réseau Internet qui téléchargerait son anthologie, son guide, son recueil de sons ou de couleurs alors que le même matériel acquis par tout autre procédé de distribution relèverait de la livraison de bien et du droit de reproduction exclusif de l'auteur.

Section 1.2.6- L'extension des formalités de dépôt légal

Le dépôt légal des œuvres est prévu par la loi française 92-546 du 20 juin 1992 et par la loi du 1^{er} août 2006. ^h

La loi 2006-961 du 1^{er} août 2006 étend les dispositions relatives au dépôt légal aux logiciels et bases de données dès lors qu'ils sont mis à disposition du public par la diffusion d'un support matériel quelle que soit la nature de ce support.

Sont également soumis à l'obligation de dépôt légal les signes, signaux, écrits, images sons ou messages de toute nature faisant l'objet d'une communication publique en ligne. Cette disposition n'est applicable que dans un délai de trois ans à compter de la promulgation de la loi.

Sont soumises au dépôt légal les personnes qui éditent ou produisent en vue de la communication publique en ligne des signes, signaux, écrits, images, sons ou messages de toute nature. (Notamment les éditeurs de sites Web)

L'article L.132-2-1 du Code du patrimoine organise une procédure de collecte des signes, signaux, écrits, images, sons ou message de toute nature mis à la disposition du public ou de catégories de publics auprès des personnes débitrices de la formalité de dépôt légal.

La collecte est à la charge des organismes dépositaires responsables du dépôt légal pour le compte de l'Etat : Bibliothèque nationale ; Centre national de la cinématographie ; Institut national de l'audiovisuel ; Service chargé du dépôt légal du ministère de l'intérieur.

Les conditions de sélection et de consultation des informations collectées sont fixées par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

L'article L.132-4 du Code du patrimoine organise des exceptions au monopole des auteurs, des producteurs de phonogrammes ou de vidéogramme, des entreprises de communication audiovisuelle pour permettre les formalités du dépôt légal (consultation par des chercheurs accrédités et reproduction sur tout support et par tout procédé nécessaire à la collecte, à la conservation et à la consultation sur place)

Section 1.2.7- La gestion collective¹⁵

A l'occasion de la transposition de la directive du 22 mai 2001, le projet de loi « relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information » tendait à rapprocher les sociétés de gestion de la coupe de l'Etat :

Dans sa première version de décembre 2002, le titre IV de l'avant projet, relatif aux sociétés de perception et de répartition de droits, semblait préfigurer un retour de l'Etat et du droit administratif dans le champ des sociétés d'auteur.

Une procédure d'agrément préalable était substituée à la procédure antérieure, déclarative.

Contrairement à la présomption de règle en droit administratif, les statuts étaient réputés approuvés à défaut d'approbation dans le délai de deux mois par le ministre de la culture.

La juridiction administrative devenait compétente pour connaître des contestations relatives à ces décisions.

¹⁵ Cf RIDA avril 2003 - « *La gestion du droit d'auteur et des droits voisins en Europe* » par Paul Florenson extrait de son étude sur « *L'Expérience européenne de la protection du droit d'auteur et des droits voisins* »

Les sociétés de perception et de répartition existant à la date de publication de la loi devaient présenter dans un délai d'un an à compter de la publication du décret d'application leurs statuts en vue de leur approbation.

Les arrêtés d'approbation qui auraient dus intervenir du ministère de la culture auraient pu être l'occasion d'un mouvement de recours contentieux de sociétaires critiques.

L'article 33 du projet de loi renforçait le contrôle de l'autorité de tutelle lors des modifications statutaires (également soumises à approbation préalable)

Toutefois, ces dispositions qui rendaient mieux compte de l'implication de l'Etat dans le suivi de la gestion des sociétés de perception et de répartition ont disparues.

Nous le regrettons. Non par défiance vis à vis des sociétés de gestion. La procédure d'agrément préalable, avec bénéfice de l'acceptation tacite après deux mois, nous semblait consacrer le retour de l'Etat régulateur dans les équilibres entre l'intérêt général et la gestion privée du droit d'auteur.

L'attribution de ce contentieux au juge administratif nous paraissait alors naturelle, et susceptible d'apporter quelque sérénité dans un débat public, celui de la gestion collective des droits, où le tropisme maladroit et erroné d'une gestion trop privée, alimente la juste critique et aussi les fantasmes.

Section 1.2.8- Droits d'auteur des personnes publiques et des agents sous contrat de droit public en France

La titularité de droit ab initio de l'Etat sur les créations des agents publics qui font l'objet même du service, dans l'exercice de leurs fonctions :

Aux termes d'un avis rendu le 21 novembre 1972 (« OFRATEME » avis 309.721), le Conseil d'Etat considère que :

« Les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les oeuvres de l'esprit telles qu'elles sont définies aux articles 1 et 3 de la loi du 11 mars 1957, pour celles de ces oeuvres dont la création fait l'objet même du service ; qu'il en est ainsi même au cas où certains collaborateurs du service peuvent prétendre à une part distincte dans la création de certaines oeuvres dès lors que cette création a été effectuée par eux dans l'exercice de leurs fonctions ; qu'aucune disposition de la loi du 11 mars 1957 ni aucune autre disposition législative n'autorise de dérogations aux principes généraux ci-dessus rappelés en accordant un droit de propriété aux fonctionnaires et agents publics sur les créations du service public auxquels ces fonctionnaires et ces agents appartiennent ».

Pour le Conseil d'Etat en 1972, les nécessités du service l'emportent sur les attributs personnels, moraux et patrimoniaux, de l'agent de droit public.

Mais cette dépossession de l'auteur, agent de droit public, dérogoire au droit commun de la propriété littéraire et artistique, sera d'interprétation étroite : il s'agira exclusivement des créations qui font l'objet même du service, effectuées dans l'exercice des agents de droit public.

Le droit d'autoriser et d'interdire de l'Etat

Sans déroger à son avis de 1972, le Conseil d'Etat a jugé le 10 juillet 1996 (CE 10/07/96 - Direct Mail Promotion - RIDA 96 n° 170, P.207) que le répertoire d'entreprises de l'INSEE ne se réduit pas à une simple collection de données, mais constitue un ensemble organisé et structuré d'informations plus étendues que celles fournies par les entreprises elles mêmes, lui conférant la qualité d'œuvre de l'esprit en tant que bases de données. Cette jurisprudence est intervenue avant la transposition en droit français de la directive « bases de données » du 11 mars 1996.

Selon le Conseil d'Etat, la « base de données » Insee doit être regardée comme une œuvre collective au sens du CPI, dont l'Etat, personne morale, est légalement investi des droits d'auteur en sa qualité d'auteur.

Titulaire de droit d'auteur, l'Etat (Insee) est bien fondé à soumettre la rediffusion des informations de la base de données à son autorisation préalable et au paiement d'une redevance.

Cf Ordonnance du 2 janvier 1959 articles 5, 17 et 19 : ⁱ

L'auteur agent de droit public n'a pas qualité à agir en contrefaçon :

Le statut d'agent public d'un allocataire de recherche, conduit à investir l'Etat titulaire, dès l'origine, des droits de propriété intellectuelle des œuvres réalisées par l'agent.

TGI Paris 1^{ère}, 31/03/99 - Chopard Guillaumot c/ Ed. HERMES - RIDA 2000 p. 333 : En l'espèce « l'œuvre » consiste en « *un système à base de connaissances pour l'aide à l'analyse préliminaire de risques et aux analyses de sécurité fonctionnelle des systèmes de transports guidés devant aboutir à la conception d'un logiciel d'aide à l'évaluation des risques* ».

Pour le Tribunal de grande instance de Paris, l'agent public est sans qualité pour agir en contrefaçon, sans qu'il soit utile de savoir si les œuvres prétendument contrefaites sont originales ou non.

Par contre, l'agent public auteur de travaux scientifiques a un intérêt légitime lui permettant de revendiquer le respect des règles en usage dans les milieux scientifiques pour l'utilisation des travaux de recherche et de leur publication. Cet intérêt légitime est protégé par l'article 1382 du Code civil dans l'hypothèse d'une absence de référence à l'auteur et à l'ouvrage qui ont assuré la première publication, d'une faute de dénaturation ou de parasitisme.

Le Conseil d'Etat reconnaît, a contrario, le droit moral des auteurs dont les œuvres sont affectées au service public (CE, 6 mai 1988, Gocłowski c/ Département du Morbihan) :

« Aux termes de l'article 6, 1^{er} alinéa de la loi du 11 mars 1957 sur les droits d'auteur d'une œuvre de l'esprit, œuvre, qui aux termes de l'article 3 de la même loi, comprend les œuvres d'architecture, l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Toutefois, la rénovation intérieure des ailes est et ouest de la préfecture du Morbihan, qui a consisté en une consolidation des charpentes et planchers et un réaménagement des bureaux, ne présentait pas un caractère suffisamment original pour permettre à Mr G., architecte mandataire du groupement chargé par le département du Morbihan de la maîtrise d'œuvre de

cette rénovation, de se prévaloir des dispositions précitées pour exiger que son nom fût inscrit sur la façade de la préfecture. »

La jurisprudence GOCLOWSKI, intervenue en matière de travail public, est surprenante : comme pour les créations réalisées par des agents de droit public, l'on aurait attendu, par extrapolation de l'avis OFRATEME, que l'Etat soit investi ab initio des droits d'auteur sur les créations réalisées par des personnes privées en contrat avec l'administration. Les mêmes causes (les nécessités du service) auraient du produire les mêmes effets.

Or, le Conseil d'Etat admet par principe que l'architecte intervenu sur un bâtiment public puisse jouir d'un droit moral autonome.

Sont-ce les prémisses d'un abandon de la doctrine OFRATEME ? Le Conseil d'Etat statuant comme juridiction n'est certes pas tenu par ses avis.

La rémunération de l'agent public occasionnel, pour la cession de ses droits d'exploitation :

CE, 28 juillet 1932, Dame veuve Roty / Ministre de l'instruction publique :

« Par un contrat en date du 19 juillet 1893, le sieur Roty s'est engagé à fournir au ministre de l'instruction publique à des prix déterminés et pendant une durée de neuf années, les médailles destinées aux instituteurs publics ; que le contrat constitue un marché de fournitures pour le service de l'état, et qu'il appartient au Conseil d'Etat d'en connaître, par application de l'article 14 du décret du 11 juin 1806 ;

Considérant que la requête tend à faire décider que le dit contrat du 19 juillet 1893 n'avait pas conféré à l'administration le droit de reproduction et le droit de propriété littéraire et artistique sur les médailles des instituteurs ; qu'ainsi c'est à juste titre qu'elle a été dirigée contre le ministère de l'instruction publique.

Considérant qu'en vertu du contrat du 19 juillet 1893, le ministre s'est engagé à payer au sieur Roty, en sus des prix stipulés pour la fourniture des médailles, « la somme de 2.050 francs pour la confection des coins nécessaires à frapper les médailles sus énoncées » ; qu'il résulte de l'instruction, et notamment des termes du récépissé délivré au sieur Roty par l'administration de la Monnaie, que le sieur Roty a, moyennant le paiement indiqué, conféré au ministre la propriété artistique et le droit de reproduction des médailles des instituteurs ; que, dans ces conditions, la dame veuve Roty n'est pas fondée à soutenir que c'est en violation de ses droits que les coins ont été utilisés, après l'expiration des contrats successifs intervenus avec le ministère de l'instruction publique pour la fabrication, par la Monnaie, de médailles sur lesquelles elle n'a perçu aucune rétribution ;... » (Rejet)

Cette jurisprudence ancienne n'est pas conforme à la logique, postérieure, de la doctrine OFRATEME :

Si les nécessités du service conduisent à exproprier l'agent public statutaire de ses droits d'auteur, la même cause produit le même effet avec un agent occasionnel (Cf jurisprudence GOCLOWSKI supra). Ainsi les droits d'auteur auraient du naître directement sur la tête de l'Etat, sans préjudice de la rémunération forfaitaire de l'agent occasionnel.

La rémunération de l'agent public auteur sous statut de la fonction publique.

Les textes ne prévoient rien, sauf le traitement du fonctionnaire, et sauf les dispositions du décret n° 96-858 du 2 octobre 1996 « *relatif à l'intéressement de certains fonctionnaires et agents de l'Etat et de ses établissements publics ayant participé directement à la création d'un logiciel, à la création ou à la découverte d'une obtention végétale ou à des travaux valorisés* ».

Hors créations qui font l'objet même du service, réalisées par les agents publics dans le cadre de leur fonction, ceux ci demeurent titulaire de leurs droits d'auteur.

Ainsi les professeurs, les magistrats, les chercheurs sous statut de droit public conservent leurs droits d'auteurs sur leurs productions (manuels, traités...) qui ne sont pas l'objet même du service (par exemple un rapport) (Cf. JORF débats Sénat, 15/09/1988, p.1025).

Pour la 1^{ère} chambre du TGI de Paris (20/11/91 - Michel SALZEDO / B-H. Levy - La règle du Jeu), alors qu'un éditeur avait décidé de publier par écrit les cours professés par oral par Roland BARTHES au Collège de France :

« le cours professoral, qui s'analyse en un enseignement simplement verbal, constitue néanmoins une œuvre de l'esprit qui bénéficie de la protection de la loi du 11 mars 1957 lorsque la volonté de son auteur est trahie, comme il est allégué en l'espèce, par la divulgation auprès d'un public de lecteurs d'un cours réservé initialement à l'audition directe, et autorise ainsi la saisine de la juridiction judiciaire pour l'exercice des droits d'auteur qui y sont attachés et notamment du droit moral, droit personnel et inaliénable, sans qu'il y ait lieu de surseoir à statuer ou d'ordonner la mise en cause du Collège de France »

Pour certains commentateurs (A.KEREVER - RIDA 1/1992, p. 340) cette jurisprudence du TGI de Paris ne contredit pas l'avis OFRATEME de 1972 car « *la dévolution à l'Etat est strictement limitée par les exigences du service public, et celles-ci n'appréhendent que la divulgation orale, devant un public limité et déterminé du cours* »

Nous ne sommes pas certains que le jugement s'inscrive aussi nettement dans la doctrine OFRATEME. Le Tribunal reconnaît purement et simplement les droits d'auteur du professeur BARTHES, sans que rien dans son statut d'agent de droit public ne permette de déroger à la loi sur la propriété littéraire et artistique.

Le Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie de janvier-février 2002 (p.13) préconise, pour l'administration, la rédaction de contrats comportant des clauses de cession de droit d'auteur strictement délimitées.

Les discours officiels

Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source, le droit français (article L.122-5 c du CPI) prévoit une exception au monopole des auteurs, lors la diffusion, même intégrale, par voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles. (Cf infra Section 2.1.1 : exceptions générales au droit d'auteur)

Le juge français (TGI Paris, 3^{ème} chambre, 25/10/95 : RIDA 1/1996, page 294) considère que les actes officiels visés par l'exception sont ceux qui comportent des dispositions impératives ayant valeur normative. Ainsi, une allocution d'un chef d'Etat n'appartient pas à cette catégorie dès lors qu'elle n'a pas de caractère normatif.

Le principe de diffusion des données publiques

La diffusion des données publiques : la circulaire du 14 février 1994

Qu'est-ce qu'une donnée publique : au sens de la circulaire, une « donnée » est une information collectée ou produite sur n'importe quel support. Par publique, il faut entendre une donnée collectée ou produite, dans le cadre de sa mission, par un service public, sur fonds publics.

La commercialisation des données publiques par l'administration doit demeurer une exception.

Si les données publiques en question ont une valeur économique et si aucune règle de secret ne s'oppose à leur diffusion, l'administration doit préférer la diffusion via des personnes privées ou l'un des trois éditeurs publics : Journaux Officiels, Documentation Française et Imprimerie Nationale.

L'administration doit veiller à respecter les règles de la concurrence (Ordonnance du 1^{er} décembre 1986) et le principe de spécialité.

C'est seulement, par exception, eu égard à la nature des données et conformément à sa mission que l'administration peut prendre à sa charge la diffusion de données publiques.

Prestations des artistes interprètes sous statut réglementaire de droit public

La juridiction administrative concilie la protection personnaliste des artistes avec le droit de la fonction publique :

Les artistes-interprètes régis par un statut réglementaire de droit public ne dérogent pas au droit de la propriété littéraire et artistique, « préalablement à l'application du statut ».

Ainsi l'accord de chaque artiste doit être recueilli préalablement à l'enregistrement.

L'on comprend, par contre, que postérieurement à cet accord donné, les artistes, sous contrat de droit public, dérogeront aux dispositions des articles L.762-1 et suivants du Code du travail.

Pour le Tribunal administratif de Nantes, 07/02/95, *Syndicat National des Artistes Musiciens en France et Jean-François Louis c/ Comité du Syndicat mixte de l'orchestre philharmonique des pays de la Loire* RIDA 95, n° 165, P.358 a jugé que :

« L'autorité administrative compétente peut, dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires applicables, fixer librement les dispositions statutaires qui régissent les agents des services publics, même contractuels, et notamment celles qui sont relatives à leurs conditions de rémunération ou d'emploi. »

Par suite le comité du Syndicat mixte de l'orchestre philharmonique des pays de la Loire pouvait modifier unilatéralement le statut du personnel artistique de l'orchestre, qu'il avait lui-même adopté, sans que les requérants puissent utilement se prévaloir ni de règles de droit privé, ni d'un droit acquis au maintien des avantages qu'ils tenaient, en réalité, des prescriptions réglementaires auxquelles se référerait leur contrat.

Mais le respect de l'article L.212-3 du CPI qui s'applique aux artistes interprètes même régis par un statut réglementaire de droit public exige que l'autorité compétente, préalablement à l'application individuelle du statut, recueille l'accord de chaque artiste interprète, notamment par l'émargement d'une feuille de présence.

Aux termes de l'article L.212-3 du CPI, sont soumises à l'autorisation écrite de l'artiste interprète la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image.

Il résulte de cet article, qui s'applique aux agents de droit public, dès lors qu'aucune disposition de nature législative ne les exclut du champ d'application des droits reconnus aux artistes interprètes, que le principe et les modalités de l'enregistrement et de la retransmission radiophonique ou télévisée d'une prestation musicale, au titre desquelles figurent les conditions de sa rémunération, doivent être approuvées par l'artiste-interprète ;

Dès lors, si les règles statutaires de rémunération sont ultérieurement modifiées, il appartient à l'autorité compétente, préalablement à leur application individuelle, d'obtenir de nouveau l'accord de chacun des musiciens intéressés, notamment par l'émargement de la feuille de présence ;

Sous cette réserve, les dispositions de l'article L.212-3 du CPI ne faisaient pas obstacle, par elles mêmes, à la modification unilatérale par le Comité du syndicat mixte de l'OPPI, des dispositions statutaires applicables aux musiciens de l'orchestre, et notamment des conditions de rémunération des enregistrements pour retransmission et des enregistrements de phonogrammes (..)

Par suite, les requérants ne sauraient utilement se prévaloir de ce que leur accord n'aurait pas été recueilli préalablement aux modifications statutaires (..) instaurant la gratuité d'un certain nombre d'exploitations de leurs droits (...) »

L'application du droit de la propriété littéraire et artistique « préalablement à l'application individuelle du statut » nous semble une saine conciliation de la protection des artistes avec les nécessités du service.

Section 1.2.9- La loi du 1^{er} août 2006 et les créations des agents publics

La nouvelle rédaction proposée de l'article L.111-1 alinéa 3 du CPI assimile strictement les agents publics aux salariés ou prestataires sous contrats de droit privé :

« Hors les exceptions prévues par le présent code, ni l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit, ni sa qualité d'agent public n'emporte dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1^{er} du présent article ».

Comme pour les auteurs de logiciels l'agent public auteur jouit d'un droit moral raccourci :

Un article L.121-7-1 nouveau du CPI dispose que le droit de divulgation d'une œuvre créée par un agent public dans l'exercice de ses fonctions s'exerce dans le respect des règles édictées par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique.

L'agent ne pourra s'opposer à la modification de l'œuvre par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique dès lors qu'elle est justifiée par la mission de service public.

L'agent ne pourra exercer son droit de repentir et de retrait, sauf accord de l'autorité investie du pouvoir hiérarchique.

Ainsi, l'on devrait, en droit d'auteur distinguer deux niveaux de protection : un niveau de protection normal, conforme à la théorie personnaliste du droit d'auteur.

Un niveau de protection diminué par « fonctionnalité » : fonctionnalité de l'œuvre : œuvres logicielles ; ou fonctionnalité de l'auteur, agent public.

Quant aux œuvres logicielles, c'est le caractère fonctionnel de l'œuvre qui affecte la pureté de la théorie de la protection personnaliste. On ne crée pas un logiciel pour exprimer sa propre conception d'un système de traitement de l'information mais bien pour traiter de l'information.

Quant aux agents publics, l'intérêt général que présume le contrat de droit public équilibre la protection de l'auteur.

Aux termes de l'article 36 du projet de loi, l'article L.131-3 du CPI serait complété par les alinéas suivants :

« Le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent public dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de l'Etat, de la collectivité territoriale ou de l'établissement public à caractère administratif qui l'emploie, est par le seul effet de la création, cédé à l'Etat, la collectivité territoriale ou l'établissement public à caractère administratif, dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement de leur mission de service public et à la condition que cette œuvre ne fasse pas l'objet d'une exploitation en dehors du service public ou d'une exploitation commerciale.

L'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics à caractère administratif disposent pour exploiter en dehors du service public ou commercialement l'œuvre ainsi créée, d'un droit de préférence dont les conditions sont fixées en Conseil d'Etat. »

Le CSPLA préconisait dès novembre 2001 l'abandon de la doctrine OFRATÉME aux motifs notamment que le critère de la « détachabilité » n'était pas toujours évident. Le CSPLA notait « *Toute la gamme des œuvres intermédiaires, liées au service sans lui être totalement consubstantielles, se trouve ainsi dépourvue de point d'accroche solide dans l'avis du Conseil d'Etat (...)* »

Le CSPLA déplorait : « *toute une palette d'attitude (de l'administration) est observable.* »

Il craignait une infraction au droit de la concurrence dès lors que l'administration aurait pu commercialiser des œuvres sans que celles-ci « *soient grevées de la rémunération d'un droit d'auteur* ».

L'on ne comprend pas cette crainte : le Conseil d'Etat a bien jugé que la commercialisation par l'administration d'une œuvre de l'esprit donnait lieu à perception d'un prix correspondant à une redevance de droit d'auteur (Cf Supra, CE, Ass, 10/07/96, Direct Mail Promotion).

Aux termes de son avis de novembre 2001, peu clair, où le CSPLA relève une grande diversité des pratiques de l'administration et l'avènement de nouveaux réseaux de distribution, celui-ci avait préconisé l'insertion des agents publics dans le champ de la législation sur la propriété littéraire et artistique.

Le CSPLA tirait argument de la loi du 10 mai 1994 et de l'article L.113-9 du CPI aux termes duquel la dévolution des droits patrimoniaux des salariés créateurs de logiciels à leur employeur s'applique également aux agents de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics administratifs.

L'on peut regretter que le CSPLA ait raisonné, pour admettre les agents publics au rang du droit commun de la propriété littéraire et artistique, par analogie avec un genre d'œuvre très dérogatoire au droit de la propriété littéraire : l'œuvre logicielle est justement une œuvre « fonctionnelle » qualifiée comme telle presque par accident, pour faire bénéficier l'auteur du logiciel et les personnes associées à son exploitation de la protection spécifique d'un droit d'auteur amendé ; et très formel, si l'on peut dire.

Les fonctions du salarié qui crée des logiciels dans le cadre de son contrat de travail et celles de l'agent public qui crée quelque œuvre que ce soit dans le cadre de ses fonctions sont très similaires. Certes, l'objet réalisé pourra exprimer la personnalité de l'auteur, mais ce sera toujours de façon « fonctionnelle », c'est à dire en fonction du contrat de travail ou de l'objet du service.

L'on peut regretter généralement que le CSPLA ait assimilé les œuvres réalisées comme l'objet du service ou même dans le cadre du service, avec celles réalisées par un auteur indépendant protégé en tant que tel par le droit de la propriété littéraire et artistique dans sa liberté de création.

Cette liberté de l'auteur, qui fait sa création et fonde sa protection, manque forcément chez l'agent public.

Article 31 de la loi du 1^{er} août 2006 :

I. - Le troisième alinéa de l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle est ainsi rédigé :

« L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code. Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France. »

II. - Le même article est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Les dispositions des articles L. 121-7-1 et L. 131-3-1 à L. 131-3-3 ne s'appliquent pas aux agents auteurs d'œuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique. »

Article 32

Après l'article L. 121-7 du code de la propriété intellectuelle, il est inséré un article L. 121-7-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 121-7-1. - Le droit de divulgation reconnu à l'agent mentionné au troisième alinéa de l'article L. 111-1, qui a créé une œuvre de l'esprit dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues, s'exerce dans le respect des règles auxquelles il est soumis en sa qualité d'agent et de celles qui régissent l'organisation, le fonctionnement et l'activité de la personne publique qui l'emploie.

« L'agent ne peut :

« 1^o S'opposer à la modification de l'œuvre décidée dans l'intérêt du service par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique, lorsque cette modification ne porte pas atteinte à son honneur ou à sa réputation ;

« 2° Exercer son droit de repentir et de retrait, sauf accord de l'autorité investie du pouvoir hiérarchique. »

Article 33

Après l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle, sont insérés trois articles L. 131-3-1 à L. 131-3-3 ainsi rédigés :

« Art. L. 131-3-1. - Dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'Etat.

« Pour l'exploitation commerciale de l'œuvre mentionnée au premier alinéa, l'Etat ne dispose envers l'agent auteur que d'un droit de préférence. Cette disposition n'est pas applicable dans le cas d'activités de recherche scientifique d'un établissement public à caractère scientifique et technologique ou d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, lorsque ces activités font l'objet d'un contrat avec une personne morale de droit privé.

« Art. L. 131-3-2. - Les dispositions de l'article L. 131-3-1 s'appliquent aux collectivités territoriales, aux établissements publics à caractère administratif, aux autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale et à la Banque de France à propos des œuvres créées par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions reçues.

« Art. L. 131-3-3. - Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application des articles L. 131-3-1 et L. 131-3-2. Il définit en particulier les conditions dans lesquelles un agent, auteur d'une œuvre, peut être intéressé aux produits tirés de son exploitation quand la personne publique qui l'emploie, cessionnaire du droit d'exploitation, a retiré un avantage d'une exploitation non commerciale de cette œuvre ou d'une exploitation commerciale dans le cas prévu par la dernière phrase du dernier alinéa de l'article L. 131-3-1. »

Section 1.2.10 - Le droit d'auteur sur les logiciels y compris le matériel de conception préparatoire (L.113-2-13° du Code de la propriété intellectuelle)

Article L.113-9 CPI - (Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 art. 2 Journal Officiel du 11 mai 1994)

Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer.

Toute contestation sur l'application du présent article est soumise au tribunal de grande instance du siège social de l'employeur.

Les dispositions du premier alinéa du présent article sont également applicables aux agents de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif.

Article L121-7 CPI - (Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 art. 3 Journal Officiel du 11 mai 1994)

Sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut :

1° S'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits mentionnés au 2° de l'article L. 122-6, lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation ;

2° Exercer son droit de repentir ou de retrait.

Article L122-6 CPI - (Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 art. 4 Journal Officiel du 11 mai 1994)

Sous réserve des dispositions de l'article L. 122-6-1, le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser :

1° La reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme. Dans la mesure où le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction, ces actes ne sont possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur ;

2° La traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification d'un logiciel et la reproduction du logiciel en résultant ;

3° La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé. Toutefois, la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen par l'auteur ou avec son consentement épuise le droit de mise sur le marché de cet exemplaire dans tous les Etats membres à l'exception du droit d'autoriser la location ultérieure d'un exemplaire.

Article L122-6-1 - (inséré par Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 art. 5 I Journal Officiel du 11 mai 1994)

I. Les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6 ne sont pas soumis à l'autorisation de l'auteur lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser, y compris pour corriger des erreurs. Toutefois, l'auteur est habilité à se réserver par contrat le droit de corriger les erreurs et de déterminer les modalités particulières auxquelles seront soumis les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6, nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser.

II. La personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut faire une copie de sauvegarde lorsque celle-ci est nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel.

III. La personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut sans l'autorisation de l'auteur observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel qu'elle est en droit d'effectuer.

IV. La reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1° ou du 2° de l'article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes :

1° Ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin ;

2° Les informations nécessaires à l'interopérabilité n'ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1° ci-dessus ;

3° Et ces actes sont limités aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité.

Les informations ainsi obtenues ne peuvent être :

1° Ni utilisées à des fins autres que la réalisation de l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;

2° Ni communiquées à des tiers sauf si cela est nécessaire à l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;

3° Ni utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un logiciel dont l'expression est substantiellement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur.

V. Le présent article ne saurait être interprété comme permettant de porter atteinte à l'exploitation normale du logiciel ou de causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Toute stipulation contraire aux dispositions prévues aux II, III et IV du présent article est nulle et non avenue.

Article L122-6-2 - (inséré par Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 art. 5 I Journal Officiel du 11 mai 1994)

Toute publicité ou notice d'utilisation relative aux moyens permettant la suppression ou la neutralisation de tout dispositif technique protégeant un logiciel doit mentionner que l'utilisation illicite de ces moyens est passible des sanctions prévues en cas de contrefaçon.

Un décret en Conseil d'Etat fixera les conditions d'application du présent article.

Section 1.2.11 - L'article L.122-7-1 du CPI - La liberté de mise à disposition du public gratuite

Article L122-7-1 - (inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 1 III Journal Officiel du 3 août 2006)

L'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues.

Section 1.2.12 - L'épuisement du droit de distribution

Article L122-3-1 CPI - (inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 4 I Journal Officiel du 3 août 2006)

Dès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une œuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté

européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite dans les Etats membres de la Communauté européenne et les Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen.

Article L211-6 CPI - (inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 4 II Journal Officiel du 3 août 2006)

Dès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une fixation protégée par un droit voisin a été autorisée par le titulaire du droit ou ses ayants droit sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette fixation ne peut plus être interdite dans les Etats membres de la Communauté européenne et les Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen.

Section 1.2.13- Le droit d'auteur en actions

Les droits de l'auteur et des titulaires de droits sont garantis par l'action en contrefaçon.

L'action peut être civile ou pénale. Cf L.122-4, L.335-1 et suivants du CPI français.

Les titulaires de droits peuvent aussi agir sur le fondement du droit commun de la responsabilité contractuelle et délictuelle avec notamment l'action en concurrence déloyale.

Nous invitons le lecteur à se reporter à nos développements spécifiques infra, deuxième Partie, Titre III : « *Les mesures juridiques appropriées (MJA) à la charge des Etats membres.* »

Relevons ici, aux termes de dispositions issues de la loi française du 5 février 1994, dite loi « Longuet », le pouvoir conféré à l'autorité douanière de retenir les marchandises contrefaisantes :

Ce pouvoir est prévu en matière de droit d'auteur et droits voisins¹⁶, par l'article L335-10 du CPI :

« L'administration des douanes peut, sur demande écrite du titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin, assortie de justifications de son droit dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, retenir dans le cadre de ses contrôles les marchandises que celui-ci prétend constituer une contrefaçon de ce droit. (...) ».

- ¹⁶ En matière de **dessins et modèles**, par l'article L521-7 du CPI :

« L'administration des douanes peut, sur demande écrite du propriétaire d'un dessin ou modèle déposé, retenir dans le cadre de ses contrôles les marchandises que celui-ci prétend constituer une contrefaçon desdits dessins ou modèles. (...) ».

- En matière de **marques**, par l'article L716-8 du CPI :

« L'administration des douanes peut, sur demande écrite du propriétaire d'une marque enregistrée ou du bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation, retenir dans le cadre de ses contrôles les marchandises qu'il prétend présentées sous une marque constituant la contrefaçon de celle dont il a obtenu l'enregistrement ou sur laquelle il bénéficie d'un droit d'usage exclusif. (...) ».

L'assimilation de la contrefaçon de marque à un délit douanier a pour effet de permettre aux douanes de saisir (et non pas seulement retenir pendant 10 jours) les produits suspectés d'être contrefaits, et ce, même en l'absence d'une demande préalable des titulaires de marques.

Depuis la mise en œuvre de la loi française du 5 février 1994, l'importation sous tous régimes douaniers et l'exportation de marchandises présentées sous une marque contrefaite sont interdites à titre absolu, quelle que soit l'origine des marchandises.

La demande de retenue de marchandises par l'administration des douanes doit comporter les éléments énoncés à l'article R.335-1 du CPI.¹⁷

Le règlement n°3295/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, permet aux autorités douanières de l'Union de contrôler les marchandises se trouvant sous un régime douanier (importation, exportation, transit,...), en fixant certaines mesures concernant l'introduction dans la Communauté de marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle.

Ce règlement a été modifié par le règlement n°241/99 du Conseil, du 25 janvier 1999. Aux différents types de droits que sont les marques, les dessins et modèles, les droits d'auteur et droits voisins pour lesquels les administrations douanières sont compétentes, viennent désormais s'ajouter, les brevets et les certificats complémentaires de protection.

Le champ d'application du règlement n° 3295/94 a été considérablement étendu par ce nouveau règlement puisque désormais, les administrations douanières peuvent intervenir pour contrôler des marchandises soupçonnées d'être contrefaites ou piratées dès lors qu'elles se trouvent sous simple sujétion douanière. Il n'est donc plus nécessaire que ces marchandises soient couvertes par un régime douanier pour qu'elles fassent l'objet d'un contrôle.

Le règlement du 22 décembre 1994 modifié prévoit la possibilité de demander l'intervention des autorités douanières.

L'article 3 dispose que « *dans chaque État membre, le titulaire du droit peut présenter auprès du service relevant de l'autorité douanière une demande écrite visant à obtenir l'intervention des autorités douanières lorsque des marchandises se trouvent dans l'une des situations visées à l'article 1er paragraphe 1 point a). (...)* » (marchandises soupçonnées d'être des marchandises de contrefaçon ou des marchandises pirates).

Le règlement instaure également une procédure de retenue de marchandises à l'initiative des autorités douanières, en son article 4 : « *lorsque, au cours d'un contrôle effectué dans le cadre d'une des procédures douanières visées à l'article 1er paragraphe 1 point a) et avant qu'une demande du titulaire du droit ait été déposée ou agréée, il apparaît de manière évidente au bureau de douane que la marchandise est une marchandise de contrefaçon ou une marchandise pirate, l'autorité douanière peut, selon les règles en vigueur dans l'État membre concerné, informer le titulaire du droit, pour autant qu'il soit connu, du risque d'infraction. Dans ce cas, l'autorité douanière est autorisée à suspendre la mainlevée ou à procéder à la retenue de la marchandise en cause pendant un délai de trois jours ouvrables, afin de permettre au titulaire du droit de déposer une demande d'intervention conformément à l'article 3* ».

La directive « Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information du 22 mai 2001 » dispose que les États membres prévoient des sanctions et des voies de recours appropriées contre les atteintes aux droits et obligations prévus par la présente directive et

¹⁷ La demande de retenue de marchandises par l'administration des douanes prévue à l'article L. 335-10 comporte :

1° Les nom et prénoms ou la dénomination sociale du demandeur, son domicile ou son siège ;

2° Le cas échéant, le nom et l'adresse du mandataire et la justification de son mandat ;

3° La qualité du demandeur au regard des droits qu'il invoque, attestée par tous moyens ;

4° Tous éléments permettant d'identifier l'oeuvre ou la prestation contrefaites ;

5° La description des marchandises arguées de contrefaçon dont la retenue est demandée.

La demande peut être faite préalablement à l'entrée des marchandises arguées de contrefaçon sur le territoire français. Dans ce cas, elle est valable un an et peut être renouvelée.

Les modalités de présentation de la demande sont précisées par arrêté du ministre chargé du budget.

prennent toutes les mesures nécessaires pour en garantir l'application. Ces sanctions sont efficaces, proportionnées et dissuasives.

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que les titulaires de droits dont les intérêts sont lésés par une infraction commise sur son territoire puissent intenter une action en dommages-intérêts et/ou demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue ainsi que, le cas échéant, demander la saisie du matériel concerné par l'infraction ainsi que des dispositifs, produits ou composants visés à l'article 6, paragraphe 2.

Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin.

Titre II : Les exceptions aux droits ou les libertés du public dans l'environnement protégé des œuvres

Chapitre 2.1- Le droit d'auteur confronté aux sphères privées des individus et à l'intérêt général

Section 2.1.1- Les exceptions générales aux droits de propriété intellectuelle des auteurs, des artistes et des producteurs

2.1.1.1- L'Union de Berne

Exception de copie privée sous réserve qu'elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur

L'article 9.2 de la convention de Berne du 9 septembre 1886 (Acte de Paris du 24 juillet 1971) prévoit pour les Etats parties une faculté générale d'exception au droit de reproduction, qui fonde l'exception de copie privée au sein des Etats, dans les termes suivants :

Est réservé aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Exception de citation et à titre d'illustration de l'enseignement selon un principe de proportionnalité et sous réserve de la mention de la source

L'article 10 de la Convention de Berne prévoit ensuite une exception de « citation » et « d'utilisation à titre d'illustration de l'enseignement » dans les termes suivants :

1. Sont licites les citations tirées d'une œuvre, déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revues de presse.
2. Est réservé l'effet de la législation des pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux, en ce qui concerne la faculté d'utiliser licitement, dans la mesure justifiée par le but à atteindre, des œuvres littéraires ou artistiques à titre d'illustrations de l'enseignement par le moyen de publications,

d'émission de radiodiffusion ou d'enregistrements sonores ou visuels, sous réserve qu'une telle utilisation soit conforme aux bons usages.

3. Les citations et utilisations visées aux alinéas précédents devront faire mention de la source et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source.

Exception de reproduction et de diffusion des articles d'actualité sous réserve de la mention de la source

L'article 10 bis prévoit une exception de reproduction et de diffusion des articles d'actualité dans les termes suivants :

1. Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction par la presse, ou la radiodiffusion ou la transmission par fil au public, des articles d'actualité de discussion économique, politique ou religieuse, publiés dans des journaux ou recueils périodiques, ou des œuvres radiodiffusées ayant le même caractère, dans les cas où la reproduction, la radiodiffusion ou ladite transmission n'en est pas expressément réservée. Toutefois, la source doit toujours être clairement indiquée ; la sanction de cette obligation est déterminée par la législation du pays où la protection est réclamée.

2. Il est également réservé aux législations des pays de l'Union de régler les conditions dans lesquelles, à l'occasion de comptes rendus des événements d'actualité par le moyen de la photographie, ou par voie de radiodiffusion ou de transmission par fil au public, les œuvres littéraires ou artistiques vues ou entendues au cours de l'événement peuvent, dans la mesure justifiée par le but d'information à atteindre, être reproduites et rendues accessibles au public.

2.1.1.2- Les Traités OMPI du 20 décembre 1996

L'article 10 du Traité sur le droit d'auteur prévoit :

Limitations et exceptions :

1. Les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du présent Traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.
2. En appliquant la convention de Berne, les Parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans ladite convention à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

L'article 16 du Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes prévoit :

Limitations et exceptions :

1. Les Parties contractantes ont la faculté de prévoir, dans leur législation nationale, en ce qui concerne la protection des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes, des limitations ou exceptions de même nature que celles qui sont prévues en ce qui concerne la protection du droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques.

2. Les Parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans le présent Traité à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'interprétation ou exécution ou du phonogramme ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'artiste interprète ou exécutant ou du producteur de phonogramme.

2.1.1.3- La Directive 92/100 du Conseil du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle

La directive consacre les droits voisins de fixation (article 6), de reproduction (article 7) de radiodiffusion et de communication au public (article 8) et de distribution (article 9).

Son article 10 « limitation aux droits » prévoit :

1. Les Etats membres ont la faculté de prévoir des limitations aux droits visés au chapitre II dans les cas suivants :

- lorsqu'il s'agit d'une utilisation privée ;

- lorsqu'il y a utilisation de courts fragments à l'occasion du compte-rendu d'un événement d'actualité ;

- Lorsqu'il y a fixation éphémère par un organisme de radiodiffusion par ses propres moyens et pour ses propres émissions ;

- lorsqu'il y a utilisation uniquement à des fins d'enseignement ou de recherche scientifique.

2. Sans préjudice du paragraphe 1, tout Etat membre a la faculté de prévoir, en ce qui concerne la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes, des organismes de radiodiffusion et des producteurs des premières fixations de films, des limitations de même nature que celles qui sont prévues par la législation concernant la protection du droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques. Toutefois, des licences obligatoires ne peuvent être prévues que dans la mesure où elles sont compatibles avec la convention de Rome.

3. Le paragraphe 1 point a) s'applique sans préjudice des dispositions législatives présentes ou futures sur la rémunération de la copie réalisée à des fins privées.

2.1.1.4- Le Code la propriété intellectuelle français

L'on distingue aux termes de l'article L.122-5 du CPI :

Article L122-5 CPI - (Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 art. 5 II Journal Officiel du 11 mai 1994) - (Loi n° 97-283 du 27 mars 1997 art. 17 Journal Officiel du 28 mars 1997) - (Loi n° 98-536 du 1

juillet 1998 art. 2, art. 3 Journal Officiel du 2 juillet 1998) - (Loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 art. 47 Journal Officiel du 11 juillet 2000) - (Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 1 I Journal Officiel du 3 août 2006)

Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :

1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ;

2° Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique;

3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source :

a) Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ;

b) Les revues de presse ;

c) La diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles ;

d) Les reproductions, intégrales ou partielles d'œuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue d'une vente judiciaire effectuée en France pour les exemplaires mis à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les œuvres d'art mises en vente ;

e) La représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques, des partitions de musique et des œuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10 ;

4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre ;

5° Les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat ;

6° La reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ; toutefois, cette reproduction provisoire qui ne peut porter que sur des œuvres autres que les logiciels et les bases de données ne doit pas avoir de valeur économique propre ;

7° La reproduction et la représentation par des personnes morales et par les établissements ouverts au public, tels que bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédia, en vue d'une consultation strictement personnelle de l'œuvre par des personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, dont le niveau d'incapacité est égal ou supérieur à un taux fixé par décret en Conseil d'Etat, et reconnues par la commission départementale de l'éducation spécialisée, la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel ou la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles, ou reconnues par certificat médical comme empêchées de lire après correction. Cette reproduction et cette représentation sont assurées, à des fins non lucratives et dans la mesure requise par le handicap, par les personnes morales et les établissements mentionnés au présent alinéa, dont la liste est arrêtée par l'autorité administrative.

Les personnes morales et établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7° doivent apporter la preuve de leur activité professionnelle effective de conception, de réalisation et de communication de supports au bénéfice des personnes physiques mentionnées au même alinéa par référence à leur objet social, à l'importance de leurs membres ou usagers, aux moyens matériels et humains dont ils disposent et aux services qu'ils rendent.

A la demande des personnes morales et des établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7°, formulée dans les deux ans suivant le dépôt légal des œuvres imprimées, les fichiers numériques ayant servi à l'édition de ces œuvres sont déposés au Centre national du livre ou auprès d'un organisme désigné par décret qui les met à leur disposition dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Le Centre national du livre ou l'organisme désigné par décret garantit la confidentialité de ces fichiers et la sécurisation de leur accès ;

8° La reproduction d'une œuvre, effectuée à des fins de conservation ou destinée à préserver les conditions de sa consultation sur place par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial ;

9° La reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur.

Le premier alinéa du présent 9° ne s'applique pas aux œuvres, notamment photographiques ou d'illustration, qui visent elles-mêmes à rendre compte de l'information.

Les reproductions ou représentations qui, notamment par leur nombre ou leur format, ne seraient pas en stricte proportion avec le but exclusif d'information immédiate poursuivi ou qui ne seraient pas en relation directe avec cette dernière donnent lieu à rémunération des auteurs sur la base des accords ou tarifs en vigueur dans les secteurs professionnels concernés.

Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Les modalités d'application du présent article, notamment les caractéristiques et les conditions de distribution des documents mentionnés au d du 3°, l'autorité administrative mentionnée au 7°, ainsi que les conditions de désignation des organismes dépositaires et d'accès aux fichiers numériques mentionnés au troisième alinéa du 7°, sont précisées par décret en Conseil d'Etat.

NOTA : Loi 2006-961 2006-08-01 art. 1 : Les dispositions du e du 3° de l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle s'appliquent à compter du 1er janvier 2009.

Exception aux droits de propriété intellectuelle des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes

Article L211-3 - (Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 2 Journal Officiel du 3 août 2006)

Les bénéficiaires des droits ouverts au présent titre ne peuvent interdire :

1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ;

2° Les reproductions strictement réservées à l'usage privé de la personne qui les réalise et non destinées à une utilisation collective ;

3° Sous réserve d'éléments suffisants d'identification de la source :

- les analyses et courtes citations justifiées par les caractères critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ;

- les revues de presse ;

- la diffusion, même intégrale, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles ;

- la communication au public ou la reproduction d'extraits d'objets protégés par un droit voisin, sous réserve des objets conçus à des fins pédagogiques, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette communication ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que l'utilisation de cette communication ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire ;

4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre ;

5° La reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'objet protégé par un droit voisin ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ; toutefois, cette reproduction provisoire ne doit pas avoir de valeur économique propre ;

6° La reproduction et la communication au public d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme dans les conditions définies aux deux premiers alinéas du 7° de l'article L. 122-5 ;

7° Les actes de reproduction d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme réalisés à des fins de conservation ou destinés à préserver les conditions de sa consultation sur place, effectués par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial.

Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'interprétation, du phonogramme, du vidéogramme ou du programme ni causer

un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'artiste-interprète, du producteur ou de l'entreprise de communication audiovisuelle.

NOTA : Loi 2006-961 2006-08-01 art. 2 : Les dispositions du dernier alinéa du 3° de l'article L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle s'appliquent à compter du 1er janvier 2009.

Outre ces exceptions aux droits d'auteur et droits voisins, l'article L.214-1 du Code de la propriété intellectuelle français s'inscrit dans le cadre de l'article 12 de la convention de Rome du 26 octobre 1961 sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion :

Lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer :

1° A sa communication directe dans un lieu public, dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle ;

2° A sa radiodiffusion, non plus qu'à la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion.

Ces utilisations des phonogrammes publiés à des fins de commerce, quel que soit le lieu de fixation de ces phonogrammes, ouvrent droit à rémunération au profit des artistes-interprètes et des producteurs. Cette rémunération est versée par les personnes qui utilisent les phonogrammes publiés à des fins de commerce dans les conditions mentionnées aux 1° et 2° du présent article.

Elle est assise sur les recettes de l'exploitation ou, à défaut, évaluée forfaitairement dans les cas prévus à l'article L. 131-4.

Elle est répartie par moitié entre les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes. »

Section 2.1.2- Le droit d'édition en cercle privé ou la rémunération pour copie privée

2.1.2.1- Constat et principes d'organisation

Parmi les exceptions aux droits d'auteur et droits voisins, nous devons analyser plus particulièrement cette faculté de reproduction privée, le risque, sinon le droit, que le législateur européen, après l'OMPI, souhaite circonscrire.

Une multiplication des modes de reproduction des œuvres :

La copie privée s'analyse comme un véritable mode de consommation et d'exploitation des œuvres, largement sortit du champ de l'usage strictement personnel du copiste, autorisé, par exception, par la loi.

L'exception de copie s'est trouvée contaminée par les moyens de reproduction accessibles aux consommateurs depuis les années 1970.

Afin d'adoucir les maux des ayants-droits, comme le permettait l'Union de Berne et l'article 12 de la convention de Rome du 26 octobre 1961, les législateurs ont institué une redevance

de copie privée, pour une utilisation normalement dérogatoire au droit d'exploitation des auteurs et autres titulaires de droit sur les œuvres ou les supports.

Le législateur français en 1985 a organisé la rémunération pour copie privée, sans rien changer à l'exception de l'article L.122-5-2.

A l'époque, le législateur et les exploitants des œuvres considéraient la rémunération pour copie privée comme un moindre mal : conçue dans un environnement analogique elle ne concurrençait pas réellement l'exploitation de l'original. La copie analogique supposait une dégradation par rapport à la matrice, et chaque génération de copie perdait en fidélité.

Cependant, déjà en 1985, l'institution d'une rémunération pour copie privée changeait la nature de l'exception de copie privée et donnait naissance à un véritable droit d'édition privée. Dès lors que l'on admet que l'utilisation de la reproduction n'est plus personnelle et solitaire, il s'agit bien d'édition, fût-ce un tirage à un exemplaire unique.

En France, la commission BRUN BUISSON constatait (Note d'information de la commission du 8 janvier 2001 - <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index.htm>)

« les ayants-droit ont vu leurs revenus fondre alors que les pratiques de copie privée, permises par les supports numériques au-delà de leur substitution progressive aux anciens supports analogiques, ont été multipliées par un facteur de l'ordre de 2 à 3 au minimum au cours de la décennie précédente. Elles ont en effet augmenté à raison des capacités élargies offertes par des supports diversifiés, de la facilité de leur utilisation et des nouvelles possibilités offertes par la compatibilité et la connectabilité des différents types de supports, matériels et réseaux concourant aux opérations d'enregistrement et de reproduction, enfin de la qualité technique de ces dernières.

On constate, par exemple, que pour les seuls supports amovibles exclusivement ou partiellement utilisés pour des enregistrements audio (cassettes, minidisks, cd-r et rw audio et cd-r et rw data), la demande sur le marché français est passée de 50 millions d'unités en 1991 à 250 millions d'unités en 2000. Elle dépassera largement les 300 millions d'unités dès 2002. Or, entre la fin des années 80 et le début des années 2000, les revenus des ayants-droit n'ont pratiquement pas augmenté en Francs courants, autour de 500 MF, alors qu'ils avaient atteint jusqu'à plus de 800 MF en 1994, et qu'aux tarifs de 1986 ils auraient dû au moins doubler si l'ensemble des supports numériques utilisables avait été éligible à la rémunération.

A ce niveau d'analyse macro-économique, la décision prise par la commission devrait d'abord aboutir à remettre à niveau la rémunération des ayants-droit, en proportion de la progression du volume de la copie privée. Selon les simulations effectuées pour la commission, le revenu global généré à leur profit pourrait en effet atteindre, aux taux qu'elle a fixés et toutes catégories de supports confondues, 1 milliard de Francs dès 2001 et sans doute le milliard et demi de Francs en 2003. »

La simple instauration d'une redevance pour copie privée démarquait assez l'exception de copie privée des autres exceptions au monopole des auteurs : connaît-on une redevance perçue sur les œuvres pour leur utilisation parodique ou aux fins d'information ?

L'exception de copie privée était sortie de l'ilot privé, souverain, de l'individu, pour entrer dans un champ d'activités plus général qui dépasse largement le ressort de la liberté de vie privée de l'individu, entendu au sens de la liberté fondamentale qui fonde l'exception.

Avec sa rémunération obligatoire, la copie privée était devenue aussi un mode d'exploitation normal des œuvres, forfaitaire, non plus exceptionnel ni marginal.

Elle n'avait plus rien d'une inclination, d'une concession du droit d'auteur face à la liberté de vie privée.

D'abord, posons la question, pourquoi copie t-on? Nous pouvons distinguer quatre raisons fréquentes :

a- D'abord, par précaution. C'est le même objectif qui a incité le législateur à prévoir une stricte copie de sauvegarde pour les logiciels à l'exclusion d'un droit de copie privée pour leurs utilisateurs.

b- Ensuite, pour saisir en différé et fixer une émission diffusée. C'est l'exception dite de « time shifting » qui peut permettre de justifier en droit anglo-saxon l'une des conditions du « fair use »

(Cf jurisprudence SONY - US Supreme Court - 464 US 417 - SONY v/ UNIVERSAL 17/01/84 qui permet à tout citoyen américain un droit de copie pour un usage loyal entendu selon quatre critères : 1- les fins de l'utilisation (personnelles, tel le « time shifting » - ou professionnelles ..) ; 2- la destination de l'œuvre protégée ; 3- la proportion quantitative et qualitative de l'emprunt (« use ») de l'œuvre protégée ; 4- les conséquences de l'utilisation sur l'exploitation marchande potentielle de l'œuvre protégée.)

c- Pour adapter une œuvre déjà fixée à un autre support de lecture. C'est la copie disque vinyle / cassette bien connue des mélomanes du pré-numérique. (A notre connaissance l'exception de « driver shifting » n'a jamais été qualifiée en droit américain pour justifier l'exception de copie privée ; mais la défense de NAPSTER dans son procès contre la RIAA a tenté de faire valoir la fonction de « space shifting » pour justifier un hypothétique « fair use », refusé par le juge américain - US District Court San Francisco - 25/07/01 - RIAA V/ NAPSTER).

d- Pour « mutualiser », à plusieurs, l'achat d'un seul support enregistré.

Evidemment, ces motifs du copiste n'ont plus de lien avec les fondements sus mentionnés de l'exception de la copie privée et sortent du ressort admis par les textes qui cadrent ces exceptions : L.122-5 et L.211-3 du CPI, article 9 alinéa 2 Convention de Berne, article IV bis 2 de la Convention de Genève, article 13 accords ADPIC)

L'organisation et la gestion de la rémunération pour copie privée en France

L'assujetti

Aux termes de l'article L.311-4 du CPI, les fabricants et les importateurs de supports d'enregistrement acquittent les sommes perçues par des sociétés de perception et de répartition constituées dans les formes prévues par les articles L.321-1 et suivants du CPI.

Comme en matière de TVA, c'est le consommateur final qui supporte la charge de cette perception.

Les organismes collecteurs :

Aux termes de l'article L.311-6 alinéa 1 du CPI, « La rémunération prévue à l'article L.311-1 est perçue pour le compte des ayants droit par un ou plusieurs organismes mentionnés au titre II du présent livre. »

Une première société civile de perception et de répartition, la SORECOP, a donc été constituée le 9 septembre 1985 entre la SDRM (qui regroupe elle même des sociétés d'auteurs : SACEM, SACD, SCAM), la SCPA (qui regroupe la SCPP et la SPPF, producteurs phonographiques), la SPEDIDAM et l'ADAMI (artistes interprètes) pour percevoir la copie privée phonographique.

Une seconde société civile de perception et de répartition, COPIE France a été constituée le 18 juillet 1986 pour percevoir la copie privée audiovisuelle entre la SACD, la SACEM et la SCAM pour les auteurs, PROCIREP pour les producteurs de vidéogrammes, l'ADAMI et la SPEDIDAM pour les artistes-interprètes.

Les clés de perception et de répartition confirment la mission de service public des sociétés civiles régies par le Titre III, chapitre II du CPI :

Aux termes de l'article L.311-7 du CPI, « la rémunération pour copie privée des phonogrammes bénéficie, pour moitié, aux auteurs au sens du présent Code, pour un quart, aux artistes-interprètes et, pour un quart, aux producteurs.

La rémunération pour copie privée des vidéogrammes bénéficie à parts égales aux auteurs au sens du présent code, aux artistes-interprètes et aux producteurs. »

Aux termes de l'article L.321-9 du CPI, « ces sociétés (les sociétés de perception et de répartition) utilisent à des actions d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant et à des actions de formation des artistes :

1° 25% des sommes provenant de la rémunération pour copie privée ;

2° La totalité des sommes perçues en application des articles L.122-10 (reprographie), L.132-20 (droits de retransmission par câble, simultanée, intégrale d'une œuvre télédiffusée), L.214-1 (rémunération équitable pour la communication publique de phonogrammes), L.217-2 (droits des titulaires de droits voisins pour la retransmission par câble, simultanée, intégrale et sans changement) et L.311-1 (rémunération pour copie privée) et qui n'ont pu être réparties à l'expiration du délai prévu au dernier alinéa de l'article L.321-1 (10 années à compter de la mise en répartition) »

Les taux sont variables en fonction des assiettes : supports audios ou vidéos - analogiques ou numériques déterminés par une Commission de la copie privée.

Le montant de la rémunération est fonction du type de support et de la durée d'enregistrement qu'il permet.

Article L.311-5 du CPI : « Les types de support, les taux de rémunération et les modalités de versement de celles-ci sont déterminés par une commission présidée par un représentant de l'Etat et composée en outre, pour moitié, de personnes désignées par les organisations représentant les bénéficiaires du droit à rémunération, pour un quart, de personnes désignées par les organisations représentant les fabricants ou les importateurs des supports mentionnés au premier alinéa du précédent article et, pour un quart, de personnes désignées par les organisations représentant les consommateurs (...) »

La commission sus mentionnée a été constituée à deux reprises : la première après l'adoption de la loi du 3 juillet 1985 ; une décision du 30 juin 1986 a fait l'objet d'une publication au journal officiel du 23 août 1986.

La commission s'est réunie lors d'une deuxième session présidée par le représentant de l'Etat, Monsieur Francis BRUN BUISSON. Une décision n°1 du 4 janvier 2001 a été publiée au Journal officiel du 7 janvier 2001.

(Décision n°1 du 4 janvier 2001, JO du 4 janvier 2001, p.336)

La commission précise ses objectifs assignés par le gouvernement (Note d'information de la commission du 8 janvier 2001 - Cf texte reproduit in fine : ^k

Les taux et les assiettes :

Tableau de la rémunération due par type de support

Décision n°7 du 20 juillet 2006 de la commission prévue à l'article L.311-5 du Code de la propriété intellectuelle relative à la rémunération pour copie privée :

Art. 1er. – Sont éligibles à la rémunération due au titre des articles L. 311-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle les mémoires et disques durs intégrés à un baladeur ou à un appareil de salon dédiés à la fois à l'enregistrement numérique des phonogrammes et des vidéogrammes.

Le montant de la rémunération unitaire est établi suivant les modalités définies par l'article 2 de la décision no 3 du 4 juillet 2002 susvisée. Il est fixé par palier de capacité conformément au tableau no 1 annexé à la présente décision.

Art. 2. – Le montant de la rémunération unitaire sur les mémoires et disques durs intégrés à un téléviseur, un enregistreur ou un boîtier assurant l'interface entre l'arrivée de signaux de télévision et le téléviseur (décodeur) comportant une fonctionnalité d'enregistrement numérique de vidéogrammes, ou un baladeur dédié à l'enregistrement de vidéogrammes, est fixé par palier de capacité conformément au tableau no 2 annexé à la présente décision.

Art. 3. – Les déclarations faites par les redevables aux sociétés chargées de percevoir la rémunération devront mentionner de façon distincte, pour chaque catégorie d'appareil, le nombre d'appareils assujettis à la rémunération ainsi que, pour chacun d'eux, leur capacité d'enregistrement. La capacité d'enregistrement desdits appareils est présumée être celle déclarée par le redevable concerné.

Les modalités de versement de la rémunération arrêtée par la présente décision sont celles prévues par les dispositions de l'article 6 de la décision du 30 juin 1986 susvisée.

Art. 4. – Pour les supports d'enregistrement du type de ceux mentionnés aux tableaux figurant en annexe, dont les caractéristiques techniques et les pratiques d'utilisation ne diffèrent de celles des supports mentionnés aux dits tableaux que par une capacité nominale supérieure d'enregistrement, la rémunération prévue pour la capacité nominale maximale des supports mentionnés aux dits tableaux sera appliquée à titre conservatoire, dans l'attente de la fixation d'une rémunération spécifique pour cette capacité nominale d'enregistrement.

Art. 5. – Le tableau de la rémunération due sur les disques durs intégrés à un téléviseur, un magnétoscope ou un boîtier assurant l'interface entre l'arrivée de signaux de télévision et le téléviseur (décodeur) et comportant une fonctionnalité d'enregistrement numérique de vidéogrammes sur disque dur (PVR) annexé à la décision no 3 du 4 juillet 2002 susvisée est supprimé.

Art. 6. – Le taux de rémunération pour copie privée au titre des DVD Ram, DVD R data et DVD RW data est fixé à 23,40 € pour 100 Go, soit 1,10 € pour 4,7 Go.

Art. 7. – Le taux de rémunération due par type de supports annexé à la décision susvisée du 6 décembre 2001, modifié par la décision du 6 juin 2005 susvisée, est ainsi modifié :

La ligne : « DVD Ram, DVD R et DVD RW data 27,02 €, 100 Go » est remplacée par la ligne : « DVD Ram, DVD R et DVD RW data 23,40 €, 100 Go ».

TABLEAU DE LA RÉMUNÉRATION DUE EN APPLICATION DE L'ARTICLE 1er

Tableau de la rémunération due sur les mémoires et disques durs intégrés à un baladeur ou à un appareil de salon dédiés à la fois à l'enregistrement numérique de phonogrammes et de vidéogrammes :

5 € Jusqu'à 1 Go.
6 € Au-delà de 1 Go et jusqu'à 5 Go.
7 € Au-delà de 5 Go et jusqu'à 10 Go.
8 € Au-delà de 10 Go et jusqu'à 20 Go.
10 € Au-delà de 20 Go et jusqu'à 40 Go.
15 € Au-delà de 40 Go et jusqu'à 80 Go.
20 € Au-delà de 80 Go et jusqu'à 120 Go.
25 € Au-delà de 120 Go et jusqu'à 160 Go.
35 € Au-delà de 160 Go et jusqu'à 250 Go.
45 € Au-delà de 250 Go et jusqu'à 400 Go.
50 € Au-delà de 400 Go et jusqu'à 560 Go.

TABLEAU DE LA RÉMUNÉRATION DUE EN APPLICATION DE L'ARTICLE 2

Tableau de la rémunération due sur les mémoires et disques durs intégrés à un téléviseur, un enregistreur ou un boîtier assurant l'interface entre l'arrivée de signaux de télévision et le téléviseur (décodeur) comportant une fonctionnalité d'enregistrement numérique de vidéogrammes, ou un baladeur dédié à l'enregistrement de vidéogrammes

10 € Jusqu'à 40 Go.
15 € Au-delà de 40 Go et jusqu'à 80 Go.
20 € Au-delà de 80 Go et jusqu'à 120 Go.
25 € Au-delà de 120 Go et jusqu'à 160 Go.
35 € Au-delà de 160 Go et jusqu'à 250 Go.
45 € Au-delà de 250 Go et jusqu'à 400 Go.
50 € Au-delà de 400 Go et jusqu'à 560 Go.

La rémunération pour copie privée prévue par l'article L.311.1 du CPI renvoie aux articles L.122-5-2 et L.211-3-2 du CPI qui autorisent la copie privée d'œuvres, de phonogrammes, et vidéogrammes.

Si le support d'enregistrement est acquis à une fin autre que l'enregistrement d'une œuvre protégée, d'un phonogramme ou d'un vidéogramme, la rémunération perd son fondement légal.

Il peut s'agir notamment et très paradoxalement de supports acquis à des fins de création artistique (les compositeurs de musique sont grands consommateurs de supports numériques d'enregistrement pour leur propres compositions)

Il peut aussi s'agir de supports numériques utilisés à toutes fins internes d'une entreprise ou d'une profession libérale : sauvegarde, créations ...¹⁸

¹⁸ La commission BRUN BUISSON est consciente de la difficulté. Elle écrit :

« La question des usages professionnels est l'une des plus épineuses que la commission ait eu à traiter. Elle ne peut ignorer que certains supports audio ou vidéo « data » sont acquis, parfois en grande quantité et sous cet aspect au premier chef par des entreprises, à des fins totalement ou plutôt étrangères à la copie privée. La loi lui interdit cependant d'exonérer de rémunération les supports destinés à un usage professionnel, au demeurant non systématiquement repérables dès le stade de leur mise en circulation. Elle ne prévoit en effet qu'un nombre limitatif de cas de remboursement (article L.311-8), au seul profit des entreprises de production et de communication audiovisuelles, et des organismes d'aide aux handicapés visuels et

La « mutualisation » de fait entre l'ensemble des acquéreurs ou l'ensemble des usages ne semble trouver aucune justification dans la loi et laisse patente l'illégalité d'une perception « à toutes fins », sauf à modifier le texte et à instituer alors une véritable redevance fiscale ; qui ressortit à la compétence souveraine du Parlement.

En l'état, chacun semble pouvoir exciper de l'illégalité de la perception d'une rémunération assise sur des supports qui ne seraient pas destinés à copier des œuvres, des phonogrammes ou des vidéogrammes.

Il ne semble même pas que l'on puisse présumer que les supports ont été acquis à de telles fins : une telle présomption ne ressort d'aucun texte.

Le remboursement de la rémunération pour copie privée

La rémunération pour copie privée donne lieu à remboursement lorsque le support d'enregistrement est acquis pour leur propre usage ou production par :

Les entreprises de communication audiovisuelles ;

Les producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes et les personnes qui assurent pour le compte des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes, la reproduction de ceux-ci ;

Les personnes morales ou organismes, dont la liste est arrêtée par le ministre chargé de la culture, qui utilisent les supports d'enregistrement à des fins d'aide aux handicapés visuels ou auditifs.

La répartition entre une même catégorie d'ayants droit

L'équité voudrait que la répartition se fasse en fonction de la copie réelle des œuvres.

Aussi, aux termes de l'article L.311-6 alinéa 2 du CPI, « elle (la rémunération) est répartie entre les ayants droit par les organismes mentionnés à l'alinéa précédent, à raison des reproductions privées dont chaque œuvre a fait l'objet. »

Mais la répartition en fonction des reproductions privées dont chaque œuvre a fait l'objet demeure un vœu pieu.

C'est pourquoi les sommes sont réparties entre ayants droit en fonction de sondages.

La perception de la rémunération pour copie privée sur des supports d'enregistrement intégrés à des matériels d'enregistrement et de diffusion

La question ne date pas de l'avènement de la société numérique. Une loi du 16 mai 1866 relative aux instruments de musique mécanique disposait que « la fabrication et la vente des instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique qui sont du domaine privé ne constituent pas le fait de contrefaçon musicale (..) »

auditifs. Aussi la commission n'a t-elle pu que mettre en place un abattement général applicable à chacun des supports et proportionnel à leur usage hors copie privée, sans pouvoir exonérer soit les supports eux-mêmes en raison de leur destination, soit les acquéreurs en fonction de leur activité. Le poids de la rémunération (ou, à l'inverse, l'avantage de l'abattement) fait en conséquence l'objet d'une « mutualisation » de fait entre l'ensemble des acquéreurs ou l'ensemble des usages. »

Il s'agissait bien entendu alors des pianos mécaniques et autres orgues de Barbarie. Le support d'enregistrement était intégré au matériel de diffusion (exécution publique ou privée)

La commission de copie privée a d'abord réservé cette question :

« La commission n'a toutefois pas fixé de rémunération au titre des supports intégrés à des matériels d'enregistrement, à l'exception des baladeurs enregistreurs en format MP 3 (type « Rio »), fixée en l'espèce à 2,20 F pour 32Mo (équivalent de 44mn). Elle a cependant procédé à un premier examen de leur situation, et à un échange de propositions entre ses collègues mais a estimé n'avoir pas encore réuni sur la plupart d'entre eux des informations suffisantes pour prendre une décision. Elle a toutefois décidé à l'unanimité de limiter à la fin du mois de mars 2001 le délai qu'elle se donnait pour arrêter une position concernant les matériels électroniques grand public (du type disque dur intégré à une chaîne hi fi, juke box audio MP3, magnéto et décodeur numériques). Elle a, dans les mêmes conditions, décidé d'engager immédiatement les analyses complémentaires utiles concernant d'autres types de supports, notamment informatiques (du type disques durs d'ordinateurs) en vue de prendre une décision à une date aussi rapprochée que possible de ce délai. »

A l'issue de sa réunion du 4 juillet 2002, la commission de copie privée a défini les taux de rémunération applicables aux seuls supports intégrés de matériels grand public dédiés à la musique ou à la vidéo, pour autant que ces matériels offrent une fonctionnalité permettant l'enregistrement d'œuvres.

Ainsi et aux termes de l'article 1^{er} de la décision de la commission, rendue le 4 juillet 2002, sont désormais éligibles à la rémunération due au titre des art.L.311-1 et s. du CPI les supports suivants :

« Disques durs intégrés à un téléviseur, un magnéto ou un boîtier assurant l'interface entre l'arrivée des signaux de télévision et le téléviseur (« décodeur ») comportant une fonctionnalité d'enregistrement numérique de vidéogrammes sur disque dur (« PVR ») (a)

Disques durs intégrés à un baladeur ou un appareil de salon dédiés à la lecture d'œuvres fixées sur des phonogrammes. » (b)

Logiciels de loisirs :

Le Conseil d'Etat, par sa décision en date du 25 novembre 2002 (Syndicat des industries de matériels audiovisuels électroniques et autres, Syndicat de l'industrie des technologies de l'information, Syndicat des éditeurs de logiciels de loisirs et autres c/ commission de copie privée), exclut de l'éligibilité à la rémunération les logiciels de loisirs. (Décision n°229447 du 25.11.2002).

2.1.2.2- Le fondement de l'exception de copie privée : la liberté publique de vie privée

Dans cette pure tradition romantique et sociale de notre propriété littéraire, le créateur est protégé indépendamment de son objet et de la fixation qui supporte sa création.

Ensuite, la création intellectuelle et personnelle de l'auteur prend les voies médiatiques et les supports nécessaires que celui-ci juge bon pour la fixer, la divulguer, la communiquer.

L'auteur organise seul l'accès du public à son œuvre. L'organisation individuelle de ses intérêts particuliers rencontrent et réalisent l'intérêt général.

Le législateur organise donc la protection de l'auteur et son strict contrôle de la circulation de ses œuvres pour s'assurer que leur diffusion ressortit strictement à la volonté de l'auteur.

La diffusion et l'exploitation de l'œuvre affectent son essence même, la création de l'auteur. Comme le constatait DIDEROT, l'exploitation multipliée de l'œuvre expose l'auteur à la contrefaçon. Plus l'œuvre circule, plus elle est marchande, plus elle risque d'être dénaturée et plus le contrôle de l'auteur sur son exploitation est nécessaire. DIDEROT préconisait un monopole d'exploitation exclusif. HUGO ne préconise rien mais fige l'œuvre en l'état de sa divulgation et garantit dès lors un droit d'accès du public à cette œuvre ainsi divulguée.

C'est parce que le public bénéficie d'un droit d'accès à l'œuvre achevée que l'auteur doit rester attaché, lié à l'exploitation patrimoniale, par l'agrément qu'il donne à chacun de ses modes et par la perception d'une redevance proportionnelle. Seul l'auteur peut mesurer le rapport qu'il convient de donner entre sa création intellectuelle et ses fixations matérielles et leurs modes de diffusion.

Dès lors que l'œuvre deviendrait un simple bien marchand qui n'intéresserait plus la collectivité, on ne comprendrait pas que l'auteur, commerçant de droit commun, exploite une telle protection du législateur.

L'on sait pertinemment que la frontière entre le droit moral et les droits d'exploitation est un modèle théorique pas très pertinent : où finit le droit d'adaptation, monnayable pendant un temps, où commence la dénaturation contre le droit perpétuel et inaliénable de l'auteur.

Alors le législateur va poursuivre deux objectifs :

- 1- Restreindre la circulation de l'œuvre au strict ressort de la volonté de son auteur, non pas tant pour en diminuer la circulation, que pour en garantir l'intégrité et favoriser la création ;
- 2- Faciliter l'accès du public à l'œuvre.

Et le législateur va mettre en œuvre une cession limitée, d'interprétation étroite (Cf. L.131-3 du CPI qui subordonne « *la transmission des droits de l'auteur à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ...* ») et formaliste (article L.132-7 du CPI qui prévoit quant à l'exploitation des droits par l'éditeur que le consentement personnel et par écrit de l'auteur est obligatoire) des droits d'exploitation de l'auteur, sans préjudice de ses droits moraux (divulgation, paternité, repentir, intégrité), imprescriptibles et inaliénables.

L'œuvre, achevée ou non, demeure une émanation de l'auteur, consubstantiellement liée à celui-ci.

L'auteur perçoit une rétribution proportionnelle à l'exploitation de son œuvre, non pas afin de l'associer étroitement aux recettes, mais pour maintenir l'organisation de l'accès du public, sous son contrôle, dans son ressort exclusif et constant.

Il s'agit de ne pas risquer de transformer l'œuvre en objet matériel, susceptible d'une exploitation débridée : les droits d'exploitation de l'auteur – comme évidemment ses droits moraux – orientent et appuient l'œuvre, comme la dérive d'un voilier l'appuie dans sa navigation.

L'œuvre circulante, à l'appui des droits d'exploitation et des droits moraux, évolue dans le public confrontée à d'autres intérêts collectifs légitimement protégés, au premier rang desquels les libertés fondamentales : liberté individuelle, information, éducation, bon fonctionnement de nos institutions démocratiques.

Ainsi :

- Lorsque l'œuvre rencontre au hasard de sa circulation publique les droits à l'information et à l'éducation, le législateur prévoit que l'auteur ne peut interdire, par exception, ni (sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source) les revues de presse (article L.122.5.3° b du CPI), ni les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées. (article L.122.5.3° a).

- Lorsque l'œuvre circulante pourrait heurter le meilleur fonctionnement de nos institutions politiques et démocratiques, le législateur prévoit que l'auteur ne peut interdire, par exception, sa diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information, d'actualité, de discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles (L122-5.3° c).

- Lorsque l'œuvre circulante rencontre la liberté de vie privée, le législateur prévoit que l'auteur ne peut interdire :

1- les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ;

2- les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective (« à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre a été créée et des copies de sauvegarde d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans des conditions prévues au II de l'article L.122-6-1 ainsi que des copies ou reproductions d'une base de données électronique »- Article L.122-5-2 CPI).

Les exceptions au monopole de l'auteur sont autant d'illustration de la vocation de l'exploitation de l'œuvre à l'intérêt général.

Quelle liberté de vie privée ?

Pour une partie de la doctrine, la copie privée est inévitable ; c'est un moindre mal. « *Quel que soit le système juridique, il n'a jamais été sérieusement envisagé d'étendre les limites du monopole à l'intérieur de la sphère privée, ne serait-ce que parce qu'il n'est guère possible de faire autrement. Il faut voir là, avec DESBOIS, une véritable « exemption ».* » (A. et H.J. LUCAS Traité de la Propriété littéraire et artistique, n° 279 - LITEC 1994)

Le droit des libertés publiques nous permet d'envisager un fondement plus optimiste, moins fataliste de l'exception de copie privée :

D'abord les lieux privés comportent toujours des enclaves de tiers prestataires (téléphone, électricité, chaînes de télévision ..) qui organisent la gestion et le contrôle de leurs services, à l'intérieur du domicile privé. L'impossibilité relevée par la doctrine pour justifier l'exception est donc très relative.

Ensuite, s'il n'est pas certain comme le souhaitait HUGO que chaque individu qui compose le public soit créancier d'un droit d'accès à l'œuvre dès qu'elle est divulguée, il jouit en tout cas d'un droit d'utilisation privée dès que l'œuvre est acquise - par métonymie s'entend.

Le libre arbitre irréductible de chaque individu ne permet pas de contrôler les utilisations personnelles et privées de chacun : parmi ces utilisations, la copie de l'œuvre, à toutes fins qui resteront entre l'individu et lui même. Mais dès que la copie sort de ce champ réflexif de l'individu, elle ne se justifie plus en fonction de son libre arbitre ; au contraire elle porte atteinte à des droits de propriété intellectuelle, sans qu'il faille distinguer entre droits moraux et patrimoniaux, puisque cette division théorique n'a d'utilité et de sens qu'en tant qu'elle permet de distinguer entre la sphère aliénable de l'œuvre et celle qui doit, en bon ordre public, demeurer à l'auteur.

Jean RIVERO (Manuel de Libertés Publiques - PUF - T1 - 4è éd. p.31) classant les libertés publiques en fonction de leur objet (expression, circulation ..) ou leur mode d'exercice (libertés individuelles, collectives ..) distingue et présente ainsi les « Protections générales des libertés particulières » :

« On peut regrouper sous ce titre, deux libertés qui se distinguent des autres en ce qu'elles protègent indifféremment les divers aspects de l'activité humaine, assurant ainsi la défense avancée tant des libertés de la personne physique que des libertés de la pensée : la sûreté, ou liberté individuelle, d'une part, la liberté de toutes les activités qui relèvent de la vie privée, d'autre part. »

Après avoir défini la sûreté comme la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir, Jean RIVERO définit ainsi la liberté de vie privée :

« Le droit, de longue date, reconnaît à l'individu une certaine sphère d'activité dont il est libre de refuser l'accès à autrui : c'est sa vie privée. A cette idée se rattachent, traditionnellement, la protection du domicile, qui est par excellence, le siège de la vie privée, le secret de la correspondance et des conversations téléphoniques, le secret professionnel imposé à ceux que leurs fonctions appellent à pénétrer dans la vie privée des autres. (RIVERO op cit p.33) »

La liberté de vie privée n'est pas une créance reconnue à chaque individu sur l'Etat, tels les « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » définis aux termes du préambule de la constitution du 27 octobre 1946.

Si, aux termes de ce préambule, « la nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture », l'exception de copie privée ne se fonde pas sur une créance de culture ou d'information de l'individu sur la société, mais sur une liberté publique de première génération, une exception de l'homme, reconnue et déclarée, (Article 1^{er} de la Déclaration des droits du 26 août 1789, articles 1^{er} et 3 de la Déclaration Universelle du 10 décembre 1948, préambule et article 5 CESDH du 4 novembre 1950) que l'individu peut toujours opposer à la société.

La liberté fondamentale de vie privée est absolue ; mais aussi très définie et circonscrite aux concessions nécessaires de la collectivité publique pour le respect de l'individu dans un Etat démocratique : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » (article 4 DDHC du 26 août 1789) ; « Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui (..) ».

C'est en ce sens, et en ce sens seulement que le droit des libertés fondamentales, et les références aux déclarations de droits s'intègrent naturellement au droit d'auteur et balancent son monopole : il s'agit de concilier deux libertés fondamentales : celle du créateur d'abord, protégé comme créateur dans sa personne/œuvre par exception (exception fondée sur la

liberté de création) ; celle de la personne privée utilisatrice ensuite, protégée par exception (exception fondée sur la liberté de vie privée, dès lors que l'individu a pu avoir légitimement accès à l'œuvre divulguée).

Par contre, une personne privée ne devrait pas pouvoir déroger au monopole de l'auteur pour l'usage privé de son œuvre sur le fondement de libertés-créances, tel le droit à l'information (une œuvre n'est pas une information), ou le droit à la culture : l'œuvre n'est affectée au public, que dès lors que l'auteur le décide et comme il le décide : l'auteur est protégé non seulement comme une personne privée, mais il jouit aussi de prérogatives publiques, l'organisation de l'accès à son œuvre, dans l'intérêt général.

La doctrine a critiqué l'allégation de droits de l'homme sur le fondement de déclarations reconnaissant des créances aux individus et au public, tel le droit à l'information, pour justifier des dérogations au monopole des auteurs. (TGI PARIS, 23/02/99 Com. com. élec. nov. 1999, comm. n°30 ; B.Edelman : Du mauvais usage des droits de l'homme - D.2000 chron. p.445 ; Ch. Caron, la CEDDH et la communication des oeuvres au public : une menace pour le droit d'auteur? Com. com. élect. oct. 1999, chron. n°1).¹⁹

Si, par exception de l'homme, la liberté de vie privée arrête le monopole de l'auteur, la même exception d'un homme, l'auteur, arrête les droits collectifs à l'information, à l'éducation ou à la culture.

L'œuvre circulante dans le public, gouvernée par la personne et de son auteur, doit contourner l'îlot de la vie privée des individus, pièce essentielle de nos civilisations démocratiques.

Hors de ce strict ressort privé, à l'intérieur duquel chaque individu qui compose le public est relativement souverain et irresponsable, l'individu recouvre l'ensemble de ses sujétions juridiques et politiques.

Or, l'on assiste à une double perversion qui compromet le modèle théorique et notre droit de la propriété littéraire : un culte du veau d'or se substitue à la création ; les cellules privées de l'individu se multiplient.

2.1.2.3- Le délitement des fondements de l'exception

Un culte du veau d'or substitué à la création

Nous n'avons pas à juger ici du phénomène de consommation de masse des œuvres littéraires artistiques et musicales. Nous mesurons bien que l'exercice est toujours un peu

¹⁹ Une dialectique liberté de l'information - protection des personnes dont protection des auteurs :

Liberté de l'information, principales références textuelles

- Article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui proclame : « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. » ;

- Article 10 de la convention européenne des droits de l'homme qui confère à toute personne « la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières » ;

- Article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui dispose : « L'imprimerie et la librairie sont libres » ;

- Article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 qui énonce : « La communication audiovisuelle est libre » ;

- Article 2-8° de la convention de Berne sur le droit d'auteur : exclut de la protection littéraire et artistique les « nouvelles du jour ou (les) faits divers qui ont le caractère de simples informations de presse. »

vain et trivial (selon le constat et l'expression de Pierre Yves GAUTIER op cit n° 121) de s'affliger d'une dégradation des mœurs du public : l'art a toujours eu un rapport ambigu avec le public, entre œuvres créées aussi pour plaire, farces, mélodrames ou chansons, – ce sont autant de genres qui ont leurs maîtres géniaux (Citons très arbitrairement Rabelais, Goldoni, Molière, Shakespeare, Mozart, Dumas ...), œuvres de commande et œuvres moins « interactives », plus introverties, où le créateur ne considère un public qu'éventuellement. (Dante, Mallarmé, Xénakis ...)

La création littéraire et artistique procède en tout état de cause, pensons nous, d'un échange entre deux essences (réelles ou imaginaires) celle de l'auteur et celle du monde. Le public en fait naturellement partie. Joseph CONRAD dans la Préface de son roman Le Nègre du Narcisse développe cette thèse : (..) « *L'artiste fait appel à cette part de notre être qui ne dépend pas de la sagesse, à ce qui, en nous, est un don et non un gain – et qui par conséquent, dure plus longtemps. Il s'adresse à notre capacité de ravissement et d'émerveillement, à l'impression de mystère qui entoure nos vies, à notre sens de la pitié, de la beauté et de la douleur, au sentiment latent de notre communion avec la création toute entière – et à cette subtile mais invincible croyance en une solidarité qui tisse ensemble les solitudes de cœurs innombrables : la solidarité de rêves, de joie, de chagrin, d'aspiration, de peur, qui lie les hommes entre eux, qui lie toute l'humanité – les morts et les vivants à ceux qui ne sont pas encore nés (..)* ».

L'économie actuelle contredit les prémices fondatrices de notre droit de la propriété intellectuelle : ce n'est plus l'auteur libre et indépendant qui édifie le public au moyen de son œuvre selon la tradition romantique mais c'est le public qui commande à la star auteur, comme à une personne habile à faire des œuvres.

Statistiquement, les œuvres littéraires, artistiques et musicales deviennent de plus en plus marchandes, donc circulantes, donc matérielles. (Cf Professeurs LUCAS op. cit. n° 34 : « (..) *La culture ne peut aujourd'hui être séparée de l'économie. Dans cette logique d'industrialisation et de marché, le public revient au premier plan, et le mot, même, change insensiblement de signification. Ce n'est plus seulement l'ensemble de personnes qui accèdent à une œuvre. C'est une cible de « populations » qui « consomment » de plus en plus à domicile, des produits culturels. Il en résulte par la force des choses un relâchement du lien entre l'auteur et le (son) public, et plus généralement l'intégration de l'œuvre dans le circuit marchand.* »

L'œuvre dérive et se sépare de la personne de son auteur pour devenir un bien matériel marchand comme dans le système du copyright qui incite et récompense « *l'effort individuel par un gain personnel* » (NAZER v/ STEIN, 347 US 201 – 1954 cité par EDELMAN Jcl Propriété littéraire et artistique fasc. 1112 n° 34)

Consacrant la matérialisation du droit d'auteur, la loi 85-660 du 3 juillet 1985 institue les droits voisins, droits économiques reconnus aux artistes et à ceux qui investissent dans l'exploitation de l'œuvre, les producteurs et les entreprises de communication audiovisuelle.

Laissons dans le cadre de cette étude consacrée à la reproduction pour copie privée l'histoire traditionnelle, ancienne, spécifique et complexe des rapports entre les artistes interprètes ou exécutants, parties-prenante à l'œuvre, et les auteurs ; histoire un peu démêlée au XVIIIème siècle par Beaumarchais et la loi des 13-19 janvier 1791.

Quant aux droits des producteurs de phonogrammes, vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, le législateur de 1985 leur accorde un monopole d'exploitation sur leur fixation matérielle ou leur programme audiovisuel, pour une durée de cinquante années, sauf la licence légale prévue pour les phonogrammes publiés à des fins de commerce dans les conditions de l'article L.214-1 du CPI.

Parallèlement à l'institution de quatre catégories nouvelles d'ayants droit (Artistes – Producteurs de phonogrammes – Producteurs de vidéogrammes – Entreprise de

communication audiovisuelle) le législateur de 1985 va instituer la rémunération pour copie privée.

L'œuvre se détache de son créateur, se rapproche de sa fixation, se matérialise, se fige. Alors le support prend de la valeur. Il semble conséquent, selon cette logique nouvelle, de prévoir une rémunération pour autoriser le public à jouir du droit que confère l'article L.122-5 2° du CPI.

L'œuvre fixée, matérialisée, confondue avec son support, dérive : le droit d'auteur demeure plutôt comme un mythe entretenu et exploité par des marchands à destination d'un public iconodule.

La multiplication de cellules privées de l'individu

Dans un parfait et très légitime rapport dialectique à notre société de l'information, les individus se resserrent sur leur vie privée. La défense de la vie privée doit être farouche. Les menaces sont graves à l'heure de la mise en réseau informatique mondial des données qui permettent d'identifier chaque habitant de la planète. Cependant à une époque d'éthiques éthiques, tout engouement fût-il légitime, pertinent, loyal, sincère, devient un objet de spéculation, sujet à corruption.

Le droit à l'information est communément allégué pour justifier des atteintes à la vie privée des personnes ou au droit d'auteur ; la liberté de vie privée est communément alléguée pour justifier des atteintes au monopole des auteurs ...

L'on a tenté de théoriser que les « pages personnelles » réalisées et publiées par un individu ou un groupe d'individus sur l'Internet constituaient un domicile privé virtuel.

L'exception de reproduction aux fins de copie privée prévue par l'article L.122-5-2 du CPI était revendiquée sur le fondement de ce domicile privé virtuel, alors même que ses « occupants » diffusaient sur le Web d'Internet les œuvres ainsi reproduites.

Dans cette affaire qui a donné lieu à une ordonnance de référé du TGI de PARIS du 14/08/96 très commentée (TGI PARIS 14 août 1996 - Sardou - D.96 note GAUTIER) des étudiants avaient donc reproduit des textes de chansons sur leurs pages personnelles mises à disposition par le serveur de l'Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications (E.N.S.T). L'on a donc plaidé en défense, selon les motifs de l'ordonnance, que l'étudiant en cause n'avait jamais eu l'intention de diffuser les reproductions litigieuses auprès d'un public « *puisque'il s'est contenté de stocker les compositions musicales, sous forme numérique, au niveau de son « domicile privé » pour son usage ou pour son travail respectant ainsi les prescriptions de l'article L.122-5-2 du CPI.* »

Le juge a reconnu le mérite de l'originalité à la thèse du domicile virtuel, la renvoyant à un débat au fond, et a constaté « *qu'en permettant à des tiers connectés au réseau Internet de visiter leurs pages privées et d'en prendre éventuellement copie, et quand bien même la vocation d'Internet serait-elle d'assurer une telle transparence et une telle convivialité, François-Xavier B et Guillaume V favorisent l'utilisation collective de leur reproduction.* »

La mise en ligne, fût-elle discrète et sans publicité, d'œuvres protégées, ne ressortit pas à l'usage privé, exclusif de toute utilisation collective, qui cantonne l'exception de copie privée prévue par le législateur.

L'exception de reproduction pour un usage privé n'est pas circonscrite à un ressort spatial, le domicile familial, comme c'est le cas pour l'exception de représentation gratuite dans le cadre du cercle de famille. Le critère qui qualifie l'exception n'est pas le lieu. Peu importe le lieu de la reproduction en fait pourvu que la destination de la copie privée, exclusive de tout

autre intérêt du copiste et a fortiori de tiers, soit son usage privé, en dehors de toute utilisation collective.

Tout au contraire de la thèse du domicile privé virtuel, le Web, c'est à dire l'espace audiovisuel et multimédia du réseau Internet, est constitué d'émissions publiques, fussent-elles des pages personnelles, qui sont une enclave de l'espace public au sein du domicile privé. C'est l'effet de l'Interactivité. Une émission audiovisuelle est par définition une émission publique. La télévision non interactive ne pose pas la question de la responsabilité du public à son domicile privé. Muet, il n'émet pas.

Par contre, nul ne peut contester que des propos injurieux ou portant atteinte à l'honneur d'une personne tenus par un individu à son domicile privé, mais diffusés dans le cadre d'une émission de radio publique « interactive », constitueraient une diffamation publique.

Le domicile privé peut donc supporter, selon le choix de ses habitants, des enclaves audiovisuelles interactives, qui les soustraient dès lors à la protection de la vie privée et les assujettissent aux règles communes de comportement en public.

De la même façon, une chambre d'hôtel, bien qu'occupée à titre privé, constitue avec les autres chambres du même hôtel un public et la mise à disposition de programmes de télévision par cet hôtel dans chacun de ces lieux privés constitue une représentation publique. (Civ.I, D.450, note GAUTIER - Paris 20/09/95 - GP 09/02/96, concl. Gizardin).

Le lieu privé ne fait ni l'usage privé ni la communication privée.

2.1.2.4- La dérive de la copie privée vers l'édition privée

L'article L.122-5-2° du CPI permet « *les copies et reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* ».

Conformément à l'adage « *exceptio est strictissimae interpretationis* », l'exception de copie privée est d'interprétation étroite.

Le monopole des auteurs sur le droit d'autoriser l'exploitation de leurs oeuvres constitue le principe fondamental de l'Union de Berne.

Aux termes de l'article 9 de la Convention de Berne du 9 septembre 1886, Acte de Paris du 24 juillet 1971 :

« Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente convention jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces oeuvres de quelque manière et sous quelque forme que ce soit.

Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites oeuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Tout enregistrement sonore ou visuel est considéré comme une reproduction au sens de la présente convention. »

Pour la majorité des auteurs, l'exigence dans le texte de l'article L.122-5-3 du CPI d'un usage privé non destiné à une utilisation collective reste sibyllin : « *redondance apparente* » pour les professeurs LUCAS qui citent DESBOIS suggérant que « *le législateur a craint que l'usage privé ne soit étendu aux reproductions réalisées pour le compte des membres d'une association, d'un cercle, recrutés nominativement* » (LUCAS op. cit. n°292).

La lettre des mots commande le sens : l'utilisation privée d'un copiste n'exclut pas forcément une utilisation collective. Ainsi l'exception prévue en matière de représentations privées (L.122-5-1 du CPI) est-elle circonscrite à un cercle privé et collectif : la famille.

L'on confond souvent si ce n'est systématiquement les ressorts des exceptions de représentations privées (le cercle de famille) et des reproductions à usage privé du copiste (ressort défini en fonction de la destination).

Or, le copiste est supposé détenir légitimement un original ou accéder légitimement à un programme de diffusion. La détention légitime de l'original comme l'accès au programme de diffusion lui permettent de représenter gratuitement les œuvres reproduites ou diffusées dans le cadre du cercle de famille (L.122-5-1 du CPI). Il n'est donc d'aucune nécessité que la copie permette, aussi à son tour, une diffusion publique, même restreinte au cadre de famille ; ou l'on concède alors au copiste une faculté d'édition privée. Car dès lors que la copie est diffusée à un public, même restreint, il s'agit bien d'édition.

Le respect de la vie privée des individus suppose-t-il que l'on doive autoriser l'édition privée, circonscrite au cadre du cercle de famille ?

La protection du libre arbitre de l'individu suppose qu'il demeure immune, dans un cercle réflexif, entre lui et lui, mais en aucun cas dans un cercle de plusieurs personnes et lorsqu'il s'agit de droits de mettre en scène une œuvre/personne : l'utilisateur privé recouvre alors une responsabilité de droit commun.

Pour reprendre l'expression des professeurs LUCAS « *peut-on faire autrement* » que de concéder l'édition privée face au mur de la personne privée ?

Le texte de l'article L.122-5-2 du CPI ne précise pas le ressort de la reproduction à usage privé.

La doctrine considère généralement que le texte de l'article L.122-5-2 du CPI pêche dans sa rédaction (LUCAS n° 281 op. cit.) et que la notion de copiste est dépassée.

La fin du copiste, son usage privé à l'exclusion de toute utilisation collective, détermine le lieu. La reproduction pour usage privé prévue par l'article L.122-5-2 du CPI, vaut éventuellement pour un usage professionnel pourvu qu'il ne soit pas collectif et bien que la jurisprudence ne soit pas unanime (contra : Civ. 1^{ère} 20/01/69 - GP 69 1.217 - En faveur de la thèse de l'usage privé professionnel : LUCAS op. cit. n° 291) ; la reproduction à usage privé pourrait alors intervenir en dehors du domicile privé et s'effectuer sur un lieu de travail. (TGI Paris 3^{ème} ch. 28/01/74 - D.74, p.337)

Quant à l'exception de reproduction à usage privé du copiste, c'est entre lui et lui, pourvu que ça ne sorte pas de ce cercle réflexif. Ainsi considérée la fin du copiste peut être strictement privée (collections quelconques) ou professionnelle (copie de telle partition pour la pratique instrumentale de tel soliste).

Les prestataires de service de reprographie ou de reproduction

Le critère de la destination exclusive - reproduction à usage privé du copiste et non destinée à une utilisation collective - commande également la solution des reproductions effectuées chez des prestataires commerçants (Aff. Ranougraphie : Civ. I. 07/03/84 - RIDA Juill.1984 - Aff. Laser Storage : CA GRENOBLE - 18/01/01 - Pascal D c/ SDRM et autres - Expertises n°248 - Note V. BEAUJARD).

L'on distinguait, notamment depuis l'affaire des copies réalisées par les services du CNRS pour ses chercheurs (TGI PARIS - 3^{ème} ch., 28/01/74, D.1974, p.337), le copiste intellectuel et

le copiste matériel. Le CNRS avait été assigné par des éditeurs en raison des nombreuses copies distribuées à ses chercheurs. Le Tribunal avait considéré que les copistes au sens de l'article L.122-5-2 du CPI étaient les chercheurs qui commandaient les copies et non le CNRS qui les réalisait. La doctrine avait critiqué la conception « intellectuelle » du copiste.

Dans les affaires RANOUGRAPHIE et LASER STORAGE précitées, la jurisprudence revient à une conception matérielle du copiste. Aux termes de l'arrêt précité du 07/03/84 de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation « *le copiste, au sens de l'article 41-2° de la loi du 11 mars 1957, est celui qui, détenant dans ses locaux le matériel nécessaire à la confection de photocopies, exploite ce matériel en le mettant à la disposition de ses clients.* »

Là encore, la destination exclusive de la copie, l'usage personnel et privé, commande la solution :

- dès lors qu'un autre intérêt que celui du détenteur de l'original est attaché à la réalisation de la copie, fût-il accessoire ou indirect – intérêt commercial pour RANOUGRAPHIE et LASER STORAGE – l'exception prévue par l'article L.122-5-2 du CPI ne joue plus.

Les officines de reprographie ou de duplication de CD apparaissent évidemment comme intéressées à la copie et donc, en tant que telles, copistes au sens de l'article L.122-5-2 du CPI.

Peu importe que ces officines exécutent elles-mêmes la copie, comme dans le cas de LASER STORAGE, ou fournissent simplement le matériel qui permet de commettre la reproduction, comme dans l'affaire RANOUGRAPHIE.

Le Tribunal correctionnel de VALENCE statuant en première instance dans l'affaire LASER STORAGE (TGI Valence – 02/07/99 – Expertises n° 231) avait retenu la responsabilité du gérant pour l'organisation de la contrefaçon dès lors qu'il mettait à la disposition du public le matériel et l'installation permettant la reproduction massive, par lui même ou en libre service, d'œuvres musicales ou de logiciels.

La duplication réalisée accessoirement à d'autres fins que des fins personnelles et privées doit suffire à qualifier la contrefaçon du prestataire de service « *en tant que copiste et comme reproducteur pour le compte d'autrui et comme éditeur* » selon les termes Cour d'appel de GRENOBLE dans l'arrêt précité du 18 janvier 2001.

Le commentateur à la revue Expertises de la décision du 18 janvier 2001 précitée pose la question d'une contrefaçon « extensive », conçue économiquement et non plus matériellement.

Le commentateur écrit : « *(..) Dès lors que la copie est effectuée par le client seul, en dehors de toute intervention de la société, il paraît difficile de mettre en cause cette dernière, sauf à établir une complicité par fourniture de moyens, supposant que le complice a fourni le matériel à l'auteur en vue de réaliser l'infraction. Pour cela, il conviendrait de juger que la mise en place de toute entreprise de copie a pour objectif de permettre des actes de contrefaçon, ce qui reviendrait à condamner du même coup l'industrie des graveurs de CD, et la vente de supports vierges ...* »

Cette objection à la responsabilité des entreprises de reproduction en libre service nous paraît contestable :

L'exception puis la rémunération de copie privée ont été instituées parce qu'une faculté individuelle, servie ensuite par des moyens techniques, ont permis de réaliser et de développer de telles copies. Le législateur a pris acte de l'état des techniques et de l'économie essayant d'arbitrer avec le droit de la propriété littéraire et artistique. L'industrie a pu ensuite s'organiser pour développer sur son mode ce que le législateur autorisait : fabrication d'appareils de reproduction, fabrication de supports vierges pour l'enregistrement. Une telle industrie procure largement au copiste les moyens de réaliser la faculté de copie privée

offerte par la loi et selon la loi : la réalisation par le copiste d'une copie à destination personnelle.

Les officines de reproduction ne fournissent pas du matériel mais un service, une prestation intellectuelle : elles commettent alors une édition et une reproduction illicites dès lors que, comme c'est l'obligation pour tout prestataire professionnel, elles ne contrôlent pas la disponibilité du droit de reproduction mis en œuvre par leur clientèle.

Toute entreprise de reproduction n'est pas illicite, au contraire, la fraude ne se présume pas. Mais la contrefaçon se présume dès lors que l'élément matériel est réalisé avec le propre matériel et à l'endroit de l'officine de reproduction.

Ainsi l'exception de copie privée suppose une destination exclusivement privée et personnelle du possesseur légitime de l'original à l'exclusion de la poursuite directe ou indirecte d'autres services par un tiers lors de la réalisation de la copie.

Le texte actuel gagnerait à le préciser et couperait court aux offres de services intempestives de prestataires aventurés.

La destination exclusivement privée et personnelle du détenteur légitime de l'original circonscrit le cadre de l'exception de copie privée et permet de concevoir d'autres lieux de copie que le domicile privé.

La question de l'original : possession légitime en propriété d'une reproduction de l'œuvre ou enregistrement d'une émission diffusée

En l'état littéral du texte de l'article L.122-5-2, le bootleg (copie pirate réalisée lors d'un concert public) à usage privé est possible. Rien dans le texte de l'article L.122-5-2 du CPI ne circonscrit la copie privée à la possession légitime d'un support matériel de l'œuvre ou à un enregistrement au domicile familial d'une œuvre radiodiffusée.

L'on sait que lorsque le phonogramme a été publié à des fins de commerce l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer :

- 1- à sa communication directe dans un lieu public, dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle ;
- 2- à sa radiodiffusion, non plus qu'à la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion.

Par contre, les auteurs et les producteurs de vidéogrammes conservent leurs droits exclusifs.

Ainsi, les droits d'exploitation du producteur de phonogrammes et l'artiste sont soumis à la double contrainte de la rémunération équitable et de la copie privée.

La reproduction personnelle et privée peut aisément intervenir lors de la diffusion publique de telle émission radio ou télédiffusée.

Il convient alors de distinguer :

- les reproductions à usage personnel et privé réalisées à partir d'une matrice matérielle acquise en propriété par le copiste ;
- les reproductions à usage personnel et privé réalisées à partir d'une représentation publique.

Alors, il ne s'agit pas tant de réaliser une copie pour une quelconque fin particulière du copiste que de réaliser ce que le droit anglo-saxon qualifie de « time shifting » - diffusion différée (Cf également directive CE du 22/05/01 article 35 des considérants). Il s'agit très simplement d'enregistrer une œuvre diffusée à un instant donné pour la représenter au moment que l'on souhaite dans le cercle de famille, comme ça aurait été le cas si le cercle de famille avait été réuni au moment où l'œuvre a été diffusée par la chaîne.

De telles copies qui réalisent surtout des représentations différées, et bien qu'elles procèdent de reproductions privées, ne doivent pas être circonscrites à l'usage personnel et privé du copiste mais à un usage privé et familial, comme en matière de représentation.

L'assimilation des deux types de copies privées, selon que l'original est un support matériel ou une émission publique, explique la confusion de l'exception de représentation privée et gratuite dans le cercle de famille (L.122-5-1 du CPI) avec l'exception de reproduction à usage privé (L.122-5-2 du CPI).

Naturellement, l'enregistrement d'une œuvre diffusée permet plus que la représentation en diffusion différée : un tel enregistrement permet d'effectuer autant de représentations que l'on souhaite aux moments où l'on souhaite. Mais alors les représentations restent circonscrites au cercle de famille, ainsi qu'il est loisible à tout détenteur d'un support original.

La copie privée à partir d'une diffusion publique doit ainsi permettre au copiste de jouir des mêmes droits que le possesseur d'un support de fixation (CD, vidéo ..) notamment l'exception de représentation privée et gratuite dans un cercle de famille ; l'enjeu économique pour les ayants droit réside dans la question de leur droit exclusif sur la représentation publique de leurs œuvres et fixations, notamment dans la solution des points chatouilleux de la rémunération équitable de l'article L.214-1 du CPI.

Quant à la copie privée à partir d'une matrice légitimement acquise, celle-ci autorisant déjà les représentations privées et gratuites dans le cadre du cercle de famille, la copie doit être réservée à l'usage personnel et privé du copiste.

Section 2.1.3- Les articles 14 et 15 de la loi du 17 juillet 2001 ou la copie privée numérique de l'écrit (Articles L.311-1, L.311-2, L.311-4, L.311-7, L.311-8 du CPI)

Un trouble cénesthésique des législateurs

Les technologies numériques émancipent les œuvres de leur support : c'est la dématérialisation. Une œuvre littéraire fixée sous forme graphique peut être communiquée aussi bien via un support imprimé (un livre), un phonogramme (la lecture de l'œuvre), un vidéogramme (la représentation du texte via un écran).

L'œuvre littéraire peut aussi faire l'objet d'une adaptation audiovisuelle (création d'une œuvre dérivée) ou multimédia (le support multimédia intégrant, sur ce même support, divers modes de communication, en lecture numérique sous un mode interactif avec l'utilisateur) ;

Une œuvre musicale avec ou sans paroles est toujours susceptible d'être fixée sur partition imprimée, sur phonogramme (disque, cassette, CD ...), sur vidéogramme (lecture de la

partition sur un écran avec ou sans sons - karaoké) ; voire faire l'objet d'adaptation pour support multimédia (fichiers MIDI...).

L'étude comparée des rapports d'influence et d'autorité entre la catégorie d'une œuvre (musicale, littéraire, picturale ...), sa matière de destination (le son, l'écrit, la peinture ...) et son support (espace sonore, papier, tableau, écran ..) reste à entreprendre. On peut imaginer une classification selon l'importance de l'assujettissement de la création à la matière qu'elle adopte et ses modes de représentation et de reproduction. L'on commencerait évidemment par le verbe pour finir par le multimédia, qui n'est pas pour autant l'enfer.

Mais en bon droit d'auteur, jamais aucune oeuvre ne se confond avec le support qui l'incorpore ; ni un mode de reproduction ne se confond avec la technique mise en œuvre.

Le législateur a considéré que les auteurs d'œuvres de l'écrit demeureraient les parents pauvres des reproductions à usage privé en l'état des dispositions de l'article L.311-1 du CPI relatives à la rémunération pour copie privée.

Ainsi, à l'initiative de la Sénateur Danièle POURTAUD, le Sénat a adopté le 17 mai 2001 une proposition de loi aux termes des motifs de laquelle :

« la rémunération pour copie privée, instaurée par la loi du 3 juillet 1985, ne s'applique qu'aux œuvres sonores (copie privée des phonogrammes) et audiovisuelles (copie privée des vidéogrammes). (sic)

Ainsi les auteurs d'œuvres de l'écrit ne peuvent se prévaloir d'une rémunération pour copie privée que lorsque leurs œuvres sont fixées sous une forme sonore ou audiovisuelle et non lorsqu'elle font l'objet de copie sur des supports numériques (..) »

- L'expression « œuvres de l'écrit fixée sous forme sonore ou audiovisuelle » peut inclure les textes écrits et lus, fixés sur cassettes ou CD.

La lecture d'un texte écrit et sa fixation s'analysent comme des actes de représentation et de reproduction donnant lieu à répartition d'une rémunération pour droit de copie privée du support à l'usage privé du copiste.

25% des sommes perçues sur les supports et affectées à l'œuvre en question sont attribués à l'artiste lecteur via la SORECOP puis l'ADAMI (celle-ci étant membre de la SORECOP).

Le producteur du phonogramme est également rémunéré via la SORECOP, puis la SCPA (25% des sommes perçues).

Pour réaliser le phonogramme, s'il s'agit de la reproduction d'une œuvre protégée, le producteur a sollicité et obtenu une licence auprès de l'éditeur du texte, cessionnaire des droits d'exploitation.

L'éditeur devait lui même être cessionnaire, aux termes de son contrat d'édition avec l'auteur, des droits d'exploitation de l'œuvre par récitation et fixation sous cette forme.

Mais, quant à leur rémunération, ni l'auteur ni l'éditeur ne sont représentés au sein de SORECOP pour la répartition de droits de copie privée dont ils sont créanciers pour moitié. Dès la loi du 3 juillet 1985 et la constitution des sociétés SORECOP et COPIE France, l'on a confondu les phonogrammes avec les œuvres sonores et les vidéogrammes avec les œuvres audiovisuelles.

Alors :

- Soit les sommes perçues au titre de copie privée des phonogrammes reproduisant des œuvres écrites et récitées ne sont pas réparties pour la part afférente à l'œuvre

(50% de ces sommes) ; mais conçoit-on que l'éditeur et l'auteur consentissent à une telle exploitation de l'œuvre par contrat avec un producteur de phonogrammes sans stipuler les conditions de la reproduction à usage privé de l'utilisateur ?

- Soit le contrat entre l'éditeur et le producteur prévoit la perception et le reversement par le producteur de la part afférente à l'œuvre ; SORECOP / SCPA accepteraient parallèlement de percevoir et verser au producteur de phonogrammes cette part, à charge de reverser aux ayants droit sur l'œuvre ...

- Par l'expression « *œuvres de l'écrit fixées sous forme sonore ou audiovisuelle* » les motifs de la proposition de loi peuvent aussi désigner le scénario d'une œuvre audiovisuelle, fixée sur vidéogramme, le scénariste étant rémunéré comme coauteur de l'œuvre audiovisuelle (œuvre de collaboration – Cf articles L.113-3 et L.113-7 du CPI).

Des auteurs d'œuvres de l'écrit pouvaient donc, antérieurement à la loi du 17 juillet 2001, émarger à la rémunération pour copie privée ; certes, parce que le législateur et les ayants-droit réunis au sein de SORECOP avaient confondu « phonogrammes » et « œuvres sonores », la production de textes interprétés et fixés sur phonogrammes laissait pendante la question de la représentation des auteurs au sein de SORECOP et de la répartition des sommes leur revenant de droit.

Percevant un trouble diffus dans l'ordre de la copie privée des supports numériques, considérant que les œuvres sonores et audiovisuelles confondues avec leur support bénéficiaient des dispositions relatives à la copie privée et de la commission éponyme, le législateur a traité un mode particulier de reproduction d'une catégorie d'œuvres, alors qu'il s'agissait de mettre en œuvre le droit existant, pour les œuvres écrites aussi, et d'admettre leurs ayants droit au sein de SORECOP et de COPIE France.

Rien dans la définition des phonogrammes ne les circonscrit aux œuvres sonores ou audiovisuelles. (Cf article 3 de la convention de Rome sur la protection des artistes et producteurs de phonogrammes du 26/10/61 ; article 1^{er} de la convention de Genève « Producteurs phonogrammes » du 29/10/71 ; article 2 du Traité OMPI signé à Genève le 20/12/96 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, article L.213-1 et L.215-1 du CPI). Et pour cause : « phonogramme » ou « vidéogramme » désignent des modes de fixation et de communication des œuvres, non des catégories d'œuvres.

On veut opposer les œuvres écrites « *fixées sous une forme sonore ou audiovisuelle* », qui permettraient d'émarger au droit de rémunération pour copie privée, et les autres.

Toute œuvre, quel qu'en soit le genre, est susceptible d'être « *fixée sous forme sonore ou audiovisuelle* ».

Contrairement au constat du législateur, des modes de communication tels le son et l'image animée ne permettent pas de présumer et de qualifier un genre d'œuvre en particulier.

Une œuvre littéraire peut être reproduite sur un texte imprimé ou sur un phonogramme (séquence de sons reproduisant la lecture de l'œuvre) ou sur un vidéogramme (séquence d'images, sonorisées ou non, reproduisant l'œuvre écrite ou l'exécution de sa lecture).

Les œuvres écrites sont accessibles exclusivement par la vue, par l'ouïe, voire par le toucher pour la reproduction en braille.

La reproduction d'une œuvre écrite intervient donc forcément au moyen d'un support imprimé, ou phonographique ou vidéographique.

Le vidéogramme, à la différence de l'œuvre audiovisuelle (séquence d'images animées, toujours fixée sur vidéogramme au stade de son achèvement) consiste en une séquence d'images animées ou non, sonorisées ou non.

La communication de l'œuvre écrite, hors sa représentation, par reproduction, suppose sa reproduction graphique fixée soit sur support papier, (cette question est traitée par les dispositions relatives à la reprographie - L.122-10 du CPI), soit sur support vidéographique : la reproduction du texte sur un écran.

Après en avoir contesté l'opportunité alors qu'il s'agit de transposer la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur, le gouvernement français a décidé de reprendre la proposition de loi POURTAUD dans un amendement à un projet de loi « *portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel* ». C'est l'article 15 de la loi adoptée le 17 juillet 2001.¹

Par « *œuvres fixées sur tout autre support au titre de leur reproduction (..) sur un support d'enregistrement numérique* », il faut entendre les œuvres fixées sur des supports qui ne constituent pas exclusivement la reproduction de séquences de sons (phonogramme) ou la reproduction d'une séquence d'images (vidéogramme).

L'alinéa 2 nouveau de l'article L.311-1 du CPI semble donc devoir s'entendre de la reproduction des œuvres fixées :

- soit sur un support papier ;
- soit sur des supports qui cumulent plusieurs modes de communication, susceptibles de reproduction numérique : ce sont les supports multimédia ;

Et pour autant que ces œuvres sur ces supports soient ensuite reproduites par le « copiste » sur des supports numériques.

En l'état du texte nouveau de l'article L.311-1 du CPI, par lecture a contrario du second alinéa, l'on risque d'admettre, (si l'on assimile à tort comme le législateur dans les motifs de la proposition de loi POURTAUD « phonogramme » et œuvre sonore, « vidéogramme » et œuvre audiovisuelle) contre le sens du texte antérieur de l'article L.311-1, qu'une œuvre écrite, fixée sur un phonogramme ou un vidéogramme, ne permet pas la perception d'une rémunération pour copie privée lors de sa reproduction sur un support analogique.

Pourtant, rien ne permettait d'exclure une telle œuvre de ce droit à rémunération dans les dispositions anciennes de l'article L.311-1 du CPI.

Le législateur jette un trouble sur le légitime droit à rémunération pour copie privée des œuvres non sonores ou non audiovisuelles (œuvre littéraire lue par exemple) reproduites sur des supports non numériques (cassette audio par exemple).

L'erreur commise, à notre sens, par le législateur, vient d'un paradoxe : c'est à l'époque de la dématérialisation des supports qu'apparaît un nouveau type d'œuvre, très conditionné et contraint par son support, l'œuvre multimédia, au point que l'on puisse même douter du bien fondé de cette qualification : les œuvres dites multimédia existent-elles ? Ne repré-entent-elles pas des œuvres de genres déjà connus mais réunies selon un mode collectif ou de collaboration sur un support, multimédia, lui ?

Comme nous l'avons observé dans les motifs de la proposition de loi POURTAUD, les dispositions nouvelles de l'article L.311-1 alinéa 2 CPI qui institue un droit à rémunération pour copie privée des œuvres fixées sur des supports non phonogrammes et non vidéogrammes, pour autant que la copie soit effectuée sur un support numérique, visent essentiellement les œuvres de l'écrit.

Mais les œuvres des arts graphique, plastique, architectural, toutes œuvres de quelque catégorie que ce soit, sont aussi concernées, pour autant qu'elles ne soient pas fixées sur un phonogramme ou un vidéogramme et qu'elles soient reproduites à des fins d'usage privé sur un support numérique.

Outre les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, les éditeurs littéraires vont bénéficier de la rémunération pour copie privée. Le législateur a-t-il institué un nouveau droit voisin ?

L'éditeur demeure juridiquement cessionnaire de droits d'exploitation sur un bien incorporel, l'œuvre. Il ne figure pas en droit de la propriété littéraire et artistique comme la personne ayant pris l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence quelconque.

Ensuite, l'éditeur ne jouit pas seul de son droit à rémunération : il doit le partager avec l'auteur, contrairement aux droits voisins définis indépendamment de la référence à une œuvre.

En droit de la propriété littéraire et artistique, les éditeurs demeurent exclusivement les partenaires contractuels de leurs auteurs.

Le droit de l'article L.311-1 alinéa 2 du CPI s'analyse alors plutôt comme une double licence légale : une première licence légale imposée à l'auteur et conférée à son éditeur (sur la base d'une pratique contractuelle, la répartition à parts égales entre les auteurs et les éditeurs de la rémunération pour copie privée) ; une seconde licence légale imposée aux ayants droit des œuvres écrites (mais elle existait auparavant aux termes de L.311-1 du CPI), conférée aux acquéreurs des œuvres écrites.

Le législateur semble avoir confondu les œuvres sonores et audiovisuelles respectivement avec les phonogrammes et les vidéogrammes, alors que rien n'interdisait de préciser que la rémunération pour copie privée valait quel que soit le type d'œuvre fixée sur phonogrammes ou vidéogrammes.

En bon droit de la propriété intellectuelle, il aurait mieux valu renverser l'autorité de la fixation sur l'œuvre pour réinstaurer l'autorité de l'œuvre sur ses fixations.

L'autorité juridique donnée à une simple fixation matérielle, selon son mode, sur le monopole de l'auteur, contredit le modèle théorique du droit d'auteur et trouble ainsi toute l'économie de l'exploitation des œuvres.

Puisque l'article L.311-1 alinéa 2 prévoit que la rémunération pour copie privée « est également due aux auteurs et aux éditeurs des œuvres fixées sur tout autre support, au titre de leur reproduction réalisée dans les conditions prévues au 2° de l'article L.122-5, sur un support d'enregistrement numérique » et puisqu'il faut entendre « tout autre support », comme tout support hors les fixations de sons ou d'images, donc les fixations de signes, notamment d'écrits, le législateur institue un droit de scanner pour un usage privé, assimilant toujours un peu plus et à tort la reproduction numérique, le clonage, à la copie.

La reproduction pour usage privé à partir d'une diffusion sur Internet

Une diffusion sur Internet s'analyse comme la transmission d'un programme audiovisuel et multimédia. Une œuvre écrite a pu être intégrée ou peut constituer ce programme audiovisuel et multimédia. L'utilisateur bénéficiait-il avec l'article L.311-1 ou bénéficie t-il dorénavant avec son L.311-1 alinéa 2 d'un droit de copier, pour son usage privé, un écrit diffusé sur Internet ?

Bien que le droit de reproduction privé de l'article L.122-5-2 soit souvent invoqué pour les reproductions personnelles des internautes, la différence fondamentale entre la copie (dégradation et moindre fertilité par rapport à l'original) et le clonage (qualité et fertilité identiques à l'original), à l'aune des critères de l'article 9 alinéa 2 de la convention de BERNE (atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, préjudice injustifié aux intérêts des ayants droit), ne permettent pas à notre sens, d'admettre l'exception de reproduction privée à partir d'une diffusion sur Internet.

La rémunération pour copie privée des écrits sur supports numériques instituée avec l'article L.311-1 alinéa 2 nouveau du CPI vient cependant, sinon autoriser, du moins ôter des scrupules à ceux des internautes qui doutaient.

L'univers numérique nous oblige à reprendre la dialectique de l'Etat démocratique entre les libertés fondamentales, publiques et privées, et les droits privatifs.

La « propriété » littéraire consiste en un droit ni réel, ni général, ni absolu, mais bien plutôt en créances réciproques entre un auteur et le public, à partir du moment où celui-là a décidé de divulguer sa création. Mais lui seul, l'auteur, peut gérer et organiser le droit d'accès du public à son œuvre.

Les personnes privées jouissent d'un droit de copie privée pour autant que leur usage ressortisse strictement à l'exercice de la liberté de vie privée. Dès lors que l'on étend le ressort de cet usage, même au cercle de famille, l'on oblige les auteurs à concéder une faculté d'édition privée, véritable licence légale. C'est le mécanisme de la loi du 3 juillet 1995, renforcé avec les dispositions nouvelles de l'article L.311-1 alinéa 2 du CPI aux termes de l'article 15 de la loi du 17 juillet 2001.

Aux termes de ces dispositions nouvelles, il faudra distinguer :

- les œuvres reproduites sur phonogrammes ou vidéogrammes qui donnent droit à rémunération pour copie privée, quel que soit le support de copie (analogique ou numérique) et quel soit le genre de l'œuvre.
- les œuvres, quel que soit leur genre, reproduites sur des supports imprimés ou multimédias qui donnent lieu à rémunération pour copie privée si le support de copie est numérique.

Le législateur semblait vouloir enfermer les œuvres sonores et audiovisuelles respectivement dans la catégorie des phonogrammes et vidéogrammes. Une telle assimilation contredit fondamentalement le droit de la propriété littéraire, et, paradoxalement, soustrait les auteurs et ayants droit sur des œuvres non sonores et non audiovisuelles à la perception d'une rémunération pour copie privée sur des supports analogiques.

Afin de restituer leurs place et autorité légitimes aux œuvres et à leurs supports de fixation, il convient que les ayants droit sur toutes les œuvres, quel qu'en soit le genre, figurent parmi les membres des sociétés de perception et de répartition prévues pour la gestion de la rémunération pour copie privée (SORECOP - COPIE France).

La question des taux, des supports et des modes de fixation ressortant ensuite de la compétence réglementaire de la commission prévue à l'article L.311-5 du CPI, quel que soit le genre des œuvres reproduites.

Section 2.1.4- Les incidences en jurisprudence des modes de fixation sur la qualification juridique des modes d'exploitation des œuvres

Avant la loi du 17 juillet 2001 et la confusion entre les œuvres et leur mode de fixation, un débat jurisprudentiel avait illustré une confusion voisine, entre supports de communication et modes de reproduction.

Les enjeux et l'issue de ce débat intéressent directement la rémunération pour copie privée :

Il s'agissait en matière d'œuvres musicales et de karaoké de statuer sur les incidences des modes de fixation sur la qualification juridique des modes d'exploitation de ces œuvres musicales.

La 13^{ème} chambre de la Cour d'appel de Paris par un arrêt en date du 28 avril 2000, (Georges C et société P c/ Editions IM – RIDA 2001 n° 187) statuant sur l'appel interjeté par un éditeur de musique débouté en première instance de ses demandes au titre du droit graphique contre un producteur de vidéogrammes karaoké :

« Considérant que la loi 95-4 du 3 janvier 1995 ne concerne que la reproduction sous forme de copie sur papier ou support assimilé par une technique photographique ou d'effet équivalent permettant une lecture directe n'est pas applicable au litige, la lecture des paroles de chanson émises par le moyen des disques vidéo et laser en question étant indirecte car destinée à faciliter la reproduction vocale des paroles, non à la lecture.

Considérant que contrairement à ce qu'a estimé le Tribunal il s'agit bien d'une reproduction graphique et que ce droit avait été conservé par la société IM (..) »

Pour la 13^{ème} chambre de la Cour d'appel de PARIS, l'œuvre musicale et son mode de communication écrit ou sonore demeurent indépendants des aléas matériels et techniques. L'œuvre musicale transcrite sur une partition conserve la nature graphique du mode de fixation, quel que soit le support de reproduction : papier ou écran.

En conséquence de cette jurisprudence, il faut distinguer selon les copies à usage privé des différents supports :

La copie à usage privé (L.122-5-2 du CPI) de la partition papier donne lieu à perception du droit de reprographie (L.122-10 du CPI) et la copie du vidéogramme devrait donner lieu à perception de la rémunération prévue à l'article L.311-1 du CPI, pour la reproduction à usage privé d'un vidéogramme (répartition par tiers entre auteur, producteur, et l'artiste-interprète qui n'existe pas en l'espèce) et bien qu'il s'agisse d'une œuvre sonore.

La qualification juridique de « phonogramme » ou de « vidéogramme » ne permet pas de présumer ni la nature juridique du droit de reproduction mis en œuvre, ni le genre de l'œuvre.

Mais par arrêt du même jour (Editions musicales Alpha, J.Dutronc et autres c/ Case Productions – RIDA 2001 n°187) la 4^{ème} chambre de la Cour d'appel de Paris a jugé :

« Le droit de reproduction mécanique comporte le droit de reproduire la composition (parole et/ou musique) ou son interprétation par un système mécanique ou électronique sur un support magnétique ou numérique ; que dès lors que l'œuvre n'est pas immédiatement perceptible par les sens et qu'il faut utiliser un instrument mécanique pour y avoir accès, il y a reproduction mécanique »

Pour la 4^{ème} chambre de la Cour d'appel de PARIS, le mode de communication, graphique ou sonore, variait en fonction, non des sens auxquels l'on fait appel chez le public, mais du mode de transmission.

La reproduction sur un écran d'une partition graphique constituait un acte de reproduction mécanique (non-graphique). Le vidéogramme karaoké, c'est à dire la fixation d'une séquence d'images pour reprendre la définition vidéogramme, s'était-il mué en phonogramme, donnant lieu à rémunération pour copie privée entre l'auteur (50%), le producteur (25%) et l'artiste (25%) inexistant s'agissant de karaoké ?

Les technologies MIDI permettent l'exécution sonores des œuvres et la reproduction des partitions via un instrument informatique. Les ayants droit représentés par la SDRM (auteurs), la CSDEM et la CEMF (chambre syndicale des éditeurs de musique) se sont accordés en octobre 1998 avec le SPPI (syndicat des producteurs de phonogrammes informatiques) pour analyser la reproduction MIDI comme mi graphique, mi mécanique, le graphique précédant, commandant, le mécanique. Les droits sont donc répartis par moitiés entre les éditeurs (droits graphiques) et la SDRM (droits mécaniques).

La dictature du support sur l'œuvre, le monopole et la volonté des auteurs, risquaient de laisser cet accord caduque, puisque la reproduction MIDI suppose en tout état de cause la lecture via un matériel informatique.

L'édition musicale traditionnelle était menacée de disparition puisque la lecture d'une partition sur écran au moyen d'un support ou d'un programme numérique disqualifiait le droit de reproduction graphique.

L'autorité donnée aux supports de reproduction (papier, écran ..) pour qualifier les modes de reproduction (graphique, mécanique..) pervertissait la nature juridique du support de fixation et le droit mis en œuvre : le vidéogramme karaoké ne s'était pas mué en phonogramme parce qu'il fixait une partition ou des textes.

De la même façon l'autorité donnée aux supports de fixation (phonogramme, vidéogramme ..) pour qualifier les œuvres pervertit la nature juridique des œuvres et les droits y afférents.

Le phonogramme ne fait pas l'œuvre musicale, comme le vidéogramme ne fait pas l'œuvre audiovisuelle ; l'écran ne fait pas la reproduction mécanique. L'œuvre est générale, ses modes de communication font appel à des sens, principalement la vue et l'ouïe qui déterminent le mode d'exploitation voulu par le créateur.

Un arrêt de la 4^{ème} chambre de la Cour de Paris du 29 mai 2002 (ZAGORA et autres c/ SDRM – RIDA octobre 2002 n° 194 p.325) revient à une position moins dangereuse, dans l'immédiat, pour les titulaires de droit.

Pour la Cour d'appel, « considérant que la SDRM reconnaît elle même que l'apport fait à la SACEM par ses membres du droit de reproduction mécanique de leurs œuvres, dont elle assure la gestion, ne couvre pas le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction des textes, des paroles et/ou de

la partition des œuvres, lequel, quelle qu'en soit la nature – graphique ou mécanique – relève des prérogatives consenties aux éditeurs en vertu des contrats d'édition conclus avec les auteurs (...) ».

La position de la 4^{ème} chambre de la Cour d'appel de Paris était lourde de menaces à long terme pour l'économie du droit d'auteur. Les juges semblaient toujours considérer que la nature du droit puisse changer selon le mode de transmission. C'est seulement la renonciation de la SDRM à appréhender ce droit « graphique ou mécanique » qui aurait permis aux éditeurs d'agir, sur le fondement du droit mis en œuvre lors de la reproduction d'un texte ou d'une partition sur un écran.

Les éditeurs ne pouvaient se satisfaire d'un tel cantonnement du droit graphique, sauf à accepter de disparaître à l'ère du numérique, tels des dinosaures à l'ère cénozoïque.

Dans un arrêt récent du 13 novembre 2003, la première chambre civile de la Cour de Cassation (Tenenbaum dit Jean Ferrat et autres c/ Société Petraco distribution, Bull) condamne l'analyse de la 4^{ème} chambre de la cour d'appel de Paris dans ces termes fondamentaux :

« La reproduction graphique du texte d'une œuvre protégée s'entend de la communication de celui-ci au public, quels que soient le support sur lequel il s'inscrit et les modes de transmission utilisés à cette fin.

Viole donc l'article L.122-3 du Code de la propriété intellectuelle la cour d'appel qui, pour dire deux sociétés, éditeurs de chansons de Jean Ferrat, irrecevables à invoquer leurs droits de reproduction graphique à l'encontre des sociétés ayant l'une reproduit et l'autre distribué une version « karaoké » de ces chansons, retient que le principe du karaoké repose sur l'utilisation d'un vidéogramme faisant défiler les paroles, sur un écran afin de permettre aux personnes présentes de les interpréter en synchronisation avec la musique simultanément diffusée, le texte étant alors communiqué de manière indirecte par l'utilisateur d'un écran sur lequel un appareil de lecture imprime les informations reçues et en déduit que le procédé relève donc d'une reproduction mécanique des paroles, dont les droits ont été cédés à la Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique des auteurs compositeurs et éditeurs, et non d'une reproduction graphique, exercée par les éditeurs mais exclusive du recours intermédiaire à un procédé de fixation et de retranscription. »

Selon cette jurisprudence, qui est aussi de bon sens, les éditeurs devraient être assurés de conserver leur droit graphique, et son administration, lors de sa mise en œuvre sur Internet.

Chapitre 2.2- Rémunération au titre du prêt en bibliothèque (Loi n° 2003/517 du 18 juin 2003) Transposition de la directive du 19 novembre 1992 – Texte reproduit in fine m)

Cf www.droitdepret.culture.gouv.fr

La directive du 19 novembre 1992 reconnaît aux auteurs un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire le prêt de leurs œuvres.

Les Etats membres ont la faculté de déroger à ce droit exclusif à condition d'assurer aux auteurs une rémunération au titre de ce prêt. Ils ont la faculté de fixer cette rémunération en tenant compte de leurs objectifs de promotion culturelle.

Les droits de location et de prêt prévus par la directive de 1992 n'ont pas donné lieu à transposition générale par le législateur français : la protection des deux droits est assurée aux termes des dispositions générales de l'article L.131-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle « *La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée.* ».

Quel que soit le genre de l'œuvre, le contrat d'édition devra prévoir la cession du droit de location et de prêt, sauf à commettre une contrefaçon au préjudice de l'auteur et aux torts de l'éditeur et de l'organisme de prêt.

L'innovation de la directive réside dans la faculté ouverte aux Etats membres de prévoir une « expropriation pour cause d'utilité publique ou privée » à savoir une licence légale contre rémunération forfaitaire. Cf. article L.133-1 nouveau du CPI.

Un tel mécanisme rappelle la licence légale de l'article L.214.1 du CPI français à laquelle sont assujettis les phonogrammes publiés à des fins de commerce.

En France, la rémunération obligatoire, perçue et répartie par des sociétés de gestion prévues aux articles L.323-1 et suivants du CPI, est répartie en deux parts :

- Une première part à la charge de l'Etat assise sur une contribution forfaitaire par usager inscrit dans les bibliothèques accueillant du public pour le prêt, à l'exception des bibliothèques scolaires ;
- Une seconde part est assise sur le prix public de vente hors taxes des livres achetés pour être prêtés par les personnes morales mentionnées au troisième alinéa (2^o) de l'article 3 de la loi du 10 août 1981 relative au prix du livre (Etat, collectivités locales, établissement d'enseignement, de formation professionnelle, ou de recherche, aux syndicats représentatifs, aux comités d'entreprise, aux bibliothèques accueillant du public pour la lecture ou pour le prêt, notamment celle des associations loi de 1901) Elle est versée par les fournisseurs qui réalisent ces ventes. Le taux de cette rémunération est de 6% du prix public de vente.

Répartition de la rémunération :

Le prêt ouvre droit à rémunération au profit de l'auteur. Les conventions relatives au partage de cette rémunération entre l'auteur et l'éditeur ne peuvent prévoir d'attribuer à l'éditeur une part excédant la moitié de son montant.

Champ restreint de la loi quant aux genres des œuvres concernées :

La loi ne concerne que l'édition de librairie.

Champ restreint de la loi quant au public :

Il s'agit du public des « bibliothèques accueillant du public ».

Chapitre 2.3- Directive du 22 mai 2001

Section 2.3.1- Etat de la transposition de la directive du 22 mai 2001 au 1^{er} janvier 2006

La directive du 22 mai 2001 « sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information » devait être transposée dans un délai de 18 mois à compter de son adoption, soit avant le 23 décembre 2002.

Dix-neuf Etats ont transposé la directive à ce jour.

Section 2.3.2- Panorama des droits exclusifs

2.3.2.1- Droit de reproduction

Les Etats membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout en ou en partie :

- pour les auteurs, de leurs œuvres ;
- pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions ;
- pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes ;
- pour les producteurs des premières fixation de films, de l'original et de copies de leurs films ;
- pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.

2.3.2.2- Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés

Les Etats membres prévoient, pour les auteurs, le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Les quatre catégories d'ayants droit (droits voisins) suivantes :

- artistes interprètes ou exécutants, pour les fixations de leurs exécutions ;
- producteurs de phonogrammes, pour leurs phonogrammes ;
- producteurs des premières fixations de films, pour l'original et la copie de leurs films ;
- organismes de radiodiffusion, pour les fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite ;

ne jouissent pas du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public.

Ces quatre catégories d'ayants droit recouvrent toutefois un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire dès lors qu'il s'agit de la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Les auteurs, artistes interprètes, les producteurs de phonogrammes et de films bénéficient également d'un droit exclusif de location et de prêt conformément aux dispositions de la directive 92/100 du 19 novembre 1992.

Les droits de location et de prêt ne sont pas épuisés par la vente ou tout autre acte de diffusion.

2.3.2.3- Épuisement des droits

Les droits de communication d'œuvres au public et les droits de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés (exécution, phonogrammes, films, émissions radiodiffusées) ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public.

2.3.2.4- Droit de distribution

Les Etats membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci.

Le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire de droit ou avec son consentement.

Le droit dit de distribution n'existe pas sous cette dénomination en droit français.

Lorsque les États membres ont la faculté de prévoir une exception ou une limitation au droit de reproduction, ils peuvent également prévoir une exception ou limitation au droit de distribution dans la mesure où celle-ci est justifiée par le but de la reproduction autorisée.

Section 2.3.3- Panorama des exceptions

2.3.3.1- Les actes de reproduction provisoires qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique (Article 5.2.1 de la directive)

Ces actes, si leur unique finalité est de permettre :

- soit une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire,

- soit une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé,
et s'ils n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction.

2.3.3.2- Exceptions ou limitations au droit de reproduction (Article 5.2.2 de la directive)

Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit exclusif de reproduction dans les cas suivants:

a) Exception de reprographie (Comparer avec l'article L.122-10 du CPI français) Il s'agit au sens de la directive de reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires, à l'exception des partitions, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable ;

b) Exception de copie privée (Comparer avec L.122-5-2° du CPI français) Il s'agit au sens de la directive de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés ;

c) Service public de l'éducation, de la culture et du patrimoine - Bibliothèques (Sans équivalent actuellement dans le CPI français, Cf jurisprudence CNRS - TGI PARIS - 3^{ème} ch., 28/01/74, D.1974, p.337 citée supra Titre II § 2.1.1.6) Il s'agit au sens de la directive de reproductions spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées, ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect ;

d) Archives sonores et audiovisuelles (Sans équivalent actuellement dans le CPI français) Il s'agit au sens de la directive d'enregistrements éphémères d'œuvres effectués par des organismes de radiodiffusion par leurs propres moyens et pour leurs propres émissions; la conservation de ces enregistrements dans les archives officielles peut être autorisée en raison de leur valeur documentaire exceptionnelle;

e) Services publics sociaux (Sans équivalent actuellement dans le CPI français) Il s'agit au sens de la directive de reproductions d'émissions faites par des institutions sociales sans but lucratif, telles que les hôpitaux ou les prisons, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable.

2.3.3.3. Exceptions ou limitations aux droits de reproduction et de communication au public (Article 5.2.3 de la directive)

Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction et de communication au public dans les cas suivants :

a) Service public de l'enseignement et de la recherche (Comparer avec L.122.5-3°a et e du CPI français) Il s'agit au sens de la directive de l'utilisation à des fins exclusives d'illustration

dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique, sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi ;

b) Service public de la santé. Utilisations thérapeutiques au bénéfice de personnes handicapées (Comparer avec L.122-5-7° du CPI) Il s'agit au sens de la directive des utilisations au bénéfice de personnes affectées d'un handicap qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap ;

c) Service public de l'information d'actualité économique, politique ou religieuse (Comparer avec L.122-5-3°a, b et c et L.122-5-9° du CPI) Il s'agit au sens de la directive de la reproduction par la presse, de la communication au public ou de la mise à disposition d'articles publiés sur des thèmes d'actualité à caractère économique, politique ou religieux ou œuvres radiodiffusées ou d'autres objets protégés présentant le même caractère, dans les cas où cette utilisation n'est pas expressément réservée et pour autant que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée, ou lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'œuvres ou d'autres objets protégés afin de rendre compte d'événements d'actualité, dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi et sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur ;

d) Service public de la critique littéraire et artistique. (Comparer avec L.122-5-3°a et b du CPI français) Il s'agit au sens de la directive de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue, pour autant qu'elles concernent une oeuvre ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée et qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi ;

e) Exception de police (Comparer avec L.122-5-3°c du CPI français) Il s'agit au sens de la directive des utilisations à des fins de sécurité publique ou pour assurer le bon déroulement de procédures administratives, parlementaires ou judiciaires, ou pour assurer une couverture adéquate desdites procédures ;

f) Exception d'information civique (Comparer avec L.122-5-3°c du CPI français) Il s'agit au sens de la directive de l'utilisation de discours politiques ainsi que d'extraits de conférences publiques ou d'œuvres ou d'objets protégés similaires, dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi et pour autant, à moins que cela ne s'avère impossible, que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée ;

g) Exception de protocole public (Comparer avec L.122-5-3°c du CPI français) Il s'agit au sens de la directive de l'utilisation au cours de cérémonies religieuses ou de cérémonies officielles organisées par une autorité publique ;

h) Exception culturelle. (Comparer avec L.122-5-8° CPI) Il s'agit au sens de la directive de l'utilisation d'œuvres, telles que des réalisations architecturales ou des sculptures, réalisées pour être placées en permanence dans des lieux publics ;

i) Exception d'intérêt économique (Comparer avec L.122-5-3°a du CPI français) Il s'agit au sens de la directive de l'inclusion fortuite d'une oeuvre ou d'un autre objet protégé dans un autre produit ;

j) Exception d'expositions ou de ventes publiques (Cf L.122-5-3°d du CPI français) Il s'agit au sens de la directive d'une utilisation visant à annoncer des expositions publiques ou des ventes d'œuvres artistiques, dans la mesure nécessaire pour promouvoir l'événement en question, à l'exclusion de toute autre utilisation commerciale ;

- k) Exception de caricature, parodie, pastiche. (Cf L.122-5-4 du CPI français) Il s'agit au sens de la directive des utilisations à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche ;
- l) Exception technique (Comparer avec L.122-6-1 du CPI français) Il s'agit au sens de la directive de l'utilisation à des fins de démonstration ou de réparation de matériel ;
- m) Exception de reconstruction d'immeuble (Pas d'équivalent dans le CPI français) Il s'agit au sens de la directive de l'utilisation d'une oeuvre artistique constituée par un immeuble ou un dessin ou un plan d'un immeuble aux fins de la reconstruction de cet immeuble;
- n) Service public de l'éducation, de la culture et du patrimoine - Bibliothèques - Mise en ligne (Pas d'équivalent dans le CPI français) Il s'agit au sens de la directive de l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés au paragraphe 2, point c), d'oeuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence;
- o) Continuité des exceptions analogiques antérieures - (Pas d'équivalent dans le CPI français) Utilisation dans certains autres cas de moindre importance pour lesquels des exceptions ou limitations existent déjà dans la législation nationale, pour autant que cela ne concerne que des utilisations analogiques et n'affecte pas la libre circulation des marchandises et des services dans la Communauté, sans préjudice des autres exceptions et limitations prévues au présent article.

2.3.3.4- Contrôle et limite des exceptions et limitations - Article 5.5 de la directive

En tout état de cause - c'est le critère général de l'article 9 alinéa 2 de la convention de BERNE, de l'article IV bis 2 de la Convention Universelle de Genève, de l'article 13 des accords ADPIC, repris à l'article 5.5 de la directive du 22 mai 2001 - *« les exceptions et limitations prévues au paragraphe 1, 2, 3, et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. »*

Section 2.3.4- L'exception de copie privée de l'article 5.2.b de la directive

Aux termes de l'article 5.2.b de la directive les Etats membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction exclusif des auteurs, artistes, producteurs de phonogrammes, de films, et des organismes de radiodiffusion *« lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non-application des mesures techniques visées à l'article 6 aux oeuvres ou objet concernés. »*

Le texte de la directive circonscrit l'exception de reproduction privée à un usage privé et personnel, éventuellement professionnel, et bien qu'il ne puisse jamais s'agir de fins commerciales.

Par comparaison au droit de l'article L.122-5-2 du CPI, la directive n'exclut pas « *toute utilisation collective* ». Sans doute va-t-on un peu plus vers l'assimilation du ressort de l'exception de copie privée au ressort de l'exception de représentation privée prévue par l'article L.122-5-1 du CPI (cercle de famille) ou au ressort de l'exception de copie privée dans le droit du fair use américain.

Pourtant, la directive du 22 mai 2001 ne prévoit pas au rang de ses exceptions et limitations aux droits exclusifs de son article 3 (droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés) de dispositions similaires à notre article L.122-5-1 du CPI : « *les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille* ».

Toujours par comparaison au droit de l'article L.122-5-2 du CPI, la directive soumet l'exception de copie privée au versement d'une « *compensation équitable* ».

Toutefois la compensation équitable n'est pas une rémunération équitable : elle a une fonction indemnitaire et ne doit pas permettre l'exploitation normale des œuvres au moyen des exceptions. Car conformément à l'article 5 de la directive, « *les exceptions et limitations prévues au paragraphe 1, 2, 3, et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.* »

L'exploitation normale, c'est l'exploitation autorisée par les titulaires de droits exclusifs conformément aux articles 2 et 3 de la directive, aux conditions qu'ils déterminent.

En droit communautaire aussi, l'exception de reproduction à usage privé doit être circonscrite à l'exercice d'un droit de vie privée, par opposition, exceptionnelle, aux droits exclusifs sur les œuvres et autres objets protégés.

Aux termes de son considérant 35 « *Dans le cas de certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs œuvres ou autres objets protégés. Lors de la détermination de la forme, des modalités et du niveau éventuel d'une telle compensation équitable, il convient de tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Pour évaluer ces circonstances, un critère utile serait le préjudice potentiel subi par les titulaires de droit en raison de l'acte en question. Dans le cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence, un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû. Le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection prévues à la présente directive. Certains cas où le préjudice au titulaire du droit serait minime pourraient ne pas donner naissance à une obligation de paiement.* »

Puisqu'il s'agit bien d'une compensation et non d'une rémunération, le droit à compensation pourrait être réduit à néant dès lors que le préjudice des titulaires de droit serait lui-même nul, voire minime.

Section 2.3.5- Reprographie et copie privée selon la directive du 22 mai 2001

Aux termes de l'article 5.2.a de la directive, le droit exclusif de reproduction prévu à l'article 2 peut recevoir exception ou limitation « *lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires, à l'exception des partitions, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable.* »

Contrairement à l'interprétation de notre code de la propriété intellectuelle qui organise la gestion de la reproduction reprographique (L.122-10 CPI) comme une modalité particulière de la reproduction à usage privé (L.122-5-2 CPI), la directive prévoit une exception générale de reprographie sus définie.

Les exceptions prévues par la directive ne semblent pas exclusives les unes des autres. Ainsi l'exception de reprographie prévue à l'article 5.2.a ne semble pas exclure l'application des conditions prévues pour la reproduction à usage privé aux termes de l'article 5.2.b dès lors qu'il s'agit de reprographie pour un usage privé.

Pour un motif non précisé dans le texte de la directive, « les partitions » sont exclues du droit de reprographie et par conséquent d'une reproduction par photocopie pour un usage privé.

En tout état de cause, chacune des exceptions aux droits exclusifs sur les œuvres ou autres objets protégés est subordonnée aux conditions générales de l'article 5.5 de la directive : ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou de l'objet protégé et ne pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droit.

Ces conditions générales de l'article 5.5 de la directive devraient cantonner l'exception de reprographie dans un ressort privé.

- La directive CE du 22 mai 2001 instaure un véritable droit de reproduction à usage privé des personnes privées. Ses conditions sont toutefois très strictes.

Le critère de la liberté de vie privée nous paraît également pertinent, aux termes de la directive, pour fonder l'exception de reproduction à usage personnel.

La « compensation équitable » prévue par la directive pour équilibrer l'exercice du droit de reproduction privé et le préjudice des ayants droit n'est pas une rémunération et ne permet pas la sous édition privée finalement mise en œuvre aux termes de notre droit actuel de la rémunération pour copie privée.

Cette « compensation équitable » se révèle très relative puisqu'elle peut être supprimée si le préjudice des ayant droits est nul.

Comme la « compensation équitable », les mesures de protection des œuvres prévues, garanties et protégées aux termes de l'article 6 de la directive permettent, le cas échéant, de compenser le préjudice des ayants droit. Il faut prendre en compte ces mesures de protection avant d'évaluer une éventuelle compensation d'un préjudice.

Le droit de reproduction à usage privé est garanti, nonobstant les mesures de protection et la protection juridique de ces mesures de protection. Les Etats membres doivent arbitrer et intervenir le cas échéant pour permettre l'exercice du droit de reproduction à usage privé contre les mesures de protection mise en place par les ayants droit.

Section 2.3.6- La loi française de transposition du 1^{er} août 2006

La loi française du 1^{er} août 2006 transpose à droit constant l'article 5.2.1 de la directive :

2.3.6.1- Exceptions de « copie transmission » et « copie cache »

Il est ajouté à l'article L.122-5 un 6° ainsi rédigé :

« La reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ; toutefois, cette reproduction provisoire qui ne peut porter que sur des œuvres autres que les logiciels et les bases de données, ne doit pas avoir de valeur économique propre ;»

Il est ajouté à l'article L.211-3 un 5° ainsi rédigé :

« La reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ; toutefois, cette reproduction provisoire ne doit pas avoir de valeur économique propre »

Deuxième partie : Droit des mesures techniques (MT)

« Qu'ils se reposent sur nous de la fatigue d'éclaircir les difficultés de la poétique d'Aristote (..) »

« (...) Qu'ils se réservent le plaisir de pleurer et d'être attendris (...) »

Racine Préface à Bérénice (Suite)

Aux termes de la directive du 22 mai 2001, considérant n°9, « toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un niveau de protection élevé, car ces droits sont essentiels à la création intellectuelle ». Puis, reprenant la thèse de l'intérêt général déjà affirmée dans le considérant n°3, « Leur protection contribue au maintien et au développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des interprètes ou exécutants, des producteurs, des consommateurs, de la culture, des entreprises et du public en général. La propriété intellectuelle a donc été reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété. »

Si la directive intervient, à la limite des compétences attribuées à la Communauté européenne, aux termes du Traité CE, lorsqu'elle traite d'intérêt général, c'est néanmoins pour réduire le champ de celui-ci à un concept de « propriété intellectuelle partie intégrante de la propriété ».

- Voici négociés, un peu hâtivement peut-être, les travaux subtils et équilibrés de Le Chapelier, de Lakanal, et tant d'autres, pour réduire, la propriété intellectuelle au droit réel.

Certes, l'on ne peut qu'abonder vigoureusement dans le sens du considérant 22 aux termes duquel « une promotion adéquate de la diffusion de la culture ne peut conduire à sacrifier la protection rigoureuse des droits et à tolérer les formes illégales de mise en circulation d'œuvres culturelles contrefaites ou piratées. »

Pourtant, le législateur européen devrait s'inquiéter que, paradoxalement, si l'on suit strictement son dogme, les auteurs, et partant tous leurs ayants cause et ayants droit, perdent le lien personnel indissoluble qui leur a garanti, en droit d'auteur français en particulier, et en droit de l'Union de Berne en général, la meilleure des protections.

L'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins nécessite t-elle que l'on régresse dans les équilibres du droit d'auteur aux thèses « jusnaturaliste » de John Locke du début du XVIIIème siècle ? Nous inclinons à penser qu'un niveau de protection élevé se serait trouvé mieux garanti en rendant compte de cette propriété intellectuelle, que l'on peut, paraphrasant Le Chapelier, qualifier de « très personnelle, si je puis dire ».

La directive du 22 mai 2001, conformément à la compétence d'attribution de l'Union européenne, organise le marché, partant la circulation, des œuvres et autres objets protégés.

C'est afin de permettre le développement de ce marché et de cette circulation que les œuvres et autres objets protégés bénéficient d'une protection juridique ; non afin de préserver les créateurs, dans leur personnalité, dans l'épanouissement de leur génie, pour l'édification du public.

Certes, les auteurs bénéficient, indirectement, de cette protection juridique qui doit permettre d'éviter les utilisations frauduleuses, donc leur assurer une meilleure rémunération. Le droit du copyright ne promeut pas autre chose : l'intéressement de l'auteur à une exploitation marchande de l'œuvre.

La directive du 22 mai 2001 s'inscrit comme une pure enclave de la logique copyright en territoire de droit d'auteur.

Le législateur européen traite de droit d'auteur et de mesures techniques de protection de ces droits, non pas comme un objet direct de compétence d'attribution de la CE, mais pour éviter « *des disparités sensibles (..) et, partant, des restrictions à la libre circulation des services et des marchandises (..)* » (Considérant n°6)

La directive ne traite pas du droit moral : « *il sera exercé en conformité avec le droit des Etats membres et les dispositions de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Le droit moral reste en dehors du champ d'application de la présente directive.* »

Ce qui ne laissera pas de restreindre assez l'intérêt de son article 7 « *obligations relatives à l'information sur le régime des droits* ».

La directive organise une protection juridique à deux niveaux, principal et dérivé : protection juridique principale des mesures techniques ; protection juridique dérivée contre l'exploitation de systèmes neutralisant les MT juridiquement protégées et contre la modification des informations sur le régime des droits.

Titre I- En principal, les mesures techniques juridiquement protégées

Les traités OMPI du 20 décembre 1996 et la directive du 22 mai 2001 organisent un véritable droit de la protection des MT.

L'on pense d'abord aux MT qui visent à empêcher ou limiter les utilisations non autorisées par les titulaires de droit. Ce sont les MT « efficaces » (MTE) de l'article 6.1 de la directive, mesures de « fermeture » des utilisations de l'œuvre et de son support.

Sont aussi juridiquement protégées d'autres mesures techniques qui, à l'opposé des premières, les MTE, ne visent pas à « fermer » l'accès à l'œuvre mais à permettre l'exercice d'une exception ou d'une limitation aux droits des titulaires, comme, par exemple, l'exercice de services publics (enseignement, santé ...) ou aussi, mais dans des conditions plus restreintes, l'exercice d'un droit de copie privée. Ce sont « *les mesures techniques appliquées volontairement par les titulaires de droits* » et « *les mesures techniques mises en œuvre en application des mesures prises par les Etats membres* » (Article 6.4 de la directive)

Chapitre 1.1- Les mesures techniques efficaces - MTE - mesures de fermeture

Aux termes de l'article 6.1 directive, « les Etats membres doivent prévoir une protection juridique « appropriée » contre :

- le contournement de toute mesure technique efficace que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif. »

Les Etats membres organisent la protection juridique contre le contournement d'une MTE qui laisse présumer la mauvaise foi de l'utilisateur.

Le débat sur l'efficacité de la mesure technique de protection, juridiquement protégée, pourrait s'avérer byzantin dès lors que, par hypothèse, la mesure de protection paraît déficiente, si l'utilisateur parvient à la contourner.

Aux fins de la directive, on entend par « mesures techniques toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les oeuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu par la directive « Bases de données » (Directive 96/9/CE).

« Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une oeuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'oeuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection. »

Section 1.1.1- Notion de mesure technique efficace (MTE)

- Premier critère des MTE juridiquement protégées, un critère organique :

Toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les oeuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu par la directive « Bases de données » (Directive 96/9/CE).

- Deuxième critère, finaliste, de la MTE juridiquement protégée : permettre le « contrôle », par les titulaires de droit de « l'utilisation » d'une oeuvre ou d'un objet protégé.

La notion de contrôle, en droit, est particulièrement floue.

Elle apparaît toujours au détour d'un texte normatif comme le délice du casuiste. Et c'est une intervention réglementaire ou jurisprudentielle qui généralement en délimite les contours. (majorité de contrôle en droit des sociétés, contrôle de la chose en droit de la responsabilité, pouvoir de contrôle et direction en droit social ...)

- La directive définit ensuite les modalités, techniques, du contrôle. C'est le troisième critère de la MTE juridiquement protégée :

Permettre le contrôle de l'utilisation,

- soit par l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé,
- soit par un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection.

Nous pensons qu'il faut entendre par « cet objectif », au sens de la directive, le contrôle par les titulaires de droit ; donc tout mécanisme de contrôle de copie ... qui permet le contrôle par les titulaires de droit ... Cette tautologie (le contrôle pertinent de la MTE juridiquement protégée est celui qui permet le contrôle ...) ne résout pas vraiment la question de la notion de contrôle, au sens de la directive, pour qualifier une MTE.

Toutefois, l'on a pu distinguer deux types de contrôle au sens de la directive. C'est déjà un fil :

Les MTE qui opèrent une transformation de l'œuvre ;

Les MTE qui n'opèrent pas transformation de l'œuvre mais permettent néanmoins le contrôle de la copie.

L'on devra donc dire, au fond, le juge ou le législateur de l'Etat membre, en quoi consiste ce contrôle de l'utilisation par un code d'accès, un procédé de protection ou toute autre transformation de l'œuvre. Et d'abord le délimiter : Le contrôle mis en œuvre par les MTE s'arrêtera à la frontière des droits et libertés réservés aux utilisateurs avec lesquels il devra composer ; le contrôle mis en œuvre par les MTE cédera aussi le pas devant les contraintes du grand marché : le principe de libre circulation des biens et des marchandises reste premier.

Comme lors de la directive du 24 octobre 1995 sur les données personnelles, si le législateur intervient pour assurer une protection, hier des données personnelles, aujourd'hui de la propriété intellectuelle, c'est en subsidiaire : la mission du législateur européen, c'est le grand marché, donc la circulation. Les mesures de protection n'entrent dans son objet, qu'autant que leur disparité nuit à l'harmonie de ce grand marché. Lorsqu'il faudra choisir entre la protection d'une œuvre ou un intérêt économique contradictoire, le législateur européen arbitre (c'est sa mission) pour cet intérêt économique contradictoire. (Utilisation des logiciels, recherche ... Cf considérants 48 et 50)

La loi française définit dans les mêmes termes les mesures techniques de protection réputées efficaces (donc les MTE protégées).²⁰

²⁰ « Dans la section 2 du chapitre Ier du titre III du livre III du code de la propriété intellectuelle, il est créé un article L. 331-5 ainsi rédigé :

« Art. L. 331-5.

1. Les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou limiter les utilisations non autorisées par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur, d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, sont protégées dans les conditions prévues au présent titre. Ces dispositions ne sont pas applicables aux logiciels

Section 1.1.2- Une MTE dont le contournement laisse présumer la fraude de l'utilisateur

La mesure technique efficace juridiquement protégée, n'est pas une option accessible au gré de l'utilisateur du support.

C'est un système qui en contraint et règle les utilisations, cheminement inévitable, ou quasiment, dans le processus d'accès à l'œuvre pour devenir, ensuite, quel que soit le système, électronique grand public « fermé » ou informatique « ouvert », « une police en civil », discrète ou invisible, obligatoire et permanente.

Son contournement ne doit pas pouvoir être fortuit : c'est forcément le résultat d'une fraude de l'utilisateur afin d'utiliser l'œuvre hors de son champ légal et contractuel.

La présomption de fraude est une exception en droit. Habituellement, la fraude ne se présume pas. En matière de contrefaçon, si. Serait-il raisonnable d'assimiler purement et simplement la protection juridique des mesures techniques efficaces à la protection des œuvres elles mêmes par le droit de la contrefaçon ? Ne faudrait-il pas graduer la répression, ne serait-ce que pour distinguer la valeur des différents intérêts protégés : ceux des auteurs, de leurs ayants droit, des producteurs ... ?

Le législateur français n'a pas distingué, en termes de sanction, la contrefaçon de droits d'auteur de la contrefaçon de droits voisins (Cf L.335-2 ; L.335-3 ; L.335-4 du CPI français). C'est donc assez logiquement que le projet de loi français assimile purement la répression des atteintes portées aux MTE, à l'atteinte aux droits d'auteur ou droits voisins.

Les Etats devront veiller lors de l'application de la directive à n'inclure dans le champ de leur protection que les seuls MTE suffisamment stables pour ne pas laisser à un utilisateur malheureux la charge de la preuve de sa bonne foi lors d'un contournement qui n'aurait été que fortuit, par quelque dérèglement du mécanisme.

Section 1.1.3- La cohabitation MTE et exceptions : Les arbitrages de la directive entre protection juridique des MTE et droits des utilisateurs

1.1.3.1- Exceptions et limitations sauf copie privée

2. On entend par mesure technique au sens de l'alinéa précédent, toute technologie, dispositif, composant, qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue à l'alinéa précédent. Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation visée à l'alinéa précédent est contrôlée grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection, ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection.

3. Les licences de développement des mesures techniques de protection sont accordées aux fabricants de systèmes techniques ou aux exploitants de services qui veulent mettre en œuvre l'interopérabilité, dans des conditions équitables et non discriminatoires, lorsque ces fabricants ou exploitants s'engagent à respecter, dans leur domaine d'activité, les conditions garantissant la sécurité de fonctionnement des mesures techniques de protection qu'ils utilisent. »

Entre les droits des titulaires sur les objets protégés et les exceptions ou limitations des utilisateurs, la directive arbitre d'abord en faveur de ceux-ci, réserve faite du droit de copie privée (Cf 1.1.3.2 infra) : ²¹

Nonobstant la protection juridique des MTE, l'Etat doit intervenir si ces mesures techniques compromettent le jeu des exceptions ou limitations suivantes :

- Exception ou limitation au droit de reproduction pour l'exercice du droit de reprographie ;
- Exception ou limitation au droit de reproduction pour l'exercice du service public de l'éducation et/ou de la culture et/ou du patrimoine ;
- Exception ou limitation au droit de reproduction pour l'exercice des services publics sociaux ;
- Exception ou limitation au droit de reproduction et au droit de communication au public pour l'exercice du service public de l'enseignement et de la recherche ;
- Exception ou limitation au droit de reproduction et au droit de communication au public pour l'exercice du service public de la santé et des utilisations thérapeutiques au bénéfice de personnes handicapées ;
- Exception ou limitation au droit de reproduction et au droit de communication au public pour l'exercice de la police des institutions de l'Etat (sécurité publique, bon déroulement de procédures administratives, parlementaires ou judiciaires, ou pour assurer une couverture adéquate de ces procédures).²²

La directive arbitre ici en faveur de l'intérêt général et de l'ordre public de l'Etat membre.

Ce premier arbitrage d'intérêt général s'explique fort logiquement en bon droit avec le principe *specialia generalibus derogant*.

Il demeure en tout état de cause très limité en termes économiques - ceux qui intéressent la directive - puisque ces exceptions et limitations aux droits exclusifs sont relatives, elles-mêmes, à des utilisations marginales, quoique essentielles.

Ces exceptions d'intérêt général ne devraient pas beaucoup affecter la protection juridique des mesures techniques.

²¹ Article 6.4 de la directive : « Nonobstant la protection juridique prévue au paragraphe 1, en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national conformément à l'article 5, paragraphe 2, points a), c), d) et e) (Exception de reprographie ; service public de l'éducation, de la culture et du patrimoine ; services publics sociaux), et à l'article 5, paragraphe 3, points a), b) ou e), (Enseignement et recherche ; santé, utilisations thérapeutiques au bénéfice de personnes handicapées ; police des institutions de l'Etat) puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'oeuvre protégée ou à l'objet protégé en question.

Un État membre peut aussi prendre de telles mesures à l'égard du bénéficiaire d'une exception ou limitation prévue conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b) (Copie privée), à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ou de la limitation concernée et conformément aux dispositions de l'article 5, paragraphe 2, point b), et de l'article 5, paragraphe 5, sans empêcher les titulaires de droits d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions conformément à ces dispositions.

²² Comme les MTE ne doivent pas faire obstacle aux dispositions relatives à l'ordre public défini à l'article 5.e et à la sécurité publique.

1.1.3.2- Droit de copie privée

Ici, le cadre est tout autre. Plus de services d'intérêt général mais une exception qui arrête le monopole ou la propriété exclusive des titulaires de droits aux portes de la sphère privée des individus. Les enjeux économiques sont conséquents, voire essentiels puisque la copie privée s'analyse comme un droit d'édition privé, qui tient souvent à toute l'honnêteté, mais seulement à toute l'honnêteté, de l'utilisateur pour demeurer dans son strict champ légal.

Aussi le législateur européen ne va-t-il pas trop légiférer et contraindre les Etats en cette délicate matière :

L'Etat membre peut aussi intervenir si les MTE compromettent l'exercice d'un droit de copie privée, sauf si, selon la directive « *la reproduction à usage privé a déjà été rendue possible par les titulaires de droits, dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ou de la limitation* » ...

En somme, l'Etat peut, et seulement peut, intervenir pour assurer un droit de copie privée, sauf si ce droit est dorénavant et déjà assuré ... Etait-ce bien utile pour le législateur européen de le préciser ? Sans doute était-ce une façon de dire combien l'intervention de l'Etat était relative, dépendant de sa volonté, des circonstances économiques et techniques de la copie privée ...

Le législateur européen ne veut rien imposer. Il ne veut surtout pas avoir l'air de déterminer qu'il s'agirait d'un droit supérieur – une liberté ? – nécessitant un arbitrage au détriment de la protection juridique des MTE. Ce n'est plus de son ressort.

Libre aux Etats membres d'arbitrer en faveur d'un droit de copie privée contre les mesures techniques de protection ou le contraire.

En tout état de cause, il faut harmoniser les mesures techniques, grand marché oblige :

Alors, les considérants 38 et 39 de la directive expliquent la politique de copie privée du législateur européen. C'est une politique contingente, à géométrie variable, conduite à évoluer avec la technique.

D'abord, il faut isoler le numérique par rapport à l'analogique.

Ensuite, il faut considérer le numérique dans un processus technique dynamique. Alors, les Etats devront légiférer à vue :

L'exercice du droit de copie privée est fonction de la mise en œuvre de MTE, qui permettent justement d'empêcher ou de limiter le contrôle de l'utilisation.

Plus la MTE est rudimentaire, techniquement, moins elle permet de distinguer – discriminer – les utilisations licites et illicites, plus l'exercice de la liberté de copie privée peut être restreint.

En dernier recours, lorsque la MTE n'est pas assez évoluée pour permettre assez de souplesse et réguler la liberté de copie privée, celle-ci, la liberté de copie privée, s'efface devant les intérêts des titulaires de droits et partant s'efface devant la MTE. Dans le doute, on ferme tout.

S'agissant de supports numériques, le droit de copie privée est sacrifié, en dernier recours, aux intérêts des titulaires de droits.²³

²³ Considérant 38 : « Les Etats membres doivent être autorisés à prévoir une exception ou une limitation au droit de reproduction pour certains types de reproduction de produits sonores, visuels et audiovisuels à usage privé, avec une compensation équitable. Une telle exception pourrait comporter l'introduction ou le maintien de systèmes de rémunération destinés à dédommager les titulaires de droits du préjudice subi. Même si les disparités existant entre ces systèmes de

L'arbitrage opéré par les Etats membres en application de la directive entre protection juridique des MTE et droit de copie privée sera fonction des circonstances de l'exercice d'un droit de copie privée et notamment de la « compensation équitable » elle-même fonction du contrôle du nombre de copie privée. Aux termes du considérant 35 de la directive :

« (...) Lors de la détermination de la forme, des modalités et du niveau éventuel d'une telle compensation équitable, il convient de tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Pour évaluer ces circonstances, un critère utile serait le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en question. Dans le cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence, un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû. Le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection prévues à la présente directive. Certains cas où le préjudice au titulaire du droit serait minimale pourraient ne pas donner naissance à une obligation de paiement. »

La compensation équitable vise à compenser un préjudice.

Les mesures techniques de protection visent à empêcher ou limiter les utilisations illicites.

Donc la compensation équitable est fonction inverse de la sûreté des mesures techniques de protection. A l'extrême, la compensation équitable peut être nulle si le préjudice est quasiment inexistant : quand les mesures de protection sont absolument ou quasiment sûres.

Ces considérations de la directive ne sont pas pleinement satisfaisantes dès lors qu'une exception ou une limitation s'analysent en un droit de l'utilisateur, non négociable par les ayants droit, qui reçoivent une « compensation » de type indemnitaire, en contrepartie de cette petite expropriation.

La directive confond en fait deux fonctions distinctes de la « compensation équitable » :

La première fonction, légale ou contractuelle, opère une véritable rémunération statutaire des ayants droit (licence légale « statutory license ») pour l'exercice légitime d'exceptions ou de limitations (par exemple copie privée).

L'autre fonction de la compensation, de nature délictuelle, répare un dommage causé par des utilisations illicites incontrôlables, « parce qu'on ne peut pas faire autrement ».

Plus les mesures techniques sont affûtées, plus elles permettent de circonscrire les utilisations des objets protégés dans le ressort des droits exclusifs, moins l'exception de copie privée « parce qu'on ne peut pas faire autrement » est « inévitable » pour les titulaires de droit, moins la compensation équitable se justifie.

rémunération gênent le fonctionnement du marché intérieur, elles ne devraient pas, en ce qui concerne la reproduction privée sur support analogique, avoir une incidence significative sur le développement de la société de l'information. La confection de copies privées sur support numérique est susceptible d'être plus répandue et d'avoir une incidence économique plus grande. Il y a donc lieu de tenir dûment compte des différences existant entre copies privées numériques et analogiques et faire une distinction entre elles à certains égards.

Considérant 39 : *« Lorsqu'il s'agit d'appliquer l'exception ou la limitation pour copie privée, les Etats membres doivent tenir dûment compte de l'évolution technologique et économique, en particulier pour ce qui concerne la copie privée numérique et les systèmes de rémunération y afférents, lorsque des mesures techniques de protection efficaces sont disponibles. De telles exceptions ou limitations ne doivent faire obstacle ni à l'utilisation de mesures techniques ni à la répression de tout acte de contournement. »*

C'est ce deuxième aspect de la « compensation », sa fonction dommage-intérêt forfaitaire délictuel, qui permet de comprendre, aux termes du considérant 35, qu'elle soit fonction inverse du développement des mesures techniques.

Chapitre 1.2- La protection juridique des mesures techniques « d'ouverture » pour l'exercice des exceptions et limitations (MTEL) Article 6.4 alinéa 3 de la directive

La directive distingue les MTEL volontaires et les MTEL en application des mesures prises par les Etats membres pour permettre l'exercice des exceptions et limitations.

La directive encourage la mise en place de mesures techniques volontaires par les titulaires de droits pour l'exercice et le contrôle de la copie privée.

A défaut, donc subsidiairement, les Etats doivent ou peuvent (copie privée) intervenir pour permettre l'exercice des exceptions et limitations.

Les MTEL circonscrivent l'exercice des exceptions et limitations dans le champ des droits des titulaires de droits.

Elles bénéficient de la même protection que les MTE. Bien que leur objet soit en flux contraire, elles poursuivent le même but, régler les utilisations.

Une MTEL est une ouverture, une enclave au bénéfice de l'utilisateur concédée par les titulaires de droits. Quand une MTE est une barrière aux incursions inopinées des utilisateurs.²⁴

D'abord, les Etats membres doivent encourager le recours aux mesures, techniques ou non, volontaires (il s'agit de la volonté des titulaires de droit) afin de permettre l'exercice du droit de copie privée. C'est une obligation de moyen des Etats : encourager le recours aux mesures volontaires.

Toutefois, comme, dit-on, l'on ne fait jamais boire un âne qui n'a pas soif, à défaut de mesures volontaires et, dans un délai raisonnable (considérant n° 52), après les avoir vainement encouragées, les Etats membres peuvent, et seulement peuvent, intervenir, d'autorité, afin de permettre l'exercice du droit de copie privée.

²⁴ Aux termes du considérant 52 : « De même, lors de l'application d'une exception ou d'une limitation pour copie privée conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b, les Etats membres doivent encourager le recours aux mesures volontaires pour permettre d'atteindre les objectifs visés par ladite exception ou limitation. Si, dans un délai raisonnable, aucune mesure volontaire destinée à permettre la reproduction pour usage privé n'a été prise, les Etats membres peuvent arrêter des mesures qui permettent aux bénéficiaires de l'exception ou de la limitation concernée d'en bénéficier.

Les mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre les titulaires de droits et d'autres parties concernées, ainsi que les mesures prises par les Etats membres n'empêchent pas les titulaires de droits de recourir à des mesures techniques, qui sont compatibles avec les exceptions ou limitations relatives à la copie à usage privé prévues par leur droit national conformément à l'article 5.2.b) en tenant compte de la compensation équitable exigée à ladite disposition, et de la distinction éventuelle entre différentes conditions d'utilisation, conformément à l'article 5 paragraphe 5, par exemple le contrôle du nombre de reproductions. Afin d'empêcher le recours abusif à ces mesures, toute mesure technique appliquée lors de la mise en œuvre de celles-ci doit jouir de la protection juridique. »

Si, et seulement si, les titulaires de droits ne se sont pas, eux mêmes, techniquement organisés, pour permettre l'exercice par l'utilisateur d'un droit de copie privée, les Etats membres peuvent intervenir pour permettre l'exercice de ce droit.

Les ayants droit, pleins de bonne volonté, sur ou sans les insistances des Etats, ont pu mettre en place des mesures techniques complémentaires aux MTE (« de fermeture ») pour permettre l'exercice du droit de copie privée. Ces mesures techniques « d'ouverture » (pour permettre l'exercice du droit de copie privée), peuvent coordonner, techniquement, l'exercice d'un droit de compensation équitable.

Ces mesures techniques « d'ouverture » (pour l'exercice du droit de copie privée) peuvent aussi permettre de discriminer les différentes utilisations, et ainsi limiter le nombre de copie afin que, en tout état de cause, l'exercice du droit de copie privée mis en œuvre par la mesure technique d'ouverture, elle même mise en place par les ayants droit, sacrifie au « sacro-saint » principe de l'article 5.5 : ne porte atteinte à l'exploitation normale des objets protégés ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droit.

Evidemment, la multiplication des reproductions porterait atteinte à une exploitation normale et causerait un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droit.

Les mesures techniques, appliquées volontairement par les titulaires de droits, y compris celles mises en œuvre en application d'accords volontaires, et les mesures techniques mises en œuvre en application des mesures prises par les États membres, jouissent de la protection juridique prévue par la directive.

Conformément aux droits des utilisateurs, les mesures techniques – MTE ou MTEL, de fermeture ou d'ouverture - ne devraient pas empêcher le fonctionnement normal du support de reproduction ou l'émission normale de l'œuvre.²⁵

Car n'oublions pas, malgré toutes ces protections techniques et juridiques, qu'il s'agit pour les éditeurs, les producteurs, les distributeurs et le législateur européen d'un marché, celui de la propriété intellectuelle et de la culture, marché qui suppose un minimum de sérénité et de satisfaction du « consommateur », le public.²⁶

Chapitre 1.3- Les mesures techniques de protection dans la loi française

²⁵ En outre, s'il n'est pas satisfaisant que l'on pille le jardin de la création – pour reprendre notre image écologique - il ne serait pas satisfaisant au regard des droits du public et d'une coutume de l'art que l'ensemble de l'environnement culturel se crypte, que le jardin s'obture, sauf pour ceux qui auraient payé leur abonnement ou leur redevance. L'accès à l'art suppose une certaine fluidité. L'on acquiert les livres que l'on a pu parcourir distraitement au rayon du libraire, l'on acquiert les musiques dont l'on a pu consulter les enregistrements, simplement, sur un coup de cœur ou en fouinant ... Le développement d'un marché des supports numériques doit aussi tenir compte de ces us et coutumes, marques de civilisation, sans doute.

²⁶ Le terme consommateur est particulièrement impropre, et très laid, pour désigner l'accès du public aux œuvres de l'esprit en général. L'on ne « consomme » pas une œuvre : la consommation s'entend d'un achèvement, de l'utilisation d'un produit qui se détruit par l'usage (dictionnaire de l'académie française) alors qu'au contraire, nous insistons, l'œuvre, permanente, est au centre d'un lien cyclique entre le public et les créateurs.

L'article 13 de la loi sous un chapitre « Mesures techniques de protection et d'information » transpose l'article 6 de la directive.

La protection juridique est identique à celle prévue en matière de contrefaçon ou d'exploitation illicite de droits voisins, à savoir une peine délictuelle de deux ans d'emprisonnement et de 300.000 Euros d'amende.

La définition des mesures techniques est reprise proprio motu de celle de la directive :

Ainsi, l'article 13 de la loi ajoute t-il un article L.331-5 au chapitre Ier du titre III du livre III du CPI dans ces termes :

Les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme sont protégées dans les conditions prévues au présent titre.

On entend par mesure technique au sens du premier alinéa toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue par cet alinéa. Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation visée au même alinéa est contrôlée par les titulaires de droits grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection.

Un protocole, un format, une méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation ne constitue pas en tant que tel une mesure technique au sens du présent article.

Les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur. Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité dans les conditions définies aux articles L. 331-6 et L. 331-7.

Les dispositions du présent chapitre ne remettent pas en cause la protection juridique résultant des articles 79-1 à 79-6 et de l'article 95 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Les mesures techniques ne peuvent s'opposer au libre usage de l'œuvre ou de l'objet protégé dans les limites des droits prévus par le présent code, ainsi que de ceux accordés par les détenteurs de droits.

Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice des dispositions de l'article L. 122-6-1 du présent code.

Article L331-6 - *(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 14 Journal Officiel du 3 août 2006)*

L'Autorité de régulation des mesures techniques visée à l'article L. 331-17 veille à ce que les mesures techniques visées à l'article L. 331-5 n'aient pas pour conséquence, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité d'interopérer, d'entraîner dans l'utilisation d'une œuvre des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre autre qu'un logiciel ou par le titulaire d'un droit voisin sur une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme.

Article L331-7 - (inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 14 Journal Officiel du 3 août 2006)

Tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à l'Autorité de régulation des mesures techniques de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité. A compter de sa saisine, l'autorité dispose d'un délai de deux mois pour rendre sa décision.

On entend par informations essentielles à l'interopérabilité la documentation technique et les interfaces de programmation nécessaires pour permettre à un dispositif technique d'accéder, y compris dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, à une œuvre ou à un objet protégé par une mesure technique et aux informations sous forme électronique jointes, dans le respect des conditions d'utilisation de l'œuvre ou de l'objet protégé qui ont été définies à l'origine.

Le titulaire des droits sur la mesure technique ne peut imposer au bénéficiaire de renoncer à la publication du code source et de la documentation technique de son logiciel indépendant et interopérant que s'il apporte la preuve que celle-ci aurait pour effet de porter gravement atteinte à la sécurité et à l'efficacité de ladite mesure technique.

L'autorité peut accepter des engagements proposés par les parties et de nature à mettre un terme aux pratiques contraires à l'interopérabilité. A défaut d'un accord entre les parties et après avoir mis les intéressés à même de présenter leurs observations, elle rend une décision motivée de rejet de la demande ou émet une injonction prescrivant, au besoin sous astreinte, les conditions dans lesquelles le demandeur peut obtenir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité et les engagements qu'il doit respecter pour garantir l'efficacité et l'intégrité de la mesure technique, ainsi que les conditions d'accès et d'usage du contenu protégé. L'astreinte prononcée par l'autorité est liquidée par cette dernière.

L'autorité a le pouvoir d'infliger une sanction pécuniaire applicable soit en cas d'inexécution de ses injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés. Chaque sanction pécuniaire est proportionnée à l'importance du dommage causé aux intéressés, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné et à l'éventuelle réitération des pratiques contraires à l'interopérabilité. Elle est déterminée individuellement et de façon motivée. Son montant maximum s'élève à 5 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques contraires à l'interopérabilité ont été mises en oeuvre dans le cas d'une entreprise et à 1,5 million d'euros dans les autres cas.

Les décisions de l'autorité sont rendues publiques dans le respect des secrets protégés par la loi. Elles sont notifiées aux parties qui peuvent introduire un recours devant la cour d'appel de Paris. Le recours a un effet suspensif.

Le président de l'Autorité de régulation des mesures techniques saisit le Conseil de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il pourrait avoir connaissance dans le secteur des mesures techniques. Cette saisine peut être introduite dans le cadre d'une procédure d'urgence, dans les conditions prévues à l'article L. 464-1 du code de commerce. Le président de l'autorité peut

également le saisir, pour avis, de toute autre question relevant de sa compétence. Le Conseil de la concurrence communique à l'autorité toute saisine entrant dans le champ de compétence de celle-ci et recueille son avis sur les pratiques dont il est saisi dans le secteur des mesures techniques mentionnées à l'article L. 331-5 du présent code.

Article L331-8 - *(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 16 Journal Officiel du 3 août 2006)*

Le bénéfice de l'exception pour copie privée et des exceptions mentionnées au présent article est garanti par les dispositions du présent article et des articles L. 331-9 à L. 331-16.

L'Autorité de régulation des mesures techniques visée à l'article L. 331-17 veille à ce que la mise en œuvre des mesures techniques de protection n'ait pas pour effet de priver les bénéficiaires des exceptions définies aux :

- 2°, e du 3° à compter du 1er janvier 2009, 7° et 8° de l'article L. 122-5 ;

- 2°, dernier alinéa du 3° à compter du 1er janvier 2009, 6° et 7° de l'article L. 211-3 ;

- 3° et, à compter du 1er janvier 2009, 4° de l'article L. 342-3.

Sous réserve des articles L. 331-9 à L. 331-16, l'autorité détermine les modalités d'exercice des exceptions précitées et fixe notamment le nombre minimal de copies autorisées dans le cadre de l'exception pour copie privée, en fonction du type d'oeuvre ou d'objet protégé, des divers modes de communication au public et des possibilités offertes par les techniques de protection disponibles.

Article L331-9 - *(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 16 Journal Officiel du 3 août 2006)*

Les titulaires de droits qui recourent aux mesures techniques de protection définies à l'article L. 331-5 peuvent leur assigner pour objectif de limiter le nombre de copies. Ils prennent cependant les dispositions utiles pour que leur mise en oeuvre ne prive pas les bénéficiaires des exceptions visées à l'article L. 331-8 de leur exercice effectif. Ils s'efforcent de définir ces mesures en concertation avec les associations agréées de consommateurs et les autres parties intéressées.

Les dispositions du présent article peuvent, dans la mesure où la technique le permet, subordonner le bénéfice effectif de ces exceptions à un accès licite à une oeuvre ou à un phonogramme, à un vidéogramme ou à un programme et veiller à ce qu'elles n'aient pas pour effet de porter atteinte à son exploitation normale ni de causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits sur l'oeuvre ou l'objet protégé.

Article L331-10 - *(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 10 Journal Officiel du 3 août 2006)*

Les titulaires de droits ne sont cependant pas tenus de prendre les dispositions de l'article L. 331-9 lorsque l'oeuvre ou un autre objet protégé par un droit voisin est mis à disposition du public selon des dispositions contractuelles convenues entre les parties, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit.

Article L331-11 - *(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 16 Journal Officiel du 3 août 2006)*

Les éditeurs et les distributeurs de services de télévision ne peuvent recourir à des mesures techniques qui auraient pour effet de priver le public du bénéfice de l'exception pour copie privée, y compris sur un support et dans un format numérique, dans les conditions mentionnées au 2° de l'article L. 122-5 et au 2° de l'article L. 211-3.

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel veille au respect des obligations du premier alinéa dans les conditions définies par les articles 42 et 48-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Article L331-12 - *(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 16 Journal Officiel du 3 août 2006)*

Les conditions d'accès à la lecture d'une œuvre, d'un vidéogramme, d'un programme ou d'un phonogramme et les limitations susceptibles d'être apportées au bénéfice de l'exception pour copie privée mentionnée au 2° de l'article L. 122-5 et au 2° de l'article L. 211-3 par la mise en œuvre d'une mesure technique de protection doivent être portées à la connaissance de l'utilisateur.

Article L331-13

(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 16 Journal Officiel du 3 août 2006)

Toute personne bénéficiaire des exceptions mentionnées à l'article L-331-8 ou toute personne morale agréée qui la représente peut saisir l'Autorité de régulation des mesures techniques de tout différend portant sur les restrictions que les mesures techniques de protection définies à l'article L. 331-5 apportent au bénéfice desdites exceptions.

Article L331-14

(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 16 Journal Officiel du 3 août 2006)

Les personnes morales et les établissements ouverts au public visés au 7° de l'article L. 122-5 qui réalisent des reproductions ou des représentations d'une œuvre ou d'un objet protégé adaptées aux personnes handicapées peuvent saisir l'Autorité de régulation des mesures techniques de tout différend portant sur la transmission des textes imprimés sous la forme d'un fichier numérique.

Article L331-15

(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 16 Journal Officiel du 3 août 2006)

Dans le respect des droits des parties, l'Autorité de régulation des mesures techniques favorise ou suscite une solution de conciliation. Lorsqu'elle dresse un procès-verbal de conciliation, celui-ci a force exécutoire ; il fait l'objet d'un dépôt au greffe du tribunal d'instance.

A défaut de conciliation dans un délai de deux mois à compter de sa saisine, l'autorité, après avoir mis les intéressés à même de présenter leurs observations, rend une décision motivée de rejet de la demande ou émet une injonction prescrivante, au besoin sous astreinte, les mesures propres à assurer le bénéfice effectif de l'exception. L'astreinte prononcée par l'autorité est liquidée par cette dernière.

Ces décisions ainsi que le procès-verbal de conciliation sont rendus publics dans le respect des secrets protégés par la loi. Elles sont notifiées aux parties qui peuvent introduire un

recours devant la cour d'appel de Paris. Le recours a un effet suspensif.

Article L331-16 - *(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 16 Journal Officiel du 3 août 2006)*

Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions d'application de la présente section. Il prévoit les modalités d'information des utilisateurs d'une œuvre, d'un vidéogramme, d'un programme ou d'un phonogramme mentionnées à l'article L. 331-12.

La loi dispense les titulaires de droit d'ôter les mesures techniques de protection pour permettre la jouissance d'une des exceptions prévues aux 2°, 7° et 8° de l'article L.122-5, aux 2°, 6° et 7° de l'article L.211-3 et à l'article L.311-4 lorsqu'il s'agit de mise à disposition du public. (L 331-10)

Une telle disposition dénote, une fois encore, la méfiance des titulaires de droit envers les techniques en ligne, méfiance accompagnée par les auteurs du projet de loi, afin de ne pas dissuader l'exploitation en ligne des œuvres.

Cette dérogation pourrait toutefois avoir l'effet pervers de compromettre le commerce électronique dès lors qu'elle serait interprétée comme créant en fait deux types de support distribués soit en ligne, soit en magasin : les premiers pourraient comporter des systèmes bloquant toute copie au préjudice des exceptions de droit prévues aux 2°, 7° et 8° de l'article L.122-5, aux 2°, 6° et 7° de l'article L.211-3 et à l'article L.311-4 ; les supports distribués en magasin permettraient, de façon plus conviviale, le jeu des exceptions légales.

Une telle discrimination entre la mise à disposition en ligne ou hors ligne semble peu propice à développer sinon banaliser le commerce électronique.

Afin d'arbitrer entre les droits et libertés du public et les mesures techniques de protection, selon la règle « liberté de l'utilisateur inversement proportionnelle à la plasticité informatique du support », la loi met en œuvre un collège de médiateurs présidé par un magistrat de l'ordre judiciaire :

Article L331-17

(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 17 Journal Officiel du 3 août 2006)

L'Autorité de régulation des mesures techniques est une autorité administrative indépendante. Elle assure une mission générale de veille dans les domaines des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par le droit d'auteur ou par les droits voisins.

Elle rend compte chaque année, dans un rapport remis au Gouvernement et au Parlement, des évolutions les plus marquantes qu'elle a constatées dans ce domaine et de leur impact prévisible sur la diffusion des contenus culturels. Elle peut être consultée par les commissions parlementaires sur les adaptations de l'encadrement législatif que ces évolutions rendraient nécessaires.

Elle rend compte également des orientations qu'elle a fixées sur le fondement de l'article L. 331-8 en matière de périmètre de la copie privée, ainsi que des décisions qu'elle a rendues sur le fondement de l'article L. 331-7.

Article L331-18 - *(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 17 Journal Officiel du 3 août 2006)*

L'Autorité de régulation des mesures techniques est composée de six membres nommés par décret.

Outre le président de la commission mentionnée à l'article L. 311-5 qui participe aux travaux de la commission avec voix consultative, ses membres sont :

1° Un conseiller d'Etat désigné par le vice-président du Conseil d'Etat ;

2° Un conseiller à la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation ;

3° Un conseiller maître à la Cour des comptes désigné par le premier président de la Cour des comptes ;

4° Un membre désigné par le président de l'Académie des technologies, en raison de ses compétences en matière de technologies de l'information ;

5° Un membre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique désigné par le président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.

La durée du mandat des membres de l'autorité est de six ans. Il n'est ni renouvelable, ni révocable.

En cas de vacance d'un siège de membre de l'autorité, il est procédé à son remplacement pour la durée du mandat restant à courir.

Le président est élu par les membres parmi les personnes mentionnées aux 1°, 2° et 3°.

Article L331-19

(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 17 Journal Officiel du 3 août 2006)

Les fonctions de membre de l'Autorité de régulation des mesures techniques sont incompatibles avec les fonctions de dirigeant ou de salarié ou les qualités d'ancien dirigeant ou d'ancien salarié d'une société régie par le titre II du présent livre ou de toute entreprise exerçant une activité de production de phonogrammes ou de vidéogrammes ou offrant des services de téléchargement d'œuvres protégées.

Les membres de l'autorité ne peuvent, directement ou indirectement, détenir d'intérêts dans une entreprise exerçant une des activités mentionnées au premier alinéa.

Aucun membre de l'autorité ne peut participer à une délibération concernant une entreprise ou une société contrôlée, au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce, par une entreprise dans laquelle il a, au cours des trois années précédant la délibération, exercé des fonctions ou détenu un mandat.

Article L331-20

(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 17 Journal Officiel du 3 août 2006)

L'Autorité de régulation des mesures techniques dispose de services qui sont placés sous l'autorité de son secrétaire général.

Les rapporteurs chargés de l'instruction des dossiers auprès de l'autorité sont nommés sur proposition du président par arrêté du ministre chargé de la culture.

L'autorité peut faire appel à des experts. Elle propose, lors de l'élaboration du projet de loi de finances de l'année, les crédits nécessaires à l'accomplissement de ses missions. Ceux-ci sont inscrits au budget général de l'Etat.

Le président de l'autorité est ordonnateur des dépenses. Il présente les comptes de l'autorité à la Cour des comptes.

Article L-331-21 - (inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 17 Journal Officiel du 3 août 2006)

Les décisions de l'Autorité de régulation des mesures techniques sont prises à la majorité des voix. En cas de partage égal des voix, la voix du président est prépondérante.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les règles applicables à la procédure et à l'instruction des dossiers.

Les facultés de saisine du Collège de médiateur sont larges puisque tout créancier d'un droit de copie privée devrait pouvoir le saisir.

Sa mission civilisatrice des techniques numériques sur support mais surtout en ligne, sera particulièrement délicate, dans un climat volatile et conflictuel entre les utilisateurs mécontents, (acheteurs réguliers de CD ou DVD illisibles sur lecteurs autoradios ou informatiques ou irréguliers échangistes « peer to peer »).

Ses décisions, susceptibles d'appel devant la Cour de Paris, dessineront les rapports à venir entre le public, consommateur, et les industries phonographiques et audiovisuelles.

Les contentieux qui ont donné lieu aux deux décisions du TGI de NANTERRE évoquées infra, relatives à la vente de CD protégés et illisibles sur autoradio, seraient échues à ce Collège de médiateurs.

Chapitre 1.4- Les limites de la protection juridique des MTE

Section 1.4.1- Les libertés fondamentales

Le contrôle qui caractérise les MTE devrait s'arrêter aux portes des libertés fondamentales des individus, à savoir le ressort de sa vie privée, son domicile mais aussi, sans doute ses appareils de lecture ou de réception nomades, son téléphone portable par exemple. Un tel contrôle dans la sphère privée des individus nécessiterait, en France, une autorisation du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle (selon la fameuse règle de l'article 66 de la constitution, peu agréable pour le juge administratif, assez sensible, aussi, aux libertés publiques).

Section 1.4.2- Les droits du consommateur

Les garanties du vendeur

1.4.2.1- La garantie de conformité du produit

Le support juridiquement et techniquement protégé ne doit pas compromettre une utilisation conforme du produit, selon le droit commun de la vente. Le vendeur est tenu à garantie.

S'agissant de CD ou de DVD doit-on comprendre, comme une utilisation « conforme », la lecture sur des appareils de lecture informatiques, des autoradios ou des lecteurs nomades ?

A défaut d'indications contraires, l'acheteur d'un CD peut raisonnablement présumer pouvoir le lire sur un appareil informatique, qui prétend comporter un lecteur de CD, ou sur son autoradio ou sur son lecteur nomade.

Un CD ou un DVD, inutilisables sur un appareil informatique, ou sur un autoradio ou sur un lecteur nomade, ne nous semblent pas « conformes » ; soit dans le support, soit dans le lecteur. Partant, le vendeur doit garantir l'acheteur.

Le vendeur du support CD ou DVD nous semble devoir garantir la vente de son support.

Mais c'est aussi le vendeur du matériel de lecture CD ou DVD qui pourrait devoir garantir l'acheteur, dès lors que ce matériel est vendu comme tel, sans restriction.

Par hypothèse, le matériel de lecture informatique a été préalablement acquis dans l'intention de servir aussi comme chaîne audio ou vidéo.

Les nouveaux dispositifs anticopies doivent-ils contraindre l'utilisateur à acquérir un matériel de lecture non informatique, pour satisfaire la sécurité des ayants droit relatifs à l'œuvre audio ou vidéo ?

Rien ne permet de faire assumer le coût de la sécurité des œuvres aux utilisateurs qui auraient doré et déjà acquis un matériel de lecture informatique ou autre matériel de lecture « marginal ».

Par contre rien n'interdirait, à l'avenir, aux fabricants de hardware et aux ayants droit sur les œuvres et autres objets protégés, de s'entendre afin de circonvenir la lecture des CD et DVD sur les appareils informatiques, pour autant que l'acheteur soit informé, tant par les fabricants de CD et DVD que par les fabricants de matériel hardware.

Une telle entente et une telle restriction n'iraient pas dans le sens de l'histoire et du développement des techniques, contrairement aux souhaits des Etats et du législateur européen. Elle pourrait fâcher définitivement et braquer une grande partie du public des œuvres audios et vidéos.

1.4.2.2- La garantie des vices cachés

Le vendeur est tenu de garantir l'acheteur à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait

connus. L'action doit être intentée dans un bref délai à compter de la manifestation des vices de la chose (Articles 1641 et suivants du Code civil)

Les associations de consommateurs se sont émues de la vente de CD audio dont la lecture s'avérait impossible par des ordinateurs ou des autoradios.

Saisi par l'association UFC Que Choisir et Françoise M, le Tribunal de grande instance de Nanterre a condamné le 2 septembre 2003, sur ce fondement, la société EMI Music France pour la production et la distribution du CD d'Alain Souchon. Les restrictions d'utilisation provoquées par les dispositifs anti-copie ont été jugées comme des anomalies constitutives d'un vice-caché (Les « anomalies » sont pourtant volontaires : Cf Rapport Chantepie cité infra).

Le CD fonctionnait sur poste radio et chaîne Hi-Fi mais pas sur autoradio d'une Renault Clio. Il comportait la mention « Ce CD contient un dispositif technique limitant les possibilités de copie ».

L'association de consommateurs et l'acheteuse malheureuse demandaient sur le fondement des articles L.421-1, L.421-7 et L.421-9 du code de la consommation et des articles 1641 et suivants du Code civil de :

Constater que le CD produit par EMI est affecté d'un vice caché le rendant inapte à un usage normal ;

Condamner solidairement les sociétés EMI et Auchan (le distributeur) à restituer le prix du CD ;

Condamner in solidum les sociétés EMI et Auchan à payer à l'acheteuse la somme de 50 Euros à titre de dommages-intérêts ;

Faire interdiction, sous astreinte, à EMI de commercialiser le CD sous astreinte ;

Faire interdiction, sous astreinte, à EMI d'utiliser une mesure technique de protection ;

Ordonner la publication de la décision ;

Condamner in solidum EMI et Auchan à payer à UFC Que Choisir la somme de 20.000 Euros en réparation du préjudice causé à la collectivité des consommateurs.

UFC Que choisir n'a pas été reçue dans son action conformément aux dispositions de l'article L.421-7 du Code de la consommation qui autorisent les associations de consommateurs agréées à « intervenir devant les juridictions civiles (...) » et non pas à agir par voie principale.

Le Tribunal juge que le « *vice caché est dans la délivrance d'une chose bien conforme au type promis mais affecté d'une anomalie ou d'une défectuosité qui en restreint l'usage (...)* Ainsi Françoise M établit que le CD litigieux n'est pas audible sur tous ses supports, cette anomalie restreint son utilisation et constitue un vice caché au sens de l'article 1641 du Code civil. (...) Françoise M ne justifie pas que la société EMI Music France avait connaissance que le CD ne pouvait s'écouter sur tous supports. Conformément à l'article 1646 du code civil, sa demande de dommages-intérêts doit être rejetée ».

L'action en garantie des vices cachés permet bien à l'acheteur soit de se faire rembourser, soit d'obtenir un CD exempt « d'anomalie ».

Pourtant, il ne s'agit pas tant d'un vice caché du CD que d'un vice de la mesure technique de protection, qui n'est pas à proprement parler l'objet de l'achat du consommateur.

La garantie de conformité nous aurait semblée un fondement juridique plus approprié.

Ensuite, l'on ne peut admettre que le producteur ou le distributeur ne connaissent pas les restrictions d'utilisation. Ces restrictions d'utilisation, qui consistent en l'insertion d'erreurs volontaires dans les pistes magnétiques, sont inhérentes à la technique rudimentaire de protection mise en place par le producteur.

A l'heure où nous mettons sous presse, l'association de consommateur UFC, qui se félicite publiquement de cette décision, a néanmoins décidé de poursuivre son procès pour obtenir l'interdiction du dispositif anticopie.²⁷

1.4.2.3- La vente d'un support non conforme est susceptible de constituer le délit de tromperie

Saisi par l'association CLCV contre la société EMI MUSIC France, le Tribunal de grande instance de Nanterre a jugé le 24 juin 2003 :

« Sur la tromperie,

L'article L.213-1 du Code de la consommation réprime le fait de tromper ou de tenter de tromper le contractant par quelque moyen que ce soit notamment sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, l'aptitude à l'emploi du produit.

L'infraction de tromperie pour être constituée nécessite d'une part un élément matériel caractérisé par un fait de nature à induire en erreur, portant sur l'aptitude à l'emploi du produit, d'autre part un élément intentionnel caractérisé par la conscience que l'auteur a du fait que la chose n'a pas la qualité qu'elle aurait du avoir.

En l'espèce, l'association CLCV soutient que la mention en cause « ce CD contient un dispositif technique limitant les possibilités de copie » est une allégation de nature à induire en erreur, car le consommateur normalement avisé ne peut comprendre qu'elle signifie, dans les faits, l'impossibilité de lire le CD et donc d'écouter de la musique sur un autoradio ou d'autres lecteurs, ce qui constitue une atteinte légitime du consommateur. En outre, la CLCV soutient que ce défaut d'aptitude à l'emploi, sciemment dissimulé par le producteur, constitue l'élément intentionnel du délit de tromperie. (..)

Il ressort que tous les CD de Liane FOLY, dotés du système anti-copiage ne sont pas audibles sur tous les supports d'écoute.

Le fait que le consommateur ne puisse écouter sur un autoradio ou un lecteur caractérise l'inaptitude à l'emploi du produit, quand bien même seuls certains CD sont atteints par ce vice et quelques utilisateurs concernés.

Le consommateur en lisant la mention « ce CD contient un dispositif technique limitant les possibilités de copie » ne peut savoir que ce système anti-copie est susceptible de restreindre l'écoute de son disque sur un autoradio ou un lecteur.

Si certes la société EMI informe le consommateur de l'existence de ce système, elle garde le silence sur la restriction d'utilisation du CD sur certains supports.

Ce silence est de nature à induire le consommateur en erreur.

²⁷ Cf Enquête parue au mensuel Que Choisir - Juin 2003 n°405 - « Musique : pourquoi votre CD est muet »

La société EMI qui a pour activité principale l'édition phonographique, la distribution, la vente de phonogrammes est tenue de vérifier et de contrôler la conformité et l'aptitude à l'emploi du produit qu'elle commercialise.

En tant que professionnel averti, elle ne pouvait ignorer la possible inaptitude à l'emploi de certains CD de Liane FOLY et devait effectuer les vérifications nécessaires.

Ainsi en omettant d'informer les acheteurs des CD (...) dotés d'un système anti-copiage, des restrictions d'utilisation et particulièrement de l'impossibilité de lire ce CD sur certains autoradios ou lecteurs, la société EMI s'est rendue coupable d'une tromperie sur l'aptitude à l'emploi de ces produits. (...)

La tromperie ayant été retenue, il n'y a pas lieu d'examiner la demande fondée sur la publicité mensongère. (...)

La tromperie commise par la société EMI justifie de lui imposer d'informer le consommateur de la possible inaptitude à l'emploi de certains CD de Liane FOLY.

Il convient de lui enjoindre de faire figurer sur le verso de l'emballage desdits CD, la mention suivante, en caractère de 2,5 mm : « attention, il ne peut être lu sur tout lecteur ou autoradio » et ce sous astreinte de 1.000 Euros par jour de retard (...) »

Cette solution n'est pas pleinement satisfaisante : pour le consommateur, l'avertissement ordonné par le Tribunal ne nous semble pas suffire à conformer le produit à ses qualités substantielles, à savoir être lu sur un appareil antérieurement acquis à cette fin, sans mention d'aucune restriction.

Nous assisterions à un phénomène « d'utilités aléatoires ». L'on admettrait que des autoradios ou des appareils informatiques puissent lire certains CD audio ou des DVD, mais pas tous. Par principe l'accès à telle œuvre pourrait vous être refusé.

Il nous semble d'abord qu'un tel CD ou DVD, de lecture aléatoire, reste non conforme, sauf aux fabricants de lecteurs d'avertir préalablement que certains CD ou DVD seront exclus. Mais il s'agit alors, pour les ayants droit sur les œuvres et autres objets protégés de s'entendre avec les fabricants de lecteurs, afin que les acheteurs soient dûment informés par les deux parties (software et hardware).

Il nous semble ensuite, que l'intérêt général lié à l'accès à la culture et aux arts, suppose que toute œuvre puisse être lue sur tout lecteur, dès lors que l'acheteur du support et du lecteur entre légitimement en possession de ceux-ci.

Il nous semble enfin, que l'on pourrait reprocher aux éditeurs, dans l'hypothèse de supports de lecture rendus aléatoires selon les lecteurs, de contrevenir à leur obligation d'assurer une exploitation permanente et continue des œuvres des auteurs.

Pour reprendre l'exemple des jurisprudences précitées du tribunal de grande instance de Nanterre, les auteurs et les artistes pourraient être peu satisfaits, tant de la limitation d'audience induite par la mesure de protection technique, que de cette image sécuritaire et restrictive autour d'une œuvre de variété.

Section 1.4.3- Le droit de la concurrence

Si le législateur européen appelle de ses vœux la mise en place de système universels (considérant 54 de la directive du 22/05/01), les ayants droit doivent se garder des pratiques restrictives de la concurrence et notamment des ententes illicites.

Aux termes de l'article L. 420-1 du Code de commerce français :

« Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1- Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
- 2- Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
- 3- Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;*
- 4- Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »*

Aux termes de l'article L. 420-2 du même Code de commerce :

« I. - Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises :

- 1- D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ;*
- 2- De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente.*

II. - Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. »

Article L. 420-3 Code de commerce :

« Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2. »

Article L. 420-4 Code de commerce :

« I. - Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :

- 1- Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ; » (...)*

Article L. 420-6 Code de commerce :

« Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 500.000 F le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2

Le tribunal peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné. »

Section 1.4.4 - Les logiciels

Les programmes d'ordinateur et leur documentation, protégés par le droit de la propriété littéraire aux termes de l'article 1 de la directive 91/250 du 14 mai 1991, sont rejetés toujours un peu plus loin aux marges de ce droit. Y sont-ils vraiment ?²⁸

L'on sait que le droit moral de l'auteur d'un logiciel ne lui permet pas de s'opposer à la modification par le cessionnaire des droits (for l'honneur et la réputation), qu'il ne bénéficie pas d'un droit de repentir et de retrait, que la reproduction de tout ou partie du logiciel n'est pas soumise à autorisation lorsqu'elle est nécessaire pour permettre l'utilisation du logiciel conformément à sa destination, que l'utilisateur légitime peut, sans autorisation, décompiler le logiciel, assurer son interopérabilité, qu'il peut corriger des erreurs, faire une copie de sauvegarde ... Bref, que le droit de l'auteur du logiciel est contraint par un principe d'utilité et de finalité informatique, parfaitement dérogatoire au droit de la propriété littéraire.

La protection juridique des MT ne devra pas gêner le droit de décompilation et d'intégration de l'utilisateur d'un logiciel.

Cette réserve s'imposait pour le législateur européen, conscient de l'enjeu du développement du marché des solutions informatiques dans un contexte de domination américaine.

Le champ de protection juridique s'en trouve très réduit : il se cantonne aux supports CD, DVD et non aux logiciels de lecture informatique.

Ainsi, la protection juridique des MT ne vaudra pas pour protéger tel logiciel informatique de lecture des supports des objets protégés.

La directive arbitre en permanence entre trois principes :

- La protection des droits patrimoniaux exclusifs des titulaires de droits ;
- La protection des droits des utilisateurs ;
- Le développement du grand marché.

D'abord, en zone de faibles turbulences, en zone analogique ou quasiment analogique, par exemple, l'utilisation d'un CD audio sur un matériel électronique fermé (non informatique), la directive arbitre en faveur de l'exception de copie privée. Parce que, somme toute, cette exception, dans ce cadre, est sans doute la plus conforme à un principe de circulation des œuvres - sauf atteinte à l'exploitation normale ou préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droit.

Ensuite, en zone numérique, incertaine, risquée pour les titulaires de droit, et évolutive, la directive arbitre en faveur de leurs intérêts économiques légitimes, toujours dans la même perspective du développement du marché de la propriété intellectuelle : le préjudice causé par la copie privée semble injustifié. Aux Etats de décider.

²⁸ Considérant n° 50 : « Une telle protection juridique harmonisée n'affecte pas les dispositions spécifiques en matière de protection prévues par la directive 31/250/CEE.

En particulier, elle ne doit pas s'appliquer à la protection de mesures techniques utilisées en liaison avec des programmes d'ordinateur, qui relève exclusivement de ladite directive.

Elle ne doit ni empêcher, ni gêner la mise au point ou l'utilisation de tout moyen permettant de contourner une mesure technique nécessaire pour permettre d'effectuer les actes réalisés conformément à l'article 5, paragraphe 3, ou à l'article 6 de la directive 91/250/CEE. Les articles 5 et 6 de ladite directive déterminent uniquement les exceptions aux droits exclusifs applicables aux programmes d'ordinateur. »

Enfin, parfois, à la marge, les intérêts économiques légitimes des titulaires de droits, « menacés » qu'ils pouvaient être, par une exception ou une limitation, deviennent « menaçants », ou gênants, dans la perspective de développement du grand marché, et contraignent la circulation des informations, des œuvres et autres biens économiques, nuisibles au développement des services.

Alors, en dernier recours, la directive arbitre toujours en faveur du grand marché, du développement de la recherche, de la circulation de l'information et des données.²⁹

Section 1.4.5- Les limites de principe aux exceptions et limitations

Services de mise à disposition interactifs

Aux termes du considérant 53 : « *la protection des mesures techniques devrait garantir un environnement sûr pour la fourniture de services interactifs à la demande, et ce de telle manière que le public puisse avoir accès à des œuvres ou à d'autres objets dans un endroit et à un moment choisis par lui. Dans le cas où ces services sont régis par des dispositions contractuelles, le premier et le deuxième alinéas de l'article 6, paragraphe 4, (Intervention de l'Etat pour assurer le bénéfice des exceptions ou limitations) ne devraient pas s'appliquer. Les formes non interactives d'utilisation en ligne restent soumises à ces dispositions.* »

Ainsi les utilisations des services de mise à disposition d'objets protégés interactifs demeurent dans le ressort de la volonté des ayants droit : les Etats ne sont pas obligés d'intervenir pour permettre l'exercice d'une exception ou d'une limitation.

Les exceptions et limitations sont fonction inverse de l'importance du « complexe électronique » d'accès aux œuvres. En d'autres termes : plus c'est numérique et interactif, plus le législateur européen recule, renonce à la règle de droit des Etats et s'en remet à la volonté des parties.

En fait de volonté, il s'agit surtout de ne pas forcer, par une règle contraignante, des titulaires de droit, inquiets pour la pérennité de ces droits.

A un extrême, le support analogique off line doit permettre pleinement le jeu des exceptions et limitations. A défaut, l'Etat doit prendre des mesures appropriées.

A l'autre extrême, l'Etat n'est pas obligé d'intervenir pour permettre le bénéfice des exceptions et limitations dans le cadre d'un service en ligne de mise à disposition, interactif.

Plus c'est électronique, moins on ouvre, plus on caparçonne, plus les exceptions et limitations se restreignent :

²⁹ C'est le sens du Considérant 48 : « *Une telle protection juridique doit porter sur les mesures techniques qui permettent efficacement de limiter les actes non autorisés par les titulaires d'un droit d'auteur, de droits voisins ou du droit sui generis sur une base de données, sans toutefois empêcher le fonctionnement normal des équipements électroniques et leur développement technique. Une telle protection juridique n'implique aucune obligation de mise en conformité des dispositifs, produits, composants ou services avec ces mesures techniques, pour autant que lesdits dispositifs, produits, composants ou services ne tombent pas, par ailleurs, sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 6. (Comprendre 6.2)*

Une telle protection juridique doit respecter le principe de proportionnalité et ne doit pas interdire les dispositifs ou activités qui ont, sur le plan commercial, un objet ou une utilisation autre que le contournement de la protection technique. Cette protection ne doit notamment pas faire obstacle à la recherche sur la cryptographie. »

C'est le sens du considérant 34 :

« Lorsque les exceptions et limitations prévues par la présente directive sont appliquées, ce doit être dans le respect des obligations internationales. Ces exceptions et limitations ne sauraient être appliquées d'une manière qui cause un préjudice aux intérêts légitimes du titulaire de droits ou qui porte atteinte à l'exploitation normale de son œuvre ou autre objet.

Lorsque les Etats membres prévoient de telles exceptions ou limitations, il y a lieu, en particulier, de tenir dûment compte de l'incidence économique accrue que celles-ci sont susceptibles d'avoir dans le cadre du nouvel environnement électronique.

En conséquence, il pourrait être nécessaire de restreindre davantage encore la portée de certaines exceptions ou limitations en ce qui concerne certaines utilisations nouvelles d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés. »

Les conséquences économiques des exceptions et limitations sont difficilement appréhendables (peu lisibles) dans un environnement électronique en plein essor. Tant qu'il n'est pas possible de photographier précisément cet environnement électronique pour en analyser précisément les flux, tant que la lave ne sera pas solidifiée, pour le législateur européen, les titulaires de droits doivent pouvoir ouvrir l'accès aux œuvres et autres objets protégés sans contrainte, sans qu'une norme supérieure effarouche leurs velléités d'ouverture.

Titre II- La protection juridique des mesures techniques en dérivé : les produits ou services visant à contourner une MT et les obligations relatives à l'information sur le régime des droits.

Chapitre 2.1- La répression de l'exploitation des Produits ou Services Visant à Contourner une Mesure Technique Efficace (PSVCMTE)

Outre la protection juridique contre le contournement de toute mesure technique efficace prévue à l'article 6.1, la directive oblige les Etats membres à prévoir :

« une protection juridique appropriée contre la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location, la publicité en vue de la vente ou de la location, ou la possession à des fins commerciales de dispositifs, produits ou composants ou la prestation de services qui :

a) font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation, dans le but de contourner la protection, ou

b) n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection, ou

c) sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection

de toute mesure technique efficace. »

Les PSVCMTE que la directive oblige à circonscrire par la mise en place d'une « protection juridique appropriée » ne se définissent pas en vertu d'une simple potentialité. Ce n'est pas parce qu'un produit ou service pourrait avoir pour effet de contourner une MTE qu'il sera illicite. Cette potentialité du PSVCMTE illicite est nécessaire ; mais pas suffisante.

Il faut aussi et surtout que le PSVCMTE vise, en principal, à contourner la MTE.

Il s'agit de déceler, dans le produit ou service incriminé, une intention frauduleuse de ceux qui l'exploitent.

Pour déterminer si un produit ou service vise à contourner une MTE, la directive va instituer trois présomptions :

- La présomption fondée sur l'argumentaire promotionnel, publicitaire et la commercialisation :

Les PSVCMTE qui avancent le contournement des MTE à titre d'argument publicitaire ou promotionnel, tombent sous le coup de la protection juridique appropriée décidée par la directive. L'on ne précise pas si la promotion, la publicité ou la commercialisation doivent exclusivement mettre en avant l'application « contournement des MTE » pour entrer dans le champ de sa répression.

Il semble, quoique la publicité, la promotion ou la commercialisation, aient vanté d'autres finalités du produit ou service, qu'il suffise d'évoquer également la faculté de contournement des MTE, pour entrer dans le champ de la répression.

- La présomption fondée sur le but commercial ou l'utilité limités :

Les produits ou services, mis sur le marché avec une utilité limitée ou un but commercial limité au contournement d'une MTE, sont présumés viser cette fonction.

Le but commercial devrait se définir en fonction du critère habituel, la recherche du profit, et des moyens utilisés, marchés ciblés, publicité, fonctionnalités du produit ou du service ...

Toutefois, une exploitation non commerciale mais qui aurait une utilité limitée au contournement de la MTE serait aussi incriminée.

- La présomption fondée sur la conception technique :

Les deux premières présomptions (publicité, utilité et but commercial limités) peuvent impliquer des sanctions contre des produits ou services dont la conception initiale poursuivait un objectif tout différent, mais ensuite utilisés, exploités et promus pour la seule fin, ou principalement, de contourner une MTE.

C'est pourquoi la directive va circonscrire dans sa prévention juridique les PSVCMTE conçus, produits, adaptés ou réalisés, dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection. Peu importe ensuite leur publicité, leur utilité effective ou leur commercialisation.

Peu importe aussi leur conception de base puisque même les produits et services « adaptés » entrent dans le champ de la répression.

Il ne nous paraît pas que les trois présomptions qui permettent de définir les PSVCMTE puissent supporter une preuve contraire : elles sont irréfragables dès lors que les faits de l'une des trois présomptions sont acquis.

Sauf aux personnes poursuivies de contester les faits et de démontrer : soit que la publicité, la promotion, la commercialisation ont eu d'autres buts ; soit que le but commercial ou l'utilité du produit ou service, n'étaient pas limités au contournement d'une MTE ; soit que les produits et services n'avaient pas été principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre le contournement de la MTE.

Chapitre 2.2- La répression du contournement des « Informations sur le régime des droits » (IRD)

Après avoir organisé la protection juridique contre le contournement des mesures techniques efficaces (Article 6.1), la protection juridique contre les produits ou services visant à contourner une mesure technique efficace (article 6.2), la directive complète le système de protection avec la répression du contournement des informations sur le régime des droits.

Aux termes de l'article 7.2 de la directive :

« On entend par « information sur le régime des droits » toute information fournie par des titulaires de droits qui permet d'identifier l'œuvre ou autre objet protégé visé par la présente directive ou couvert par le droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE, l'auteur ou tout autre titulaire de droits. Cette expression désigne aussi les informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre ou autre objet protégé ainsi que tout numéro ou code représentant ces informations.

Le premier alinéa s'applique lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à la copie ou apparaît en relation avec la communication au public d'une oeuvre ou d'un objet protégé visé par la présente directive ou couvert par le droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE. »

Section 2.2.1- Les IRD protégées

Les IRD protégées sont de deux types principaux, celles qui ont pour fonction l'identification des objets protégés ; celles qui ont pour fonction les conditions d'utilisation. Un troisième type d'IRD est protégé, ce sont les codes qui permettent les deux fonctions sus mentionnées.

2.2.1.1- Fonction d'identification des oeuvres

- Les IRD protégées s'entendent de toute information, fournie par des titulaires de droit, qui permet d'identifier l'œuvre (ou tout autre objet protégé), l'auteur ou tout autre titulaire de droit.

Il ne s'agit pas de droit moral, puisque la directive n'en traite pas. Il s'agit « d'informations » sur le régime des droits patrimoniaux. Le nom d'un auteur ou d'un titulaire de droit n'est pas protégé en tant qu'il constitue un attribut de droit moral, mais en tant qu'il constitue une information sur le régime des droits patrimoniaux.

Par ailleurs, en droit interne, notamment en droit français, et en droit unioniste, la mention du nom d'un auteur ou d'un artiste constitue un attribut de droit moral. En France, son effacement volontaire par tel utilisateur constitue d'ores et déjà le délit de contrefaçon.

La directive complète cette protection du droit moral par une plus vaste protection des droits patrimoniaux : il s'agit certes des noms des auteurs et des artistes mais aussi de toute information qui permet d'identifier l'objet protégé (et non pas l'auteur ou l'artiste comme en matière de droit moral).

2.2.1.2 Conditions d'utilisation des oeuvres

- Les IRD protégées s'entendent non seulement des éléments permettant d'identifier l'œuvre mais aussi des conditions et modalités d'utilisation. Par exemple le cadre de l'utilisation (cercle de famille) ou le nombre de copies privées éventuellement autorisées.

2.2.1.3- Codification des éléments d'identification de l'œuvre et de ces conditions d'utilisation

Aux termes du considérant 54 :

« Des progrès importants ont été accomplis dans le domaine de la normalisation internationale des systèmes techniques d'identification des œuvres et objets protégés sous forme numérique. Dans le cadre d'un environnement où les réseaux occupent une place de plus en plus grande, les différences existant entre les mesures techniques pourraient aboutir, au sein de la Communauté, à une incompatibilité des systèmes. La compatibilité et l'interopérabilité des différents systèmes doivent être encouragées. Il serait très souhaitable que soit encouragée la mise au point de systèmes universels. »

La protection des codes et numéros permettant d'identifier les œuvres et le régime de leurs droits poursuit l'objectif d'intégration et d'harmonisation de la directive. Cette codification – numérisation permet d'envisager l'exploitation « idéale » des objets protégés sur des réseaux numériques, dans l'idéal du grand marché.

Considérant 55 :

« L'évolution technologique facilitera la distribution d'œuvres, notamment sur les réseaux, et il sera par conséquent nécessaire pour les titulaires de droits de mieux identifier l'œuvre ou autre objet protégé, l'auteur ou tout autre titulaire de droits, et de fournir des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre ou autre objet protégé, afin de faciliter la gestion des droits y afférents. Les titulaires de droits doivent être encouragés à utiliser des signes indiquant notamment,

outre les informations visées ci-dessus, leur autorisation lorsque des oeuvres ou d'autres objets protégés sont distribués sur les réseaux. »

Outre les fonctions d'identification des œuvres et d'information sur le régime des droits, la codification-numérisation permet, de l'autre côté de la chaîne, celui des ayants droit, de « remonter » les différentes utilisations pour déterminer la facture : c'est la gestion des droits.

Plus les titulaires de droits utilisent des codes, plus on peut envisager une gestion universelle, donc harmonisée.

Article L331-22 - (inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 18 Journal Officiel du 3 août 2006)

Les informations sous forme électronique concernant le régime des droits afférents à une oeuvre, autre qu'un logiciel, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme, sont protégées dans les conditions prévues au présent titre, lorsque l'un des éléments d'information, numéros ou codes est joint à la reproduction ou apparaît en relation avec la communication au public de l'oeuvre, de l'interprétation, du phonogramme, du vidéogramme ou du programme qu'il concerne.

On entend par information sous forme électronique toute information fournie par un titulaire de droits qui permet d'identifier une oeuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme ou un titulaire de droit, toute information sur les conditions et modalités d'utilisation d'une oeuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, ainsi que tout numéro ou code représentant tout ou partie de ces informations.

Section 2.2.2- Les moyens de la répression du contournement des IRD

Aux termes de la directive article 7 :

« 1. Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre toute personne qui accomplit sciemment, sans autorisation, l'un des actes suivants:

a) supprimer ou modifier toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;

b) distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser, communiquer au public ou mettre à disposition des oeuvres ou autres objets protégés en vertu de la présente directive ou du chapitre III de la directive 96/9/CE et dont les informations sur le régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation,

en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que, ce faisant, elle entraîne, permet, facilite ou dissimule une atteinte à un droit d'auteur ou droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou au droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE. »

Seules sont protégées les IRD se présentant sous forme électronique.

- Devront être réprimées la suppression ou la modification d'une IRD sus définie. (Cf 2.2.1.1 supra)

- Devra être également réprimé le débit d'objets protégés dont les IRD auront été supprimées ou modifiées.

Pour devoir être réprimée, il faudra que la suppression ou la modification de l'IRD présume une fraude aux droits sur les objets protégés.

Ainsi, la répression de la neutralisation des IRD devrait supposer une inscription électronique stable, qui ne varierait pas en fonction des logiciels ou des lecteurs.

Section 2.2.3- La limite des données personnelles

Aux termes du considérant 57 :

« Les systèmes relatifs à l'information sur le régime des droits susmentionnés peuvent aussi, selon leur conception, traiter des données à caractère personnel relatives aux habitudes de consommation des particuliers pour ce qui est des objets protégés et permettre l'observation des comportements en ligne. Ces moyens techniques doivent, dans leurs fonctions techniques, incorporer les principes de protection de la vie privée, conformément à la directive 95/46/CE (...) »

2.2.3.1- Les droits des personnes sur leurs données à caractère personnel

La loi française du 6 janvier 1978 avait instauré la protection des « données nominatives » dans un contexte politique très différent : il s'agissait d'abord à l'époque de prévenir les risques créés par les traitements de l'administration.

L'avènement de la micro informatique et de l'Internet déplacent les facteurs de risque vers les traitements de données personnelles mis en œuvre par les personnes privées.

La directive du 24 octobre 1995 qui devait être transposée avant le 24 octobre 1998 a finalement été intégrée dans l'ordre juridique français par une loi 2004-801 du 6 août 2004 art. 5 JORF 7 août 2004.

Nous commentons la directive du 24 octobre 1995 et la loi du 6 janvier 1978 modifiée par la loi du 6 août 2004 :

Données à caractère personnel

Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres.

Le traitement de données à caractère personnel est défini comme : « toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction. »

Les dispositions de la loi ne sont pas applicables aux copies temporaires qui sont faites dans le cadre des activités techniques de transmission et de fourniture d'accès à un réseau numérique, en vue du stockage automatique, intermédiaire et transitoire des données et à seule fin de permettre à d'autres destinataires du service le meilleur accès possible aux informations transmises.

Sont soumis à la loi française les traitements de données à caractère personnel :

- dont le responsable est établi sur le territoire français. Le responsable d'un traitement qui exerce dans le cadre d'une installation, quelle que soit sa forme juridique, y est considéré comme établi.
- dont le responsable, sans être établi sur le territoire français ou sur celui d'un autre Etat membre de la Communauté européenne, recourt à des traitements situés sur le territoire français, à l'exclusion des traitements qui ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur ce territoire ou sur celui d'un autre Etat membre de la Communauté européenne.

La nature du droit des personnes physiques sur les données à caractère personnel

« Alors que la loi dote les individus de droits d'accès, de communication, de rectification et d'opposition sur leurs données qui restent définitivement théoriques, la réalité de la société de l'information voit proliférer les collectes et les ventes de données à des fins marchandes, au point que le principal droit sur les données semble parfois être un droit de propriété. » (Livre Blanc Pierre Truche : administration électronique et protection des données personnelles).

Mais c'est bien un droit personnel qui est protégé, et non un droit réel.³⁰

Une personne ne dispose pas librement de ses données personnelles : l'on ne peut modifier son nom comme on le souhaite.

Comme le note le Livre blanc précité, l'idée d'un droit de propriété n'est pas celle qui fonde la législation sur l'informatique et les libertés, bien davantage centrée sur une optique de protection des libertés.

La communication des données personnelles doit résulter soit du consentement de l'intéressé soit d'obligations législatives ou réglementaires.

Le traitement est légitime, nonobstant le consentement de la personne concernée s'il est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis, « ou encore à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique. »

2.2.3.2- Conditions de licéité de la mise en œuvre des traitements de données à caractère personnel (Chapitre 2 de la loi modifiée - Articles 6 à 10)

³⁰ En droit des marques, une personne titulaire d'un nom célèbre, notoire, peut opposer son droit sur son nom au dépôt à titre de marque de ce même nom par un tiers, dès lors qu'un risque de confusion existe.

Un traitement de données à caractère personnel doit : soit avoir reçu le consentement de la personne concernée, soit être nécessaire à l'une des conditions suivantes :

- - au respect d'une obligation légale incombant au responsable du traitement ;
- - à la sauvegarde de la vie de la personne concernée ;
- - l'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement ;
- - à l'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ;
- - à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée.

La mise œuvre de données personnelles au moyen d'un système d'identification en ligne pour accéder à une œuvre ou autre objet protégé dérogerait au principe d'autorisation de la personne concernée : l'intérêt du responsable du traitement est légitime et l'accès à l'œuvre ou autre objet protégé s'inscrit dans un cadre contractuel.

Un article 226-18-1 nouveau du Code pénal incrimine le fait « *de procéder à un traitement de données à caractère personnel concernant une personne physique malgré l'opposition de cette personne, lorsque ce traitement répond à des fins de prospection, notamment commerciale, ou lorsque cette opposition est fondée sur des motifs légitimes.* » La peine encourue est de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 Euros d'amende.

Un Article 226-22-1 nouveau du Code pénal réprime la violation des nouvelles dispositions introduites par la loi du 6 août 2004 qui encadre les transferts de données à caractère personnel vers des Etats tiers : « *Le fait, hors les cas prévus par la loi, de procéder ou de faire procéder à [ces transferts] en violation des mesures prises par la Commission des Communautés européennes ou par la Commission nationale de l'informatique et des libertés mentionnées à l'article 70 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 Euros d'amende* ».

Un article 226-22-2 nouveau du Code pénal prévoit que, dans les cas prévus aux articles 226-16 à 226-22-1, le juge pourra également ordonner l'effacement de tout ou partie des données à caractère personnel faisant l'objet du traitement ayant donné lieu à l'infraction. Les membres et les agents de la CNIL sont habilités à constater l'effectivité de cet effacement. Jusqu'à présent, aux termes de la loi du 6 janvier 1978, la CNIL pouvait directement prescrire « *la destruction des supports d'informations* », mais cette disposition n'a pas été reprise par la loi du 6 août 2004.

Les données collectées par le responsable du traitement doivent satisfaire aux conditions suivantes :

a- Les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite ;

b- Pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Toutefois, un traitement ultérieur de données à des fins statistiques ou à des fins de recherche scientifique ou historique est considéré comme compatible avec les finalités initiales de la collecte des données ;

- c- Les données doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard de leurs finalités et de leurs traitements ultérieurs ; (principe de proportionnalité)
- d- Les données doivent être exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour ; les mesures appropriées doivent être prises pour que les données inexacts ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées soient effacées ou rectifiées ;
- e- Les données doivent être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées.

2.2.3.3- Prérogatives particulières de la personne physique concernée par le traitement

La personne auprès de laquelle sont recueillies des données à caractère personnel la concernant est informée, sauf si elle l'a été au préalable par le responsable du traitement ou son représentant :

- De l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant, de celle de son représentant ;
- De la finalité poursuivie par le traitement auquel les données sont destinées ;
- Du caractère obligatoire ou facultatif des réponses ;
- Des conséquences éventuelles, à son égard, d'un défaut de réponse ;
- Des destinataires ou catégories de destinataires des données ;
- De ses droits :

Droit d'opposition

Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement. Sauf lorsque le traitement répond à une obligation légale ou lorsque l'application de ces dispositions a été écartée par une disposition expresse de l'acte autorisant le traitement.

Elle a le droit de s'opposer sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur.

Droit d'accès et d'information

Toute personne physique justifiant de son identité a le droit d'interroger le responsable d'un traitement de données à caractère personnel en vue d'obtenir :

La confirmation que des données la concernant font ou ne font pas l'objet de ce traitement ;

Des informations relatives aux finalités du traitement, aux catégories de données traitées et aux destinataires ou aux catégories de destinataires auxquels les données sont communiquées ;

Le cas échéant, des informations relatives aux transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un Etat non membre de la Communauté européenne ;

La communication sous une forme accessible des données qui la concernent ainsi que de toute information disponible quant à l'origine de celles-ci ;

Les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé lorsque les résultats de celui-ci lui sont opposés. Toutefois, les informations communiquées à la personne concernée ne doivent pas porter atteinte au droit d'auteur ;

Une copie des données est délivrée à l'intéressé à sa demande. Le responsable du traitement peut subordonner la délivrance de cette copie au paiement d'une somme qui ne peut excéder le coût de la reproduction.

Le responsable du traitement peut s'opposer aux demandes manifestement abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique. En cas de contestation, la charge de la preuve du caractère manifestement abusif des demandes incombe au responsable auprès duquel elles sont adressées.

N.B : le droit d'accès et d'information ne s'applique pas lorsque les données à caractère personnel sont conservées sous une forme excluant manifestement tout risque d'atteinte à la vie privée des personnes concernées et pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux seules finalités d'établissement de statistiques ou de recherche scientifique ou historique.

Hormis le cas des traitements dont la finalité se limite à assurer la conservation à long terme de documents d'archives, les dérogations envisagées par le responsable du traitement sont mentionnées dans la demande d'autorisation ou dans la déclaration adressée à la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Droit de rectification

Toute personne physique justifiant de son identité peut exiger du responsable du traitement que soient rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant, qui sont inexactes, incomplètes ou équivoques, périmées ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite.

2.2.3.4- Obligations du responsable du traitement et prérogatives générales des personnes

Droit à l'image, au nom et au respect de la vie privée

Les prérogatives particulières de la personne physique au regard du traitement de fichiers de données à caractère personnel n'exonèrent pas le responsable du traitement du droit commun quant au nom, à l'image et à la vie privée des personnes.

2.2.3.5- La circulation des fichiers de données à caractère personnel

Dès lors que les données personnelles ont été collectées conformément à la loi, c'est à dire au regard des droits des personnes physiques tels que sus mentionnés, le traitement est licite. Pour autant les fichiers de données personnelles peuvent-ils librement circuler ?

L'OCDE a adopté le 23 septembre 1980 les lignes directrices régissant la vie privée et le flux transfrontières des données à caractère personnel. Dépourvu de toute valeur contraignante, ce texte avait pour objet de favoriser la circulation des données à caractère personnel, pour éviter que les disparités entre les législations nationales ne conduisent à limiter les flux d'échanges entre les pays et compromettent ainsi la croissance économique au sein de l'OCDE.

Le conseil de l'Europe a adopté la convention 108 du 28 janvier 1981 qui, dans le dernier alinéa de son préambule évoque la nécessité de concilier les valeurs fondamentales du respect de la vie privée et la libre circulation de l'information entre les peuples.

Alors que la loi du 6 janvier 1978 modifiée répond à une problématique de liberté publique, la protection des personnes physiques, la Directive du 24 octobre 1995 répond à une logique marchande conforme au Traité de Rome et aux actes subséquents instituant le marché unique : aux termes de l'article 1^{er} de la Directive les Etats membres ne peuvent restreindre ni interdire la libre circulation des données à caractère personnel entre Etats membres pour des raisons tenant à la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment à l'égard de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Par contre ce principe est inversé pour les flux de données à caractère personnel à destination des pays tiers, pour lesquels le principe est celui de la non-circulation, sauf si le pays tiers concerné assure un niveau de protection adéquat.

- La circulation des fichiers de données à caractère personnel au sein de l'Union européenne.

Le principe communautaire est celui de la libre circulation.

Ce principe s'applique sans préjudice du droit des personnes concernées, du droit du responsable du traitement et de l'ordre public.

La cession d'informations nominatives à des tiers sous la forme de rapprochements ou d'interconnexions n'est licite que sous réserve d'être prévue dans la déclaration initiale ou d'avoir fait l'objet d'un avis de modification. Cette mention est impérative.

L'utilisation d'un fichier de données personnelles par un tiers sans l'autorisation du responsable du traitement est susceptible de constituer une faute civile et une infraction pénale.

Le responsable du traitement aura préalablement informé la personne concernée, auprès de qui sont recueillies des données personnelles la concernant, des destinataires ou catégories de destinataires des données.

La personne concernée aura toujours la possibilité de s'opposer, sans frais, à ce que des données personnelles la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement.

Le producteur de base de donnée, responsable du traitement, veillera à ce que les données collectées ne contreviennent pas à l'ordre public.

Le responsable du traitement pourra, s'il a respecté le droit des personnes physiques, s'il est titulaire légitime de droit sur ses fichiers et sous la réserve constante de l'ordre public, exploiter ceux-ci à titre onéreux ou gratuit.

- Circulation des données personnelles hors de la Communauté européenne

La directive prévoit que les autorités de protection devront être particulièrement vigilantes à l'égard de ces opérations et devront les signaler, les suspendre ou les interdire lorsque le niveau de protection assuré dans le pays de destination est inférieur aux normes de l'Union européenne.

La loi modifiée intègre trois articles nouveaux, numérotés 68 à 70 regroupés dans un chapitre XII intitulé : « *Transferts de données à caractère personnel vers des Etats n'appartenant pas à la Communauté européenne* ».

L'exigence d'un niveau de protection « *suffisant* ».

L'article 68 prévoit, dans son premier alinéa, que le responsable d'un traitement ne pourra transférer des données à caractère personnel vers un Etat tiers que si celui-ci assure un niveau de protection « *suffisant* » de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes à l'égard du traitement dont elles font ou seront susceptibles de faire l'objet.

Il détermine également, dans un second alinéa, les critères à partir desquels devra être apprécié le caractère suffisant du niveau de protection de l'Etat en question, en faisant référence, notamment, aux dispositions en vigueur dans cet Etat, aux mesures de sécurité qui y sont appliquées, aux caractéristiques propres du traitement (notamment ses fins et sa durée) ainsi qu'à la nature, l'origine et la destination des données traitées.

La directive fait référence à un niveau de protection « *adéquat* », et non pas « *suffisant* ».

La directive fait référence, parmi les critères sur la base desquels devra être apprécié le caractère adéquat (ou suffisant) du niveau de protection offert par l'Etat de destination, aux « *règles de droit, générales ou sectorielles, en vigueur dans le pays tiers en cause* ». L'article 68 vise de façon plus générale : « *les dispositions en vigueur dans cet Etat* ».

La directive requiert « *un niveau de protection adéquat* », condition à laquelle l'article 68 ajoute : « *de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes* ».

Dérogations

L'article 69 fait usage des possibilités de dérogations prévues par la directive, en apportant des exceptions à l'interdiction de transfert vers les Etats dont le niveau de protection est insuffisant.

Un responsable d'un traitement peut transférer des données à caractère personnel vers un Etat tiers qui ne remplirait pas les conditions requises, dans deux hypothèses :

- Lorsque la personne concernée « *a consenti* » à ce transfert.

- Lorsque le transfert est nécessaire à la sauvegarde de la vie de la personne concernée ou d'un intérêt public, à des obligations juridiques liées à la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice, à la consultation de certains registres publics et à la conclusion ou l'exécution d'un contrat que ce soit par la personne concernée ou par un tiers dans l'intérêt de celle-ci.

Une troisième hypothèse prévoit la possibilité d'une exception à l'interdiction par décision de la CNIL.

Dans le cas d'un traitement de données à caractère personnel mis en oeuvre pour le compte de l'Etat et qui intéressent la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique ; ou encore lorsqu'il s'agit de traitement qui ont pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté.

La dérogation suppose un décret en Conseil d'Etat pris après avis motivé et publié de la commission, lorsque le traitement garantit un niveau de protection suffisant de la vie privée ainsi que des libertés et droits fondamentaux des personnes, notamment en raison des clauses contractuelles ou règles internes dont il fait l'objet.

-Les modalités d'appréciation des niveaux de protection

- Lorsque l'insuffisance du niveau de protection d'un pays tiers est constatée par la Commission européenne, la CNIL, saisie d'une déclaration de traitement faisant apparaître la possibilité d'un transfert vers cet Etat, délivre le récépissé prévu à cet effet avec mention de l'interdiction de procéder audit transfert.

- Lorsque cette insuffisance est constatée par la CNIL, à défaut de décision des autorités communautaires, celle-ci en informe sans délai la Commission européenne. Saisie d'une déclaration faisant apparaître un transfert vers l'Etat en question, elle délivre le récépissé en enjoignant, le cas échéant, au déclarant de suspendre ce transfert. Elle notifie au responsable du traitement la cessation de cette suspension si la Commission européenne considère ultérieurement comme suffisant le niveau de protection de l'Etat de destination ; dans le cas contraire, elle lui notifie une interdiction de procéder au transfert des données.

Le cas particulier du traitement des données personnelles par les sociétés de gestion collective

La loi du 6 janvier 1978 modifiée prévoit dans son article 9 la possibilité pour les sociétés de perception et de répartition des droits d'auteurs et ceux des artistes interprètes, producteurs de phonogramme et de vidéogramme ainsi que des organismes de défense professionnelle régulièrement constitués de mettre en oeuvre des traitements de données à caractère personnel relatives à des infractions, condamnations et mesures de sûreté.

Les données pouvant être recueillies par les Sociétés de gestion et les organismes professionnels pourront être variées : adresse IP, journal des connexions entre autres...

(Dans la mesure où il sera possible de les rattacher aux infractions constatées, des données prohibées par la loi de 1978 qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci, pourront légalement être collectées ou traitées.)

Toutefois ces données ne pourront acquérir un caractère nominatif que dans le cadre d'une **procédure judiciaire** et par rapprochement avec des informations dont la durée de conservation est de **un an (décision du Conseil Constitutionnel n°2004-499 DC du 29 juillet 2004)**.

La création de ces traitements est subordonnée à l'autorisation de la CNIL mais le consentement de la personne concernée n'est pas nécessaire ni son information par le responsable du traitement.

La loi prévoit le droit d'accès et de rectification des données à caractère personnel par les intéressés mais sachant qu'il n'y a pas d'information des intéressés et que les données n'ont pas de caractère nominatif, cette possibilité semble hypothétique.

On peut s'interroger sur la bonne proportionnalité entre les risques d'atteintes aux droits et libertés fondamentaux des personnes concernées par le traitement et l'intérêt légitime de protection des droits de propriété intellectuelle des sociétés de gestion.

Titre III- Les mesures juridiques appropriées (MJA) à la charge des Etats membres

Les Etats membres ont donc la charge de mettre en place des mesures juridiques appropriées (MJA) contre :

- le contournement des mesures techniques efficaces ;
- le contournement des mesures techniques permettant l'exercice d'une exception ou d'une limitation ;
- l'exploitation de produits ou services visant à contourner une MTE ;
- la suppression ou la modification des informations sur le régime des droits.

Chapitre 3.1- Des mesures juridiques³¹

³¹ D'abord, les États membres doivent prévoir (article 8 de la directive du 22 mai 2001) des sanctions et des voies de recours appropriées contre les atteintes aux droits et obligations prévus par la présente directive et doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour en garantir l'application. Ces sanctions sont efficaces, proportionnées et dissuasives.

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que les titulaires de droits dont les intérêts sont lésés par une infraction commise sur son territoire puissent intenter une action en dommages-intérêts et/ou demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue ainsi que, le cas échéant, demander la saisie du matériel concerné par l'infraction ainsi que des dispositifs, produits ou composants visés à l'article 6, paragraphe 2.

Les Etats membres doivent légiférer contre des actes de contournement.

Dans l'absolu, il peut s'agir d'un dispositif incitatif, préventif ou répressif.

Le dispositif peut être civil ou pénal.

Un dispositif approprié illustre l'adéquation des mesures juridiques au principe de proportionnalité au regard des intérêts en cause.

Comme la directive le développe au long de ses considérants et de son dispositif, le dispositif répressif devra éventuellement concilier d'autres intérêts : Le principe supérieur de développement du grand marché et partant le développement, la recherche et l'exploitation de l'informatique et des services en ligne, le respect de la vie privée ...

La directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 « *relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle* » définit les moyens de la protection juridique appropriée qui pourraient être mis en œuvre par les Etats. La directive est entrée en vigueur le 22 juin 2004. La date limite de transposition en droit interne est fixée au 29 avril 2004.

Les mesures et procédures prévues par la Directive du 29 avril 2004 concernent toute atteinte aux droits découlant des actes communautaires et européens relatifs à la protection de la propriété intellectuelle, lorsqu'une atteinte est commise à des fins commerciales ou lorsque l'atteinte cause un préjudice substantiel au titulaire du droit.

De façon générale, les mesures et procédures mises en œuvre par la directive du 29 avril 2004 doivent être de nature à priver les responsables d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle du profit économique de l'atteinte en cause. Les sanctions des atteintes aux droits de propriété intellectuelle doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

Les sociétés de gestion de droits ont qualité pour agir.

Est présumée être l'auteur d'une œuvre, jusqu'à preuve du contraire, la personne dont le nom, qui est présenté comme étant celui de l'auteur de l'œuvre, figure sur des exemplaires de l'œuvre, ou la personne à laquelle référence est faite en tant qu'auteur sur un exemplaire de l'œuvre par une mention écrite, une étiquette ou une autre marque.

Section 3.1.1- Les MJA provisoires et conservatoires

La proposition de directive met en œuvre un dispositif juridique à différents niveaux, d'abord les MJA provisoires et conservatoires :

- les actions provisoires et conservatoires aux fins de preuve de la contrefaçon supposée,
- les actions provisoires et conservatoires aux fins de cessation du trouble allégué,
- les actions provisoires et conservatoires aux fins de constitution de garanties : saisie des biens immobiliers et mobiliers, y compris les comptes bancaires.

Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin.

Aux termes de l'article 7 de la directive du 219 avril 2004, « Mesures de conservation des preuves » :

1. Avant même l'engagement d'une action au fond, les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, sur requête d'une partie qui a présenté des éléments de preuve raisonnablement accessibles pour étayer ses allégations selon lesquelles il a été porté atteinte à son droit de propriété intellectuelle ou qu'une telle atteinte est imminente, ordonner des mesures provisoires rapides et efficaces pour conserver les éléments de preuve pertinents, au regard de l'atteinte alléguée, sous réserve que la protection des renseignements confidentiels soit assurée. De telles mesures peuvent inclure la description détaillée avec ou sans prélèvement d'échantillons, ou la saisie réelle des marchandises litigieuses et, dans les cas appropriés, des matériels et instruments utilisés pour produire et/ou distribuer ces marchandises ainsi que des documents s'y rapportant. Ces mesures sont prises, le cas échéant, sans que l'autre partie soit entendue, notamment lorsque tout retard est susceptible de causer un préjudice irréparable au titulaire du droit ou lorsqu'il existe un risque démontrable de destruction des éléments de preuve.

Dans les cas où les mesures de conservation des preuves sont adoptées sans que l'autre partie ait été entendue, les parties affectées en sont avisées, sans délai après l'exécution des mesures au plus tard. Une révision, y compris le droit d'être entendu, a lieu à la demande des parties affectées afin qu'il soit décidé, dans un délai raisonnable après la notification des mesures, si celles-ci sont modifiées, abrogées ou confirmées.

2. Les États membres veillent à ce que les mesures de conservation des preuves puissent être subordonnées à la constitution par le requérant d'une caution ou d'une garantie équivalente adéquate, destinée à assurer l'indemnisation de tout préjudice subi par le défendeur, conformément au paragraphe 4.

3. Les États membres veillent à ce que les mesures de conservation des preuves soient abrogées ou cessent de produire leurs effets d'une autre manière, à la demande du défendeur, sans préjudice des dommages-intérêts qui peuvent être réclamés, si le demandeur n'a pas engagé, dans un délai raisonnable, d'action conduisant à une décision au fond devant l'autorité judiciaire compétente, délai qui sera déterminé par l'autorité judiciaire ordonnant les mesures lorsque la législation de l'État membre le permet ou, en l'absence d'une telle détermination, dans un délai ne dépassant pas vingt jours ouvrables ou trente et un jours civils si ce délai est plus long.

4. Dans les cas où les mesures de conservation des preuves sont abrogées ou cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du demandeur, ou dans les cas où il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, les autorités judiciaires sont habilitées à ordonner au demandeur, à la demande du défendeur, d'accorder à ce dernier un dédommagement approprié en réparation de tout dommage causé par ces mesures.

5. Les États membres peuvent prendre des mesures pour protéger l'identité des témoins.

Ces dispositions nouvelles de la directive sont largement inspirées du droit positif français :

Les dispositions actuelles du Nouveau code de procédure civile français (articles 138 et suivants) permettent dorénavant et déjà à une partie d'obtenir par injonction du juge la communication, y compris en référé, avant tout procès au fond, d'un élément de preuve détenu par un tiers, ou une partie si une instance est en cours.

La saisie contrefaçon prévue par l'article L.332-1 du Code de la propriété intellectuelle français permet la saisie des œuvres reproduites ou l'interdiction des représentations et la saisie des recettes.

L'article 9 de la directive du 29 avril 2004 prévoit une action afin que toute personne fournisse des informations sur l'origine et les réseaux de distribution de marchandises ou de fournitures de services qui sont supposés porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle si cette personne :

- a été trouvée en possession, à des fins commerciales, des marchandises litigieuses ;
- a été trouvée en train d'utiliser, à des fins commerciales, des services litigieux ;
- ou a été indiquée par celles ci comme étant à l'origine de ces marchandises ou services ou comme constituant un maillon du réseau de distribution de ces marchandises.

Ce régime s'inscrit dans la continuité du droit de la responsabilité des hébergeurs aux termes de l'article 14.3 de la directive du 8 juin 2000 qui prévoit :

« la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible. »

Cette disposition européenne a été transposée en droit français par la loi dite Lcnen (loi pour la confiance dans l'économie numérique) du 21 juin 2004 qui définit un régime particulier pour la responsabilité des prestataires de services Internet à l'occasion des délits commis par leurs usagers :

Les fournisseurs d'hébergement ne peuvent être tenus pour civilement ou pénalement responsable du contenu stocké s'ils n'avaient pas connaissance du caractère illicite.

Ils ne sont pas davantage responsables si, dès le moment où ils ont eu connaissance du caractère illicite du contenu ou de faits de circonstances mettant en évidence ce caractère illicite, ils ont agi avec promptitude pour retirer ces données ou rendre l'accès à celle-ci impossible.

La connaissance des faits litigieux est présumée acquise pour les hébergeurs lorsque la personne qui sollicite le retrait des informations décline précisément son identité, décrits des faits litigieux et expose les motifs de la demande de retrait et envoie une copie de la correspondance adressée à l'auteur ou l'éditeur des informations litigieuses ; cette notification doit être datée.

Quant au fournisseur d'accès et l'activité de stockage intermédiaire, la loi modifie le Code des postes et télécommunications électroniques (ancien code des P & T) : le fournisseur d'accès n'est pas en principe responsable du contenu sauf s'il est « à l'origine de la transmission litigieuse » ou s'il « sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission. »

La loi du 21 juin 2004 (LCEN) oblige la partie plaignante à agir en référé pour mettre en œuvre la responsabilité des fournisseurs d'accès ou d'hébergement.

Cette loi réaffirme l'obligation de conservation des données par les prestataires de services de communication en ligne afin de les communiquer aux autorités judiciaires » à leur

demande, le défaut de conservation des données étant puni d'un an d'emprisonnement et de 75.000 Euros d'amende.

Cette obligation avait été fixée par la loi du 15 novembre 2001, mais ce texte souffrait du défaut d'adoption d'un décret en Conseil d'Etat qui aurait du définir précisément les données que doivent conserver les FAI et FH.

Désormais, les prestataires de services Internet doivent mettre en place des dispositifs permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données.

Dès lors que l'on aura signalé à un prestataire un tel contenu illicite, il appartiendra à ce dernier d'informer les autorités publiques. La loi fait également obligation aux FAI et FH de rendre public les moyens qu'ils consacrent à la lutte contre les activités illicites.

Le manquement à l'une de ces obligations est puni d'un an d'emprisonnement et de 75.000 Euros d'amende.

La LCEN du 21 juin 2004 prévoit, lorsque les hébergeurs sont hors d'atteinte, ce qui est souvent le cas s'ils sont étrangers, la justice peut imposer « à défaut », aux fournisseurs d'accès des mesures de filtrage interdisant la connexion aux adresses Internet concernées. Mais cette responsabilité doit être invoquée en dernier lieu.

Section 3.1.2- Les MJA résultant d'un jugement au fond

Rappel des marchandises portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle ;

Mise hors des circuits commerciaux des mêmes marchandises ;

Destruction des mêmes marchandises ;

Interdiction de la poursuite des activités illicites, le cas échéant sous astreinte. Les titulaires de droits doivent être en mesure de demander qu'une injonction soit adressée aux intermédiaires dont les services sont utilisés par des tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle.

La proposition de directive prévoit un mécanisme de dommages-intérêts forfaitaires (le double des redevances « évitées ») ou proportionnels (au préjudice).

La proposition de directive prévoit des mesures de publicité.

Section 3.1.3- Dispositions de droit pénal

Aux termes de l'article 20 de la proposition de directive du 30 janvier 2003, avant qu'elle ne soit débattue, modifiée et adoptée, les Etats membres devaient veiller à qualifier d'infraction pénale toute atteinte grave à un droit de propriété intellectuelle, ainsi que la tentative d'une telle atteinte, la complicité et l'incitation à une telle atteinte. Une atteinte est considérée comme grave lorsqu'elle est intentionnelle et commise à des fins commerciales.

Quant aux personnes physiques, les Etats membres devaient prévoir des sanctions pénales, y compris des peines privatives de liberté. (Cf accords ADPIC article 61³²)

³² Les Membres prévoiront des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale.

Une vive discussion s'est engagée au Parlement s'agissant de la compétence de la Commission pour édicter des sanctions pénales. La question se posait de savoir si l'article 95 du traité de Rome (Titre VI: « les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations ») sur « l'harmonisation des législations pour former le marché commun », peut s'appliquer aux mesures pénales.

En tout état de cause, le fait devait être remarqué, c'est la première fois qu'une directive européenne aurait obligé les Etats à prendre des mesures pénales, y compris des peines privatives de libertés.

L'on s'était accoutumé à une souveraineté européenne en matière d'échange et de circulation, de marchés, hors les prérogatives régaliennes des Etats: notamment l'ordre public interne, la police et la justice. L'on s'était habitué en quelque sorte à cette bonne Communauté européenne qui intervenait pour fluidifier et simplifier nos économies mais, au fond, laissait aux Etats les choses de l'ordre public et des libertés publiques, les choses sérieuses de la politique, celles qui inquiètent, qui fâchent et qui rassemblent.

La bonne Communauté européenne changeait de dimension lorsqu'elle prétendait exiger des Etats membres des mesures de droit pénal, y compris des peines privatives de liberté.

Et l'on ne voyait pas sans crainte la Communauté européenne intervenir, tel un procureur abstrait, pour demander de prendre de telles mesures, quelle que légitime fût la cause défendue.

Le rapport entre l'ordre public et les garanties de sûreté des individus résulte d'un équilibre lui-même issu de l'histoire et de la culture constitutionnelle des Etats. Ainsi en France la Déclaration des droits de 1789 fonde en droit positif le premier texte de procédure pénale française, en son article 8 « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.* »

Nous doutons que les peines strictement nécessaires, dont l'appréciation souveraine incombe au Législateur français, sous le contrôle de son juge constitutionnel, puisse comprendre des peines dictées, dans leurs modalités mêmes, (privation de liberté), par l'obligation de transposer une directive européenne.

Certes, les traités ADPIC qui prévoient les mêmes sanctions en matière de contrefaçon de marque ou de piratage de droit d'auteur « commis à une échelle commerciale » ont été ratifiés par le Parlement français. Mais justement la ratification, permet au Parlement de contrôler la disposition pénale de principe qu'on lui soumet.

Rien ne semble autoriser la Communauté européenne à contraindre les Etats membres, avant tout vote de leur organe parlementaire, à adopter des dispositions pénales.

L'on pouvait aussi déplorer que la Communauté européenne ait cru pouvoir passer le Rubicon des libertés publiques et du droit pénal justement à l'occasion de la protection juridique des œuvres.

Les sanctions incluront l'emprisonnement et/ou des amendes suffisantes pour être dissuasives, et seront en rapport avec le niveau des peines appliquées pour des délits de gravité correspondante. Dans les cas appropriés, les sanctions possibles incluront également la saisie, la confiscation et la destruction des marchandises en cause et de tous matériaux et instruments ayant principalement servi à commettre le délit. Les Membres pourront prévoir des procédures pénales et des peines applicables aux autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle, en particulier lorsqu'ils sont commis délibérément et à une échelle commerciale.

Qui ne mesure pas l'outrageante erreur qui consistait à adosser un dispositif répressif et policier à des produits que l'on n'acquiert que dans un certain enthousiasme intellectuel sinon poétique, à la recherche d'évasion, de rêve, de liberté ou de progrès ?

Il faut bien imaginer « l'allure » du CD techniquement protégé anticopie, avec sa protection juridique en doublure, pour le jeune évaporé qui vient de découvrir « Like a voodoo child » de Jimmy HENDRIX ou autre Janice JOPLIN, y compris nos chantres de la chanson francophone en passant, depuis BERANGER, par PIAF, BREL, VIGNAULT, BRASSENS, jusqu'à Thomas FERSEN, LES TETES RAIDES ...

Il faut bien imaginer, aussi, le quatuor à corde n°13 en Ré mineur de Franz Schubert (D.810), « La jeune fille et la mort » avec en exergue sur le CD ses pictogrammes rappelant le dispositif anticopie et les textes de lois répressifs.

Certes, la contrefaçon est un délit pénalement réprimé. Pour autant, la mesure de police préventive doit rester proportionnée à la liberté publique en cause.

D'abord, les producteurs comme les législateurs devraient s'inspirer de cette jurisprudence traditionnelle en liberté publique (BENJAMIN : C.E 19 mai 1933, Benjamin, Rec. 541, GAJA) :

« S'il incombe au maire, en vertu de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion garantie par les lois du 30 juin 1881 et du 20 mars 1907 ;

Considérant que pour interdire les conférences du sieur René Benjamin figurant au programme des galas littéraires organisés par le syndicat d'initiative de Nevers, qui présentent toutes deux le caractère de conférences publiques, le maire s'est fondé sur ce que la venue du sieur Benjamin à Nevers était de nature à troubler l'ordre public ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité de roubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre (...) ».

Ensuite, assurons nous, si l'on veut défendre les intérêts des ayants droit, de connaître et d'identifier, un peu, auparavant, les sociétés qui composent le public : lorsqu'un quidam se commet à vouloir écouter, et pour cela acquérir, La jeune Fille et la mort de Franz Schubert (D.810), sans être un descendant de Chateaubriand, il connaît une extase à la fois très ordinaire, parce qu'elle concerne tout le monde tous les jours, et bien extraordinaire parce qu'elle procure à l'homme la sensation de sa liberté et la fréquentation de l'absolu, qui le distinguent de l'animal, le font fier, et pas trop enclin à supporter les contrôles d'un gardien de prison.

Enfin, rendons hommage aux institutions européennes et à leur vertu du débat démocratique : contrairement à la proposition initiale de la Commission, la directive, telle qu'elle a été adoptée, ne contient pas de dispositions concernant les sanctions pénales contre les fraudeurs. Aux termes de l'article 16 de la directive du 29 avril 2004, « *Sanctions appliquées par les États membres* » :

« Sans préjudice des mesures, procédures et réparations de nature civile et administrative prévues par la présente directive, les États membres peuvent appliquer d'autres sanctions appropriées en cas d'atteinte à des droits de propriété intellectuelle. »

Section 3.1.4- Les mesures juridiques appropriées selon le projet de loi sur les droits d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information

La loi du 1^{er} août 2006 vise à assimiler les mesures techniques de protection aux œuvres de l'esprit quant aux dispositions de l'article L.332-1 du CPI (saisie contrefaçon).

Généralement le dispositif actuel prévu par le CPI pour prévenir, constater et réprimer la contrefaçon des œuvres ou la reproduction illicite des supports de fixation est étendu à :

- la protection des mesures techniques électroniques de protection ;
- la protection des mesures techniques électroniques d'identification des œuvres ;
- la protection des mesures techniques électroniques d'information sur le régime des droits

Article L335-3-1 - *(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 22 Journal Officiel du 3 août 2006)*

I. - Est puni de 3 750 euros d'amende le fait de porter atteinte sciemment, à des fins autres que la recherche, à une mesure technique efficace telle que définie à l'article L. 331-5, afin d'altérer la protection d'une oeuvre par un décodage, un décryptage ou toute autre intervention personnelle destinée à contourner, neutraliser ou supprimer un mécanisme de protection ou de contrôle, lorsque cette atteinte est réalisée par d'autres moyens que l'utilisation d'une application technologique, d'un dispositif ou d'un composant existant mentionné au II.

II. - Est puni de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait de procurer ou proposer sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace telle que définie à l'article L. 331-5, par l'un des procédés suivants :

1° En fabriquant ou en important une application technologique, un dispositif ou un composant, à des fins autres que la recherche ;

2° En détenant en vue de la vente, du prêt ou de la location, en offrant à ces mêmes fins ou en mettant à disposition du public sous quelque forme que ce soit une application technologique, un dispositif ou un composant ;

3° En fournissant un service à cette fin ;

4° En incitant à l'usage ou en commandant, concevant, organisant, reproduisant, distribuant ou diffusant une publicité en faveur de l'un des procédés visés aux 1° à 3°.

III. - Ces dispositions ne sont pas applicables aux actes réalisés à des fins "Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006" de sécurité informatique, dans les limites des droits prévus par le présent code.

Article L335-3-2 - *(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 22 Journal Officiel du 3 août 2006)*

I. - Est puni de 3 750 euros d'amende le fait de supprimer ou de modifier, sciemment et à des fins autres que la recherche, tout élément d'information visé à l'article L. 331-22, par une intervention personnelle ne nécessitant pas l'usage d'une application technologique, d'un dispositif ou d'un composant existant, conçus ou spécialement adaptés à cette fin, dans le but de porter atteinte à un droit d'auteur, de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte.

II. - Est puni de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait de procurer ou proposer sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour supprimer ou modifier, même partiellement, un élément d'information visé à l'article L. 331-22, dans le but de porter atteinte à un droit d'auteur, de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte, par l'un des procédés suivants :

1° En fabriquant ou en important une application technologique, un dispositif ou un composant, à des fins autres que la recherche ;

2° En détenant en vue de la vente, du prêt ou de la location, en offrant à ces mêmes fins ou en mettant à disposition du public sous quelque forme que ce soit une application technologique, un dispositif ou un composant ;

3° En fournissant un service à cette fin ;

4° En incitant à l'usage ou en commandant, concevant, organisant, reproduisant, distribuant ou diffusant une publicité en faveur de l'un des procédés visés aux 1° à 3°.

III. - Est puni de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait, sciemment, d'importer, de distribuer, de mettre à disposition du public sous quelque forme que ce soit ou de communiquer au public, directement ou indirectement, une oeuvre dont un élément d'information mentionné à l'article L. 331-22 a été supprimé ou modifié dans le but de porter atteinte à un droit d'auteur, de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte.

IV. - Ces dispositions ne sont pas applicables aux actes réalisés à des fins de recherche "Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006" ou de sécurité informatique, dans les limites des droits prévus par le présent code.

La loi nouvelle permet la mise en place des mêmes mesures techniques de protection pour les producteurs de bases de données sous réserve des droits des utilisateurs prévus à l'article L342-3 du CPI :

Article L335-4-1 - (inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 23 Journal Officiel du 3 août 2006)

I. - Est puni de 3 750 euros d'amende le fait de porter atteinte sciemment, à des fins autres que la recherche, à une mesure technique efficace telle que définie à l'article L. 331-5, afin d'altérer la protection d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme par un décodage, un décryptage ou toute autre intervention personnelle destinée à contourner, neutraliser ou supprimer un mécanisme de protection ou de contrôle, lorsque cette atteinte est réalisée par d'autres moyens que l'utilisation d'une application technologique, d'un dispositif ou d'un composant existant mentionné au II.

II. - Est puni de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait de procurer ou proposer sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace telle que définie à l'article L. 331-5, par l'un des procédés suivants :

1° En fabriquant ou en important une application technologique, un dispositif ou un composant, à des fins autres que la recherche ;

2° En détenant en vue de la vente, du prêt ou de la location, en offrant à ces mêmes fins ou en mettant à disposition du public sous quelque forme que ce soit une application technologique, un dispositif ou un composant ;

3° En fournissant un service à cette fin ;

4° En incitant à l'usage ou en commandant, concevant, organisant, reproduisant, distribuant ou diffusant une publicité en faveur de l'un des procédés visés aux 1° à 3°.

III. - Ces dispositions ne sont pas applicables aux actes réalisés à des fins "Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006" de sécurité informatique, dans les limites des droits prévus par le présent code.

Article L335-4-2 - (inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 23 Journal Officiel du 3 août 2006)

I. - Est puni de 3 750 euros d'amende le fait de supprimer ou de modifier, sciemment et à des fins autres que la recherche, tout élément d'information visé à l'article L. 331-22, par une intervention personnelle ne nécessitant pas l'usage d'une application technologique, d'un dispositif ou d'un composant existant, conçus ou spécialement adaptés à cette fin, dans le but de porter atteinte à un droit voisin du droit d'auteur, de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte.

II. - Est puni de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait de procurer ou proposer sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour supprimer ou modifier, même partiellement, un élément d'information visé à l'article L. 331-22, dans le but de porter atteinte à un droit voisin du droit d'auteur, de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte, par l'un des procédés suivants :

1° En fabriquant ou en important une application technologique, un dispositif ou un composant, à des fins autres que la recherche ;

2° En détenant en vue de la vente, du prêt ou de la location, en offrant à ces mêmes fins ou en mettant à disposition du public sous quelque forme que ce soit une application technologique, un dispositif ou un composant ;

3° En fournissant un service à cette fin ;

4° En incitant à l'usage ou en commandant, concevant, organisant, reproduisant, distribuant ou diffusant une publicité en faveur de l'un des procédés visés aux 1° à 3°.

III. - Est puni de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait, sciemment, d'importer, de distribuer, de mettre à disposition du public sous quelque forme que ce soit ou de communiquer au public, directement ou indirectement, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme, dont un élément d'information mentionné à l'article L. 331-22 a été supprimé ou modifié dans le but de porter atteinte à un droit voisin du droit d'auteur, de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte.

IV. - Ces dispositions ne sont pas applicables aux actes réalisés à des fins "Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006" de sécurité informatique, dans les limites des droits prévus par le présent code.

Chapitre VI CPI : Prévention du téléchargement illicite

Article L336-1 - (inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 27 Journal Officiel du 3 août 2006)

Lorsqu'un logiciel est principalement utilisé pour la mise à disposition illicite d'oeuvres ou d'objets protégés par un droit de propriété littéraire et artistique, le président du tribunal de grande instance, statuant en référé, peut ordonner sous astreinte toutes mesures nécessaires à la protection de ce droit et conformes à l'état de l'art.

Les mesures ainsi ordonnées ne peuvent avoir pour effet de dénaturer les caractéristiques essentielles ou la destination initiale du logiciel.

L'article L. 332-4 est applicable aux logiciels mentionnés au présent article.

Article L336-2 - (inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 28 Journal Officiel du 3 août 2006)

Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne adressent, à leurs frais, aux utilisateurs de cet accès des messages de sensibilisation aux dangers du téléchargement et de la mise à disposition illicites pour la création artistique. Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités de diffusion de ces messages.

L'on peut regretter la dilution des dispositions préventives et répressives spécifiques, justifiées par la nature personnaliste du droit d'auteur, par attachement à la liberté de création des auteurs : l'œuvre ne se résout pas dans son support qui ne se résout pas dans ses mesures techniques de protection. La police et la répression des trois niveaux œuvre - support - mesures de protection aurait gagné à être mieux distinguée.

Le projet de loi français s'avère bien plus répressif que la directive européenne qui soumet les dispositions pénales à une fraude intentionnelle et à échelle commerciale.

Le projet de loi français ne distingue pas selon que la fraude est à échelle commerciale ou non. (Quant à l'intention du délinquant, elle constitue un des éléments fondamentaux de légalité des délits et des peines en droit français)

Chapitre 3.2- Topologie des mesures techniques juridiquement protégées

La protection des œuvres peut intervenir à différents niveaux dans le processus d'élaboration et de commercialisation de l'œuvre :

Lors de la création de l'œuvre (Mesures techniques hors directive)

Des mesures de protection des droits moraux des auteurs sont concevables. Ce sont autant de mesures qui permettent d'authentifier et de dater l'œuvre au cours de son élaboration.

Par hypothèse, à ce stade, l'œuvre n'est pas fixée et il s'agit de protéger les droits incorporels : d'abord moraux, ensuite patrimoniaux de l'auteur.

L'auteur reste seul juge du moment où il divulguera son œuvre, sans préjudice des indemnités dues au commanditaire de l'œuvre dans le cas d'une œuvre de commande.

Quant aux œuvres élaborées dans le cadre d'un contrat de travail, idem, le droit de décider du moment où l'œuvre est achevée et le droit de divulgation demeurent, sans préjudice de la créance indemnitaire et de l'éventuelle cause de rupture du contrat de travail.

Les mesures de protection de l'auteur, à ce stade, consistent en autant de preuves écrites, y compris numériques, préconstituées par précaution et qui auront la valeur accordée au formalisme utilisé (lettre recommandée à soi même, dépôts physiques ou numériques auprès de tiers de confiance, de société d'auteur, d'officiers publics ...).

Ces mesures peuvent intervenir au cours du processus créatif puisque l'œuvre est protégée avant même son achèvement en droit de l'Union de Berne.

Elles interviennent surtout lors de l'achèvement de l'œuvre, avant sa divulgation pour sceller l'œuvre et protéger les droits moraux de l'auteur (divulgation, paternité, intégrité), éventuellement ceux d'un artiste (paternité, intégrité de l'exécution).

Les droits antérieurs à l'exploitation des droits exclusifs sur les objets protégés ne ressortent pas de la protection spéciale de la directive du 22 mai 2001.

Pour autant, les droits moraux de l'auteur qui persistent après « l'épuisement » de la divulgation, pourront bénéficier de la même protection technique que les droits exclusifs prévus par la directive.

Pour une même mesure de protection technique d'un ensemble de droits moraux et patrimoniaux, la directive prétend organiser la protection juridique de la mesure technique pour les seuls droits patrimoniaux. La protection « dérivée » des informations sur le régime des droits peut conduire indirectement à assurer la protection juridique du droit moral de paternité.

En tout état de cause, en droit français, la violation d'un droit moral ou d'un droit patrimonial constitue le délit de contrefaçon. Alors, le contournement d'une mesure technique permettant de lire le nom d'un titulaire de droit présumerait le délit de contrefaçon, dès lors que l'œuvre apparaîtrait sans cette mention. L'hypothèse s'avère assez marginale.

Quant à l'intégrité de l'œuvre, la dénaturation suppose la mise en œuvre d'un droit exclusif concomitant, représentation ou reproduction, elles mêmes techniquement protégées par la mesure (technique) juridiquement protégée.

Section 3.2.1- Mesures techniques (efficaces) de protection des droits d'exploitation

Les droits d'exploitation ne sont pas susceptibles des mêmes mesures de protection et des mêmes droits relatifs à ces mesures de protection, selon qu'il s'agit de reproduction ou de représentation, voire de droit de distribution (directive) :

3.2.1.1- Mesures techniques (efficaces) de protection du droit de reproduction

Le droit de reproduction peut être contrefait au préjudice des titulaires de droits, soit à partir d'un exemplaire enregistré en la possession, légitime ou non, de l'utilisateur, soit lors d'une diffusion (télédiffusion, streaming). C'est une des failles majeures du droit de la copie privée

de ne pas distinguer selon qu'elle intervient à partir d'un support (légitimement) entre les mains d'un utilisateur ou lors d'une diffusion.

L'on admet que l'on puisse enregistrer, chez soi, au titre d'un droit de copie privée, une œuvre diffusée lors d'une émission publique. L'on doit alors admettre que l'on puisse enregistrer, dans un lieu public, une même diffusion publique : le lieu public ou privé d'enregistrement ne figure pas au rang des critères de qualification pertinents pour le droit de copie privée. Pourtant nul ne revendique le droit au bootleg.

Nous serions assez favorables, en l'état actuel du droit de la copie privée, de la réserver aux seuls supports enregistrés, et partant de l'exclure lors de la communication publique par transmission (radiodiffusion, mise en ligne).

Déjà, la rémunération équitable grève les droits exclusifs des producteurs de phonogrammes. C'est peut-être beaucoup leur imposer, aussi, sur les communications publiques, une exception « d'édition » privée.

Ou alors il faudrait distinguer entre les deux types de copies privées (à partir d'un support ou à partir d'une émission) des conditions légales différentes :

Le « time shifting », le décalage dans le temps, qui permet en droit américain du copyright de bénéficier de l'exception de fair use lors d'une copie réalisée à partir d'une diffusion, éphémère, n'a pas grand sens pour admettre l'utilité d'une copie privée réalisée à partir d'un support, permanent.

Par contre, la copie privée de ce support se conçoit afin de permettre le « space shifting », ou changement d'espace, et de lecteur, lorsqu'un même utilisateur souhaite jouir de la même œuvre, sur deux lecteurs de normes différentes, ou disposés en des endroits distants de son espace privé.

Il s'agirait alors, pour réserver le droit de copie privée aux seuls supports, de protéger, lors de la diffusion d'une œuvre, le signal émis et de fixer un protocole non public d'émission des œuvres, qui permettrait leur diffusion, non leur reproduction.

L'on reviendrait, pour les œuvres émises à une électronique grand public fermée. Nous ne voyons rien de choquant dans une telle organisation au regard des droits en balance, ceux du public, ceux des auteurs et titulaires de droits subséquents.

Déjà les traités OMPI, la directive et le projet de loi français excluent que le droit de mettre à disposition du public puisse s'épuiser. Les auteurs le conservent toujours dans leur giron, quelles que soient les conventions antérieurement passées. Effectivement, la communication directe au public s'épuise instantanément dans ses effets pour le public dans l'acte de communication : c'est un droit périssable. Avant l'heure, c'est pas l'heure, après l'heure, c'est plus l'heure. Fallait être là. La communication indirecte est d'une autre nature, c'est la persistance d'une diffusion de l'œuvre sur son support, ce n'est plus un événement, d'abord d'ordre culturel, c'est d'abord l'organisation d'un marché.

C'est donc essentiellement à la protection des œuvres enregistrées pour être communiquées « indirectement au public », les fixations, que les parties aux traités OMPI du 20 décembre 1996 et, partant, le législateur européen se sont intéressés.

3.2.1.2- Mesures de protection (efficaces) du droit de reproduction off-line

La protection des œuvres enregistrées et de leurs supports subséquents sous forme analogique n'appelle pas de commentaires spécifiques.

L'exception de copie privée prévue par la loi de 1957 en France a été novée, sans grande réflexion prospective, en droit d'édition privée avec la loi de 1985, comme un pansement hâtif pour compenser la perte de revenus des titulaires de droits après l'avènement des premiers matériels de reproduction de masse. (Cf Supra)

3.2.1.3- Mesures de protection du droit de reproduction off-line numérique

Nous entendons par là les reproductions d'un support vers un autre, dont l'un au moins est de type numérique.

D'abord, vinrent au début des années 1980 les CDs, conçus dans un environnement non informatique, pour une électronique de salon, non interactive, fermée.

Les sources de contrefaçon étaient alors l'affaire de quelques techniciens et de quelques filières, conformément, si l'on peut dire, aux réseaux de délinquance ordinaires : enregistrements musicaux sauvages (bootlegging), vidéos pirates. Quant aux décodeurs pirates, il s'agissait essentiellement de capter illégalement des émissions hertziennes cryptées et réservées à des abonnés (on line analogique, non interactif).

Le rapporteur Philippe Chantepie ³³ isole l'histoire de la technologie « CD », apparue à l'ère préinformatique, lorsque l'on n'envisageait pas – mais l'on aurait du – que les utilisateurs puissent un jour accéder aux informations numériques qui composent ces CD pour les dupliquer ou les modifier :

« (...) La naissance du Compact Disc Digital Audio, au début des années quatre-vingt, a marqué le commencement de l'ère « numérique ». Si la problématique de la copie existait déjà dans le monde analogique, avec l'arrivée des cassettes audio compactes dans les années soixante puis du magnétoscope dans les années soixante-dix, elle prenait une tournure nouvelle dans le monde numérique, avec la possibilité de copier sans perte de qualité. Dès l'arrivée des premiers systèmes d'enregistrement numérique, les industriels et les titulaires de droits se sont penchés sur la question des systèmes techniques de protection de la propriété intellectuelle, à travers des systèmes de protection contre la copie.

À la première « révolution numérique » a succédé une seconde révolution au cours des années quatre-vingt-dix : celle de la « société de l'information », qui correspond au développement conjoint de l'informatique et des communications, et plus particulièrement en ce qui concerne les contenus, la diffusion de l'ordinateur multimédia et le développement d'Internet et des réseaux peer to peer. Ce nouveau contexte engendrait de nouveaux enjeux, tant en terme d'opportunités, avec les nouvelles possibilités d'exploitation offertes, qu'en terme de risques, avec le développement d'une forme nouvelle de contrefaçon, plus diffus et à but non lucratif (ou indirectement), qui diffuse gratuitement les contenus contrefaits.

(...)

Mais le développement de la société de l'information, malgré ces aspects positifs, s'est également accompagné du développement de la contrefaçon à un niveau inquiétant et dans une forme nouvelle.

³³ chargé de mission à l'Inspection Générale de l'administration des affaires culturelles du ministère français de la culture, note dans son rapport du 6 janvier 2003 « Mesures techniques de protection des œuvres et DRMS – Un état des lieux ».

Jusqu'alors en effet, la consommation « à la maison » de musique et de vidéo (au sens large, c'est-à-dire télévision, cinéma, cassettes vidéo) relevait exclusivement du domaine de l'électronique grand public, à travers des appareils dédiés, fermés, que le consommateur ordinaire ne modifiait pas lui-même.

La contrefaçon relevait alors de structures organisées, à travers des échoppes qui, soit vendaient des supports optiques pirates (CD Audio – DVD), soit vendaient des systèmes dédiés ou des appareils modifiés (ou modifiaient sur place les appareils standards), nécessitant des moyens matériels parfois significatifs. (...)

L'ordinateur multimédia, s'il permet d'offrir un nouveau support de consommation et donc de valorisation des contenus, s'il présente l'intérêt d'être multi-fonctionnel, apporte également le risque inhérent à un système ouvert. Alors que dans le domaine de l'électronique, les traitements de données sont effectués par des composants électroniques qui sont difficiles à explorer ou à modifier, dans un ordinateur les systèmes de lecture ou d'enregistrement n'effectuent pas ou peu de traitements de données et s'appuient pour cela sur le processeur, qui concentre l'intelligence du traitement codé dans un logiciel. Cela permet d'obtenir des systèmes à moindre coût, par exemple un lecteur DVD d'ordinateur n'intègre pas de composant électronique pour le déchiffrement et la décompression, cette fonction étant assurée par le processeur. En revanche, il est possible d'explorer, d'analyser voire de modifier le logiciel (donc le traitement) sans moyens matériels particuliers, même si cela peut être coûteux en temps.

Les premiers systèmes de protection contre la copie se fondaient sur l'insertion de quelques bits indiquant si la copie était autorisée ou pas et reconnus par les systèmes d'enregistrement (exemple simple : un bit valant 1 si la copie est autorisée, 0 sinon). Si ces systèmes étaient efficaces dans le domaine de l'électronique, il devenait très facile de modifier ces informations avec un ordinateur. Même des systèmes plus sophistiqués, comme l'algorithme CSS, pouvaient être explorés, afin de découvrir l'algorithme et les clefs de chiffrement : ainsi, il semblerait que le système de protection CSS ait été « cassé » à partir d'un logiciel agréé de lecture de DVD sur ordinateur. (...) » (Cf Infra)

Notons que la source « matricielle » de ces contrefaçons était souvent une copie privée intervenue en toute légalité.

Mais comment aurait-on pu contenir les utilisateurs dans les limites légales du ressort de « l'édition privée » après la loi de 1985.

La farce de la copie privée, c'est d'être intervenue pour compenser une déperdition de droits des titulaires légitimes, « puisqu'on ne pouvait pas faire autrement » en admettant que tout un chacun puisse fabriquer des exemplaires des œuvres, dans des circonstances strictement délimitées, certes, mais incontrôlables.

Un tel mécanisme ressemble assez aux suites géométriques bien connues en droit pénal des affaires et dénommées « cavalerie ». Le pansement de la copie privée était ruineux. Il ne tenait, pour consacrer sa ruine, sinon celle des titulaires de droits :

- qu'il n'y eu ne fût-ce qu'une brebis galeuse parmi tout le public qui irait publier ou commercialiser ses copies privées ... Sauf à être une oie ...
- que la copie devienne, par essence, aussi fidèle et aussi fertile que l'original : c'est l'avènement des techniques numériques.

Si l'original est de type analogique, le perfectionnement des techniques d'enregistrement permet de fabriquer des exemplaires numériques dont la bonne valeur concurrence évidemment le marché des supports originaux.

Si l'original est de type numérique, la différence de valeur entre originaux et copies disparaît et la concurrence entre les deux est pure et parfaite.

La législation sur la copie privée, intervenue sans beaucoup de perspective, a sans doute creusé le lit de la contrefaçon de masse. Si gouverner c'est prévoir, alors l'on n'a pas vraiment réussi.

3.2.1.4- Les techniques de protection du droit de reproduction :

Nous distinguons schématiquement, pour leurs conséquences juridiques, deux types majeurs de protections : par bridage ou par repérage.

La première technique limite la liberté de l'utilisateur avec la fonctionnalité du produit. C'est une mesure de protection a priori. Elle se résoudra essentiellement dans une dialectique droits du consommateur v/ mesures légitimes de protection. (Cf jurisprudence TGI Nanterre supra - 02/09/03 - 24/06/03)

La technique de repérage consiste à repérer les utilisations de l'individu. Elles peuvent lui laisser plus de liberté d'utilisation mais au sacrifice de l'intégrité de sa sphère privée, de ses données personnelles. La technique de repérage, peu développée, met en œuvre des techniques en ligne, marginalement téléphonique.

Certes, il existe d'autres distinctions techniques, telle la protection par cryptage, mais qui restent neutres aux termes de notre analyse dans cette étude.

Protection par bridage dans la technique de fixation

C'est une protection matérielle, intégrée au support de fixation de l'œuvre, en dehors de tout contrôle postérieur à l'achat.

Pour le rapporteur Philippe Chantepie :

« Les systèmes de protection des CD audios :

L'année 2001 a vu apparaître un certain nombre de CD Audio protégés contre la copie, avec des mécanismes proposés par quelques sociétés spécialisées (...). En fait ces mécanismes vont beaucoup plus loin que la protection contre la copie, puisqu'ils ont généralement pour effet d'empêcher la lecture normale du CD Audio sur un PC avec les outils habituels. Comme les graveurs de CD Audio de salon (hors PC) sont relativement moins répandus que les graveurs PC et qu'ils contrôlent les copies avec le système SCMS, ceci devait avoir pour effet de fortement limiter les copies sur support optique et de supprimer les copies MP3. Les premières générations de ces mécanismes ont rencontré un certain nombre de difficultés :

- des problèmes de compatibilité ou « jouabilité » : les CD Audio ainsi protégés fonctionnaient mal dans certains lecteurs, que ce soient des lecteurs de CD Audio dans des lecteurs de CD Audio dans les voitures, des lecteurs de DVD, des lecteurs de consoles de jeux, ou bien sûr, des lecteurs PC

- des problèmes d'information des consommateurs, qui ont eu le sentiment d'avoir été mal informés sur les caractéristiques du produit : les limites posées à l'utilisation normale des CD Audio par ces mécanismes n'ont pas toujours été précisées clairement, tant en terme de lecture que de copie privée :

- des problèmes de robustesse , dans la mesure où un simple masquage avec un feutre ou du ruban adhésif de certaines zones repérables suffisait à ôter la protection d'un de ces mécanismes. Certains de ces mécanismes exploitent le fait que les lecteurs de CD Audio dans les PC ont été conçus pour lire plusieurs types de CD Audio, aussi bien des CD Audio (avec un codage audio) que des Cédérom (avec un codage de données) ou des CD-R (enregistrable une seule fois, mais multisessions, c'est-à-dire en plusieurs sessions successives d'enregistrement). Le format multisessions implique notamment la possibilité d'inscrire sur un CD-R plusieurs « tables des matières » (TOC – Table Of Content), dans lesquelles sont précisés la position des pistes, ainsi que le format du codage – audio ou données.

(J. Halderman, Evaluating New Copy-Prevention Techniques for Audio CDs, ACM – DRM2002 <http://www.cs.princeton.edu/~jhalderm/papers/drm2002.pdf>)

Dans les divers CD Audio protégés, il existe plusieurs tables, dont certaines contiennent des erreurs qui ne concernent pas les données habituellement lues par les lecteurs CD Audio de salon, mais qui correspondent seulement à la position des diverses pistes dans la première table, d'où la possibilité de lire les CD Audio dans les lecteurs de salon. Les procédés utilisés – technologiquement assez rudimentaires – consistent donc à inclure des erreurs : incohérence entre diverses tables, emplacement de départ erroné (Midbar, Key2audio), format de données erroné (SunnComm). D'autres mécanismes consistent à inclure des erreurs dans le codage audio, que les lecteurs de salon savent corriger par interpolation mais qui génèrent des erreurs ou des bugs dans les PC.

Globalement, ces mécanismes reposent sur l'incapacité des lecteurs PC à corriger certaines erreurs, de part leur fragilité intrinsèque qui correspond à leur multifonctionnalité. Ces erreurs sont relativement simples à corriger. Certains systèmes existant ne sont d'ailleurs pas sensibles à cette protection, par exemple le pilote d'un lecteur qui avait été conçu pour savoir bien traiter certaines erreurs ou un logiciel de copie bit-à-bit, qui permet de réaliser certaines copies sur CD-R. Certains constructeurs de lecteurs PC ont également annoncé qu'ils mettraient à jour leurs pilotes, afin de leur permettre de traiter correctement les erreurs.

Dans la pratique, il est certain que les pirates seront capables de contourner ces protections, sans doute dans des délais assez brefs au regard des techniques utilisées : la plupart des titres ainsi protégés se sont ainsi retrouvés sur Internet. Mais la grande diversité du parc de lecteurs existant ne permettra qu'à peu d'utilisateurs d'avoir accès aux mises à jour des pilotes permettant de corriger les erreurs. Dans ce sens, si ces mesures n'assurent pas une protection très robuste, elles devraient rester relativement efficaces auprès des utilisateurs moyens et limiter les pratiques de copie, au moins durant une période transitoire avant l'émergence de supports optiques audio sécurisés nativement : SACD, DVD Audio.

Les problèmes rencontrés au démarrage par ces mécanismes ont également fait l'objet de certaines corrections. Afin de renforcer leur acceptabilité par les consommateurs, certains mécanismes prévoient désormais de coupler un système de protection de CD Audio avec un système de DRM.

- la solution MediaMax, conçue par la société SunnComm en partenariat avec Microsoft, permet, dans le cadre protégé de Windows Média 9, de lire les CD Audio sur un PC, d'effectuer des copies voire d'échanger des titres (dans le cadre du fair use).

Le pilote ou driver d'une interface est le programme ajouté au système d'exploitation et destiné à gérer les accès à cette interface. »

Le constat du rapporteur est lucide et froid : les techniques actuelles de bridage des CD sont des bricolages rudimentaires. Elles « empêchent la lecture normale » du CD : donc celui-ci n'est pas conforme. Le vendeur doit garantir l'acheteur. Il nous semble que l'industrie

phonographique ou cinématographique ne sortira de son dangereux conflit avec sa clientèle qu'au terme d'un processus de coordination avec les fabricants de matériel hardware. En attendant, les juridictions ne semblent pas devoir faire supporter aux utilisateurs le coût de la sécurité des droits des ayants droit. Ce qui nous paraît de saine justice.

Protection par repérage

La protection par repérage met en œuvre des techniques interactives telle la communication d'une clé algorithmique après identification de l'acheteur.

L'utilisation pérenne et normale du support, et partant l'accès à l'œuvre, est suspendue à l'enregistrement d'informations relatives à l'acheteur-utilisateur, soit que l'on communique ensuite une clé d'accès, soit que le défaut de communication soit sanctionné par un blocage programmé avec le support.

De telles techniques, si elles peuvent être efficaces pour la protection des œuvres ou autres objets protégés, sont effrayantes dans leur conséquence sur la liberté des individus, comme tout traitement de données personnelles systématique, particulièrement appliqué à des comportements qui expriment le goût, le caractère, les fantasmes, son libre arbitre.

Dans le cadre d'un contrat avec son vendeur, l'acquéreur d'un support CD ou DVD ne peut s'opposer à l'enregistrement de ses données personnelles et pour autant que cet enregistrement respecte les principes sus évoqués et que nous rappelons :

- a- Les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite ;
- b- Pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités ;
- c- Les données doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard de leurs finalités et de leurs traitements ultérieurs ; (principe de proportionnalité)
- d- Les données doivent être exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour ;
- e- Les données doivent être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées.

3.2.1.5- Droits de reproduction de l'utilisateur on line

Si rien n'autorise l'utilisateur des œuvres à les publier, rien ne lui interdit de les mettre en ligne, stricto sensu : Admettons un réseau privé familial, qui permette d'accéder à une œuvre mise en ligne, sur ce réseau domotique fermé et privé, depuis un poste serveur, vers différents postes clients. Demeurons-nous dans les limites des droits de l'utilisateur ? Il semble, sauf l'appréciation souveraine des tribunaux, que le critère doive toujours être, en droit communautaire comme en droit international conventionnel, la limite de l'atteinte à l'exploitation normale des objets protégés cumulée avec celle de l'atteinte injustifiée aux intérêts des titulaires de droits.

En tout état de cause, cette mise en ligne doit rester circonscrite à une unité géographique tel le domicile familial ou le lieu de l'exploitation privée et non commerciale par l'utilisateur

légitime. (notion de space shifting – rejetée par le juge américain pour justifier le peer to peer)

Section 3.2.2- Synthèse : un rééquilibrage en faveur des services au détriment des supports

La prévention absolue de la reproduction ou de la mise en ligne frauduleuse d'une œuvre ou autre objet protégé par un acquéreur, à partir d'un CD ou d'un DVD, suppose la rupture entre les processus d'enregistrement numérique des supports et les protocoles de communication.

Une telle prévention de la fraude postule la rupture pure et simple du processus de convergence des médias, et le développement d'une société de l'information hyper répressive, à l'opposé de ses mythes fondateurs libertaires et scientistes.

Sérieusement menacés dans leur économie actuelle, les producteurs se crispent, les législateurs avec eux.

Une part importante du public ne les comprend pas, conteste le droit, et entre en dissidence sur son terrain favori, l'Internet.

Le Journal Libération du 6 septembre 2003 titre en première page « Le CD bientôt DCD » avec en sous titre « Le prix, la TVA, le téléchargement sur l'Internet font chuter les ventes d'une industrie qui n'a pas su s'adapter ».

Le journal publie les chiffres du Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP) : « Les ventes de disques ont chuté de 9% en France au premier semestre 2003 (..) la baisse atteindrait 30% en juillet et en août ».

En éditorial : « (...) Les plus enragés de la gratuité ne peuvent dénier aux artistes le droit de vivre de leur travail. Et la relation entre les artistes et leurs publics n'existe jamais, du moins dans la durée, sans intermédiaires. Les majors ne survivront pas, s'ils survivent, sans une réinvention drastique de leur rôle. Qu'importe ? Leurs combats d'arrière garde ne doivent pas détourner du passionnant avenir qui s'invente sous nos yeux.(...) ».

Interviewé, David BOWIE déclare : « Il me paraît évident qu'avant la fin de la décennie le commerce électronique sera amené à bouleverser l'industrie musicale. Dans un même ordre d'idée, la notion de propriété intellectuelle va être révolutionnaire à un tel degré que le copyright deviendra caduc à force de téléchargements et de remix de remix, etc. Cette période de transition que nous vivons est comparable, à mon sens, à l'invention de l'imprimerie. Seul existait la Bible jalousement gardée par l'Eglise. Avec Gutenberg, les mots ont soudain été à la portée de tous, ou presque. J'imagine que la musique changera pareillement dans son essence et sa fonction. Aussi accessible que l'eau et l'électricité, il ne sera plus indispensable de payer pour l'avoir et elle ne sera plus le bien exclusif de quiconque. Et l'originalité des artistes ne se fondera plus que sur le spectacle. (...) Je n'aurai plus qu'à tirer un trait sur mes droits d'auteur. Cela ne me dérange pas, si tel est le prix à payer pour continuer à évoluer (...) »

Bowie illustre le propos : Il se produisait en concert très restreint à Londres le 8 septembre 2003. Mais il permettait à son public, dans le monde entier, d'assister à des retransmissions dans quelque lieu « branché » des grandes capitales et dont l'adresse n'était révélée qu'au dernier moment. Vous deviez à cette fin vous préenregistrer sur le site, payant, de l'artiste, acquérir votre place et vous receviez ensuite par message électronique l'adresse du lieu jusque là tenu secret.

Bowie pose très justement la question celle du rééquilibrage des droits vers le spectacle vivant, bien que sa renonciation de principe à ses droits d'auteur dénote, finalement, une démagogie assez insoutenable : le public espère voir et entendre d'autres auteurs et artistes que ceux qui ont les moyens de sacrifier leurs droits de reproduction.

Les producteurs et les législateurs doivent au fond se poser cette question prospective essentielle, s'ils ne veulent pas se trouver pris, dans quelques années, au même piège que celui de la copie privée, concédant des exploitations qu'ils avaient refusé de considérer, et dont la perte menace aujourd'hui ceux qu'on voulait protéger.

En fin de compte, dans quelle mesure sont-elles utiles, ces galettes ? Est-il bien nécessaire, pour satisfaire le besoin du public, qu'on le munisse systématiquement de cette vaine propriété sur un CD ou DVD, alors que, pour satisfaire son besoin et sa créance culturelle, il peut suffire qu'il accède aux œuvres et autres objets protégés, à l'endroit et au moment qu'il choisit.

Le conflit entre l'industrie phonographique et audiovisuelle est issu d'un malentendu fondamental : l'œuvre musicale ce n'est pas le support CD, l'œuvre audiovisuelle, ce n'est pas le support DVD. Et l'enregistrement n'a d'utilité, légale, qu'en tant qu'il constitue une médiation de l'œuvre.

Mais les enregistrements et les supports se sont affranchis de la simple utilité médiatique de l'œuvre qui leur est impartie, pour devenir une valeur en soi, hors toute utilité culturelle.

C'est ainsi que l'Internet, un peu rétif aux paiements ordinaires, a développé une économie de troc avec une quasi monnaie, les fichiers d'œuvres, échangés non seulement entre eux mais aussi comme un moyen de paiement. En somme, l'on pille la banque des producteurs, dans l'économie traditionnelle, pour se faire une monnaie sur l'Internet, et dans les cours de récréation.

C'est une erreur d'analyser strictement les échanges de fichiers MP3 comme une substitution pure et simple à l'achat de musique pour la satisfaction d'une utilité culturelle ou de loisir.

David BOWIE, cynique, tire ce simple constat, qu'il peut très bien se passer de son producteur de disque, dans son économie actuelle.

Là où Bowie a foncièrement raison, c'est qu'il s'agit fondamentalement pour un auteur ou un artiste, quels qu'ils soient de toujours revenir vers son public. Sinon, il ne s'agit plus d'échange culturel mais de consommation de biens culturels, pour reprendre les termes malheureux de la directive du 22 mai 2001.

Paradoxalement, et c'est la bonne nouvelle pour les industries phonographique et audiovisuelle, jamais les techniques d'enregistrement n'ont été aussi raffinées, jamais l'on n'a pu sculpter un son ou une image en studio comme aujourd'hui.

Jamais David Bowie ne pourra se passer d'une production de qualité, dans le genre de musique qui est le sien, et nous ne serions pas choqués, au contraire, qu'un producteur revendique un véritable droit d'auteur pour la réalisation de telle forme sonore ou audiovisuelle, dès lors qu'il a fait œuvre de création.

Le pansement de la copie privée ne s'est-il pas lui même avéré infectieux parce que l'économie générale des droits voisins était incompatible avec l'économie générale des droits d'auteur ?

Les nouvelles musique ouvrent une nouvelle ère de l'art musical : ce ne sont plus des compositions dans leurs lignes harmoniques, mélodiques et rythmiques, mais des compositions de sons, travaillés en studio et sur des tables de mixage par des DJ's.

Le public n'est plus le même, l'écoute est différente on peut même contester à ces créations la qualité de musique ; pas celle de créations.

L'on a admis les DJ's au rang d'auteurs ; l'on peut admettre les producteurs au même rang de créateurs et les protéger en tant que tels.

Lorsque un type de délinquance se multiplie à l'échelle d'un phénomène de société, l'on ne peut pas la traiter, en démocratie, simplement par la voie de la répression. La RIAA peut multiplier les poursuites contre les Internaute, elle heurte la clientèle des producteurs et assied la dissidence de jeunes consommateurs qui s'ennuient : finalement l'Internet avait été conçu pour ça, résister aux attaques.

Les Internaute peuvent aussi se sentir quelque peu soutenus ou confortés dans leur dissidence, d'une part par toute une industrie du hardware qui développe et promeut les outils pour graver, d'autre part par des opérateurs de communications qui ont froidement tendance à ignorer ce qui freine la fluidité du contenu sur les tuyaux, notamment la propriété intellectuelle.

L'éditorialiste du Journal Libération du 6 septembre 2003 écrit que les déboires des majors n'intéressent au fond que leurs actionnaires.

L'on ne peut ignorer que la révolution numérique en rapprochant les auteurs, les artistes et le public, met en cause les fonctions traditionnelles des producteurs et des éditeurs.

Pour autant, la collectivité demeure certes fondamentalement intéressée à la prospérité et au dynamisme de la création. Partant, à la rémunération des auteurs, des artistes et des producteurs, sans lesquels les premiers restent sans voix ou sans images.

Au fond, la question de la copie doit demeurer marginale au sein d'un droit fondé sur une propriété incorporelle sur les œuvres de l'esprit.

Les reproductions sont pillées et galvaudées : c'est aussi la juste conséquence d'une création de consommation rapide.

Les producteurs ont les moyens de reconquérir le public, par le haut, en développant la qualité de leurs produits, les techniques numériques leur en donnent les moyens techniques, pour laisser aux réseaux un numérique médiocre ; et en développant la qualité de leurs services : comme l'esprit, la prestation, intellectuelle, ne se duplique pas.

Titre IV : Droit comparé : le copyright

L'enjeu économique des industries de la création est fondamental, tant pour l'Europe que pour les Etats-Unis : l'exploitation d'œuvres protégées par le droit du copyright aux Etats-Unis représente 6 % du PNB. (Source : Direction des Relations Economiques Extérieures-Poste d'Expansion Economique de Washington).

L'avènement des nouvelles technologies de l'information et de la communication et le renvoi des produits culturels sur le Web à destination d'un public mondial acère la concurrence.

Les différents secteurs des filières culturelles, notamment la musique et le cinéma, et généralement les industries de la création des deux continents, sont directement confrontés.

Le droit positif et les traditions juridiques des deux continents sont utilisés non seulement pour leur objet spécifique (la protection de la création) mais aussi comme outil de discrimination et de protectionnisme : ainsi le fameux droit moral représente-t-il aussi un argument de séduction pour les créateurs du monde entier, utilisé en tant que tel, et, à l'opposé, un épouvantail pour les producteurs du monde entier.

Pourtant, si le droit du copyright et le droit d'auteur représentent deux systèmes de droit et deux cultures juridiques distinctes, dont les modalités d'application sont différentes, les échanges culturels, politiques et économiques internationaux tendent à confondre les deux blocs et renvoient les oppositions manichéennes entre les deux systèmes au rang de pure tactique politique ou commerciale.

Les Etats-Unis sont parties comme la France et les Etats membres de l'Union Européenne à la Convention de Berne du 9 septembre 1886 sur le droit d'auteur (Union de Berne), à la Convention universelle sur le droit d'auteur signée à Genève le 6 septembre 1952, aux traités OMPI sur le droit d'auteur et les droits voisins signés à Genève le 20 décembre 1996, aux accords ADPIC (Accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce signés à Marrakech le 15 avril 1994)

Chapitre 4.1- Le système américain du copyright

Le droit du copyright a été codifié dans la législation américaine fédérale au titre 17 de l'US Code (Loi du 19 décembre 1976 révisée en 1988 par le « Berne Convention Implementation Act »).

Section 4.1.1- Les œuvres protégeables

Comme en droit d'auteur, le droit du copyright ne protège pas les simples idées qui demeurent de « libre parcours » et, à la différence du droit d'auteur cette fois, les noms, les titres ou les slogans ne sont pas non plus susceptibles de protection au titre du copyright.

Le critère de protection réside dans l'originalité. Le critère de nouveauté, pertinent en droit des brevets, est indifférent en droit du copyright comme en droit d'auteur.

La protection par le droit du copyright suppose que l'œuvre originale soit fixée sur un « support tangible », c'est à dire matérialisée sur un support suffisamment stable et constant pour permettre sa lecture, directe ou indirecte, sa reproduction ou sa communication.

En droit d'auteur français, l'auteur d'une œuvre jouit sur celle-ci, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous (Article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle). L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur (Article L.111-2 du CPI).

- Quant aux œuvres sonores non fixées, le législateur américain a adopté en décembre 1994 une loi d'application de l'article 14 du volet propriété intellectuelle de l'Uruguay Round (négociation GATT) ajoutant un chapitre 11 au Titre 17 du Copyright Act :

Les auteurs et les artistes d'œuvres sonores ou de vidéos musicales peuvent s'opposer à l'exploitation secondaire de leurs œuvres et prestations qu'ils communiquent par une exécution directe. Des sanctions civiles et pénales sont prévues.

- Toutes les œuvres non publiées, quelle que soit leur nationalité, sont protégeables par le droit du copyright.

Quant aux œuvres publiées, tous les ressortissants des pays membres de la convention de Berne bénéficient de la même protection que les citoyens américains. La convention de Berne réunit actuellement 143 Etats dont la France et les Etats membres de l'union Européenne.

Comme en droit d'auteur, la protection de certains objets utilitaires de grande consommation est possible aux Etats-Unis dès lors que le caractère d'œuvre d'art peut être isolé de l'ensemble. La protection au titre du copyright peut se cumuler avec un brevet.

Dans l'arrêt NAZER v/ STEIN (NAZER v/ STEIN, 347 US 201 - 1954) , la Cour Suprême juge que la possibilité d'obtenir un brevet d'invention sur des statuettes (qu'elles soient incorporées à l'intérieur d'une lampe ou non) n'empêche pas d'obtenir un copyright sur ces mêmes statuettes comme œuvres d'art.

Les auteurs d'une œuvre collective (collective work) protégée par le droit du copyright peuvent bénéficier d'un droit distinct pour chacune de leurs propres contributions.

Dans le cas d'une œuvre sur commande (work made for hire) l'employeur peut être considéré comme l'auteur et donc comme le titulaire du copyright au moment de la création.

Section 4.1.2- La durée de protection

Comme en droit français, la durée de protection est en principe de 70 ans à compter du décès de l'auteur. L'Union de Berne prévoit une durée de protection de cinquante années à compter de la mort de l'auteur.

Section 4.1.3- Les formalités du copyright

Le bureau du copyright (Copyright office : Library of Congress – Copyright office – 101 Independence avenue, S.E. Washington, D.C. 20559-6000) n'exerce pas de contrôle.

Depuis l'entrée en vigueur de la convention de Berne aux Etats-Unis (1^{er} mars 1989), la procédure d'enregistrement au Copyright Office n'est plus un préalable obligatoire :

- ni à la protection de l'œuvre quelle que soit la nationalité des titulaires de droit ;
- ni à une action en contrefaçon s'il s'agit d'une œuvre d'un ressortissant d'un Etat membre de l'Union de Berne.

Les titulaires de droits sur les œuvres publiées après le 1^{er} mars 1989 sont dispensés de l'obligation de porter la mention de réserve de copyright : « © » suivi de la date et du nom.

La formalité de réserve des droits avec l'apposition de la mention « © » suivie de la date et du nom des titulaires de droit demeure toutefois très utile :

- elle permet l'information du public ;
- elle permet d'écartier une disposition de la législation américaine qui prévoit que l'absence de mention de réserve autorise un éventuel contrefacteur à plaider une contrefaçon de bonne foi (« innocent infringement ») lui permettant notamment de limiter l'allocation de dommages-intérêts au titulaire du copyright.

Depuis l'entrée en vigueur de la convention de Berne dans la législation américaine (1^{er} mars 1989), la procédure d'enregistrement n'est donc plus un préalable obligatoire à une action en contrefaçon, dès lors qu'il s'agit d'une œuvre non américaine originaire d'un pays membre de la convention de Berne. Les étrangers sont favorisés par rapport aux nationaux qui restent tenus, eux, de procéder à l'enregistrement avant d'agir en contrefaçon.

Toutefois, on peut conseiller, avant d'engager une procédure contentieuse, de procéder au dépôt au Copyright office : le titulaire de droits évite ainsi de revendiquer la protection de son œuvre sous les auspices de la convention de Berne au risque d'indisposer le juge américain.

Un certificat d'enregistrement est remis au déposant par le Copyright Office.

L'apposition de la réserve de copyright « © » est indépendante de la formalité de l'enregistrement.

La procédure d'enregistrement peut intervenir quel que soit le moment pourvu que le titulaire de droits bénéficie encore de la protection de son œuvre.

Toutefois, si l'enregistrement intervient dans les cinq années qui suivent la première publication, le certificat aura une force probante renforcée devant le juge américain, quant à la présomption de validité du copyright, de l'identité de l'auteur et des dates de création et de publication de l'œuvre.

Si l'enregistrement a été effectué dans les trois mois qui suivent la première publication de l'œuvre, le titulaire du copyright sera fondé à demander, en cas de contrefaçon, certains dommages et intérêts forfaitaires (« statutory damages ») prévus par la loi et des indemnités de procédure (« attorney's fees »).

La procédure d'enregistrement consiste à expédier au Copyright Office : un formulaire pré-imprimé correspondant à la nature de l'œuvre protégée ; un exemplaire de la meilleure édition de l'œuvre ; le paiement des frais d'enregistrement, soit la somme de 30 \$.

Section 4.1.4- L'enregistrement de l'œuvre peut également intervenir auprès du service des douanes américaines

Tant pour la protection d'une marque que pour celle d'un copyright, l'on peut notifier ses droits auprès du service américain des Douanes afin de s'opposer à l'importation de produits contrefaisant des œuvres déposées (Titre 19 du Code of Federal Regulations).

Seules les œuvres déjà enregistrées auprès du Copyright office peuvent bénéficier de cette protection. Le coût de la déclaration d'une œuvre au service des douanes ressortit à la somme de 190 \$. L'enregistrement au service des douanes vaut pour une durée de 20 ans, sous réserve de la persistance de la protection au titre du copyright.

Cf Règlements CE du 22/12/94 et 25/01/99

Section 4.1.5- Le dépôt légal américain

Un dépôt légal (« mandatory deposit ») destiné à la bibliothèque du Congrès, distinct de l'enregistrement, s'applique à toutes les œuvres protégées publiées aux Etats-Unis.

Le titulaire du copyright a l'obligation de déposer deux copies de l'œuvre, dans les trois mois de sa publication aux Etats-Unis, à l'adresse suivante : Library of Congress – Register of Copyrights – Atn : 407 Deposits – 101 Independence Avenue, S.E. – Washington D.C 20559 – 6000.

Section 4.1.6- Les Etats-Unis et le droit moral

Le droit d'auteur comporte des attributs d'ordre moraux et patrimoniaux.

En droit français, le droit moral, imprescriptible et inaliénable, peut se décomposer en quatre prérogatives fondamentales : Droit de divulgation – Droit à la paternité et au nom – Respect de l'intégrité de l'œuvre – Droit de repentir et de retrait.

Le Copyright Act n'assure pas de protection équivalente à la protection du droit moral en droit d'auteur.

La protection du droit moral existe cependant aux Etats-Unis. Elle reste limitée en dépit de l'application de la convention de Berne et de son article 6 bis : « *indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation. (..)* »

Le Congrès a estimé lors de l'adoption du « Berne Convention Implementation Act » en 1988 que la législation américaine comprenait déjà des mesures équivalentes (dispositions relatives à la concurrence déloyale, au respect de la vie privée, à la diffamation et à la protection contre les fausses désignations) et qui satisfont donc aux exigences de la Convention de Berne.

En 1990, le Congrès a amendé la législation sur le copyright en adoptant le « Visual Artists Rights Act » qui reconnaît à l'auteur un droit de paternité et d'intégrité sur ses œuvres. Il s'agit exclusivement des œuvres picturales, graphiques et sculpturales. Contrairement aux principes du droit moral, la protection du VARA s'éteint avec le décès de l'auteur.

Section 4.1.7- Les prérogatives conférées par le droit du copyright

L'article 106 du Copyright Act reconnaît au titulaire les droits exclusifs de faire et d'autoriser :

- la reproduction de l'œuvre protégée ;
- la création d'œuvres dérivées de l'œuvre protégée ;
- la distribution au public par vente ou autre transfert de propriété, location ou prêt ;
- la représentation ou l'exécution en public de l'œuvre protégée (œuvre littéraires, musicales, dramatiques et chorégraphiques, de pantomimes, de films cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles)
- la présentation en public (œuvres littéraires, musicales, dramatiques et chorégraphiques, de pantomimes, peintures, arts graphiques ou sculpture, y compris les image isolées d'un film ou d'une œuvre audiovisuelle)

Section 4.1.8- Les actions en contrefaçon d'œuvres protégées par le droit du copyright

En dehors des exceptions, la reproduction, la distribution, la représentation ou la présentation en public ou la création d'une œuvre dérivée, sans l'autorisation préalable du titulaire du copyright constitue une contrefaçon.

L'infraction est caractérisée s'il est démontré que le contrefacteur présumé a eu accès à l'œuvre protégée (l'accès est défini comme « l'opportunité de reproduire ou de préparer une copie ou un travail dérivé à partir de l'œuvre originale ») ou si la similitude ressort avec tellement d'évidence qu'elle présume la copie.

Le contrefacteur est susceptible d'être condamné à des « Statutory Damages » (Cf loi du 9 décembre 1999).

Section 4.1.9- Le « No electronic Theft Act »

Le Congrès américain a adopté en 1997 une loi pénale, le « No Electronic Theft Act », qui prévoit des peines d'amendes de 100.000 à 250.000 \$ et des peines d'emprisonnement jusqu'à six ans en cas de récidive pour « *le fait de reproduire ou de distribuer, en connaissance de cause, y compris par des moyens électroniques pendant au moins cent quatre-vingt jours, un ou plusieurs enregistrements ou copies d'une œuvre protégée par le « copyright » d'une valeur marchande supérieure à 1.000 \$.* »

Si l'élément intentionnel de l'infraction doit toujours être établi, l'infraction ressort du seul fait de la mise en ligne d'un objet protégé, alors que la législation sur le copyright exige, pour incriminer la contrefaçon, la démonstration d'un gain commercial de la personne poursuivie.

Chapitre 4.2- Le Digital Millenium Copyright Act - DMCA - 28 octobre 1998

Les Etats-Unis ont adapté leur législation aux nouvelles technologies à l'occasion de la transposition de deux traités adoptés à Genève le 20 décembre 1996 dans le cadre de l'OMPI : Traité sur le droit d'auteur d'une part ; Traité sur les producteurs de phonogrammes et les artistes d'autre part.

Le DMCA se compose de cinq titres :

- Le premier titre « WIPO Copyright and Performances and Phonograms treaties Implementaion Act of 1998 » a pour objet de mettre en œuvre les dispositions des deux traités OMPI du 20 décembre 1996 conférant des droits exclusifs aux auteurs, aux producteurs et aux artistes, sanctionnant la neutralisation des dispositifs techniques de protection des œuvres et sanctionnant la neutralisation des informations relatives aux titulaires de droits et à la gestion.

- Le deuxième titre « Online Copyright Infringement Liability Limitation Act » a pour objet de limiter la responsabilité des prestataires techniques.³⁴

³⁴ Le DMCA et la limitation de la responsabilité des fournisseurs d'accès et de contenu en ligne (Internet Service Providers - ISP)

Des dispositions similaires figurent aux termes des articles 12, 13, 14 et 15 de la Directive européenne « commerce électronique » du 8 juin 2000. (JOCE n° L.178 du 17/07/00) avec toutefois un niveau de protection moindre. Le DMCA prévoit une procédure de notification et de retrait (notice and take down) alors que la directive ne prévoit aucune procédure particulière.

Les dispositions du DMCA exonératoires de responsabilité en faveur des ISP se cumulent avec l'exception de « fair use ».

Les prestataires ISP définis par le DMCA ne peuvent être tenus pour responsables des atteintes à des œuvres protégées par le droit du copyright, dans la mesure où ils n'ont pas connaissance de ces atteintes. Leur responsabilité est donc limitée au cas où ils auraient réellement eu connaissance (« actual knowledge ») de la violation du copyright.

Le DMCA subordonne l'application du régime de responsabilité spécifique des intermédiaires à ce que, d'une part, ils n'interfèrent pas dans les systèmes techniques mis en œuvres par les ayants droit pour identifier et protéger leurs œuvres, et, d'autre part à ce qu'ils prévoient une politique d'interruption des abonnements souscrits en cas d'infraction répétées au droit d'auteur.

Les prestataires ISP doivent aussi désigner un mandataire habilité à recevoir les notifications, qui gèrera les plaintes de contrefaçon de copyright et qui sera identifié auprès du Copyright office.

Alors l'ISP ne sera pas tenu responsable :

a- quant à la prestation de transport : de la transmission et du stockage temporaire de contenus contrefaisants dès lors que la transmission est initiée par un tiers, sans interférence du prestataire sur le contenu et les destinataires. Ce prestataire peut être enjoint de résilier le compte de l'abonné contrefacteur et de prendre des mesures raisonnables pour bloquer l'accès à des sites étrangers spécifiques et identifiés ;

b- quant au « caching » : du stockage temporaire et automatique sur un serveur du prestataire pour accélérer la consultation des pages les plus demandées provenant d'un serveur tiers (technique connue sous le nom de « caching »). Le prestataire en cause doit assurer une fonction de simple transfert, sans modification des données ;

- Le troisième titre « Computer Maintenance Competition Assurance Act » instaure une exception à la protection des programmes d'ordinateur dans le cadre d'une opération de maintenance ou de réparation.

- Le quatrième titre comporte diverses dispositions relatives aux fonctions du Copyright Office, à l'enseignement à distance. Ce quatrième titre prévoit des exceptions au Copyright Act en faveur des bibliothèques, et des prestataires techniques afin de permettre des enregistrements éphémères. Ce titre instaure également un mécanisme de licence légale pour la transmission de musique et programmes sonores en ligne (Webcasting) ...

- Le cinquième titre a pour objet la protection des dessins de coques de navires ...

- Le DMCA et l'interdiction des appareils et mécanismes permettant de contourner les mesures de protection technologiques des œuvres protégées

La neutralisation des dispositifs de contrôle d'accès mis en place par le titulaire du copyright est interdite.

le prestataire doit respecter à la fois les instructions du site émetteur concernant la mise à jour de l'information et les conditions d'accès à l'information ; le prestataire ne doit pas interférer avec la technologie utilisée dans le but d'obtenir des informations sur l'utilisation des données en cause ; le prestataire doit retirer promptement la donnée contrefaisante ou empêcher que l'on y accède à réception d'une notification dès lors que l'information a été retirée du site d'origine ou que le retrait en a été ordonné par un juge.

c- quant à l'hébergement : de l'hébergement de contenus contrefaisants ou du lien avec des sites contrefaisants dès lors que le fournisseur d'hébergement, d'une part, n'a pas connaissance de leur caractère contrefaisant et que celui-ci n'est pas apparent et, d'autre part qu'il retire ou empêche promptement l'accès aux informations contrefaisantes dès qu'il en prend connaissance au moyen d'une notification adressée par le titulaire du copyright.

d- quant aux fournisseurs de liens hypertexte et aux services de moteurs de recherche : le DMCA les soumet au même régime de responsabilité que les fournisseurs d'hébergement. La directive ne prévoit rien particulièrement quant à ces prestataires.

Pour les autres types de prestations techniques, il peut être ordonné aux prestataires de résilier le compte de l'abonné contrefacteur ou de retirer les données illicites de leur base.

Les tribunaux doivent tenir compte :

- de la possibilité technique de prendre la mesure de blocage sollicitée ;
- de la charge imposée au prestataire ;
- des conséquences de la mesure ordonnée sur l'accès à d'autres sites ne contenant pas le matériel contrefaisant ;
- du préjudice subi par le titulaire de droit d'auteur si des mesures ne sont pas prises.

- Une personne arguant d'une violation d'un droit qu'elle ne possède pas engage sa responsabilité vis à vis du fournisseur de contenu.

La responsabilité du prestataire technique ne peut être engagée par l'éditeur du contenu en cause pour l'avoir retiré ou en avoir bloqué l'accès si :

- le prestataire prend des mesures raisonnables pour notifier à cet éditeur qu'il a retiré ou empêché l'accès au contenu en cause ;
- dès réception d'une contre notification émanant de l'éditeur du contenu en ligne :
- le prestataire informe promptement le titulaire du copyright,
- le prestataire remet en ligne le matériel dans un délai de 10 à 14 jours ouvrables, sauf s'il est informé dans ce délai par le titulaire du droit d'auteur que celui-ci a engagé une procédure judiciaire à l'encontre de l'éditeur de contenu.

- Dans l'hypothèse où une contrefaçon d'une œuvre d'un auteur français est commise sur un site hébergé aux Etats-Unis, le titulaire de droit a la possibilité de requérir l'assistance de l'ISP américain qui héberge les contenus incriminés.

Les personnes désignées par les ISP pour recevoir les oppositions sont enregistrées au Copyright Office. La liste est publique et peut être consultée sur le site du Copyright Office : <http://lcweb.loc.gov/copyright/> .

Un matériel pourra être déclaré illégal dès lors que :

- le matériel a été conçu dans le but illicite de contourner les moyens de protection ;
- il doit avoir été mis sur le marché en connaissance de son usage illicite ;
- il doit être dépourvu d'usage commercial objectif.

Comme en droit européen, sont visées non seulement la fabrication mais également l'importation, l'offre au public et la fourniture de produits, services et appareils, mécanismes, composants ou pièces conçus dans le but de contourner les mesures technologiques de contrôle d'accès à une œuvre ou de protection des droits du titulaire du copyright.

Des exceptions sont prévues en faveur notamment des établissements d'enseignements et les bibliothèques.

- Le DMCA et les obligations relatives à l'information sur le régime des droits (Transposition des articles 11 - WCT - et 19 - WPPT - des Traités OMPI du 20/12/96)

La suppression ou la modification de toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique est sanctionnée.

(Cf Article 7 de la directive du 22/05/01)

Chapitre 4.3- Jurisprudence américaine et mesures techniques de protection

Le DMCA insère dans le Copyright Act américain une section 1201 intitulée "§ 1201. Circumvention of copyright protection systems"³⁵.

(a) 35 VIOLATIONS REGARDING CIRCUMVENTION OF TECHNOLOGICAL MEASURES

(1)(A) No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title. The prohibition contained in the preceding sentence shall take effect at the end of the 2-year period beginning on the date of the enactment of this chapter.

(...)

(2) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that –

(A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;

(B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; or

(C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title.

(...)

(b) ADDITIONAL VIOLATIONS

(1) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that –

(A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing protection afforded by a technological measure that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof;

La section 1201 du DMCA a fait l'objet de quelques applications, dont les principales sont ici exposées.

L'affaire du logiciel DeCSS

L'industrie cinématographique utilise la technologie Content Scrambling System (CSS), basée sur la cryptographie technique pour protéger les DVD.

La DVD Copy Control Association (DVDCCA) détient en exclusivité le droit de concéder cette technologie sous forme de licence aux fabricants d'équipements électroniques et informatiques. Elle leur fournit une clé de cryptage qui permet de lire les supports.

Fin novembre 1999, des internautes norvégiens ont réussi à décrypter ce mécanisme de protection du DVD, dans le but de pouvoir lire les DVD sur les systèmes d'exploitation Linux.

Un des licenciés aurait oublié de crypter la clé de décryptage intégrée dans l'appareil de lecture : Monsieur Jon Johanson a mis à profit cette faille pour déchiffrer le CSS et créer un programme appelé DeCSS (Decoding CSS) permettant la lecture et la duplication des films DVD sur des appareils non dotés de clé de décryptage.

Poursuivi devant la justice norvégienne, Jon Johansen a été relaxé.

La DVDCCA a alors cherché à interdire la distribution de ce logiciel aux Etats-Unis.

Elle a intenté plusieurs actions en Californie et à New York afin d'arrêter la diffusion de DeCSS sur des sites web et l'établissement de liens vers des sites divulguant le DeCSS.

Des poursuites ont été engagées en Californie à l'encontre de Monsieur Brunner, pour lui interdire une nouvelle publication du logiciel DeCSS, sur son site web ou ailleurs, fondées sur les dispositions de la version californienne de la Uniform Trade Secrets Act (secret commercial).

Sur la côte est, la DVDCCA et la Motion Picture Association of America (MPAA) ont assigné Eric Corley, administrateur du magazine en ligne « 2600.com », au motif que celui-ci avait créé un lien hypertexte vers un site proposant en téléchargement le logiciel DeCSS. Elles ont fondé leurs poursuites sur la violation des dispositions relatives aux mesures techniques de protection introduites par le DMCA.

Le défendeur a invoqué principalement le premier amendement de la Constitution américaine, qui prévoit la liberté d'expression : le lien hypertexte relèverait de la liberté d'expression.

Le 23 août 2000, le Tribunal fédéral de grande instance du district sud de New York, écartant cet argument, a interdit à Eric Corley d'afficher sur le site web dont il est responsable le DeCSS et de relier ce site à tout autre site affichant le DeCSS.

(B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent protection afforded by a technological measure that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof; or

(C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing protection afforded by a technological measure that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof."

Ce jugement a été confirmé par la Cour fédérale d'appel de New York le 28 novembre 2001 (United States Court of Appeals for the Second Circuit, Docket n°00-9185, Universal City Studios, Inc. V. Reimerdes).

Les juges ont considéré que le lien visait à lancer le mécanisme du DeCSS. Il équivalait en conséquence à un transfert du code de ce logiciel anti-brouillage à l'utilisateur. Or, le fait pour une personne de présenter, offrir ou mettre à disposition une technologie ou un appareil de contournement, en ayant connaissance de sa nature, dans le but de permettre à autrui d'en faire l'acquisition constitue une infraction aux dispositions anti-traffic du DMCA.

Dès lors, ce lien constitue une fourniture du DeCSS au sens de l'article 1201 (a) (2) du DMCA.

La Cour fédérale a confirmé que l'utilisation de liens vers des sites qui publient le DeCSS n'est pas protégée par le premier amendement de la Constitution américaine, car le logiciel n'est qu'une fonction et ne possède pas de « contenu » réel.

Le magazine a été condamné à supprimer le lien litigieux, afin de ne pas inciter les lecteurs au piratage.

Affaire RealNetworks v. Streambox

La société RealNetworks diffuse sur internet la technique RealAudio, qui permet aux radios de transmettre leurs programmes en ligne (simulcasting)

En décembre 1999, elle a introduit une action à l'encontre de la société Streambox, l'accusant d'avoir défilé la protection technique des contenus RealAudio et de distribuer sur internet le logiciel de neutralisation afin de permettre aux internautes de télécharger tels des fichiers MP3. Elle invoque une violation du DMCA qui prohibe le fait pour une personne d'offrir ou de mettre à disposition un dispositif neutralisant les mesures techniques de protection des œuvres.

Trois produits de la société Streambox sont en cause. Le Streambox Ripper permet de convertir des fichiers RealAudio, qui peuvent être protégés par des mesures anti-copie par leur propriétaire, en fichiers MP3, qui ne font pas l'objet d'une telle protection. Le Streambox VCR permet de lire et d'enregistrer des vidéos de format RealPlayer G2, en évitant les protections anti-copie. Et le Streambox Ferret, quant à lui, reconfigure le RealPlayer de RealNetworks en ajoutant un bouton qui permet de choisir entre le moteur de recherche déjà installé sur le RealPlayer ou celui de Streambox qui cherche dans la base de données de cette société.

Le 18 janvier 2000, une injonction (« preliminary injunction » équivalent à notre procédure de référé) de stopper la distribution de deux de ses produits, le VCR et le Ferret, a été prononcée par une « US District Court for the Western District of Washington » à l'encontre de la société Streambox. Selon le juge, ces produits étaient susceptibles de violer le DMCA.

Finalement, les sociétés RealNetworks et Streambox ont transigé en septembre 2000.

L'affaire Dimitry SKLYAROV et Elcomsoft

L'éditeur Adobe Systems a mis en place une technologie de lecture des livres numérisés appelée « Adobe Acrobat eBook Reader », qui permet aux éditeurs de contrôler les

utilisations des livres téléchargés sur internet (contrôle du nombre d'exemplaires imprimés, nombre de transmissions par email,...) ou d'empêcher toute impression, duplication ou lecture de ces livres sur un autre ordinateur que celui sur lequel ils ont été téléchargés.

La société russe Elcomsoft a créé un logiciel « Advanced eBook Processor » (AEBPR) permettant de contourner ce logiciel de cryptage, et donc de lire un e-book acheté sur internet sous un format pdf et de désactiver les restrictions d'Adobe.

Ce logiciel est légal en Russie.

Le 25 juin 2001, la société russe a reçu une mise en demeure de la part d'Adobe, lui demandant de stopper la distribution de son logiciel AEBPR.

Parallèlement, Adobe a porté plainte, ce qui a conduit à l'arrestation de Dimitry Sklyarov, salarié de la société Elcomsoft, le 16 juillet 2001, à la sortie d'une convention à Las Vegas sur « la sécurité des e-book, théorie et pratique ».

Dimitry Sklyarov et la société Elcomsoft ont été inculpés pour violation du DMCA qui interdit à quiconque de fournir au public une technologie, un produit, un service ou un composant dont le principal objectif est de contourner les systèmes de protection.

Il est reproché à Dimitry Sklyarov d'avoir, lors de la convention, dévoilé les failles du système de cryptage des livres électroniques conçu par Adobe, et donc d'avoir exposé les moyens de contourner cette protection.

Il est fait grief à la société Elcomsoft d'avoir vendu le logiciel AEBPR qui pouvait effectuer le même contournement. Elle tombe sous la loi américaine car ce programme était disponible à travers le site internet Regnow.

L'éditeur Adobe, pour éviter une contre-publicité, a retiré sa plainte. En revanche, le ministère américain de la justice a maintenu la sienne. Le procureur a mis de côté les charges pesant contre Dimitry Sklyarov en échange de son témoignage dans le procès contre son employeur.

Le 17 décembre 2002, un jury de San Jose a acquitté la société Elcomsoft. Les jurés ont reconnu que le logiciel AEBPR violait le DMCA, mais ils ont acquitté la société, considérant qu'elle n'avait pas l'intention de violer la loi.

L'affaire du Professeur Edward FELTEN contre la RIAA et le SDMI

Le SDMI est un consortium de firmes de l'industrie du loisir, formé pour élaborer des solutions au piratage par voie numérique. Il tente notamment de mettre au point des outils techniques de protection harmonisés et efficaces.

Il a créé une technique de filigranage (« watermarking ») appelée « the Secure Digital Music Initiative » (SDMI) qui incorpore dans les supports audio des informations inaudibles visant à empêcher la copie des musiques par le lecteur.

En 2000, le SDMI a organisé un concours international en vue de tester la fiabilité de cette technologie, pour être certain qu'elle est inviolable, ou à tout le moins connaître ses faiblesses et les corriger.

L'équipe du professeur Felten, de l'Université de Princeton, a réussi à briser trois des cinq protections proposées. L'universitaire souhaitait publier l'ensemble de ses travaux et en faire une présentation lors d'un colloque rassemblant de nombreux chercheurs.

Mais la RIAA (Recording Industry Association of America), rejointe par SDMI and Verance, une des sociétés vendant la nouvelle technologie, a mis en demeure le professeur Felten de ne pas publier le résultat de ses recherches, sous peine de poursuites judiciaires sur le fondement du DMCA. La RIAA arguait que l'article scientifique du professeur constituait un moyen de contournement au sens du DMCA.

"The Electronic Frontier Foundation" a alors intenté un procès contre la RIAA, au nom du professeur Felten et de son équipe. Cette association cherchait à obtenir un jugement déclarant que le DMCA viole le premier amendement et d'autres droits à valeur constitutionnelle, en interdisant à l'équipe du professeur Felten de présenter les résultats de ses recherches scientifiques.

Le professeur Felten a refusé de présenter une version expurgée de ses travaux.

Les représentants du SDMI ont par la suite fait machine arrière en précisant que le courrier adressé à l'universitaire était peut être un peu excessif, et qu'il n'avait jamais été question de mener des actions légales.

Nombreux aux Etats-Unis sont ceux qui pensent que le DMCA avec ses mesures techniques de protection, juridiquement protégées, exerce un frein à la recherche informatique, étroitement liée à l'expérimentation et au libre échange d'informations : le DMCA permet en effet aux éditeurs de systèmes de cryptage de soustraire leurs produits à la décompilation.

Les défenseurs de la liberté d'expression militent également pour faire reconnaître l'inconstitutionnalité du DMCA, précisément parce qu'il s'oppose à la liberté d'expression.

Les droits des utilisateurs issus du « fair use », essentiels à l'exercice du premier amendement, seraient menacés par le DMCA.

Le seul comportement qui devrait être incriminé, serait le contournement des mesures techniques de protection dans le but de violer un copyright.

Titre V - L'intérêt collectif local : voie de (ré)conciliation

L'on peut regretter l'absence de représentation directe et permanente de l'intérêt collectif local dans la chaîne d'exploitation des œuvres. La création locale et sa diffusion intéressent pourtant les collectivités territoriales au premier chef.

Existe-t-il alors un moyen de rééquilibrer l'exploitation des œuvres au niveau local afin de permettre une meilleure stimulation de la création et un meilleur échange avec le public ?

Notamment, un établissement public local pourrait-il être créé afin d'assister les auteurs et les artistes au niveau local dans leurs relations contractuelles avec les éditeurs, les producteurs et les sociétés de gestion pour la pérennité et la promotion de la culture musicale au niveau local ?

Chapitre 5.1 : Services publics de diffusion des œuvres et régulation culturelle

Le service public de diffusion des œuvres artistiques, notamment les musées, confond souvent un patrimoine non artistique en son sein (patrimoine archéologique, historique ..)

C'est peut être ce qui caractérise l'œuvre d'art, la perception immédiate et empirique d'une universalité temporelle, qui permet, dès sa création, d'intégrer le patrimoine culturel, à savoir la somme des biens meubles et immeubles qui constituent les références communes, comme un langage, des individus d'un même groupe.

Les musées sont généralement constitués sous la forme d'établissements publics, communaux, départementaux, régionaux ou d'Etat et dotés en tant que tels d'une personnalité juridique autonome (budget propre, capacité juridique ...)

Les galeries d'art privées constituent un autre vecteur de diffusion des œuvres artistiques. Ainsi le service public de la diffusion des œuvres artistiques coexiste t-il sereinement avec l'initiative privée.

L'édition est un commerce réglementé, non soumis à autorisation mais parfaitement dérogatoire aux principes (libertés publiques) de libre entreprise et de libre concurrence (liberté du commerce et de l'industrie) : l'œuvre n'est pas un bien comme un autre. Cf articles L.132-1 à L.132-17 du CPI.

Or, l'autorité publique tend à laisser au seul éditeur la charge de l'organisation de la diffusion des œuvres des auteurs, comme s'il s'agissait seulement de concurrence pure et parfaite.

En France, dans des domaines où les raisons de déroger au jeu normal de la concurrence sont moins pressantes, ainsi l'agriculture, l'on a conçu et institué des organismes de régulation économiques tels l'Office national interprofessionnel des céréales (ONIC), l'Office national interprofessionnel du vin (ONIV), Office national interprofessionnel des fleurs à parfum, aromatiques et médicinales, l'Office national des fruits, des légumes et de l'horticulture,

l'Office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers, l'Office des viandes, élevages et aviculture ...

Ces organismes ont pour objet de garantir et de maintenir les cours de matières de première nécessité dans l'intérêt des consommateurs mais aussi de balancer cet intérêt avec ceux des professions et commerces concernés.

Les offices nationaux interprofessionnels ne se substituent pas à l'initiative privée mais ils l'encadrent en fonction de l'intérêt général en cause.

Ils sont généralement constitués sous forme d'établissement public à caractère industriel et commercial.

La diffusion des œuvres des auteurs ressortit à l'intérêt général. Mais ni l'Etat ni les collectivités publiques territoriales ne disposaient de l'outil de régulation ad hoc nécessaire pour régler les rapports entre les intérêts commerçants légitimes des éditeurs et des producteurs, les intérêts des auteurs et des artistes et les intérêts du public.

Une loi du 4 janvier 2002 portant sur la création « d'établissement public de coopération culturelle » et son décret d'application du 11 septembre 2002 pourraient permettre le développement d'un service public de régulation des droits musicaux, littéraires et artistiques à l'échelon local.

Un service public qualifié d'industriel et commercial exerce d'abord une activité de nature économique. Ensuite cette activité ne doit pas être soustraite à l'initiative privée.

Le caractère industriel et commercial est reconnu aux services publics qui font habituellement des opérations semblables à celles qu'effectuent - ou que pourraient effectuer - les entreprises privées dans le cadre d'une activité de production de biens ou de prestation de services. Mais il s'agit là d'activités économiques qui répondent à une mission de service public.

Constituent des services publics administratifs, les services dont l'activité s'exerce dans des domaines correspondant aux missions traditionnelles des collectivités publiques.

L'on peut utilement concevoir³⁶ et dans une même mesure restreinte un droit de préemption d'un Office pour la conservation et la diffusion du patrimoine et des œuvres sur les fonds d'édition, les fonds de production phonographique et audiovisuelle.³⁷

³⁶ à l'instar du droit de préemption des SAFER

³⁷ Existent au niveau national des établissements publics de régulation et d'intervention en matière de création : Le CNC Constitué sous forme d'établissement public (Loi du 25 octobre 1946 - Décret du 28 décembre 1946 - Cf Code de l'industrie cinématographique), le Centre national du livre (loi n° 46-2196 du 11 octobre 1946 créant une Caisse nationale des lettres, décret n° 73-539 du 14 juin 1973 relatif au Centre national des lettres, décret n° 76-113 du 30 janvier 1976 relatif au Centre national des lettres, décret n° 93-397 du 19 mars 1993 relatif au Centre national du livre, modifié par le Décret n°96-421 du 13 mai 1996)

La Cité de la musique à la Villette est constituée sous forme d'établissement public à caractère industriel et commercial - Décret 89-777 du 13/10/89 ;

La bibliothèque Nationale - établissement public à caractère administratif - Décrets du 19 novembre 1977 du 22 mars 1983 et du 13 octobre 1989 ;

Le Centre national d'art et de culture Georges Pompidou - Loi du 3 janvier 1973 - Décret du 27 janvier 1976

Le Grand Louvre - EPA - Décrets du 2 novembre 1983 et du 9 juillet 1990 ;

L'opéra Bastille - EPA - Décret du 3 octobre 1983 et du 31 janvier 1985 ;

Le musée du Louvre - EPA - Décret du 22 décembre 1992 ;

Le Parc de la Villette - EPA - Décrets du 7 janvier 1984 et du 21 février 1990 ;

L'institut de France - EPA - Décret du 3 avril 1985 ;

La réunion des musées nationaux - EPIC -Loi du 30 décembre 1982 et décret du 24 janvier 1983 ;

Théâtre national de Chaillot : - EPIC - Décret du 9 mai 1975 ;

Chapitre 5.2- Identité culturelle et collectivités locales

Dans une perspective de politique de transfert de compétences vers les collectivités territoriales en matière de création et de diffusion culturelle, les dernières années (2001-2002-2003) ont été marquées en France par les mesures suivantes :

A- Mesures Gouvernementales :

Les protocoles de décentralisation culturelle :

Fondement :

La mise en place de tels protocoles est fondée sur les principes posés par le Premier Ministre lors de sa déclaration au Parlement le 17 janvier 2001.

Champ d'application ratione materiae :

Deux domaines de la politique culturelle sont concernés par ces protocoles :

l'enseignement artistique (et, à la lumière des protocoles déjà signés à ce jour, plus particulièrement celui de musique, de la danse, de l'art dramatique et des arts plastiques).

le patrimoine (au regard des protocoles existant, dans toutes composantes)

Champ d'application ratione persone :

La conclusion des protocoles intervient entre l'Etat d'une part (et plus particulièrement la démarche expérimentale a été mise en place sous la responsabilité du secrétariat d'Etat au patrimoine et à la décentralisation culturelle), et divers niveaux territoriaux d'autre part. En effet aucun niveau territorial particulier n'a été prédéterminé. Il faut néanmoins noter que les protocoles signés en 2001 ont fait intervenir les *Départements* et les *Régions* (les *villes*, qui assument une part essentielle du développement local, bénéficient souvent de financements d'autres collectivités pour inscrire leur projet dans des logiques territoriales élargies. A ce titre, elles demeurent pleinement concernées et associées aux protocoles).

Objectif de telles mesures :

Elles constituent une démarche expérimentale avec trois objectifs :

- clarifier les rôles et identifier les nouvelles compétences culturelles pour les collectivités locales,

Théâtre national de la colline - EPA - décret du 10 novembre 1987 ;

Théâtre national de l'Odéon - EPIC - Décrets du 31 janvier 1978 et du 19 septembre 1986 ;

Théâtre national de Paris - EPIC - Décrets du 7 février 1978 et du 19 septembre 1986

- développer et améliorer le service public de la culture pour le patrimoine et les enseignements artistiques,
- dégager les orientations susceptibles d'inspirer les prochaines étapes de la décentralisation. En effet, dans le cadre de ces protocoles de décentralisation culturelle, il s'agit de tester, d'expérimenter une relation nouvelle entre l'Etat et les collectivités et entre les collectivités elles-mêmes, avant de décider des réformes à entreprendre à l'échelle du pays.

Partage des compétences entre Etat et collectivités territoriales :

Ces protocoles ne visaient pas, au moment où ils ont été mis en place, à accroître les compétences des collectivités territoriales, c'est à dire à déroger aux règles législatives de compétence entre l'Etat et les collectivités territoriales. En effet, dans le domaine de l'enseignement artistique, ces dernières ont pleine compétence, sous réserve du contrôle scientifique et technique exercé par l'Etat sur les établissements d'enseignement.

Pour une dérogation au régime de compétence en matière de patrimoine voir infra sous B.1.

En tout état de cause, les protocoles ne représentent qu'une période expérimentale tendant à établir le partage des compétences (rôle et financement) entre Etat et collectivités. Le partage effectif des compétences et le transfert de compétences étatiques vers les collectivités n'interviendra en tout état de cause qu'à l'issue de la période probatoire et en fonction des résultats qui auront pu être dégagés.

Méthode de mise en place des protocoles/ Instruments juridiques utilisés :

a) Le protocole s'appuie sur un document-cadre, préambule général à partir duquel les collectivités s'engagent dans la démarche globale et progressive proposée par l'Etat.

b) Le protocole repose ensuite sur un document de référence, le *protocole d'application*, qui fixe les objectifs à atteindre au cours des trois années dans un secteur et sur un territoire donné. Il est signé avec l'Etat par la ou les collectivités locales qui s'engagent pour conduire l'ensemble de cette démarche.

c) Un ou plusieurs contrats particuliers pourront compléter chaque protocole de façon à traduire concrètement, dès la première année et sur tout ou partie du territoire concerné, les nouvelles applications décidées dans les domaines choisis avec d'autres collectivités partiellement concernées.

Durée de l'engagement :

Les protocoles sont signés pour une durée de *trois ans*, afin de donner aux partenaires le temps de préparation pour l'exercice de nouvelles compétences et en particulier la mise en place des conditions financières et des ressources humaines correspondantes, l'établissement des nouvelles relations et du partage des rôles entre les collectivités concernées et les services de l'Etat.

Les résultats de ces protocoles seront évalués à la fin de la troisième année et pourraient aboutir à de nouvelles répartitions de compétences et de financements.

Bilan/ état des lieux :

Sept protocoles ont été mis en œuvre en 2001, dont six ont trait au patrimoine (Aquitaine, Isère, Lorraine, Lozère, Provence-Alpes-Côte d'Azur, Seine-Saint-Denis) et un seul aux enseignements artistiques (Nord-Pas-de-Calais).

Pour 2002, les protocoles suivants ont été retenus : il s'agit des régions Midi-Pyrénées, Poitou-Charentes, du département de la Creuse associé à la région Limousin dans le domaine du patrimoine, et d'autre part des régions Rhône-Alpes et Haute-Normandie dans le domaine des enseignements artistiques.

NB : Un bilan à mi parcours a été réalisé le 22 avril 2003, il apparaît que la mise en place de ces protocoles a été couronnée de succès. Un bilan définitif est à paraître courant mars 2004 et sera disponible auprès de la délégation au développement et à l'action territoriale (DDAT).

B- Mesures législatives :

1- La loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité (art.111) :

Deux articles de cette loi intéressent particulièrement le processus de décentralisation culturelle, amorcé par la mise en place des protocoles susmentionnés : les articles 111 et 112 mettent en place un transfert de compétence expérimental qui vient se greffer sur le dispositif des protocoles de décentralisation culturelle.

En effet, jusqu'alors, en matière de patrimoine, les textes en vigueur, et en particulier la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques, attribuaient à l'Etat, et à lui seul, les compétences nécessaires pour en assurer la protection.

Les lois et les mesures expérimentales de décentralisation n'avaient, en aucune manière, modifié les conditions d'exercice du pouvoir de police esthétique et historique.

Quant aux compétences en matière d'enseignement artistique, elles sont déjà largement dévolues aux collectivités territoriales, sous contrôle de l'Etat.

Dans cette optique, la loi du février 2002, aux termes de ses deux articles 11 et 112, apporte un changement potentiel en matière de partage des compétences entre Etat et collectivités territoriales.

→ L'article 111 prévoit l'engagement, d'ici à mars 2003, d'expérimentations, d'une durée maximale de trois ans, par voie de conventions, afin de permettre aux collectivités territoriales, moyennant une compensation financière et la mise à disposition de personnels, d'exercer les compétences de l'Etat en matière de :

- conduite de l'inventaire ;
- instruction des mesures de classement ;
- inscription d'immeubles à l'inventaire supplémentaire ;
- participation aux travaux d'entretien et de réparation sur des bâtiments inscrits ;
- autorisation de travaux pour des bâtiments inscrits ou des bâtiments situés dans leur champ de visibilité ;

Cet article n'aurait pas encore véritablement reçu d'application concrète.³⁸

Par ailleurs, il faut noter qu'aucun décret ou circulaire n'est, à ce jour, venu préciser le champs et les modalités concrètes d'application de cette disposition. Il semblerait que ces points soient à déterminer directement par les parties, par voie de convention.

L'alinéa 2 de l'article 111 de la loi du 27 février 2002 précise impérativement les paramètres suivants d'une éventuelle convention :

- la durée de l'expérimentation ne doit pas excéder 3 ans ;
- l'étendue des compétences transférées doit être déterminée ;
- les modalités de compensation financière et les conditions de mise à disposition des personnels de l'Etat pour la durée d'expérimentation doivent être déterminés ;
- les modalités selon lesquelles la collectivité concernée peut prendre des actes susceptibles de produire des effets au-delà du terme de l'expérimentation.

Aux termes de l'alinéa 3 des l'article 111, dans un délai de six mois à compter de la fin de l'expérimentation, un bilan devra être établi par l'Etat et les collectivités locales. Ce rapport devra alors être présenté par le Gouvernement au Parlement.

L'on peut regretter qu'il ne soit pas précisé dans quelle mesure cette disposition et les expérimentations qui en découlent s'articulent avec les protocoles mis en place précédemment.

→ l'article 112 (qui complète l'article 13 bis de la loi de 1913) permet, en cas de désaccord du maire ou du pétitionnaire avec l'avis obligatoire de l'architecte des Bâtiments de France (ABF) pour tous travaux de construction, démolition ou transformation situés dans le champ de visibilité d'un immeuble classé ou inscrit, de faire appel devant le préfet de région qui rend un avis, après consultation de la commission régionale du patrimoine et des sites (CRPS), avis qui se substitue à celui de l'ABF.

Il ressort de la circulaire du 27 mars 2002, que 3 décrets d'application sont à prévoir :

- Décret sur les conditions de désignation des membres et les modalités de fonctionnement de la section de la commission régionale du patrimoine ;
- Décret sur les délais de saisine du préfet de région et ceux impartis à la section de la commission régionale du patrimoine pour statuer ;
- Décret sur les conditions d'examen des recours ;

En l'état actuel des informations disponibles, il semblerait qu'à l'heure actuelle aucun de ces décrets n'ait été pris...

³⁸ Voir dans ce sens notamment un rapport sous la direction de J.P.Bady de la Commission « Patrimoine et décentralisation », intitulé « *Réflexions et propositions pour une politique nationale du patrimoine* », (non daté mais qui a probablement été rédigé au cours des derniers mois)

2- La loi du 4 janvier 2002 sur la création d'établissements publics de coopération culturelle (EPCC) :

Cette loi crée une nouvelle catégorie d'établissements publics, destinés à organiser la coopération entre des collectivités territoriales, des groupements et, le cas échéant, l'Etat, pour la gestion de services publics culturels relevant d'un intérêt tout à la fois local et national. Elle permet de pallier tant à la grande diversité des objets et des statuts juridique en la matière, qu'à l'absence d'un outil juridique adapté à la gestion d'une coopération.

Cet instrument juridique novateur est destiné à répondre à plusieurs objectifs :

- prendre en compte la spécificité du service public culturel en concourant à l'identité et à la lisibilité des institutions concernées,
- disposer d'une structure de coopération entre collectivités territoriales favorisant la cohésion de l'action publique en matière culturelle tout en préservant les prérogatives de chaque collectivité,
- permettre, pour les institutions ayant une double vocation locale et nationale, l'association au sein d'une même structure de l'Etat et de collectivités territoriales, assurer enfin un cadre de conception, de gestion et de contrôle efficace et transparent, quel que soit le secteur d'activité choisi.

L'organisation d'un partenariat librement consenti entre les collectivités territoriales, leurs groupements et, le cas échéant, l'Etat est la première spécificité des établissements publics de coopération culturelle.

Deux types d'établissements peuvent être créés :

D'une part un établissement permettant à une collectivité d'individualiser la gestion d'un service relevant de sa seule compétence (art.L.1412-3 du Code général des collectivités territoriales) ;

D'autre part, un établissement visant à assurer une collaboration entre l'Etat et une ou plusieurs collectivités pour la gestion d'un service « contribuant à la réalisation des objectifs nationaux dans le domaine de la culture ».

Sont exclus d'une telle coopération, les services qui, par nature ou par la loi, ne peuvent être assurés par les collectivités territoriales ». (art.L.1431-1 Code général des collectivités territoriales).

Ce nouveau mode de gestion pourra s'exercer dans tous les secteurs d'activités culturelles : activités patrimoniales (musées, bibliothèques-médiathèques, monuments historiques), activités d'enseignement artistique (écoles de musique et d'arts ...), arts plastiques (centres d'art et fonds d'acquisition) et spectacles vivants.

Les collectivités territoriales auront en outre le choix de la forme juridique conférée à l'établissement public : établissement public administratif ou à caractère commercial et industriel.

Pour les conditions de création, d'organisation et de fonctionnement d'un tel établissement : voir le Décret n°2002-1172 du 11.09.2002 publié au JORF 218 du 18/09/02.

Chapitre 5.3- Synthèse – Prospective

Le rééquilibrage de l'exploitation des œuvres afin de permettre une meilleure stimulation de la création et un meilleur échange avec le public s'impose pour conformer l'exploitation des œuvres et des enregistrements au droit commun de la propriété littéraire et artistique.

L'exploitation actuelle des œuvres modernes et anciennes du patrimoine culturel musical, littéraire et artistique, n'assure pas toujours la pérennité et la promotion de ce patrimoine.

Pour qu'une entité régionale existe dans des termes d'échanges paisibles au sein de l'environnement local, national et international, pour qu'elle obtienne une reconnaissance à sa juste mesure, il faut qu'elle démontre et montre son fondement culturel, la tradition et la pérennité des souches qui en sont issues.

Cette culture définit et légitime un champ d'intérêt collectif, une « res publica » dans le cadre de sa circonscription politique.

Les créateurs et les artistes contemporains qui s'expriment dans une forme idiomatique (langue, références historiques locales, techniques musicales, littéraires ou artistiques propres à la localité ...) assurent, plus ou moins consciemment, la juste expression et la juste reconnaissance de leur région d'expression ;

Certains créateurs, certains artistes, conscients que la valeur de leur patrimoine leur confère une sorte d'ambassade, peuvent être tentés de représenter une tradition qu'ils ne possèdent pas.

C'est manifestement et forcément dommageable pour la culture locale.

Parallèlement, un circuit commercial et une exploitation strictement commerciale de la création locale exposent la collectivité locale et la tradition culturelle à un dévoiement de deux types :

- la dissolution de la rigoureuse spécificité culturelle locale dans des produits de variétés destinés à un public amateur ou consommateur de couleurs locales ;

- la dissolution de cette rigoureuse spécificité culturelle dans une exploitation à seule fin de prosélytisme politique ;

Des établissements publics locaux pourraient être créés afin d'assister les auteurs et les artistes dans leurs relations contractuelles avec les éditeurs, les producteurs et les sociétés de gestion pour la pérennité et la promotion de la culture locale.

Il ne s'agit pas de phagocyter l'initiative privée mais de la compléter en considération de l'intérêt général, de la subtilité et de la fragilité du patrimoine culturel local.

La vivacité de la création locale garantit la diffusion d'un patrimoine culturel lui-même vivace, pérenne, et renouvelé.

Pour qu'un auteur existe et évolue librement dans son processus créatif, il faut qu'il soit diffusé en même temps que le patrimoine culturel qu'il traduit et qu'il transmet.

Or le patrimoine culturel local et la création d'auteur fondée sur ce patrimoine n'ont pas, a priori, de rentabilité suffisante à l'aune des seuls critères d'une économie de marché dans un champ de concurrence international.

Certes les éditeurs et producteurs locaux peuvent être mus par d'autres considérations que la seule recherche du profit. Ils assumeraient alors soit une mission charitable, soit une mission d'intérêt général, un mécénat.

Le mécène n'est pas un généreux donateur : il s'honore du don qu'il consent à l'art et fait valoir cet honneur.

La manne des auteurs locaux peut bénéficier à telle société d'édition ou de production. Ce bénéfice n'est pas illégitime en lui-même dès lors qu'il vient après la juste rémunération et la juste reconnaissance des créateurs et des artistes eux-mêmes.

Or la prospérité de telles sociétés d'édition et de production locales peut venir pour une part de la spoliation des auteurs et des artistes inscrits dans la meilleure tradition culturelle locale et, d'autre part, de l'exploitation anarchique d'une multitude de groupes locaux, de moindre valeur culturelle.

Il ne s'agit pas seulement ici d'art, de droits d'auteurs et d'artistes, mais d'éléments locaux d'un patrimoine culturel universel, qu'il paraît essentiel pour le public, les collectivités publiques et la communauté internationale de préserver.

Il faut donc concevoir que l'établissement public envisagé, reçoive les auteurs et les artistes locaux ou exogènes, inscrits dans la tradition culturelle locale pour les diriger vers les éditeurs et les producteurs qui garantiraient contractuellement leurs intérêts et l'intérêt de la collectivité.

L'établissement public local envisagé n'aurait pas pour fonction d'éditer des auteurs ou de produire des artistes mais de conseiller ceux-ci dans leurs relations avec leurs partenaires professionnels : éditeurs, producteurs, diffuseurs. L'établissement public interviendrait réciproquement comme conseil de ceux-ci : conseil d'ordre juridique, préconisation de contrats type, régulations des rapports éditeurs / producteurs / diffuseurs, fonds de concours ...

L'aval de l'établissement public, et notamment l'adoption de contrats types qu'il préconiserait, serait un préalable nécessaire pour l'obtention de subvention de la collectivité locale.

L'établissement public local pourrait préempter l'achat de catalogue d'éditeurs ou de fonds de producteurs ou de fonds artistiques pour éviter leur déperdition ou pour garantir la pérennité de l'exploitation de l'artiste, de l'auteur ou du fonds en cause dès lors que cette pérennité semblerait menacée.

Cette préemption ne pourrait intervenir que dès lors qu'il ne s'agirait pas pour le titulaire cédant du fonds de transmettre à ses héritiers ou au sein du même groupe.

L'établissement public pourrait alors être en mesure d'exploiter directement et temporairement les fonds en question, jusqu'à l'organisation d'une structure d'édition ou de production adaptée aux intérêts des auteurs, des artistes et du public.

De façon plus générale, l'établissement permettrait de définir et de planifier une réelle politique culturelle à moyen ou long terme.

La conservation du patrimoine, la culture et la création d'auteur s'envisagent dans la durée et supposent des institutions pérennes : le temps du jeu démocratique n'est pas le temps du patrimoine et de la culture.

Quant aux missions des sociétés de perception et de répartition (SPRD) prévues par les dispositions du livre III titre II du Code de la propriété intellectuelle (articles L.321-1 et suivants du CPI) l'établissement public interviendrait en qualité de médiateur entre les parties (SPRD - auteurs - artistes - éditeurs - producteurs) et comme conseil.

L'intervention de l'établissement public n'aurait aucune conséquence directe sur les missions spécifiques de perception et de répartition des sociétés de gestion collective.

D'une façon générale, l'établissement public aurait pour fonction de représenter les intérêts de la collectivité territoriale et du public lors de l'exploitation des œuvres.

La réflexion doit être poursuivie avec les représentants des différentes professions (auteurs, artistes, éditeurs, producteurs ...) et des différentes institutions (SACEM, directions du ministère de la culture, Union Européenne, UNESCO ...) aux fins de déterminer si la mission de l'établissement public doit être strictement circonscrite à l'exploitation des œuvres locales ou si elle doit être étendue à toutes les œuvres afin de rétablir un équilibre dans la diffusion des différents genres musicaux, littéraires et artistiques : les genres les plus diffusés (de façon générique la musique française ou anglo-saxonne de variété) sont forcément les plus rentables. Leur diffusion dans des régions dotées de faibles structures de diffusion est plus facile : le coût est plus facilement amorti sur la masse de diffusion et, par définition, ce sont des genres musicaux, littéraires ou artistiques destinés à un large public.

Paradoxalement, les genres musicaux, littéraires ou artistiques locaux nécessitent des investissements d'édition et de production qui sont difficiles à assumer au niveau régional par tel éditeur à ce ressort ; alors que les œuvres locales pourraient bénéficier d'un public mondial.

Ce paradoxe peut se synthétiser dans la formule suivante :

Les œuvres de diffusion universelles éditées et produites par les « majors » sont facilement reçues dans tous les endroits particuliers, au préjudice de la culture locale, alors que la culture locale trouve son public sa rentabilité et sa pérennité si elle est éditée et produite vers un public universel.

Ce paradoxe est confirmé par les nouvelles technologies : plus le mode de diffusion est général, plus les particularismes peuvent s'exprimer. Moins la diffusion est large, plus il faut viser un public type, universel, au grand préjudice des cultures locales.

L'établissement public envisagé pourrait utilement exploiter et promouvoir les nouvelles technologies d'édition, de production et de communication. Il pourra former les auteurs, les artistes, mais aussi les éditeurs et les producteurs à ces technologies.

Cet établissement pourrait procéder à la numérisation nécessaire du patrimoine musical et littéraire.

La numérisation du patrimoine musicale et littéraire permettrait cette mise à disposition (en ligne sur le réseau Internet ou support multimédia).ⁿ

Glossaire :

CPI : Code de la propriété intellectuelle

MJA : mesures juridiques appropriées

MTE : Mesures techniques efficaces

MTP : mesures techniques de protection

PSVCMTE : Produits ou services visant à contourner une mesure efficace

JORF : Journal officiel de la république française

JOCE : Journal officiel de la communauté européenne

Bibliographie

Ouvrages généraux de droit d'auteur :

- A. et H.J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 2001.
P.Y.Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF 2001.
A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec 1999.
X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Cours Dalloz 2002.
P. Sirinelli, *Propriété intellectuelle*, Montchrestien 2002.
C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz 1999.
B. Edelman, *Droits d'auteur – Droits voisins*, Dalloz Référence 1993.
Juris-classeur Propriété littéraire et artistique, sous la direction de A. Lucas.

Ouvrages et articles sur l'histoire du droit d'auteur :

- Jacques Boncompain, *La Révolution des auteurs. Naissance de la propriété intellectuelle (1773-1815)*. Paris, Librairie Arthème Fayard, 2001.
Anne Latournerie, [Petite histoire des batailles du droit d'auteur](#), Powow.net, juin 2001.
Alain Viala, *Naissance de l'écrivain*, Les éditions de minuit, Paris, 1985, p. 86.
A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, Jules Renouard et Cie, t.I, 1838, t. II, 1839.

Autres ouvrages spécialisés :

- A. Lepage, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, [Droit@Litec](#), 2003.
J. Rivero et H. Moutouh, *Les libertés publiques*, Thémis, PUF, 2003.
C. Leclercq, *Libertés publiques*, Litec, 2003.
P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Cours Dalloz, 2002.
A.Pouille et J. Roche, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Mémento Dalloz, 2002.
Jean-Michel BRUGUIERE, *les données publiques et le droit* – Litec, 2003
Louis FAVOREU, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz 2001
Jean-Jacques ISRAEL, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ 1998
T. Verbiest et E. Wery, *Le droit de l'internet et de la société de l'information : droits européen, belge et français*, Larcier, 2001.
A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998.
I. Wekstein, *Droits voisins du droit d'auteur et numérique*, [Droit@Litec](#), 2002.

A. Strowel et E. Derclaye, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia*, Bruylant, 2001.

Sites de référence

www.europa.eu.int

www.internet.gouv.fr

www.legifrance.gouv.fr

www.legalis.net

www.droit-ntic.com

www.droit-technologie.org

www.foruminternet.org

www.njuris.com

www.juriscom.net

www.clic-droit.com

www.en-droit.com

www.village-justice.com

www.legalbiznext.com

www.laportedudroit.com

www.wipo.int

<http://gallica.bnf.fr>

a

Article 11 Traité OMPI du 20/12/96 - Droits d'auteur - Obligations relatives aux mesures techniques

Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi.

Article 18 Traité OMPI 20/12/96 - Droits voisins - Obligations relatives aux mesures techniques

Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs interprétations ou exécutions ou de leurs phonogrammes, d'actes qui ne sont pas autorisés par les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes concernés ou permis par la loi.

^b *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Author or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned.*

“Whereas Printers, Booksellers, and other Persons, have of late frequently taken the Liberty of Printing, Reprinting, and Publishing, or causing to be Printed, Reprinted, and Published Books, and other Writings, without the Consent of the Author or Proprietors of such Books and Writings, to their very great Detriment, and too often to the Ruin of them and their Families: For Preventing therefore such Practices for the future, and for the Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books; May it please Your Majesty, that it may be Enacted, and be it Enacted by the Queens most Excellent Majesty, by and with the Advice and Consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons in this present Parliament Assembled, and by the Authority of the same, That from and after the Tenth Day of April, One thousand seven hundred and ten, the Author of any Book or Books already Printed, who hath not Transferred to any other the Copy or Copies of such Book or Books, Share or Shares thereof, or the Bookseller or Booksellers, Printer ou Printers, or other Person or Persons, who hath or have Purchased or Acquired the Copy or Copies of any Book or Books, in order to Print or Reprint the same, shall have the sole Right and Liberty of Printing such Book and Books for the Term of One and twenty Years, to Commence from the said Tenth Day of April, and no longer; and that the Author of any Book or Books already Composed and not Printed and Published, or that shall hereafter be Composed, and his Assignee, or Assigns, shall have the sole Liberty of Printing and Reprinting such Book and Books for the Term of fourteen years, to Commence from the day of the First Publishing the same, and no longer; ...”

^c Rapport fait par Monsieur Le Chapelier au nom du Comité de Constitution, sur la pétition des auteurs dramatiques, dans la séance du jeudi 13 janvier 1791, avec le décret rendu dans cette séance - Imprimé par Ordre de l'Assemblée Nationale :

« Messieurs,

Vous avez chargé votre Comité de constitution de vous rendre compte de la Pétition des auteurs dramatiques ; et par ce renvoi, vous avez semblé préjugé la question qui vous est soumise.

Elle tient réellement aux principes de la liberté et de la propriété publiques ; elle doit être décidée par ces principes.

Les auteurs dramatiques demandent la destruction du privilège exclusif qui place dans la capitale un théâtre unique où sont forcés de s'adresser tous ceux qui ont composé des tragédies ou des comédies d'un genre élevé ; ils demandent que les comédiens attachés à ce théâtre ne soient plus, ni par le droit, ni par le fait, les possesseurs exclusifs des chefs d'œuvre qui ont illustré la scène française, et en sollicitant pour les auteurs et leurs héritiers ou cessionnaires la propriété la plus entière de leurs ouvrages pendant leur vie et cinq ans après leur mort, ils reconnaissent et même ils invoquent les droits du public et ils n'hésitent pas à avouer qu'après le délai de cinq ans, les ouvrages des auteurs sont une propriété publique.

Les comédiens vulgairement connus sous la dénomination de Comédiens français, se permettent de convenir qu'il ne peut plus exister de privilège exclusif, et ils vont jusqu'à avouer qu'il peut être établi dans la capitale un autre théâtre où pourront comme ... être représentées les pièces qu'ils ont jusqu'à présent regardées comme leur domaine particulier.

Mais ils prétendent être propriétaire sans partage des chefs d'œuvre de Corneille, Racine, Molière, Crébillon et autres, et de tous les auteurs qui, par la disposition d'un règlement, ont suivant les Comédiens, perdu leur propriété, ou qui sous la loi d'un privilège exclusif, ont traité avec eux.

Tel est le débat que vous devez terminer par une loi générale sur les spectacles, et sur la durée qu'elle doit avoir : enfin il est nécessaire, puisque la matière se présente, que vous fassiez quelques dispositions législatives sur la police des spectacles.

Les auteurs dramatiques devaient, autant et plus que tous les écrivains, être libre dans le choix de ceux qui représentent leurs ouvrages et dans l'expression de leur pensée.

Le public devait avoir la propriété de ces chefs d'œuvre, qui plus et mieux que les conquêtes de Louis XIV, ont illustré son règne ; et que chacun devait être maître de s'emparer des ouvrages immortels de Molière, de Corneille, de Racine, pour essayer d'en rendre les beautés et de les faire connaître.

Mais le despotisme qui flétrissait tout, qui portait ses regards sur toutes les institutions pour les maîtriser, avait envahi cette propriété commune, et l'avait mise en privilège exclusif.

Cela n'était pas étonnant, lorsqu'une administration vicieuse avait tout transformé en privilèges, et que son unique système semblait être de blesser les droits de tous pour servir quelques intérêts particuliers, lorsque l'inquisition de la tyrannie était placée jusqu'à côté du talent et de la pensée pour étouffer l'un et gêner l'autre.

Mais ce qui doit surprendre, c'est qu'il y ait une petite agrégation d'hommes qui se prétendent encore possesseurs d'un privilège qui leur donne la propriété exclusive des œuvres de tous les auteurs dramatiques, et qui s'établissant les héritiers privatifs de tous les génies qui ont rendu la France célèbre, veulent qu'ils ne parviennent au public que par eux, et que tous les citoyens n'aient pas comme eux la faculté de jouer les ouvrages dramatiques dont s'honorent le dix-septième et le dix-huitième siècle.

Les comédiens français soutiennent que les pièces de Corneille, de Racine, de Molière, de Voltaire et autres sont leurs propriétés.

Si on lisait cette phrase à un homme fort instruit des principes de gouvernements, mais ne sachant ni l'histoire de celui dont nous sommes débarrassés, ni celle de la superbe révolution qui nous ramène aux maximes ... de l'ordre social, il regarderait comme un délire une semblable prétention, et il ne croirait pas qu'elle fut née parmi des hommes que leur état consacrant à l'étude des chefs d'œuvre de l'esprit humain, aurait du rendre apôtres religieux de la maxime qui fait de ces chefs d'œuvre, une propriété publique, et qui n'admet une exception à cette règle générale, que pour l'intérêt des auteurs et la conservation du droit qu'ils ont de retirer un honorable salaire de leur glorieux travail.

Les Comédiens français, après avoir longtemps, à l'aide d'un privilège exclusif, subjugué les auteurs dramatiques, et par un étrange renversement dans l'ordre des choses, les avait rendus leurs tributaires, sont devenus leurs adversaires, quand ceux-ci ont réclamé les droits que venait de leur rendre une constitution libre ; pour prendre ce rôle, ils n'ont eu qu'un changement de mots à faire, ils ont appelé propriété leur privilège.

Dans le mémoire qu'ils ont adopté pour essayer d'opérer cette utile métaphore, ils ont fixé la discussion à quatre points principaux, qui réellement peuvent faire passer sous vos yeux tous les objets de la pétition des Auteurs dramatiques. Ces derniers, après avoir exposé le régime tyrannique sous lequel ils ont vécu, ont demandé qu'il fut permis à tout citoyen d'établir un théâtre public sous l'inspection de la municipalité des lieux.

Que des règlements arbitraires ne fussent plus clandestinement faits par des commissaires que la loi ne connaît pas ; que ces règlements fussent l'ouvrage des municipalités ... Que toutes les pièces des auteurs, morts depuis cinq ou dix ans et plus, pussent être jouées sur tous les théâtres qui s'établiront ou qui sont établis ... Que la même faculté fût donnée aux auteurs vivants de faire jouer leurs pièces partout, et qu'elles ne pussent être jouées que de leur consentement, sauf les actes qu'ils auraient pu passer avec des troupes de comédiens.

Delà, ont dit les comédiens établis près le Luxembourg, il résulte qu'il faut examiner, Notre privilège exclusif,

La demande d'établissement d'un second théâtre,

La propriété des pièces des auteurs morts,

La propriété des pièces des auteurs vivants.

Il faut observer, sur l'énonciation de la seconde question, qu'elle est contraire à la pétition des citoyens qui s'occupent de l'art dramatique ; ils ne demandent pas l'établissement d'un second théâtre ; ce serait comme ils l'ont fort bien observé, diviser le privilège et non l'abolir, ils demandent la libre faculté pour tous les citoyens d'établir un théâtre public. Jadis les Auteurs dramatiques auraient pu se borner à demander un second théâtre ; ils auraient été obligés de composer avec une administration qui ne connaissait que les privilèges ; aujourd'hui ils ne pouvaient parler, ils n'ont parlé que de liberté.

Les comédiens n'ont pas osé soutenir la partie la plus saillante de leur privilège. Ils renoncent à être les seuls à Paris qui puissent jouer des tragédies ; ils consentent à l'établissement d'un second théâtre, c'est leur langage, et par conséquent à l'établissement de plusieurs théâtres.

Il faut examiner si cette liberté doit être accordée, si les principes la réclament, si l'intérêt de l'art la sollicite, si le bon ordre n'en peut pas souffrir.

Nous croyons, Messieurs, que cette question est du nombre de celles qui, pour recevoir leur décision, n'ont besoin que d'être exposées.

L'art de la comédie doit être libre comme tous les autres genres d'industrie, ce talent, longtemps flétri par le préjugé, a enfin pris, au nom de la raison et de la loi, la place qu'il doit occuper dans la société : qu'il soit permis à chacun de l'exercer et que seulement une surveillance de la police municipale empêche les abus qui tiennent, non à l'exercice de l'art, mais aux fautes des comédiens.

Il est désormais très reconnu que chacun doit à son gré d'exercer son industrie ; ce n'est que sous le règne des privilèges qu'on met des entraves à cette faculté de l'homme et on cherche à cet abus d'autorité de frivoles prétextes dans le perfectionnement de l'art, dans la conservation des mœurs.

Le perfectionnement de l'art tient à la concurrence ; elle excite l'émulation, elle développe le talent, elle entretient des idées de gloire, elle réunit l'intérêt à l'amour propre, et tourne au profit du public ces deux sentiments, qui, quand ils sont séparés, ne sont pas toujours assez vifs chez les hommes pour les exciter à de pénibles travaux.

La conservation des mœurs est assurée par l'inspection de la police municipale ; il faut que les spectacles épurent les mœurs, donnent des leçons de civisme, qu'ils soient une école de patriotisme, de vertu, et de tous ces sentiments affectueux qui sont la liaison et le charme des familles, et qui, pour ne compter que des vertus privées, n'en sont pas moins les garants et les précurseurs des vertus publiques.

C'est à la concurrence, c'est à la liberté que nous devons cette protection du théâtre, tandis que nous perdrons à jamais l'espoir de trouver dans nos amusements une grande école nationale, si le spectacle était un lieu privilégié et si l'imagination des auteurs était soumise au despotisme d'hommes à privilèges ; car par la force des choses, ils sont despotes.

Les amis de l'ordre public et des mœurs, qui le sont toujours des principes et de la liberté, les amateurs des arts ne doivent former qu'un souhait ; c'est que les farces ridicules et souvent licencieuses ne déshonorent plus nos théâtres et n'amollissent plus nos esprits, c'est que par tout les spectacles donnent quelque chose à apprendre, et que toutes les pièces fassent désormais gagner la patrie en formant de meilleurs citoyens. Espérons qu'un règlement sage dirigera cette partie de l'éducation publique, car s'en sera une alors et consacrons le principe, qu'il est libre à tout citoyen d'établir un théâtre.

Vous ne vous laisserez pas sans doute arrêter par ces objections trop futiles qui nous entourent.

Il y aura trop de spectacles ; les citoyens seront détournés de leurs occupations utiles ; s'ils peuvent jouer dans tous les lieux en faisant leur déclaration à la municipalité.

Laissez à l'intérêt le soin de ne former que des établissements qui pourront être avantageux ; laissez encore à ce guide très sûr le soin de tempérer le goût des spectacles, et de préférer des occupations lucratives à des délaissements dispendieux. Tant mieux au reste, tant mieux si, quand les spectacles auront pris un air de liberté, quand ils seront épurés par son régime sévère, on fréquente des spectacles instructifs.

Et à Paris y en aura-t-il jamais plus qu'il n'y en a ? A des spectacles frivoles seront substitués des spectacles que l'esprit patriotique pourra avouer, et vous verrez périr ces farces de la foire, dont le goût et la vertu s'indignent également.

Quant aux provinces, nous qui en sommes habitants, nous savons que, moins qu'à Paris, les spectacles sont dangereux, parce que, moins qu'à Paris, les scènes grossières ou licencieuses avaient le don de nous séduire.

Nous savons qu'une troupe établie dans une petite ville, trouve avec peine des spectateurs pendant un mois ; que les municipalités cherchaient souvent des comédiens et n'en trouvaient pas ; et que la faculté d'élever des théâtres ne peut être exercée que dans les très grandes villes, où les théâtres sont indispensables, et où la concurrence devrait être excitée par le gouvernement, si elle n'était pas autorisée par la première loi, celle de la raison.

Il ne se formera plus de grands comédiens...

Eh pourquoi donc ! Parce qu'ils seront libres d'aller d'un théâtre à l'autre, quand ils se déplairont dans celui qu'ils auront d'abord choisi ; parce qu'ils pourront plutôt faire connaître leurs talents, y ayant plus de lieux où les exercer ; parce qu'enfin ils seront dégagés de toutes ces entraves auxquelles le régime actuel les assujettit ?

Il est même à remarquer que par une heureuse sympathie les grands talents le cherchent et le réunissent. C'est surtout dans l'art du théâtre que cette vérité est plus pratique. Toutes les fois qu'un spectacle renfermera deux ou trois comédiens célèbres, ceux qui les égaleront dans d'autres rôles chercheront à se réunir à eux, et ce théâtre acquerra ainsi la seule suprématie qui soit utile, celle des talents.

Il y avait autrefois deux troupes de comédiens à Paris : c'était le sujet de querelles et de rivalités ; Louis XIV les réunit.

Vous parlez d'établissements, qui, dans la naissance des lettres, formèrent des partis entre ces personnages, qui, suivant la mode du jour, s'érigeaient en protecteurs des arts, et dont quelques uns d'eux étaient dignes de monter plus haut en les cultivant. Il est tout simple que deux théâtres aient produit l'effet que vous rappelez ; quand c'est le despotisme qui, pour dédommager un peu l'humanité et occuper les esprits, se charge de faire fleurir les arts, la concurrence dans les spectacles peut être plutôt un sujet de querelles qu'un moyen de perfection : il n'y a plus que des protecteurs et des protégés ; et les protégés n'ont de talents qu'en raison du crédit de leurs protecteurs. Sous la liberté, c'est le mérite qui prévaut, la concurrence ne fait que l'exciter.

Et voyez comme dans les choses qui semblent les plus simples, le despotisme a toujours la même marche et la même influence.

On a d'abord donné douze mille francs de gratification ; les comédiens qui les ont reçus, ont pris le titre de comédiens du Roi, pour préparer, ou consolider leur privilège exclusif. Des officiers de la maison du roi furent chargés de la distribution de ces douze mille livres ; ils usurpèrent la police, la législation réglementaire des spectacles ; ils devinrent les arbitres souverains des auteurs et des acteurs.

Qu'en est-il résulté ? que les acteurs n'ont plus été des courtisans subalternes, et se sont plus occupés d'obtenir la faveur des hommes en place que les applaudissements du public ; que les auteurs, jouets perpétuels des intrigues de coulisse, indignés de la morgue et de l'air suffisant de ceux dont ils employaient l'organe, y ont pourtant sans cesse été exposés ; que les talents en ont souffert, qu'ils ont été découragés par les auteurs, arrêtés par cette censure inquisitoriale qui épiait dans chacun de leurs vœux un axiome de liberté et de raison pour l'effacer, et souvent le dénoncer à ceux qui vivaient d'esclavage.

Il s'est formé d'étonnantes chefs-d'œuvre ; il s'est échappé quelques pièces qui présentent toute la raison embellie des charmes de notre poésie, et les discours fiers des hommes libres. Cela est vrai, mais c'est que le génie rompt quelquefois les digues que les institutions les plus barbares lui opposent ; sûrement Racine, Molière, Corneille, Voltaire, Crébillon et beaucoup d'autres auraient existé dans un pays libre ; mais, s'il n'y avait eu ni privilèges, ni despotisme, ils auraient eu plus de disciples, et peut être des émules.

Il a fallu tout l'ascendant que Voltaire avait pris sur la nation, pour obtenir qu'on jouât quelques unes de ces pièces, où son génie traversant un siècle, atteignait la révolution actuelle, et semblait la prédire et l'accélérer ; encore il n'avait pas pu soutenir au théâtre quelques uns de ses chefs-d'œuvre que nous reprenons maintenant, et souvent la morgue comique a exigé de lui des sacrifices, auxquels un privilège exclusif l'a forcé de s'abaisser.

Voudrait-on qu'il subsistât encore un lieu où les auteurs fussent forcés d'aller porter et soumettre leurs productions ? Voudrait-on que celui qui parlerait avec énergie de liberté et de haine des tyrans, fût forcé d'effacer ces maximes sacrées, si une troupe privilégiée ne voulait pas les proférer ? Voudrait-on que la police, les règlements des spectacles fussent faits par des hommes privilégiés, par des commissaires illégaux, qui n'auraient aucun caractère public ?

Non ; que pour le bien de l'art et la conservation de nos principes, il n'existe plus de privilèges ; que chacun jouisse du droit d'élever des théâtres, et de prendre ce moyen légitime d'exercer son industrie ; que les auteurs puissent s'adresser à d'autres comédiens, quand ceux auxquels ils auront proposé leurs pièces, leur feront éprouver d'injustes ou d'insultantes difficultés.

Je dois dire un mot sur la propension des comédiens à s'emparer d'un privilège exclusif. Tout en semblant y renoncer, ils s'intitulent, THEATRE DE LA NATION ; ce titre ne serait que ridicule s'il ne présentait pas l'enseigne d'un privilège exclusif, d'autant plus condamnable que la nation semble y prendre part.

Sans doute, il nous suffit de remarquer cette inconvenance, pour avertir les comédiens que leur théâtre n'est pas plus celui de la nation, que ne le sont et ne le seront tous ceux dans lesquels on donnera des pièces que le goût, les mœurs et le patriotisme pourront applaudir.

De tout cela, il résulte que nous pensons que tout citoyen doit pouvoir élever un théâtre ; qu'il ne suffirait pas d'en permettre deux, parce que ce ne ferait que diviser le privilège et non le détruire ; que le droit de former des établissements de ce genre est une suite du droit naturel qui appartient à tout homme d'exercer son industrie ; qu'ainsi restreindre ce droit, c'est véritablement le rendre exclusif en faveur de quelques personnes, et par conséquent agir contre tous les principes sur lesquels vous travaillez depuis que vous êtes assemblés ; enfin, il faut que la municipalité ait la police sur les spectacles.

Il reste maintenant à examiner la propriété des pièces des auteurs morts et de ceux qui sont vivants.

Quoiqu'il y ait quelque distinction à faire entre les uns et les autres, cependant les deux questions se tiennent par trop de rapports généraux pour que nous les séparions.

Nous vous avons lu, Messieurs, la phrase qui constate la prétention des comédiens, de s'approprier toutes les pièces des auteurs morts ; et reculant à leur gré l'époque de leur propriété, ils croient que cent ans de jouissance ne les ont pas dédommagés, ni leurs prédécesseurs, du léger honoraire que ceux ci ont donné pour les chefs d'œuvre dont ils veulent être exclusivement les déclamateurs.

Peut être ne devrions nous pas traiter sérieusement cette prétention, c'est à la gravité de l'Assemblée que nous rendons hommage en posant quelques principes à cet égard.

La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain ; cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés.

Quand un auteur a livré son ouvrage au public, quand cet ouvrage est dans les mains de tout le monde, que tous les hommes instruits le connaissent, qu'ils se sont emparés des beautés qu'il contient, qu'ils ont confié à leur mémoire les traits les plus heureux ; il semble que dès ce moment, l'écrivain a associé le public à sa propriété, ou plutôt la lui a transmise toute entière, cependant, comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée, tirent quelque fruit de leur travail, il faut que pendant toute leur vie et quelques années après leur mort, personne ne puisse, sans leur consentement, disposer du produit de leur génie. Mais aussi, après le délai fixé, la propriété du public commence, et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain.

Voilà ce qui s'opère en Angleterre pour les auteurs et le public, par des pactes que l'on nomme tutélaires, ce qui se faisait autrefois en France par les privilèges que le Roi accordait, et ce qui se sera dorénavant fixé par une loi ; moyen beaucoup plus sage, et le seul qu'il convienne d'employer.

Les auteurs dramatiques demandent à être, les premiers, l'objet de cette loi.

Il nous paraît que cette demande est fondée sur les maximes les plus claires de la justice ; les comédiens sont pour les auteurs dramatiques ce que les imprimeurs et les libraires sont pour les écrivains ; les uns et les autres transmettent au public les pensées des hommes de génie, à cette différence près, que les comédiens sont bornés à l'enceinte du théâtre sur lequel ils jouent, et que les autres n'ont que le monde pour limites.

Quant aux auteurs vivants, leur propriété doit être considérée sous plusieurs aspects ; les uns ont pu passer des actes translatifs de toute leur propriété, de manière que leurs ouvrages soient devenus celle des comédiens auxquels ils l'ont cédée.

Les autres n'ont vendu que la faculté de jouer leurs pièces, et sont libres de traiter sur la même faculté avec toutes les autres troupes de comédiens qui s'établiront ou qui sont établis.

C'est aux tribunaux de juger la valeur des actes qui ont été passés.

Mais il est une autre classe d'auteurs : ce sont ceux qui sous l'empire d'un privilège exclusif et d'un règlement injuste, ont vu les comédiens français conquérir leur propriété et en devenir les héritiers anticipés.

Vous savez, Messieurs, que quatre officiers du Roi s'étaient emparés de la législation du théâtre et avaient soumis les auteurs dramatiques à un règlement auquel ces derniers avaient été forcés de consentir, parce qu'ils n'avaient aucun moyen d'obtenir un meilleur sort.

Ce règlement enté sur un autre règlement, porte que toute pièce qui n'aura pas produit 1500 livres de recette en hiver, et 1000 livres en été, appartiendra aux comédiens.

Quelques auteurs dramatiques n'ont point été la victime d'une loi si bizarre ; et quand le privilège exclusif aura péri, comme tous les autres abus, ils pourront porter librement sur tous les théâtres le fruit de leurs veilles.

Mais d'autres, en très grand nombre, ont vu leur propriété sortir de leurs mains, et par une espèce de droit de conquête passer dans celles des comédiens : la loi leur rendra ce qu'on n'a pas pu leur ravir, ce qui est une véritable spoliation que rien ne peut légitimer.

Certes il n'y a aucune justice dans cette disposition réglementaire ; car c'est dépendre une chose sacrée, la propriété, de la fantaisie, de la négligence, des manœuvres de ceux qui ont intérêt de l'envahir. On sait très bien qu'il y a beaucoup de moyens d'exciter, de ménager la curiosité du public,

et de soutenir ou de faire tomber une pièce ce que les comédiens, toujours heureux en expression palliatives, appellent dans les règles.

C'était déjà beaucoup que ce règlement déterminât la quotité qu'aurait un auteur dans la recette que produit la pièce ; car c'était faire pour lui un contrat que lui seul a le droit de faire avec les comédiens, et sa misérable part était le septième.

Mais c'est le comble de l'injustice que de lui dire ; si les comédiens jouent lâchement votre pièce, s'ils la placent à un jour où le public est entraîné à d'autres amusements ; s'il la joignent à une pièce qui éloigne les spectateurs ; enfin, tous ces si que la malveillance ou l'intérêt rend non seulement très probables, mais très fréquents, c'en est fait de votre propriété. Il n'a pas pu exister une loi pareille, elle ne peut pas être reconnue, elle ne peut pas avoir d'effets ; c'est beaucoup trop que les comédiens en aient joui, elle ne peut plus leur servir de titre. L'auteur n'a point perdu sa propriété par un règlement aussi injuste. Il a le droit de reprendre la pièce, et d'empêcher qu'on la joue sans son consentement.

Il y a plus ; tout favorable que leur fût ce règlement, les comédiens l'ont violé. Ils y ont manqué de la manière la plus étonnante, et par là ils auraient rendu nuls les effets de la loi la mieux établie.

La recette devait être moindre de 1500 livre en hiver, et de 1000 livres en été ; il fallait, pour calculer la recette, joindre les loges à l'année au produit de la distribution des billets : on a mis celles-là à part pour ne compter que la recette des autres ; ainsi on a enfreint le règlement pour dépouiller plus sûrement les auteurs.

Telles sont, Messieurs, les raisons qui nous décident pour la Pétition des Auteurs dramatiques.

L'intérêt des comédiens eût été d'y consentir et de se joindre aux auteurs de cette Pétition pour solliciter votre Décret. Leur existence, leurs talents, l'habitude du public, leur répondent qu'avec quelques efforts, ils auront un avantage décidé sur leurs concurrents. Ils seront à la place où ils doivent être, encourageant les productions littéraires par les charmes dont ils le parent, jouissant de leurs talents que l'infériorité de leurs émules fera davantage ressortir, formant des contrats libres avec les auteurs, et cessant de commencer par être des usurpateurs heureux pour devenir des propriétaires légitimes, affranchis enfin de ce servage avilissant pour les arts, et n'étant plus que sous l'inspection sage des magistrats du peuple.

Je ne sais pas, Messieurs, si je dois vous entretenir d'une réclamation accessoire faite pour soutenir les présentations des comédiens, et qui ne me paraît qu'offensante pour eux ; c'est la réclamation de personnes qui se disent créanciers du théâtre français.

On ne conçoit guère ce que peut faire dans une question de cette nature, l'intervention des créanciers. Si la destruction des privilèges, si le renversement de tous les abus avaient tenu à l'inquiétude des créanciers de ceux qui vivaient de privilèges et d'abus, il se serait opéré peu de réformes.

Les comédiens ont des engagements, ils y satisferont ; leur état, loin de diminuer par la concurrence et la liberté, doit augmenter par l'émulation et le perfectionnement des talents ; pourquoi leurs créanciers doutent-ils des efforts qu'ils feront et des moyens qu'ils auront pour attirer le public à leur beau spectacle ? Longtemps encore, ou, pour mieux dire, toujours, les comédiens qui ont un établissement tout formé, qui ont des talents distingués, qui ont montré un zèle auquel nous nous plairons à rendre justice, autour de grands avantages sur leurs concurrents ; et si les créanciers n'ont pu raisonnablement compter que sur la fidélité et les talents de leurs débiteurs, ils n'ont rien perdu des sûretés sur lesquelles ils ont spéculé.

Je n'ai plus qu'à vous parler d'une disposition de police que vous trouverez dans le projet de Décret que je vous propose.

Sans doute vous avez été souvent scandalisés de ces satellites armés qui sont dans l'intérieur des salles de spectacle, et qui mettent les signes de l'esclavage et de la contrainte à côté des plaisirs paisibles des citoyens.

Il faut sûrement que le bon ordre et la tranquillité règnent dans ces lieux où beaucoup d'hommes se rassemblent ; il peut être quelques fois nécessaire d'employer la force publique pour calmer des gens qui cherchent à mettre le trouble et pour faire observer les règlements ; mais, pour cela, il n'est pas nécessaire que des baïonnettes entourent les spectateurs, et que tous les yeux rencontrent les signes de la défiance de l'autorité armée. Des officiers civils dans l'intérieur de la salle, et une garde extérieure

qui puisse être par eux requise au besoin, voilà toutes les précautions que l'ordre public réclame, que la raison autorise, et que le régime de la liberté puisse permettre. »

^d Décret rendu sur la pétition des auteurs dramatiques le 13 janvier 1791 :

Article 1^{er} : Tout citoyen pourra élever un théâtre public et y faire représenter des pièces de tout genre, en faisant, préalablement à l'établissement, la déclaration à la municipalité.

Article 2 : Les ouvrages des auteurs morts depuis cinq ans et plus, sont une propriété publique, et peuvent, nonobstant tous anciens privilèges, qui sont abolis, être représentés sur tous les théâtres indistinctement.

Article 3 : Les ouvrages des auteurs vivants ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute l'étendue de la France, sans le consentement formel et par écrit des auteurs, sous peine de confiscation du produit total des représentations au profit de l'auteur.

Article 4 : La disposition de l'article 3 ne s'applique pas aux ouvrages déjà représentés, quels que soient les anciens règlements ; néanmoins les actes qui auraient été passés entre des comédiens et auteurs vivants ou des auteurs morts depuis moins de cinq ans seront exécutés.

Article 5 : Les héritiers ou cessionnaires des auteurs, seront propriétaires de leurs ouvrages durant l'espace de cinq années après la mort des auteurs.

Article 6 : Les entrepreneurs ou les membres des différents théâtres, seront, à raison de leur état, sous l'inspection des municipalités ; ils ne recevront des ordres que des officiers municipaux, qui ne pourront pas arrêter ni défendre la représentation d'une pièce, sauf la responsabilité des auteurs et des comédiens, et qui ne pourront rien enjoindre que conformément aux lois et aux règlements de police, règlement sur lesquels le comité de constitution dressera incessamment un projet d'instruction ; provisoirement les anciens règlements de police seront exécutés.

Article 7 : Il n'y aura aux spectacles qu'une garde extérieure, dont les troupes de ligne ne seront point chargées, si ce n'est dans les cas où les officiers municipaux leurs en feraient la réquisition formelle.

Il y aura toujours un ou plusieurs officiers civils dans l'intérieur des salles, et la garde n'y entrera que dans le cas où la sûreté publique serait compromise, et sur la réquisition formelle de l'officier de police, lequel se conformera aux lois et règlements de police.

Tout citoyen sera tenu d'obéir provisoirement à l'officier civil. »

^e Rapport fait par Lakanal à la Convention en présentant le décret garantissant le droit d'auteur lors de la séance du vendredi 19 juillet 1793 :

Citoyens,

De toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut ni blesser l'égalité républicaine, ni donner ombrage à la liberté, c'est sans contredit celle des productions du génie ; et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son libre exercice par une loi positive, c'est qu'une aussi grande révolution que la nôtre ait été nécessaire pour nous ramener sur ce point, comme tant d'autres, aux simples éléments de la justice la plus commune.

Le génie a-t-il ordonné, dans le silence, un ouvrage qui recule les bornes des connaissances humaines, des pirates littéraires s'en emparent aussitôt, et l'auteur ne marche à l'immortalité qu'à travers les horreurs de sa misère. Et ses enfants !...

Citoyens, la postérité du grand Corneille s'est éteinte dans l'indigence. L'impression peut d'autant moins faire des productions d'un écrivain une propriété publique, dans le sens où les corsaires littéraires l'entendent, que l'exercice utile de la propriété de l'auteur ne pouvant se faire que par ce moyen, il s'ensuivrait qu'il ne pourrait en user sans le perdre à l'instant même.

Par quelle fatalité faudrait-il que l'homme de génie, qui consacre ses veilles à l'instruction de ses concitoyens, n'eût à se promettre qu'une gloire stérile, et ne pût revendiquer le tribut légitime d'un si noble travail ?

C'est après une délibération réfléchie que votre Comité vous propose de consacrer des dispositions législatives qui forment, en quelque sorte, la déclaration des droits du génie.

« La Convention nationale, après avoir entendu son Comité d'instruction publique, décrète ce qui suit :

ARTICLE PREMIER- Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République, et d'en céder la propriété en tout ou en partie.

ART 2- Leurs héritiers ou cessionnaires jouiront du même droit durant l'espace de dix ans, après la mort des auteurs.

ART 3- Les officiers de paix seront tenus de faire confisquer à la réquisition et au profit des auteurs, compositeurs, peintres ou dessinateurs et autres, leurs héritiers ou cessionnaires, tous les exemplaires des éditions imprimées ou gravées sans la permission formelle et par écrit des auteurs.

ART 4- Tout contrefacteur sera tenu de payer au véritable propriétaire une somme équivalente au prix de trois mille exemplaires de l'édition originale.

ART 5- Tout débitant d'édition contrefaite, s'il n'est pas reconnu contrefacteur, sera tenu de payer au véritable propriétaire une somme équivalente au prix de cinq cents exemplaires de l'édition originale.

ART 6- Tout citoyen qui mettra au jour un ouvrage, soit de littérature ou de gravure, dans quelque genre que ce soit, sera obligé d'en déposer deux exemplaires à la Bibliothèque nationale ou au cabinet des estampes de la République, dont il recevra un reçu signé par le bibliothécaire ; faute de quoi, il ne pourra être admis en justice pour la poursuite des contrefacteurs.

ART 7- Les héritiers de l'auteur de l'ouvrage de littérature ou de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie, qui appartient aux beaux-arts, en auront la propriété exclusive pendant dix années. »

f

A- Article 151 du Traité instituant la Communauté européenne :

1. La Communauté contribue à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun.

2. L'action de la Communauté vise à encourager la coopération entre États membres et, si nécessaire, à appuyer et compléter leur action dans les domaines suivants:

l'amélioration de la connaissance et de la diffusion de la culture et de l'histoire des peuples européens,

la conservation et la sauvegarde du patrimoine culturel d'importance européenne,

les échanges culturels non commerciaux,

la création artistique et littéraire, y compris dans le secteur de l'audiovisuel

3. La Communauté et les États membres favorisent la coopération avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes dans le domaine de la culture, et en particulier avec le Conseil de l'Europe.

4. La Communauté tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions du présent traité, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures.

5. Pour contribuer à la réalisation des objectifs visés au présent article, le Conseil adopte: statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité des régions, des actions d'encouragement, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres. Le Conseil statue à l'unanimité tout au long de la procédure visée à l'article 251,

statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, des recommandations

B. Recommandation concernant la contribution des masses populaires à la culture, adoptée par la Conférence générale à sa dix-neuvième session (Nairobi, 26 novembre 1976).

C. Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Organisation des Nations Unies, New York, 16 décembre 1966).

D. Déclaration des droits de l'enfant (Organisation des Nations Unies, New York, 20 novembre 1959).

E. Conventions et recommandations adoptées par la Conférence internationale du travail de l'Organisation internationale du travail

1. Instruments applicables à tous les travailleurs, y compris les artistes:

Convention sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (n° 87), 1948,

Convention sur le droit d'organisation et de négociation collective (n° 98), 1949;

Convention concernant la discrimination emploi et profession (n° 111), 1958.

2. Instruments sur la sécurité sociale d'application générale mais laissant aux États la possibilité de limiter le champ d'application:

Convention concernant la sécurité sociale [norme minimale] (n° 102), 1952;

Convention sur la protection de la maternité [révisée] (n° 103), 1952;

Convention sur l'égalité de traitement [sécurité sociale] (n° 118), 1962;

Convention sur les prestations en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles (n° 121), 1964;

Convention concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants (n° 128), 1967;

Convention concernant les soins médicaux et les indemnités de maladie (n° 130), 1969.

3. Instruments applicables aux travailleurs salariés en général ou à certains secteurs ou catégories de travailleurs, et applicables en principe aux artistes salariés (sujets dans certains cas à une limitation du champ d'application de la convention par un État au moment de la ratification):

(a) Emploi et développement des ressources humaines: Convention sur le service de l'emploi (n° 88), 1948; Recommandation sur le service de l'emploi (n° 83), 1948; Convention sur les bureaux de placement payants [révisée] (n° 96), 1949; Convention sur la politique de l'emploi (n° 122), 1964; Recommandation sur la politique de l'emploi (n° 122), 1964; Convention sur la mise en valeur des ressources humaines (n° 142), 1975; Recommandation sur la mise en valeur des ressources humaines (n° 150), 1975;

(b) Relations professionnelles: Recommandation sur les conventions collectives (n° 91), 1951; Recommandation sur la conciliation et l'arbitrage volontaires (n° 92), 1951; Recommandation concernant la collaboration sur le plan de l'entreprise (n° 94), 1952; Recommandation sur la consultation aux échelons industriel et national (n° 113), 1960; Recommandation sur les communications dans l'entreprise (n° 129), 1967; Recommandation sur l'examen des réclamations (n° 130), 1967;

(c) Conditions de travail: Convention sur la protection du salaire (n° 95), 1949; Convention sur l'égalité de rémunération (n° 100), 1951; Recommandation sur l'égalité de rémunération (n° 90), 1951; Recommandation sur la cessation de la relation de travail (n° 119), 1963; Recommandation sur la réduction de la durée du travail (n° 116), 1962; Convention sur le repos hebdomadaire [commerce et bureaux] (n° 106), 1957; Convention sur les congés payés [révisée] (n° 132), 1970; Convention sur le congé-éducation payé (n° 140), 1974; Recommandation sur le congé-éducation payé (n° 148), 1974; Convention sur l'examen médical des adolescents [travaux non industriels] (n° 78), 1946; Recommandation concernant l'examen médical des adolescents (n° 79), 1946; Convention sur le travail de nuit des adolescents [travaux non industriels] (n° 79), 1946; Recommandation sur le travail de nuit des adolescents [travaux non industriels] (n° 80), 1946; Convention sur l'inspection du travail (n° 81), 1947; Recommandation sur l'inspection du travail (n° 81), 1947; Recommandation sur la protection de la santé des travailleurs (n° 97), 1953; Recommandation sur les services de médecine du travail (n° 112), 1959; Convention sur l'hygiène [commerce et bureaux] (n° 120), 1964; Convention sur le cancer professionnel (n° 139), 1974; Recommandation sur le cancer professionnel (n° 147), 1974; Convention sur le milieu de travail [pollution de l'air, bruit et vibrations] (n° 148), 1977; Recommandation sur le milieu de travail [pollution de l'air, bruit et vibrations] (n° 156), 1977; Convention sur l'âge minimal (n° 138), 1973.

(d) Travailleurs migrants: Convention sur les travailleurs migrants [révisée] (n° 97), 1949; Recommandation sur les travailleurs migrants (n° 86), 1949; Convention sur les travailleurs migrants [dispositions complémentaires] (n° 143), 1975; Recommandation sur les travailleurs migrants (n° 151), 1975.

F. Organisation internationale du travail/Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture/Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OIT/Unesco/OMPI)

Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (1961).

Loi type relative à la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (1974).

Recommandation sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, adoptée par le Comité intergouvernemental de la Convention de Rome à sa septième session (1979).

G. Conventions sur le droit d'auteur administrées par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

Convention universelle sur le droit d'auteur (Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture – 1952, révisée en 1971).

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle – 1971)

§ L'article L.112-2 du code de la propriété intellectuelle français donne une liste indicative des œuvres selon leur genre :

1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ;

2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ;

3° Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ;

4° Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ;

5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ;

6° Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ;

7° Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ;

8° Les œuvres graphiques et typographiques ;

9° Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ;

10° Les œuvres des arts appliqués ;

11° Les illustrations, les cartes géographiques ;

12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ;

13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ;

14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement.

Cette liste rassemble elle-même des œuvres dont le statut légal sera très dérogoire au statut commun de la propriété littéraire : ainsi les logiciels seront-ils protégés par la propriété littéraire, certes, mais une propriété littéraire corrigée pour permettre l'exploitation d'un objet, le logiciel, créé pour son utilité. En droit des logiciels, la protection des créateurs est fortement tempérée par la nécessité de l'exploitation.

h

Chapitre 1er : Objectifs et champ d'application du dépôt légal

Article L131-1

(Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 40 Journal Officiel du 3 août 2006)

Le dépôt légal est organisé en vue de permettre :

a) La collecte et la conservation des documents mentionnés à l'article L. 131-2 ;

b) La constitution et la diffusion de bibliographies nationales ;

c) La consultation des documents mentionnés à l'article L. 131-2, sous réserve des secrets protégés par la loi, dans les conditions conformes à la législation sur la propriété intellectuelle et compatibles avec leur conservation.

Les organismes dépositaires doivent se conformer à la législation sur la propriété intellectuelle sous réserve des dispositions particulières prévues par le présent titre.

Article L131-2

(Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 39 Journal Officiel du 3 août 2006)

Les documents imprimés, graphiques, photographiques, sonores, audiovisuels, multimédias, quel que soit leur procédé technique de production, d'édition ou de diffusion, font l'objet d'un dépôt obligatoire, dénommé dépôt légal, dès lors qu'ils sont mis à la disposition d'un public.

Les logiciels et les bases de données sont soumis à l'obligation de dépôt légal dès lors qu'ils sont mis à disposition d'un public par la diffusion d'un support matériel, quelle que soit la nature de ce support.

Sont également soumis au dépôt légal les signes, signaux, écrits, images, sons ou messages de toute nature faisant l'objet d'une communication au public par voie électronique.

Chapitre 2 : Modalités et organisation du dépôt légal

Article L132-1

(Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 art. 78 XIV a 4° Journal Officiel du 10 décembre 2004)

Le dépôt légal consiste en la remise du document à l'organisme dépositaire ou en son envoi en franchise postale, en un nombre limité d'exemplaires.

Un décret en Conseil d'Etat fixe :

a) Les conditions dans lesquelles il peut être satisfait à l'obligation de dépôt légal par d'autres moyens, notamment par l'enregistrement des émissions faisant l'objet d'une radiodiffusion sonore ou d'une télédiffusion ;

b) Les modalités d'application particulières à chaque catégorie de personnes mentionnées à l'article L. 132-2, ainsi que les conditions dans lesquelles certaines de ces personnes peuvent être exemptées de l'obligation de dépôt légal ;

c) Les exceptions à l'obligation de dépôt pour les catégories de documents dont la collecte et la conservation ne présentent pas un intérêt suffisant au regard des objectifs définis à l'article L. 131-1 ;

d) Les modalités selon lesquelles une sélection des documents à déposer peut être faite lorsque les objectifs définis à l'article L. 131-1 peuvent être atteints sans que la collecte et la conservation de la totalité des documents soient nécessaires.

Article L132-2

(Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 41 I Journal Officiel du 3 août 2006)

L'obligation de dépôt mentionnée à l'article L. 131-2 incombe aux personnes suivantes :

a) Celles qui éditent ou importent des documents imprimés, graphiques ou photographiques ;

b) Celles qui impriment les documents mentionnés au a ci-dessus ;

c) Celles qui éditent, produisent ou importent des logiciels ou des bases de données ;

d) Celles qui éditent ou, en l'absence d'éditeur, celles qui produisent ou qui commandent et celles qui importent des phonogrammes ;

e) Celles qui produisent des documents cinématographiques et, en ce qui concerne les documents cinématographiques importés, celles qui les distribuent, ainsi que celles qui éditent et importent des documents cinématographiques fixés sur un support autre que photochimique ;

f) Les services de radio et de télévision au sens de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ;

g) Les personnes qui éditent ou, en l'absence d'éditeur, celles qui produisent ou qui commandent et celles qui importent des vidéogrammes autres que ceux qui sont mentionnés au e ci-dessus et que ceux qui sont télédiffusés sans faire l'objet par ailleurs d'une exploitation commerciale ;

h) Celles qui éditent ou, en l'absence d'éditeur, celles qui produisent et celles qui importent des documents multimédias ;

i) Celles qui éditent ou produisent en vue de la communication au public par voie électronique, au sens du deuxième alinéa de l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 précitée, des signes, signaux, écrits, images, sons ou messages de toute nature. (applicable dans un délai de trois ans à compter de la promulgation de la loi)

Sont réputés importateurs au sens du présent article ceux qui introduisent sur le territoire national des documents édités ou produits hors de ce territoire.

Article L132-2-1

(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 41 II Journal Officiel du 3 août 2006)

Les organismes dépositaires mentionnés à l'article L. 132-3 procèdent, conformément aux objectifs définis à l'article L. 131-1, auprès des personnes mentionnées au i de l'article L. 132-2, à la collecte des signes, signaux, écrits, images, sons ou messages de toute nature mis à la disposition du public ou de catégories de public.

Ces organismes informent les personnes mentionnées au i de l'article L. 132-2 des procédures de collecte qu'ils mettent en oeuvre pour permettre l'accomplissement des obligations relatives au dépôt légal. Ils peuvent procéder eux-mêmes à cette collecte selon des procédures automatiques ou en déterminer les modalités en accord avec ces personnes. La mise en oeuvre d'un code ou d'une restriction d'accès par ces personnes ne peut faire obstacle à la collecte par les organismes dépositaires précités.

Les organismes chargés de la gestion des noms de domaine et le Conseil supérieur de l'audiovisuel sont autorisés à communiquer aux organismes dépositaires les données d'identification fournies par les personnes mentionnées au i de l'article L. 132-2.

Les conditions de sélection et de consultation des informations collectées sont fixées par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Article L132-3

Sont responsables du dépôt légal, qu'ils gèrent pour le compte de l'Etat, dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat : la Bibliothèque nationale de France, le Centre national de la cinématographie, l'Institut national de l'audiovisuel et le service chargé du dépôt légal du ministère de l'intérieur.

Ce décret peut confier la responsabilité du dépôt légal à d'autres établissements ou services publics, nationaux ou locaux, à la condition qu'ils présentent les garanties statutaires et disposent des moyens, notamment scientifiques, propres à assurer le respect des objectifs définis à l'article L. 131-1.

Article L132-4

(Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 42 I Journal Officiel du 3 août 2006)

L'auteur ne peut interdire aux organismes dépositaires, pour l'application du présent titre :

1° La consultation de l'oeuvre sur place par des chercheurs dûment accrédités par chaque organisme dépositaire sur des postes individuels de consultation dont l'usage est exclusivement réservé à ces chercheurs ;

2° La reproduction d'une oeuvre, sur tout support et par tout procédé, lorsque cette reproduction est nécessaire à la collecte, à la conservation et à la consultation sur place dans les conditions prévues au 1°.

Article L132-5

(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 42 II Journal Officiel du 3 août 2006)

L'artiste-interprète, le producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes ou l'entreprise de communication audiovisuelle ne peut interdire la reproduction et la communication au public des documents mentionnés à l'article L. 131-2 dans les conditions prévues à l'article L. 132-4.

Article L132-6

(inséré par Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 42 II Journal Officiel du 3 août 2006)

Le producteur d'une base de données ne peut interdire l'extraction et la réutilisation par mise à disposition de la totalité ou d'une partie de la base dans les conditions prévues à l'article L. 132-4.

Chapitre 3 : Dispositions pénales

Article L133-1

(Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 198 Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er janvier 2005)

Le fait, pour toute personne mentionnée à l'article L. 132-2, de se soustraire volontairement à l'obligation de dépôt légal est puni d'une amende de 75.000 Euros. La juridiction répressive peut, après avoir déclaré le prévenu coupable, ajourner le prononcé de la peine en lui enjoignant, sous astreinte le cas échéant, de se conformer, dans un délai fixé, aux prescriptions qu'elle détermine et qui ont pour objet de faire cesser l'agissement illicite et d'en réparer les conséquences.

Dans le cas où la juridiction répressive assortit l'ajournement d'une astreinte, elle doit prévoir le taux et la date à compter de laquelle cette astreinte commencera à courir. L'ajournement, qui ne peut intervenir qu'une seule fois, peut être décidé même si le prévenu ne comparait pas en personne.

Le juge peut ordonner l'exécution provisoire de la décision d'injonction.

A l'audience de renvoi, qui doit intervenir au plus tard dans le délai d'un an à compter de la décision d'ajournement, la juridiction statue sur la peine et liquide l'astreinte s'il y a lieu. Elle peut, le cas échéant, supprimer cette dernière ou en réduire le montant. L'astreinte est recouvrée par le comptable du Trésor comme une amende pénale. Elle ne peut donner lieu à contrainte judiciaire.

ⁱ Ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances

Article 5 : La rémunération des services rendus par l'Etat ne peut être établie et perçue que si elle est instituée par décret en Conseil d'Etat pris sur la rapport du ministre des finances et du ministre intéressé.

Le produit des amendes, des rémunérations pour services rendus, les revenus du domaine et des participations financières, les bénéfices des entreprises nationales, les remboursements des prêts ou avances et le montant des produits divers sont prévus et évalués par la loi de finances de l'année.

Article 17 : Sous réserve des dispositions concernant les autorisations de programme, les crédits ouverts au titre d'un budget ne créent aucun droit au titre du budget suivant.

Toutefois, les crédits de paiement disponibles sur opérations en capital sont reportés par arrêté du ministre des finances, ouvrant une dotation de même montant en sus des dotations de l'année suivante. Avant l'intervention du report, les ministres peuvent, dans la limite des deux tiers des crédits disponibles, engager et ordonnancer des dépenses se rapportant à la continuation des opérations en voie d'exécution au 1er janvier de l'année en cours.

Article 19 : Les procédures particulières permettant d'assurer une affectation au sein du budget général ou d'un budget annexe sont la procédure de fonds de concours et la procédure de rétablissement de crédits.

Les fonds versés par des personnes morales ou physiques pour concourir avec ceux de l'Etat à des dépenses d'intérêt public, ainsi que les produits de legs et donations attribués à l'Etat ou à diverses administrations publiques, sont directement portés en recettes au budget. Un crédit supplémentaire de même montant est ouvert par arrêté du ministre des finances au ministre intéressé. L'emploi des fonds doit être conforme à l'intention de la partie versante

ou du donateur. Des décrets pris sur le rapport du ministre des finances peuvent assimiler le produit de certaines recettes de caractère non fiscal à des fonds de concours pour dépenses d'intérêt public.

Peuvent donner lieu à rétablissement de crédits dans des conditions fixées par arrêté du ministre des finances :

a) Les recettes provenant de la restitution au Trésor de sommes payées indûment ou à titre provisoire sur crédits budgétaires ;

b) Les recettes provenant de cessions ayant donné lieu à paiement sur crédits budgétaires.

Le décret visé au deuxième alinéa du présent article pourra étendre la procédure des fonds de concours aux cas de rétablissement de crédits non prévus sous les lettres a et b ci-dessus et autorisés par la législation en vigueur.

i Art.1 : Les fonctionnaires ou agents publics de l'Etat et de ses établissements publics régis par les dispositions applicables aux corps et emplois figurant sur la liste annexée au présent décret et qui ont directement participé, soit lors de l'exécution de missions de création ou de découverte correspondant à leurs fonctions effectives, soit à l'occasion d'études et de recherches qui leur avaient été explicitement confiées, à la création d'un logiciel, à la création ou à la découverte d'une obtention végétale relevant du régime de protection institué par les dispositions du chapitre III du titre II du livre VI du code de la propriété intellectuelle ou à des travaux valorisés bénéficient d'une prime d'intéressement aux produits tirés, par la personne publique, de ces créations, découvertes et travaux.

Lorsque la personne publique décide de ne pas procéder à la valorisation de la création, de la découverte ou des travaux, les agents mentionnés à l'alinéa précédent peuvent en disposer librement, dans les conditions prévues par une convention conclue avec ladite personne publique.

Art.2 : Sont considérés comme des travaux valorisés pour l'application du présent décret les travaux de recherche ayant conduit à un produit ou à un procédé original qui ne relève pas de la législation sur le droit d'auteur, sur les brevets d'invention ou sur les obtentions végétales et qui donne lieu à une exploitation commerciale.

Art.3 : Le complément de rémunération dû au titre de l'intéressement est versé annuellement et peut faire l'objet d'avances en cours d'année.

Il est calculé sur une base constituée de la somme hors taxes des produits tirés de la création, de la découverte ou des travaux valorisés perçus chaque année par la personne publique, après déduction de la totalité des frais directs supportés par celle-ci, et affectée du coefficient représentant la contribution de l'agent intéressé à la création, à la découverte ou aux travaux valorisés.

Le complément de rémunération versé à chaque agent qui a participé directement à la création, à la découverte ou aux travaux valorisés est égal à 50 % de la base définie ci-dessus, dans la limite du montant du traitement brut annuel soumis à retenue pour pension correspondant au deuxième chevron du groupe hors échelle D, et, au-delà de ce montant, à 25 % de cette base.

Art.4 : Lorsque plusieurs agents ont contribué directement à une même création ou découverte, ou ont participé directement aux mêmes travaux valorisés, la contribution respective de chacun d'eux, représentée par un coefficient, est déterminée définitivement avant le premier versement annuel ou, le cas échéant avant le versement d'avances, selon des

modalités arrêtées par le ministre ayant autorité sur le service ou par l'ordonnateur principal de la personne publique. Lorsqu'un seul agent est à l'origine de la création, de la découverte ou des travaux valorisés précités, le coefficient représentant sa contribution est égal à 1. Si la création, la découverte ou les travaux valorisés sont le résultat d'une collaboration entre agents relevant de plusieurs personnes publiques différentes, les modalités de répartition et de paiement de la prime d'intéressement sont arrêtées de concert par les personnes publiques concernées.

Art.5 : Lorsque la création, la découverte ou les travaux ont été réalisés par l'agent dans le cadre de son activité principale, la rémunération due au titre de l'intéressement est versée à l'intéressé, en complément de sa rémunération d'activité, sans autre limitation que celle prévue par le présent décret.

Le cas échéant, elle continue à être versée à l'agent pendant le temps d'exploitation de la création, de la découverte ou des travaux valorisés, s'il quitte ses fonctions pour quelque cause que ce soit ou est admis à faire valoir ses droits à pension de retraite.

En cas de décès de l'agent, la prime d'intéressement est versée jusqu'au terme de l'année au cours de laquelle il est décédé.

^k « La commission dite de l'article L.311-5 du code de la propriété intellectuelle ou plus explicitement désignée comme la Commission de la copie privée, avait été instituée par la Loi Lang du 3 juillet 1985. Après avoir pris une décision le 30 juin 1986, pour ne plus être réunie par la suite, elle a été reconstituée par arrêté de la ministre de la culture et de la communication du 13 mars 2000 (modifié le 5 décembre 2000 pour intégrer un représentant du syndicat de l'industrie des technologies de l'information, qui regroupe les industriels de l'informatique et de la bureautique).

La motivation de ces initiatives gouvernementales est claire et permet de préciser les objectifs de la nouvelle commission, dont la mission reste fixée par le code de la propriété intellectuelle (articles L.311-1 et suivants): elle consiste à déterminer la rémunération à laquelle ont droit les auteurs, les artistes interprètes et les producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes, au titre de la reproduction de leurs oeuvres pour un usage privé. Contrairement à ce que l'on lit ou entend souvent, il ne s'agit pas d'une taxe, ni même d'une redevance au sens du droit public ou fiscal.

En l'occurrence, il était en effet devenu indispensable d'adapter les modalités de cette rémunération, applicables dans l'univers analogique (celui des cassettes audio et vidéo), qui n'avaient pas été actualisées depuis 1986, aux nouvelles capacités de copie privée apparues dans l'univers numérique. Les types de supports éligibles, pas davantage que les taux de la rémunération par support et les modalités de versement de celle-ci n'avaient fait l'objet des révisions nécessitées par les bouleversements technologiques et les développements industriels et commerciaux considérables intervenus depuis lors, lesquels se poursuivent à grande échelle et à vive allure.

De fait, au cours de la deuxième moitié des années 90, de nouveaux supports d'enregistrement sont venus progressivement se substituer aux anciens. En l'absence d'une décision de la commission, qui ne s'était pas réunie depuis 1986, ils ne pouvaient être soumis, comme les supports analogiques, à l'obligation d'acquitter la rémunération correspondante. Celle-ci n'avait été étendue, par assimilation, qu'aux supports exclusivement dédiés audio : minidisks et cdr.

La nécessité d'une adaptation de la rémunération pour copie privée

En application du code (art.L.311-4), la rémunération pour copie privée est normalement versée par les fabricants ou importateurs « de supports d'enregistrement utilisables » pour la copie privée de phonogrammes et vidéogrammes (à l'exclusion par conséquent d'autres fixations, comme les textes ou les logiciels par exemple), lors de leur mise en circulation en France, aux organismes collecteurs :

SORECOP et COPIE France. Ces derniers fédèrent l'ensemble des sociétés de perception et de répartition des droits relatifs, respectivement, aux domaines sonore et audiovisuel.

Comme l'a confirmé un avis rendu par le Conseil d'Etat sur une demande de la ministre sollicitée par la commission - l'assiette de la rémunération est constituée de tous les supports utilisables, quels que soient leur nature ou le secteur industriel dont ils relèvent, leur format, leur présentation, ou encore leurs caractères. Qu'ils soient, notamment, dédiés à la copie d'œuvres musicales ou audiovisuelles ou à un usage hybride (c'est-à-dire à la copie d'images, de sons et de toutes autres données), inscriptibles une fois ou réinscriptibles plusieurs fois, amovibles ou intégrés à tous types de matériels. De même, leur éligibilité est indépendante des techniques ou procédés utilisés pour la fixation des œuvres, comme des finalités assignées à leur usage : des enregistrements définitifs ou temporaires, par exemple. Il résulte de ces dispositions que s'il appartient à la commission, en vertu de l'article L 311-5 du code de la propriété intellectuelle, de déterminer « les types de supports » éligibles à la rémunération pour copie privée, elle ne peut exclure aucun de ceux qui apparaîtraient « utilisables » à cette fin. Sauf, bien entendu, à constater l'absence de pratique ou l'insignifiance des perspectives de copie sur telle catégorie de supports, ou à différer sa décision concernant telle autre catégorie jusqu'à la réunion des informations ou analyses nécessaires pour lui permettre de déterminer, en connaissance de cause, « les taux de rémunération et les modalités de versement de celle-ci ».

De l'inéligibilité des nouveaux supports en raison de la carence de la commission résultait dès lors un déni de droit et certains inconvénients économiques, auxquels il fallait remédier, en tenant compte toutefois des difficultés soulevées par l'application de la rémunération pour copie privée à des supports donnant lieu à des usages très variés.

Une situation de déni de droit s'est progressivement créée (..) »

¹ Aux termes de l'article 15 de la loi du 17 juillet 2001 :

Article L.311-1 nouveau du CPI : « Les auteurs et les artistes-interprètes des œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes, ainsi que les producteurs de ces phonogrammes ou vidéogrammes, ont droit à une rémunération au titre de la reproduction desdites œuvres, réalisées dans les conditions mentionnées au 2° de l'article L.122-5 et au 2° de l'article L.211-3.

Cette rémunération est également due aux auteurs et aux éditeurs des œuvres fixées sur tout autre support, au titre de leur reproduction réalisée, dans les conditions prévues au 2° de l'article L. 122-5, sur un support d'enregistrement numérique. (disposition nouvelle) »

Article L.311-2 nouveau du CPI :

« Sous réserve des conventions internationales, le droit à rémunération mentionné aux articles L.214-1 et au premier alinéa de l'article L.311-1 (disposition nouvelle) est réparti entre les auteurs, les artistes-interprètes, producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes pour les phonogrammes et vidéogrammes fixés pour la première fois en France. »

Article L.311-4 nouveau du CPI :

« La rémunération prévue à l'article L.311-3 est versée par le fabricant, l'importateur, ou la personne qui réalise des acquisitions intra communautaires, au sens du 3° du I de l'article 256 bis du CGI, de supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres *(fixées sur des phonogrammes ou des vidéogrammes – disposition supprimée)* lors de la mise en circulation en France de ces supports »

Article L.311-7 nouveau du CPI :

La rémunération pour copie privée des phonogrammes bénéficie pour moitié aux auteurs au sens du présent code, pour un quart aux artistes-interprètes et, pour un quart, aux producteurs.

La rémunération pour copie privée des vidéogrammes bénéficie à parts égales aux auteurs au sens du présent code, aux artistes-interprètes et aux producteurs.

La rémunération pour copie privée des oeuvres visées au second alinéa de l'article L. 311-1 bénéficie à parts égales aux auteurs et aux éditeurs (disposition nouvelle). »

Article L.311-8 nouveau du CPI :

La rémunération pour copie privée donne lieu à remboursement lorsque le support d'enregistrement est acquis pour leur propre usage ou production par :

1- Les entreprises de communication audiovisuelle ;

2- les producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes et les personnes qui assurent, pour le compte des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes, la reproduction de ceux-ci ;

2 bis- Les éditeurs d'œuvres publiées sur des supports numériques (disposition nouvelle) ;

3- Les personnes morales ou organismes, dont la liste est arrêtée par le ministre chargé de la culture, qui utilisent les supports d'enregistrement à des fins d'aide aux handicapés visuels ou auditifs »

^m Le titre III du livre I^{er} du CPI est complété par un chapitre III ainsi rédigé :

« CHAPITRE III

« **Rémunération au titre du prêt en bibliothèque**

« Art. L. 133-1. - Lorsqu'une oeuvre a fait l'objet d'un contrat d'édition en vue de sa publication et de sa diffusion sous forme de livre, l'auteur ne peut s'opposer au prêt d'exemplaires de cette édition par une bibliothèque accueillant du public.

« Ce prêt ouvre droit à rémunération au profit de l'auteur. Les conventions relatives au partage de cette rémunération entre l'auteur et l'éditeur ne peuvent prévoir d'attribuer à l'éditeur une part excédant la moitié du montant visé au deuxième alinéa (1^o) de l'article L. 133-4.

« Art. L. 133-2. - La rémunération prévue par l'article L. 133-1 est perçue par une ou plusieurs des sociétés de perception et de répartition des droits régies par le titre II du livre III et agréées à cet effet par le ministre chargé de la culture.

« L'agrément prévu au premier alinéa est délivré en considération :

« - de la diversité des associés,

« - de la qualification professionnelle des dirigeants,

« - des moyens que la société propose de mettre en oeuvre pour assurer la perception et la répartition de la rémunération au titre du prêt en bibliothèque,

« - de la représentation équitable des auteurs et des éditeurs parmi ses associés et au sein de ses organes dirigeants.

« Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions de délivrance et de retrait de cet agrément.

« Art. L. 133-3. - La rémunération prévue au second alinéa de l'article L. 133-1 comprend deux parts.

« La première part, à la charge de l'Etat, est assise sur une contribution forfaitaire par usager inscrit dans les bibliothèques accueillant du public pour le prêt, à l'exception des bibliothèques scolaires. Un décret fixe le montant de cette contribution, qui peut être différent pour les bibliothèques des établissements d'enseignement supérieur, ainsi que les modalités de détermination du nombre d'usagers inscrits à prendre en compte pour le calcul de cette part.

« La seconde part est assise sur le prix public de vente hors taxes des livres achetés pour être prêtés par les personnes morales mentionnées au troisième alinéa (2^o) de l'article 3 de la loi

n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre ; elle est versée par les fournisseurs qui réalisent ces ventes. Le taux de cette rémunération est de 6 % du prix public de vente.

« *Art. L. 133-4.* - La rémunération au titre du prêt en bibliothèque est répartie dans les conditions suivantes :

« 1° Une première part est répartie entre les auteurs et, le cas échéant, les éditeurs de leurs oeuvres conformément aux conventions visées au second alinéa de l'article L. 133-1 et à raison du nombre d'exemplaires de ces oeuvres achetés chaque année pour le prêt par les personnes morales visées au troisième alinéa (2°) de l'article 3 de la loi n° 81-766 du 10 août 1981 précitée, déterminé sur la base des informations qu'elles fournissent à la ou aux sociétés mentionnées à l'article L. 133-2 ;

« 2° Une seconde part, qui ne peut excéder la moitié du total, est affectée à la prise en charge d'une fraction des cotisations dues au titre de la retraite complémentaire par les personnes visées au second alinéa de l'article L. 382-12 du code de la sécurité sociale. »

II. - L'article L. 335-4 est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Est puni de la peine d'amende prévue au premier alinéa le défaut de versement du prélèvement mentionné au troisième alinéa de l'article L. 133-3. »

III. - L'article L. 811-1 est ainsi rédigé :

« *Art. L. 811-1.* - Les dispositions du présent code sont applicables à Mayotte à l'exception du quatrième alinéa de l'article L. 335-4 et des articles L. 133-1 à L. 133-4 et sous réserve des adaptations prévues aux articles suivants. Sous la même réserve, elles sont applicables en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna, dans les Terres australes et antarctiques françaises et en Nouvelle-Calédonie à l'exception du quatrième alinéa de l'article L. 335-4 et des articles L. 133-1 à L. 133-4, L. 421-1 à L. 422-10 et L. 423-2. » (...)

ⁿ Les développements ci-dessus conduisent à confirmer l'opportunité voire la nécessité d'établissements publics régionaux dont nous préconisons notamment ces fonctions particulières inspirées des missions du CNC :

- Préserver le patrimoine culturel local au regard de sa valeur et son public universel ; l'établissement pourrait notamment préempter les fonds d'édition et de production ainsi que les collections musicales, littéraires et artistiques ;
- Révéler et rénover ce patrimoine culturel (partitions, manuscrits œuvres des arts graphiques et d'architecture) ;
- Assurer sa tradition (transmission authentique et transition au fil du temps) vers les auteurs et vers les artistes contemporains ;
- Assurer la diffusion de la tradition culturelle locale dans ses versions anciennes et contemporaines vers ses publics dans le monde entier ;
- Permettre l'émergence, la diffusion et la pérennité de la création locale inscrite dans une tradition authentique ;
- Garantir la diffusion d'une culture local authentique (risque d'opportunisme musical, littéraire et artistique) notamment en délivrant des « AOC » sur la base de critères techniques musicologiques et généralement artistiques objectifs ;
- Définir et suivre une politique culturelle planifiée ;
 - Etudier les textes relatifs à l'industrie de la création et de la communication au niveau local ;
 - Coordonner par voie de règlement les professions de la création et de la communication au niveau local en vue de l'équilibre des intérêts en présence, de l'observation statistique, de l'arbitrage des conflits ;

Contrôler le financement et les recettes de l'édition et de la production musicale, littéraire et artistique ;

Déterminer dans l'intérêt général, soit des subventions soit des prêts ou des avances ;

Sans préjudice des droits des sociétés de perception prévues par le code de la propriété intellectuelle, centraliser les paiements relatifs aux crédits destinés à la production et à la diffusion musicale, littéraire et artistique ;

Assurer la diffusion d'œuvres documentaires et le développement d'un secteur non commercial des œuvres ;

Organiser, avec le concours des groupements professionnels des manifestations territoriales, nationales et internationales susceptibles de contribuer au rayonnement des œuvres du patrimoine local ;

- Organiser la formation professionnelle et technique pour les professions présentant un caractère artistique ou les professions techniques spéciales de l'industrie de la création musicale, littéraire et artistique ;
- Conseiller et diriger les auteurs et les artistes ;
- Répertorier et assurer la conservation des textes anciens et des œuvres graphiques anciennes ; assurer leur reproduction numérique et leur diffusion sur les réseaux numériques pour la mise à disposition du public ;
- Généralement assurer la reproduction numérique des œuvres anciennes et modernes du patrimoine culturel local et assurer leur mise à disposition du public sur les réseaux numériques en veillant à la juste rémunération des auteurs, des artistes et de leurs ayants droits ;